JAIRO PARRA QUIJANO

Profesor de la Universidad Externado de Colombia

MANUAL DE DERECHO PROBATORIO

DÉCIMA SEXTA EDICIÓN

Ampliada y Actualizada



LIBRERÍA EDICIONES DEL PROFESIONAL LTDA.

ESTUDIANTE DE DERECHO

No infrinja la ley de derechos de autor y editor, Ley 23 de 1982, sacando o comprando fotocopias. La ética finalmente le dará la plena satisfacción y así tendrá el libro completo para su biblioteca y no será sancionado.

EL EDITOR

© **JALEO** PARRA QUIJANO.
© LIBRERÍA EDICIONES DEL PROFESIONAL LTDA.
Calle 12, N° 5-24, Tel.: 2433482, Bogotá, D.C., Colombia,

Hecho el depósito que exige la ley.
Impreso en EDITORIAL ABC.

MANUAL DE DERECHO PROBATORIO
ISBN 978-958-707-115-3

Décima Sexta Edición, 2007.

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por medio de cualquier proceso, reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Esta edición y características gráficas son propiedad de LIBRERIA **EDICIONES DEL PROFESIONAL LTDA.**

ÍDICE GENERAL

Título I

LA PRUEBA EN GENERAL

INTRODUCCIÓN 3

Capítulo 1

PRINCIPIOS GENERALES DE LA PRUEBA JUDICIAL

1. ENUNCIACIÓN 5
2. PRINCIPIO DE LA AUTORRESPONSABILIDAD 5
3, PRINCIPIO DE LA VERACIDAD 6
4. PRINCIPIO DE LA LIBRE APRECIACIÓN 6
5. PRINCIPIO DE LA UNIDAD DE LA PRUEBA 7
6. PRINCIPIO DE LA IGUALDAD 9
7. PRINCIPIO DE LA PUBLICIDAD O "SOCIALIZACIÓN DE LA PERSUASIÓN JUDICIAL" 10
8. PRINCIPIO DE LA FORMALIDAD Y LEGITIMIDAD DE LA PRUEBA 11
9. PRINCIPIO DE LA LIBERTAD DE LOS MEDIOS DE PRUEBA 15
10, PRINCIPIO DE LA SEPARACIÓN DEL INVESTIGADOR Y DEL JUZGADOR 17
11. EL PRINCIPIO DE LA LICITUD DE LA PRUEBA 22
11.1. GENERALIDADES 22
11.2. LAS PRUEBAS 'PROHIBIDAS' O ILÍCITAS Y LIBRE APRECIACIÓN DE LA PRUEBA 24
11.3. LA LUCHA POR LA CRIMINALIDAD NO JUSTIFICA TODO 24
11.4. UBICACIÓN DEL TEMA DE LA PRUEBA ILÍCITA 25
11.5, LA NO VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS ILÍCITAS E ILEGALES 27
11.5.1. La prueba no es admisible. Debe ser excluida ("exclusionary rulos") 27
11.5.2. La prueba obtenida ilícitamente debe ser válida y eficaz 31
11.5.2.1. El principio de la búsqueda de la verdad real 32
11.5.2,2. El principio de la autonomía de las normas procesales respecto de las materiales 32
11.5.2,3, La prueba, en sí misma considerada, tiene un fondo marcadamente metajurídico 32
11.6. EFECTOS REFLEJOS DE LA PRUEBA ILÍCITA 36
11.7. LAS NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO COMPARADO 40
11.8. EL PRINCIPIO DE LA PROPORCIONALIDAD 41
11.9. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN MATERIA DE PRUEBA ILÍCITA 42
11.9.1. Sentencia de 17 de septiembre de 1985 42
11.9.2. Sentencia de 16 de marzo de 1988 43
11.9.3. Sentencia de 13 de noviembre de 1990 44
11.9.4. Sentencia de 17 de noviembre de 1994 49
11.9.5. Sentencia de 22 de octubre de 1996 55
11.9.6. Sentencia de 23 de julio de 2001 56

11.10. JURISPRUDENCIA DE LA PROCURADURÍA 57
11.11. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE PRUEBA ILÍCITA 59
11.12. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS 62
11.13, TRATAMIENTO PROCESAL DE LA PRUEBA ILÍCITA 69
11.13.1.En materia penal 69
11.13.2. En materia civil 70
12. PRINCIPIO DE LA INMEDIACIÓN 72
13. PRINCIPIO DE LA NECESIDAD DE LA PRUEBA 73
14. PRINCIPIO DE LA COMUNIDAD DE LA PRUEBA O ADQUISICIÓN PROCESAL 75
15. PRINCIPIO DE LA CONTRADICCIÓN DE LA PRUEBA 76
16. PRINCIPIO DEL EMPLEO DE LAS REGLAS DE LA EXPERIENCIA EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y SU INDICACIÓN O SEÑALAMIENTO 78
16.1, COMPLETUD DEL HOMBRE 79
16.2. EL COMPORTAMIENTO DEL HOMBRE 79:
16.3, LA MEMORIA 80
16.4. MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA O REGLAS DE LA EXPERIENCIA 80
16,5. FUNCIONES DE LAS REGLAS DE LA EXPERIENCIA 82
16.6. REGLAS DE LA EXPERIENCIA. REGLAS CULTURALES 83
16.7. MÁS VUELTAS SOBRE LAS REGLAS DE LA EXPERIENCIA 85
16.8. LA RAZÓN Y LAS REGLAS DE LA EXPERIENCIA 86
16.9. LA RAZÓN DE LA QUE HABLAMOS, ¿ES LO MISMO QUE EL LLAMADO SENTIDO COMÚN? 88
16.10. EL CONTROL SOCIAL DE LA MOTIVACIÓN, SE CUMPLE MEJOR EN LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE LA EXPERIENCIA A LOS HECHOS NARRADOS, PORQUE SON DEL DOMINIO DE LAS GENTES 88
16.11. TRABAJO EN CONCRETO CON LAS REGLAS DE LA. EXPERIENCIA 90
16.11.1. Conocimiento 90
16.11.2. Vocación espontánea o provocada 90
16.11.3. Se debe ser muy cuidadoso al trabajar con las reglas de la experiencia 91
16.11.4. Se debe regresar siempre a repasar la regla, para saber si sigue siendo válida, de conformidad con la realidad 91
16.11.5. Es conveniente siempre repasar las pruebas teniendo como viático para ello las "reglas de la experiencia" 93
16.11.6. Aporte empírico a la regla de la experiencia 94
16.11.7. Lealtad para ajustar la regla de la experiencia al caso 94
16.11.8. Las fuentes de las reglas de la experiencia 96
16.11.9. Mal empleo de la regla de la experiencia 97
16.12. LA EXPERIENCIA Y LAS LLAMADAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA 100
16.13. ERROR POR FALSO RACIOCINIO 111
16.14. ERRORES EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA 114
16.14.1. En materia penal 114
16.14.2. En materia civil 115
17. "EL PRINCIPIO DEL DERECHO A LA PRUEBA" 116
17.1. EL DERECHO A ASEGURAR LA PRUEBA 118
17.2. DERECHO A QUE SE DECRETEN LAS PRUEBAS 119
17.3. DERECHO A QUE SE PRACTIQUEN LAS PRUEBAS YA DECRETADAS 123
17.4. DERECHO A QUE LA PRUEBA REGULARMENTE APORTADA AL PROCESO SEA VALORADA 125

Capítulo II

OBJETO **DE** LA PRUEBA JUDICIAL

1. ENUNCIACIÓN 129
2. EL OBJETO DE LA PRUEBA JUDICIAL SON LOS HECHOS 129
3, EL OBJETO DE LA PRUEBA JUDICIAL SON LOS HECHOS Y LAS AFIRMACIONES 130
4. EL OBJETO DE LA PRUEBA JUDICIAL SON LAS AFIRMACIONES 130
5. LA PRUEBA DEL HECHO PSÍQUICO 131
5.1. LA PERCEPCIÓN 131
5.2. LA DIFICULTAD DE LOGRAR ESA DEMOSTRACIÓN 134
5.3. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SOBRE EL "ESCULCAR" EL PENSAMIENTO 135
5.4. MEDIO PROBATORIO ADECUADO PARA 'ESCARBAR' EL HECHO PSÍQUICO 137
5.5. ALGUNOS EJEMPLOS QUE NOS PERMITEN MOSTRAR LA EFICACIA E IDONEIDAD DEL MÉTODO EXPLICADO 137
5.5.1. Dolo eventual 137
5.5.2. Culpa con representación - dolo eventual 139
6. TENTATIVA DE HOMICIDIO 141

Capítulo Hl

TEMA DE PRUEBA

1. NOCIÓN 143
2. UTILIDAD DEL CONCEPTO 143
3. HECHOS EXENTOS DE PRUEBA A PESAR DE SER TEMA DE PRUEBA 143
3.1. HECHO NOTORIO 143
3.2. NEGACIONES O AFIRMACIONES INDEFINIDAS 145
3.2.1. Noción 145
3.2.2. Jurisprudencia 146
3.2.3. Ejemplos elaborados con base en la jurisprudencia 147
3.3. ¿CUÁNDO ES NECESARIO PROBAR LAS NORMAS JURÍDICAS? 151
3.3.1, Normas nacionales para el territorio del Estado 151
3.3.2. Normas nacionales escritas de vigencia local o seccional 151
3.3.3. Normas consuetudinarias nacionales 151
3.3.4. Normas legales o consuetudinarias extranjeras 152

Capítulo IV

CONDUCENCIA, PERTINENCIA Y UTILIDAD DE LA PRUEBA

1. LA CONDUCENCIA 153
2. LA PERTINENCIA 153
3. LA UTILIDAD 156

Capítulo V

FIN DE LA PRUEBA

1. ENUNCIACIÓN 159
2. LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD EN EL PROCESO 161
TESIS QUE CONSIDERAN QUE ES IRRELEVANTE O IMPOSIBLE CONSEGUIR LA VERDAD 161
3.1. LA DE LOS INDIFERENTES 162
3.1.1. Retórica 162

3.1.2. Narrativista 162
3.2. IMPOSIBILIDAD DE CONSEGUIR LA VERDAD 162
3.2.1. La imposibilidad teórica 162
3.2.2. La imposibilidad práctica 162
3.3. IMPERTINENCIA IDEOLÓGICA (EL VALOR FUNDAMENTAL DEL PROCESO ES LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS) 163
3.4. LA OBTENCIÓN FORMALIZADA DE LA VERDAD 163
4. NUESTRO CRITERIO 167
4.1. LA VERDAD COMO PLANTEAMIENTO IDEOLÓGICO 167
4.2. CUANDO NOS ATENEMOS A UNAS FORMALIDADES PARA CONSTRUIR PROBATORIAMENTE EL CASO, NO TENEMOS QUE CREAR UNA ESPECIE DE VERDAD, DISTINTA DE LA "VERDAD ÚNICA" 167
4.3. LAS PROHIBICIONES DE PRUEBA, NO SON DE TAL ENTIDAD QUE NOS APARTEN DE LAÚNICA VERDAD, LA LLAMADA VERDAD REAL O MATERIAL 167
4.4. LA META DEL PROCESO JUDICIAL ES AVERIGUAR LA VERDAD, Y ESTA SE PUEDE LOGRAR PORQUE TENEMOS INCLUSIVE MEJORES ELEMENTOS Y FACILIDADES PARA LOGRARLO QUE LAS CIENCIAS EMPÍRICAS 168
4.5. EL OBJETO Y TEMA DE PRUEBA NOS INDICA LO QUE SE DEBE INVESTIGAR Y ELLO NO SIGNIFICA EXIGIR UNA ESPECIE DE VERDAD DISTINTA A LA MATERIAL Y MUCHO MENOS RELATIVIZARLA 168
5. CERTEZA 169
6. PROBABILIDAD 171
7. ARISTÓTELES Y LA CAUSA 171
8. EL AZAR Y LA PROBABILIDAD.. 171
9. INCERTIDUMBRE 172
10. ARISTÓTELES Y LA PROBABILIDAD 172
11. CUANTIFICACIÓN DE LA INCERTIDUMBRE 173
12. LA ESTADÍSTICA 175
12.1. LA ESTADÍSTICA DESNUDA: EL CASO DEL AUTOBÚS AZUL 175
12.2. LA EVIDENCIA ESTADÍSTICA COMO ANEXO A LA NO ESTADÍSTICA. USO DE LA EVIDENCIA ESTADÍSTICA EN PROCEDIMIENTOS DE CONDENA 175
13, UTILIZACIÓN DE LA ESTADÍSTICA PARA REFORZAR Y DARLE ROTUNDEZ A LA CONCLUSIÓN 176
14. LA PROBABILIDAD LÓGICA 179

Capítulo VI

CLASIFICACIÓN DE LAS PRUEBAS

1. ENUNCIACIÓN 183
2. CLASIFICACIONES 183
2.1. SEGÚN SU CONTRADICCIÓN 183
2.1.1. Prueba sumaria 183
2.1.2. Prueba controvertida 183
2.2. PRUEBAS FORMALES Y SUSTANCIALES 184
2.3. SEGÚN SU OBJETO 184
2.3.1. Directa 184
2.3.2. Indirecta 184

Capítulo VII

PRUEBA TRASLADADA

1. LA PRUEBA TRASLADADA EN MATERIA PENAL 185
1.1. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL 185
1.2. LA PROVIDENCIA QUE ORDENA EL TRASLADO DEBE SER CUIDADOSAMENTE DICTADA 186
1.3. INDEPENDENCIA DE LAS DISTINTAS JURISDICCIONES 187
1.4. PRUEBA TRASLADADA EN EL MOMENTO DE LA AUDIENCIA DE QUE TRATA EL ART 403 DEL C. DE P.P. 188
2. LA PRUEBA TRASLADADA EN MATERIA CIVIL 191
3. LA RATIFICACIÓN DEL TESTIMONIO 193
4. LA DECLARATORIA DE NULIDAD Y LA AFECTACIÓN DE LA PRUEBA 195
5. PRUEBAS TRASLADADAS DE LA JURISDICCIÓN PENAL A LA CIVIL 195

Capítulo VIII

SISTEMAS FUNDAMENTALES EN LA ACTIVIDAD PROBATORIA

1. SISTEMAS DISPOSITIVO E INQUISITIVO 197
2. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES REFERIDOS A LAS PRUEBAS DE OFICIO EN MATERIA CIVIL 200
3. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES REFERIDOS A LAS PRUEBAS DE OFICIO EN MATERIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA 220
4. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SOBRE LA INVESTIGACIÓN INTEGRAL 227
5. MANERAS DE RECLAMAR LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA INVESTIGACIÓN INTEGRAL 228

Capítulo IX

SISTEMAS PARA LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

1. ENUNCIACIÓN 231
2. VENTAJAS DEL SISTEMA DE LA TARIFA LEGAL 231
3. DESVENTAJAS DE LA TARIFA LEGAL 232
4. VENTAJAS DEL SISTEMA DE LA LIBRE CONVICCIÓN 232

Capítulo X

CARGA DE LA PRUEBA

1. INTRODUCCIÓN 235
2. COLABORACIÓN INTELIGENTE Y ACTIVA ENTRE EL JUEZ Y LAS PARTES 235
3. EL DERECHO A LA PRUEBA Y LA CARGA DE LA PRUEBA 241
4. LA IGUALDAD DE LAS PARTES EN EL PROCESO Y LA CARGA DE LA PRUEBA 243
5. LA LEALTAD Y LA CARGA DE LA PRUEBA 244
6. BREVE HISTORIA IDEOLÓGICA DE LA CARGA DE LA PRUEBA 245
7. PUEDE EL JUEZ EXIGIR QUE UNA PARTE COLABORE PARA AVERIGUAR UN HECHO, AUN CUANDO NO SEA EL SUPUESTO DE SU PRETENSIÓN, EXCEPCIÓN O DE SU DEFENSA EN GENERAL 247
8. PRUEBA DE DIFICIL OBTENCIÓN, CON TINTES DE PROEZA 247
9. QUÉ ES CARGA DE LA PRUEBA Y PARA QUÉ SIRVE 249
10. NORMAS SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA EN COLOMBIA 250

11. EN EL PROCEDIMIENTO PENAL 250
11.1. CONCEPTO DE DEVIS ECHANDÍA 250
11.2. CONCEPTO DE GIOVANNI LEONE 251
11.3. OPINIÓN DE GIAN ANTONIO MICHELI 252
11.4. NUESTRO CONCEPTO 253
12. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA 254
12.1. TEXTO CONSTITUCIONAL 254
12.2. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA "DECLARACIÓN DE DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO" 254
12.3. LAS ESCUELAS ITALIANAS EN TORNO AL MISMO 255
12.3.1. Escuela clásica 256
12.3.2. Carrara 256
12.3.3. Ferri 259
12.3.4. Crítica a los planteamientos de Ferri sin hacer referencia a la delincuencia atávica o a la ocasional 260
12.15. Criterio de Manzini 261
12.3.6. Crítica a los planteamientos de Manzini 264
13. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA SEGÚN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA 265
14. NUESTRO CRITERIO 265
15. IN DUBIO PRO REO 268
15.1. IN DUBIO 268
15.2. ¿CUÁL ES LA DIFERENCIA, ENTRE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL IN DUBIO PRO REO? 268
15.3. ¿A QUÉ HECHOS SE LES APLICA EL IN DUBIO PRO REO? 269
15.4. LA DUDA QUE GENERA LA APLICACIÓN DEL IN DUBIO PRO REO DEBE SER OBJETIVA 270
15.5. CUANDO SE DECRETAN PRUEBAS EN MATERIA PENAL, QUE NO SE PRACTICAN, NO SE PUEDE PREGONAR QUE EL FUNCIONARIO TENIA DUDAS Y QUE AL DEJARLAS DE PRACTICAR DEBE RECONOCER EL IN DUBIO PRO REO 276
15.6. CON RELACIÓN A LA CASACIÓN (EL CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN) 277
16. CONCLUSIÓN 277

Título II

LOS MEDIOS PROBATORIOS

INTRODUCCIÓN 281

Capítulo 1

EL TESTIMONIO

1. NOCIÓN 283
2. TESTIGO TÉCNICO 285
2.1. GENERALIDADES 285
2.2. DEFINICIÓN 286
2.3. ¿CUÁNDO EXISTE TESTIGO TÉCNICO? 286
231 Recurrir a una experiencia específica del declarante 286
2.3.2. Es el lenguaje el que identifica al testigo técnico 286
2.4. IMPORTANCIA DEL TESTIGO TÉCNICO 290

2.5. TESTIGO QUE EMPLEA UN LENGUAJE TÉCNICO, SIN TENER LOS CONOCIMIENTOS CIENTÍFICOS, TÉCNICOS O ARTÍSTICOS 291
3. DIFERENCIAS ENTRE EL PERITO Y EL TESTIGO 292
4. DEBER DE TESTIMONIAR 293
4.1. CONTENIDO DEL DEBER DE RENDIR TESTIMONIO 293
4.2. EL DEBER DE COMPARECER Y SU EFECTIVIDAD 295
4.3. EL JURAMENTO 296
4.3.1. - Oportunidad 296
4.3.2. Fórmulas para prestarlo 297
4.4. OBJETO DEL TESTIMONIO 299
4.5. MOMENTO EN QUE SE ADQUIERE LA CALIDAD DE TESTIGO 301
4.6. EXCEPCIONES AL DEBER DE TESTIMONIAR 302
4.6.1. El secreto profesional 302
4.6.1.1. Antecedentes 302
4.6.1.2. Legislación 303
4.6.1.3. Criterio de la Corte sobre quien declara sin levantársele la reserva profesional 304
4.6.1.4. El articulo 74 de la Constitución Política de Colombia y la posición de la Corte Constitucional 304
4.6.2. Los ministros de cualquier culto admitido en la República 305
4.6.3. Excepciones al deber de comparecer, pero no al de rendir testimonio . 306
4.6.3.1. Por la dignidad del cargo 306
4.6.3.2. Por enfermedad o impedimento físico 306
4.6.3,3. Por el lugar de la residencia del testigo 306
4.6.3.4. Por incapacidad 308
4.6.4. Excepción propiamente dicha al deber de declarar 308
4.6.5. Testimonios de los eclesiásticos en materia penal 309
5. CAPACIDAD PARA TESTIMONIAR 309
5.1. GENERALIDADES 309
5.2. SISTEMAS 310
5.2.1. Sistema tradicional 310
5.2.2, Sistema que propugna porque se eliminen todos los motivos de incapadad e inhabilidad 310
5.2,3. Sistema que no establece en principio personas incapaces de declarar 311
5.2.4. Sistema latino 311
6. INHABILIDADES PARA TESTIMONIAR EN EL ACTUAL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL 312
6.1. INHABILIDADES ABSOLUTAS 312
6.1.1. Consideración previa 312
6.1.2. Los casos contemplados en nuestra legislación 313
6.1.2.1. Los menores de doce años 313
6.1.2.2. Los que se hallen bajo interdicción por causa de demencia 313
6.1.2.3. Los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito o por lenguaje convencional de signos traducibles por intérprete 314
6.2. INHABILIDADES RELATIVAS 314

7. TESTIGOS SOSPECHOSOS 315
8. TACHAS 317
8.1. EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL 317
8.2. EN EL PROCEDIMIENTO PENAL 319
8.3. EN EL PROCEDIMIENTO LABORAL 319
9. LIMITACIONES A LA EFICACIA DEL TESTIMONIO 319
9.1. HISTORIA LEGISLATIVA 319
9.2. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 232 DEL C. DE P.C. 320
9.3. LOS FACTORES DETERMINANTES DEL INDICIO GRAVE DE QUE HABLA EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTICULO 232 DEL C. DE P.C., NO PUEDEN SER CONTROLADOS EN CASACIÓN 323
10. PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO 324
10.1. CONSIDERACIONES GENERALES 324
10.2. REQUISITOS 325
10.2.1. Un escrito que provenga de la parte a quien se opone, pero que no sea el contrato mismo 325
10.2.2. Que el escrito provenga de la parte a quien se opone o de su representante o causante 326
10.2.3. Que el escrito goce de autenticidad o que ésta se pruebe 326
10.2.4, El escrito debe hacer verosímil o probable el hecho alegado 327
10.3. CASOS PRÁCTICOS 329
10.4. LA CONFESIÓN JUDICIAL INCOMPLETA HACE LAS VECES DE PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO 332
10.5. IMPOSIBILIDAD FÍSICA O MORAL PARA OBTENER EL DOCUMENTO O EL PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO 333
11. PÉRDIDA O DESTRUCCIÓN DEL DOCUMENTO 339
11.1. TESIS EXISTENTES SOBRE EL TEMA 339
11.1.1. La que exige la prueba de una fuerza mayor o un caso fortuito 339
11.1.2. Tesis que acepta la pérdida no culpable del documento 340
11.1.3. La que se conforma con que la pérdida haya sido involuntaria 340
1 E2. PRUEBA DE LA AUSENCIA DE CULPA 342
11.3. -HECHOS QUE DEBEN PROBARSE EN CASO DE DESTRUCCIÓN O PÉRDIDA DEL DOCUMENTO 342
12. COMENTARIO ESPECIAL A LA PRUEBA TESTIMONIAL EN MATERIA LABORAL 343
13. INTERROGATORIO 344
13.1. FORMALIDADES PREVIAS AL INTERROGATORIO 344
13.1.1. Prohibiciones y juramento 344
1312. Pertinencia y utilidad de las preguntas 345
13.2. INTERROGATORIO AL TESTIGO 345
13.2.1. Etapas 345
13.2.2. Acta de la audiencia 351
13.3. FORMA DEL INTERROGATORIO 351
13.3.1. Preguntas sugestivas 351
13,3.1 1 Generalidades 351
13.3.1.2. Significación 354

13.3.1.3. Admisibilidad de las preguntas sugestivas 355
13.3.1.4, ¿Existen preguntas sugestivas inocuas? 356
13.3.1.5. Interrogatorio sugestivo (escenario psicológico) 357
13.3.1.6. Tesis de la Corte Suprema de Justicia sobre las preguntas sugestivas 360
13.3.2. La pregunta imparcial 361
14. EL CAREO 362
14.1. ETIMOLOGÍA Y SIGNIFICACIÓN 362
14.2. SUJETOS ENTRE LOS CUALES SE PUEDE REALIZAR 362
14.3. IMPORTANCIA 362
14.4. NOCIONES GENERALES 363
14.5. ACTITUD DEL JUEZ 364
14.6. QUÉ ES, EN EL DERECHO PROBATORIO, EL CAREO 364
14.7, SUPUESTO ESPECIFICO DEL CAREO 365
14.8. FACULTAD OFICIOSA DEL JUEZ PARA DECRETAR EL CAREO 365
14.9. EL CAREO Y EL TEMA DEL PROCESO 365
15. PRÁCTICA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL POR COMISIONADO 365
15.1. NOCIONES GENERALES 365
15.2. TRASLADO DEL TESTIGO AL LUGAR EN DONDE SE VIENE TRAMITANDO EL PROCESO 367
15.3. IMPORTANCIA DE LA DISPOSICIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 231 DEL C. DE P.C, (APLICABLE A LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR Y PENAL ORDINARIA) 368
16. TESTIGO DE OÍDAS 368
16.1. NOCIÓN 368
16.2. GRADOS DEL TESTIGO DE OÍDAS 369
16.2.1. De primer grado 369
16.2.2. De grado sucesivo 369
16.3. EFICACIA PROBATORIA 369
16.3.1. Testigo de oídas que no puede o no informa quién le hizo el relato 374
16.3.2. Testigo de oídas que entra en contradicción con lo narrado por el testigo presencial (el que le hizo el relato) 374
16.4. QUÉ PRUEBAN LOS TESTIGOS DE OÍDAS (APUNTANDO A LA FAMA) 375
16.5. TESTIMONIO DE OÍDAS EN MATERIA CIVIL 376
17. TESTIMONIO DEL OFENDIDO 378
18. LA RETRACTACIÓN TESTIMONIAL 382
19. PRUEBA TESTIMONIAL ANTICIPADA 384
19.1. ANTECEDENTES 384
19.2. PRESUPUESTOS DE SU ADMISIBILIDAD 385
19.3. PRUEBA TESTIMONIAL ANTICIPADA CUANDO SE TRATA DE PERSONAS GRAVEMENTE ENFERMAS 385
19.3.1. Objeto 385
19.3.2. ¿Quiénes pueden solicitar la prueba testimonial anticipada? 385
19.3.3. ¿A cuáles personas se les puede recibir este testimonio? 385
19.3.4. ¿La edad avanzada no es ya motivo para solicitar la prueba testimonial anticipada? 385
19.3.5. Personas gravemente enfermas 387
19.3.6. Interpretación teleológica de enfermedad grave 387

19.3.7. Justificación de los presupuestos 387
19.3.8. ¿Qué sucede si los presupuestos afirmados por el peticionario no son ciertos? 388
19.4. NOTIFICACIÓN A LA FUTURA CONTRAPARTE EN LA FORMA PREVISTA EN LOS ORDINALES 1, 2 Y 3 DEL ARTÍCULO 320 DEL C. DE P.C. 388
19.5. REQUISITOS PARA SU RECEPCIÓN 389
19.5.1. Petición 389
19.5.2. Forma de recibir el testimonio anticipado, de personas gravemente enfermas 389
19.5.3. Lugar en donde se debe recibir la prueba testimonial anticipada de personas gravemente enfermas 389
19.6. ES POSIBLE LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL ANTICIPADA CON FINES JUDICIALES Y CITACIÓN DE LA FUTURA CONTRAPARTE, POR CAUSAS DISTINTAS A LA ENFERMEDAD GRAVE DEL TESTIGO 390
19.7. SANCIÓN EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS SEÑALADOS 391
19.8. ANTICIPACIÓN DEL TESTIMONIO CON FINES JUDICIALES, CUANDO SE EXIGE PRESENTAR CON LA DEMANDA UNA PRUEBA SUMARIA 391
19.9. PRUEBA TESTIMONIAL ANTICIPADA SIN FINES JUDICIALES 391
19.10. INTERROGATORIO ANTICIPADO AL TESTIGO CON FINES EXTRAJUDICIALES 392
19.11. PELIGROS DE LA RECEPCIÓN ANTICIPADA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL 392
19.12. CONCLUSIÓN 393
19.13. PRUEBA TESTIMONIAL ANTICIPADA "AD FUTURAM MEMORIAM" PARA EL DERECHO CANÓNICO 394
19.14. DOCTRINA DE LA CORTE SOBRE EL TEMA 394
20. RATIFICACIÓN DEL TESTIMONIO 396
21. RAZÓN DE LA CIENCIA O CONOCIMIENTO DEL TESTIGO 397
22. REEXAMEN DE LOS TESTIGOS 399
23, NÚMERO DE TESTIGOS 400
24. REQUISITOS 401
24.1. PARA QUE EXISTA PROCESALMENTE EL TESTIMONIO 401
24.2. PARA LA VALIDEZ DEL TESTIMONIO 402
24.3. REQUISITOS PARA LA EFICACIA PROBATORIA DEL TESTIMONIO 403
24.3.1, Conducencia del medio probatorio 403
24.3.2, Capacidad mental en el momento de la percepción de los hechos sobre los cuales versa el testimonio 404
24.3.3. Ausencia de interés personal o familiar del testigo en el litigio sobre el hecho objeto de su testimonio 404
24.3.4. Que exista la llamada "razón del dicho" 405
24.3.5. Que si existen varias declaraciones rendidas por el testigo, no existan contradicciones graves sobre las circunstancias o hechos principales de la versión 406
24.3.6. Que no haya contradicciones graves, inexplicables, con los testimonios de otras personas 408
24.3.7. El estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción (art. 277 del C. de P.P.) 408
24.3.8. Que no exista mentira sobre los hechos estelares 409

25. RECEPCIÓN DEL TESTIMONIO 409
25.1. GENERALIDADES 409
25.2. ORDEN PARA LA RECEPCIÓN 409
25,3. OBSERVACIONES 410
25.4. ACTA 411
26. CAPACIDAD PARA TESTIMONIAR SEGÚN LA EDAD 412

Capitulo II

LA CONFESIÓN

1. LA CONFESIÓN EN MATERIA PENAL 413
1.1. DEFINICIÓN 413
1.1,1. En la doctrina 413
1.1.2. Ejemplo elaborado con base en la jurisprudencia nacional 414
1.1.3. Definición de la Corte Suprema de Justicia 415
1.1.4. Definición 416
1.2. INDIVISIBILIDAD DE LA CONFESIÓN EN MATERIA PENAL 417
1.2.1. Doctrina 417
1.2.2. Jurisprudencia 418
1.2.3. Ejemplos con base en la jurisprudencia nacional colombiana 420
1.2.4. Tesis del profesor Antonio Rocha 422
1.2,5. Conclusiones 423
1.3. CLASES DE CONFESIÓN EN MATERIA PENAL 424
1.3.1. Confesión simple 424
1.3.2. Confesión calificada 424
1.3.3. Confesión procesal 425
1.3.4. Confesión extraprocesal 425
1.3.5. Requisitos que debe cumplir la confesión en el nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000) 425
1.3.5.1. Que sea hecha ante funcionario judicial 425
1.3.5.2. La persona debe estar asistida por defensor 425
1.3.5.3. La advertencia a la persona del derecho que tiene a no declarar contra sí misma 426
1.3.5.4. La declaración debe ser hecha en forma consciente y libre 426
2. LA CONFESIÓN EN MATERIA CIVIL 427
2.1. DEFINICIÓN 427
2.1.1. En la doctrina 427
2.1.2. Nuestra opinión 427
2.2. INDIVISIBILIDAD DE LA CONFESIÓN EN MATERIA CIVIL 427
2.2.1. Generalidades 427
2.2.2. Ejemplos de confesión indivisible, en materia civil, en la jurisprudencia nacional 429
2.2.3. Ejemplo de confesión divisible en lo civil, en la jurisprudencia nacional 434
2.2.4. Ejemplos, en materia laboral, de confesión indivisible 435
2.2.5. Debía pero pagué 443
2.2.6. Ejemplo de la jurisprudencia nacional 443

2.2.7. Sí debo pero una cantidad inferior 444
.2.2.8, Ejemplo de la jurisprudencia 444
2.3. LA INDIVISIBILIDAD DE LA CONFESIÓN Y LA EXCEPTIO PLURIUM CONSTUPRATORUM 444
2.3.1. Generalidades 444
2.3.2. Ejemplo de la jurisprudencia nacional 445
3. EL ANIMUS CONFITENDI 446
3.1. NOCIÓN 446
3.2. TENDENCIAS 446
3.3. EJEMPLOS DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL 448
3.4. DOCTRINA DE LA CORTE SOBRE EL "ANIMUS CONFITENDI" EN MATERIA CIVIL 450
3.5. ANIMUS CONFITENDI EN MATERIA PENAL 451
3.6. EJEMPLO DE LA JURISPRUDENCIA 452
4. CONFESIÓN EXTRAJUDICIAL EN MATERIA CIVIL 453
4.1. GENERALIDADES 453
4.2. VALOR PROBATORIO 454
4.3. EJEMPLO DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL 454
5. CONFESIÓN EXTRAJUDICIAL EN MATERIA PENAL 457
5.1. DOCTRINA DE LA CORTE 457
6. REQUISITOS DE LA CONFESIÓN 461
6.1. GENERALIDADES 461
6.2. REQUISITOS DE EXISTENCIA 461
6.2.1, Debe ser una declaración de parte 461
6.2.2. Debe tener por objeto hechos 461
6.2.3. Los hechos sobre los que verse deben ser favorables a la parte contraria o perjudiciales al confesante 462
6.2.4. Debe *versar* sobre hechos personales del confesante o sobre el conocimiento de hechos ajenos 462
6.2.5. Que sea expresa 462
6.3. REQUISITOS DE VALIDEZ 463
6.3.1, Que sea libre 463
631 Que sea consciente 464
6.3.3. Que se cumplan las formalidades procesales 464
6,3,4, Capacidad del confesante 464
6.4. REQUISITOS DE EFICACIA 464
6.4.1. La disponibilidad objetiva del derecho 464
6.4.2. Que exista autorización legal o convencional para hacerla a nombre de otro 465
6.5. EJEMPLO TOMADO DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL 466
7. RETRACTACIÓN DE LA CONFESIÓN EN MATERIA PENAL 468
7.1. DOCTRINA 468
7.2. EJEMPLO 470
7.3. CONCLUSIÓN 470
8. INFIRMACIÓN DE LA CONFESIÓN EN MATERIA CIVIL 470
8.1. GENERALIDADES 470
8.2. EJEMPLOS DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL 471

8.3, INFIRMACIÓN DE LA CONFESIÓN FICTA O PRESUNTA 474
8.4, EJEMPLO DE INFIRMACIÓN DE CONFESIÓN FICTA 474
8.5. OPORTUNIDAD PARA INFIRMAR LA CONFESIÓN 475
9. INTERROGATORIO A LAS PARTES 475
9.1. IMPORTANCIA DE LAS PREGUNTAS 476
9.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL INTERROGATORIO 476
9.3. NÚMERO DE PREGUNTAS 477
9.4. PREGUNTAS FORMULADAS POR EL JUEZ 477
9.5. LAS PREGUNTAS DEBEN SER PERTINENTES 478
9.6. LAS PREGUNTAS DEBEN SER CLARAS Y PRECISAS 478
9.7. PREGUNTAS RELATIVAS A HECHOS QUE IMPLIQUEN RESPONSABILIDAD CRIMINAL 478
9.8. CADA PREGUNTA SE REFERIRÁ A UN SOLO HECHO 478
9.9. MANERA DE SOLICITAR EL INTERROGATORIO 479
9.10. CUANDO EL INTERROGATORIO SE HA FORMULADO POR ESCRITO Y LA PARTE PETICIONARIA CONCURRE A LA AUDIENCIA 480
9.11. EL INTERROGATORIO ES PERSONAL 480
9.12. OPORTUNIDAD PARA SOLICITAR EL INTERROGATORIO 481
9.13. INTERROGATORIO DECRETADO DE OFICIO POR EL *JUEZ* 481
9.14. EL CAREO DE LAS PARTES COMO UNA FORMA DE INTERROGATORIO OFICIOSO DEL JUEZ 482
9.15. CAREO DE LAS PARTES QUE PUEDE SURGIR EN EL MOMENTO DE PRACTICARSE LA DILIGENCIA DE INTERROGATORIO 483
9.16. INTERROGATORIO DE PARTE EN LOS INCIDENTES 484
9.17. PERSONA LLAMADA A ABSOLVER EL INTERROGATORIO 486
9.18. CITACIÓN DEL ABSOLVENTE 486
9.19. IMPORTANCIA DE LA CITACIÓN 487
9.20. LUGAR DONDE SE REALIZA LA AUDIENCIA 488
9.21. CONCENTRACIÓN DE LOS INTERROGATORIOS A LAS DISTINTAS PARTES EN UNA MISMA AUDIENCIA 488
9.22. FORMA DE RECIBIR EL INTERROGATORIO 488
9.23. CONSULTA DE DOCUMENTOS U OTROS PAPELES O CON OTRA PERSONA, POR PARTE DEL ABSOLVENTE PARA RESPONDER LA PREGUNTA 491
9.24 CONSECUENCIAS DE LA NO COMPARECENCIA Y NEGATIVA A RESPONDER O DE HACERLO EVASIVAMENTE. CONFESIÓN FICTA O PRESUNTA 492
9.25. EL INTERROGATORIO DE PARTE NO VIOLA EL ARTÍCULO 33 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 498
9.25.1. Origen y filosofía de la exoneración al deber de declarar contra sí mismo y contra los parientes 498
9.25.1.1. Las relaciones familiares, conyugales o de convivencia 499
9.25.1.2. La exoneración al deber de declarar contra sí mismo, los interrogatorios de parte y el proceso penal 500
9.25.2. El artículo 33 de la Constitución Política de 1991 su interpretación 501
9.25.2.1. Artículo 33 de la Constitución Política de 1991 501
9.25.2.2. El artículo 33 de la Constitución Política sólo es aplicable en materia penal 501

9.25.2.3. La Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José (Costa Rica) 502
9.25.14. Interpretación del artículo 33 de la Constitución Política ... 502
9.25.3. Conclusión 503
9.26. LA DECISIÓN DEL JUEZ QUE CONSIDERA QUE UNA PREGUNTA NO DEBE FORMULARSE POR LOS MOTIVOS DEL ARTICULO 207 INCISO 2° DEL C. DE P.C. NO TIENE RECURSO ALGUNO 503
9.27. LA AUDIENCIA DEL ARTÍCULO 101 Y EL INTERROGATORIO DE PARTE 505
9.28. INTERROGATORIO DE PARTE, PRACTICADO POR LAS PARTES DE COMÚN ACUERDO (NUMERAL 7 DEL ARTICULO 21 DECRETO 2651 DE 1991) 509
9.29. DOCUMENTOS APORTADOS POR LA PARTE QUE RESPONDE EL INTERROGATORIO 509
10. INTERROGATORIO ANTICIPADO 510
10.1. GENERALIDADES 510
10.2. REQUISITOS DE LA SOLICITUD 511
10.3. NOTIFICACIÓN DEL AUTO QUE ORDENA CONCURRIR AL ABSOLVERTE 511
10.4. MÉRITO EJECUTIVO DEL INTERROGATORIO ANTICIPADO 511
10.5, INTERROGATORIO ANTICIPADO UNIDO A RECONOCIMIENTO. 512
10.6. FÓRMULA CUANDO SE SOLICITA RECONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS CON INTERROGATORIO 512
10.7. TRASLADO DE LA PARTE A LA SEDE DEL JUZGADO 513
10.8. APLAZAMIENTO DE LA AUDIENCIA PARA FORMULAR EL INTERROGATORIO DE PARTE 513
10.8.1. Generalidades 513
10.8.2. Es del arbitrio exclusivo del juez resolver si los motivos son justifica dos para no comparecer 514
10.8.3. Prueba sumaria que justifica la no asistencia al interrogatorio 514
11. EL QUE PREGUNTA, ¿CONFIESA? 515
12. CONFESIÓN FICTA Y LA DILIGENCIA DE INSPECCIÓN JUDICIAL, EN MATERIA LABORAL 516
12.1. BASES LEGALES 516
12,2. JURISPRUDENCIA 517
12.3. LA CONFESIÓN FICTA QUE SE PRODUCE EN APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 56 DEL C.P. DEL T. ADMITE PRUEBA EN CONTRARIO 519
13. LAS MANIFESTACIONES QUE HACEN LAS PARTES EN LA CONCILIACIÓN ANTE JUEZ O INSPECTOR NO CONSTITUYEN CONFESIÓN 520
13,1. GENERALIDADES 520
13.2. JURISPRUDENCIA 520
13.3. EJEMPLO DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL 522
14. LA CONFESIÓN Y EL ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS 523
15. LA CONFESIÓN Y LA PRUEBA DE LA FAMILIARIDAD 524
15.1. GENERALIDADES 524
15.2. EJEMPLO SOBRE LA CONFESIÓN CON RELACIÓN A LA PRUEBA DE LA FAMILIARIDAD . 524
16. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONFESIÓN 525
17. CONFESIÓN DEL LITISCONSORTE 526
17.1. CONSIDERACIONES GENERALES 526
17.2. EJEMPLO ILUSTRATIVO 527
17.3. EJEMPLO DE LA JURISPRUDENCIA 528

17.4. TESIS DE HUMBERTO MURCIA 530
17.5. TESIS DE HERNANDO DEVIS ECHANDÍA 531
18. PUEDE PROBARSE COMO CONFESIÓN LA FECHA DE CREACIÓN DE UN TÍTULO VALOR 532
18.1. ENUNCIACIÓN 532
18.2. EJEMPLO DE JURISPRUDENCIA NACIONAL 532
19. LA CONFESIÓN Y LA PRETENSIÓN REIVINDICATORIA 533
19.1. GENERALIDADES 533
19.2, DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA 534
20. LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN PROPUESTA CONTRA LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN CONSTITUYE CONFESIÓN DE LA POSESIÓN 535
21. LA SEPARACIÓN DE CUERPOS Y LA CONFESIÓN QUE SURGE DEL HECHO DE RECONOCER EL MARIDO UN HIJO EXTRAMATRIMONIAL 537

Capítulo III

LOS DOCUMENTOS

I. DEFINICIÓN DE DOCUMENTO EN LA DOCTRINA 539
2. LA REPRESENTACIÓN EN EL DOCUMENTO 543
2.1. GENERALIDADES 543
2.2. LA REPRESENTACIÓN, ¿DEBE SER INMEDIATA O NO? 543
3. EL DOCUMENTO COMO OBJETO 543
4. MATERIA DEL DOCUMENTO 544
5. FUNCIONES JURÍDICAS DEL DOCUMENTO 544
6. DIFERENCIAS ENTRE EL DOCUMENTO Y EL TESTIMONIO 544
7. DOCUMENTO Y ACTO DOCUMENTADO 545
8. APORTACIÓN DEL DOCUMENTO AL PROCESO 546
8.1. PRESENTACIÓN POR LA PARTE INTERESADA 546
8.2. APORTACIÓN QUE SE LOGRA MEDIANTE PEDIMENTO DEL JUEZ 548
8.3. DOCUMENTOS INCORPORADOS DURANTE DILIGENCIA DE INSPECCIÓN JUDICIAL 549
8.4. SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SOBRE LA OPORTUNIDAD PARA APORTAR LOS DOCUMENTOS 550
9. DOCUMENTO PÚBLICO Y PRIVADO 550
10. VALOR PROBATORIO DEL DOCUMENTO PRIVADO 551
10.1 GENERALIDADES 551
10.2. FECHA CIERTA 551
10.3. AUTENTICIDAD DE LOS DOCUMENTOS 552
10.3.1. Explicación y posición sobre el tema 552
10.3.2. Esa presunción sólo opera en el mundo del proceso 554
10.3.3. Sustento de la presunción de autenticidad 554
10.3.4. Documentos a los cuales alcanza la presunción de autenticidad 555
10.3.4.1. Sólo se presumirán auténticos los documentos privados manuscritos y suscritos, pero no los que no tengan esos signos de individualidad 555
10.3.4.2. La de quienes consideran que el artículo 11 de la Ley 446 de 1998, se refiere a todos los documentos enunciados en el artículo 251 558

10.3.5. Razones que se pueden exponer para sostener que la presunción de autenticidad se refiere a todos los documentos privados 559
10.3.6. Es exagerado extender la presunción en la forma dicha 559
10.3.7. Qué clase de presunción es la establecida en el art. 11 de la Ley 446 de 1998 560
10.3.8. ¿Cuál es la razón por la que se considera que la presunción de autenticidad no se extiende a los instrumentos no firmados ni manuscritos por la parte a quien se oponen? 561
10.3.9. Reflexión sobre el articulo 269 dei C. de P.C. 562
10.3.10. Documentos electrónicos 567
10.3.10.1. Antecedente 567
10.3.10.2. La función sicológica y sociológica del documento 567
10.3.10.3. El documento electrónico, su continente y su contenido 567
10.3.10.4. La percepción del documento electrónico 568
10.3.10.5. Diferencia con el documento tradicional escrito 568
10.3.10.6. Equivalentes funcionales 569
10.3.10.7. Integridad, autenticidad y confidencialidad del documento electrónico 570
10.3.10.8. Los llamados documentos electrónicos se estiman como los documentos escritos 578
10.3.10.9. Los documentos electrónicos y el artículo 11 de la Ley 446 de 1998 579
10.3.10.10. Criterios para valorar un mensaje de datos 580
10.3.10.11. Cómo se aporta al proceso 580
10.3.10.12. Exhibición e inspección del documento electrónico 581
10.3.10.13. Legislación extranjera 581
10.3.10.14. En nuestro medio 581
10.3.11. Autenticidad de las copias 582
10.3.11.1. El de la Corte Constitucional 582
10.3.11.2. La Corte Suprema de Justicia — Sala Laboral 583
10.3.11.3. Nuestra posición 584
10.4. DOCUMENTOS PRIVADOS EMANADOS DE TERCEROS 585
10.4.1. Si son de naturaleza dispositiva o simplemente representativa 585
10.4.2. Si es simplemente declarativo 585
10.5. JURISPRUDENCIA 586
11. IMPUGNACIÓN Y DESCONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS 589
11.1. DOCUMENTOS PRIVADOS NO AUTÉNTICOS 589
11.1.1. Primera hipótesis 589
11.1.2. Segunda hipótesis 589
11.1.3. Tercera hipótesis 589
11.1.4. Cuarta hipótesis 589
11.2. EJEMPLO TOMADO DE LA JURISPRUDENCIA Y SU APLICACIÓN A LA NUEVA LEGISLACIÓN 590
12. RECONOCIMIENTO 591
13. RECONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS 592
13.1. ENUNCIACIÓN 592

13,2, CLASES DE RECONOCIMIENTO 592
13,2.1. El reconocimiento expreso 592
13.2.2. El reconocimiento ficto 592
13.2.3, El reconocimiento tácito, impropiamente llamado implícito 593
13.2.4. El reconocimiento implícito 593
13.2.5. El reconocimiento por inscripción 594
13.2.6. Reconocimiento por atestación 594
13.3. AUTENTICACIONES ANTE NOTARIO QUE DE NINGUNA MANERA SON RECONOCIMIENTOS 595
13.4. DILIGENCIA PARA PROVOCAR EL RECONOCIMIENTO ..... 596.
13.4.1. Procedimiento 596
13.4.1.1. Legitimación para solicitarlo 596
13.4.1.2. Anexos 596
13.4.1.3. A quién se cita 596
13.4.1.4. A quiénes se puede citar para el reconocimiento 596
13.4.1.5. Decreto de la diligencia 597
13.4.1.6. Notificación de la realización de la diligencia 597
13.4,1,7. Juramento 597
13.4.1.8. Qué se le pregunta 598
13.4.1.9. Diligencia de reconocimiento realizada extraproceso 598
13.4.1.10. Firmas 599
13.4.1.11. No comparecencia 599
13.4.1.12. Negativa a prestar juramento 599
13.4.1.13. Desconocimiento del documento 599
13.4.2. Consecuencias del reconocimiento 600
14. EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS U OTRAS COSAS MUEBLES, LIBROS Y PAPELES DE COMERCIO 600
14.1. BASES LEGALES 600
14.2. REQUISITOS DE LA SOLICITUD DE EXHIBICIÓN 601
14.2.1. Necesarios 601
14.2.2. Convenientes 601
14.2.3. Decreto de exhibición 601
14.3. OPOSICIÓN A LA EXHIBICIÓN 602
14.4. MOTIVOS PARA LA OPOSICIÓN 602
14.5. APRECIACIÓN DE LOS MOTIVOS DE LA OPOSICIÓN 602
14.6. ¿QUE PRUEBAS SON PERTINENTES PARA DEMOSTRAR QUE LA PARTE TIENE EN SU PODER EL DOCUMENTO? 602
14.7. EXHIBICIÓN SIN OPOSICIÓN 602
14.8. EXHIBICIÓN PEDIDA A UN TERCERO 603
14.9. PERJUICIO QUE SE LE CAUSA A LA PARTE O AL TERCERO CON LA EXHIBICIÓN 603
15. DOCUMENTOS EN MATERIA DE ESTADO CIVIL 603
15.1. BASES LEGALES 603
15.2. JURISPRUDENCIA 604
15.3. ¿QUÉ SUCEDE EN CASO DE PÉRDIDA O DESTRUCCIÓN? 606
15.4. EJEMPLO 606
15.5. PRUEBA DE LA CALIDAD DE HEREDERO 607

15.5.1. Noción ... 607
15.5.2, Jurisprudencia ... 607
15.6. PRESUNCIÓN DE AUTENTICIDAD Y PUREZA DE LAS INSCRIPCIONES HECHAS EN DEBIDA FORMA EN EL REGISTRO DEL ESTADO CIVIL ... 610
16. LA ESCRITURA PÚBLICA ... 610
16.1. ETAPAS EN LA ELABORACIÓN DE UNA ESCRITURA PÚBLICA ... 610
16.1.1. Recepción ... 610
16.1.1.1, Averiguación de los fines prácticos y jurídicos que los otorgantes se proponen alcanzar con sus declaraciones ... 611
16.1.1.2. Revisión de las declaraciones que le presenten las partes ... 611
16.1.2. Extensión ... 611
16.1.3, Otorgamiento ... 612
16.1.4. Autorización ... 613
16.2. FECHA DE LA ESCRITURA PÚBLICA ... 613
17. CERTIFICADO DEL REGISTRADOR ... 614
18. LA CONFESIÓN DE QUE HABLA EL NUMERAL 3° DEL ARTÍCULO 6° DE LA LEY 75 DE 1968, DEBE SER ESCRITA ... 614
19. INSTRUMENTO PÚBLICO DEFECTUOSO ... 615
20. DOCUMENTOS EN IDIOMA EXTRANJERO ... 615
21. LA TACHA DE FALSEDAD ... 616
21.1. TRÁMITE ... 616
21.1.1. Manera de proponerla ... 616
21,1.2. Obligación del juez ... 616
21.1.3. Traslados ... 616
21.1.4. Período probatorio ... 616
21.1.5, ¿Cuándo se tramita como incidente? ... 617
21.1.6. ¿En cuál evento, en el proceso ejecutivo, no se tramita como incidente? 617
21.1.7. Desistimiento para invocar el documento como prueba ... 617
21.1.8. Efectos de la declaración de falsedad ... 617
21.2. PRUEBA DE LA FALSEDAD O DE LA AUTENTICIDAD ... 618
21.2.1. Generalidades ... 618
21.2.2, ¿Cuál es el valor del dictamen de los peritos grafólogos? ... 618

Capítulo IV

LA INSPECCIÓN JUDICIAL

1. LA DENOMINACIÓN ... 621
2. DEFINICIÓN ... 621
3. ACTIVIDAD DEL JUEZ ... 621
4. NATURALEZA DE LA INSPECCIÓN JUDICIAL ... 621
5. INSPECCIÓN JUDICIAL CON RESPECTO AL OBJETO INSPECCIONADO: DIRECTA E INDIRECTA ... 622
6. OBJETO DE LA INSPECCIÓN ... 622
7. SOLICITUD, DECRETO Y PRÁCTICA DE LA INSPECCIÓN JUDICIAL ... 623
7.1. MEMORIAL PETITORIO.. ... 623
7.2. LEGITIMIDAD PARA SOLICITAR LA PRUEBA Y EL DECRETO OFICIOSO POR EL JUEZ ,. 624

7.3, JUEZ QUE PRACTICA LA INSPECCIÓN 625
7.4. ETAPAS EN LA PRÁCTICA DE LA DILIGENCIA DE INSPECCIÓN JUDICIAL 625
7.4.1. Iniciación de la diligencia 625
7.4.2. Examen e identificación de los hechos por el juez 626
7.4,3. Labor de fijación o reconstrucción 626
7.4.4. Inspección de personas 627
7.4.5. Extensión de la diligencia a otros puntos 627
7.4.6. Pruebas que tienen que ver con los hechos objeto de la inspección 628
7.4.7. Notificación de las providencias que se dicten en la diligencia y recursos contra ellas 628
7.4.8. Constancias de las partes o de sus apoderados 629
7.4.9. Acta de la diligencia 629
8. INSPECCIONES JUDICIALES PRACTICADAS FUERA DE PROCESO 630
9. NOTIFICACIONES 631
10. ¿PUEDE PRACTICARSE DILIGENCIA DE INSPECCIÓN JUDICIAL ANTICIPADA ANTE EL JUEZ CIVIL Y LLEVARLA A UN PROCESO PENAL? 631

Capítulo
LA PERICIA

1. NOCIÓN Y BASES LEGISLATIVAS 633
2. LA PERICIA COMO MEDIO DE PRUEBA 633
3. NATURALEZA DE LA PERICIA 633
4. PROCEDIMIENTO DE LA PRUEBA PERICIAL 634
4.1. PROPOSICIÓN DE LA PRUEBA 634
4.2. PRONUNCIAMIENTO DEL JUEZ SOBRE LA PRUEBA PERICIAL PROPUESTA 634
4,3. LOS PERITOS 635
4.4. DESIGNACIÓN Y NÚMERO DE PERITOS 635
4.5. EXIGENCIA ESPECIAL EN MATERIA PENAL Y MILITAR 636
4.6. POSESIÓN DE LOS PERITOS 636
4.7. CONSIGNACIÓN DEL DINERO NECESARIO PARA LOS VIÁTICOS Y GASTOS DE LA PERICIA 637
4.8. OPORTUNIDAD PARA PEDIR ADICIONES AL DICTAMEN 637
4.9. POSIBLES IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES A LOS PERITOS 638
4.10, PRÁCTICA DE LA PRUEBA PERICIAL 639
4.10.1. Actividad de los peritos 639
4.10.2. Informes de terceras personas 641
4.10.3. Prórroga del término para dictaminar 641
4.10.4. Forma en que se presenta el dictamen pericial 641
4.10.5. El perito tercero 642
4.11. CONTRADICCIÓN DEL DICTAMEN, SU ACLARACIÓN Y OBJECIÓN 642
4.11.1. En materia civil, laboral y contencioso administrativa 642
4.11.1.1. Qué debe entenderse por error grave 643
4.11.1.2. Asesoramiento de las partes, por expertos 644
4.11.2. En materia penal ordinaria y justicia penal militar 644
4.12. HONORARIOS DE LOS PERITOS 646
4.13. LOS INFORMES TÉCNICOS DE LOS FUNCIONARIOS OFICIALES 647

4.14. DEBER DE COLABORACIÓN DE LAS PARTES 643
4.15, EL CASO DE LOS AVALÚOS Y OTRAS REGULACIONES NUMÉRICAS 648
4.16. ALGUNOS CASOS QUE DEMUESTRAN LA UTILIZACIÓN DEL DICTAMEN PARA AVALÚOS O SEÑALAMIENTO DE CIFRAS NUMÉRICAS 650
4.16.1. Procesos de servidumbres 650
4.16.2. Arrendamiento comercial 650
4.16.3. Expropiación 651
4.16.4. Divisorios 652
4.16,5, Ejecutivo 652
4.16.6. Ejecución con título hipotecario 654
4.17. LA VALORACIÓN POR EL JUEZ DEL DICTAMEN DE LOS PERITOS 655
4.18. EXPERTICIOS EMITIDOS POR INSTITUCIONES O PROFESIONALES ESPECIALIZADOS 657

Capítulo VI

LOS INDICIOS

1. ETIMOLOGÍA 661
2. BREVE HISTORIA DE LA PRUEBA INDICIARIA (PERO MIRANDO SU FORMACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA TEORÍA DEL CONOCIMIENTO) 662
3. DEFINICIÓN DE INDICIO 664
4. NUESTRO CRITERIO 665
5. CRITERIO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SOBRE LA NOCIÓN DE INDICIO EN MATERIA PENAL 665
6. EL INDICIO COMO OBJETO DE PRUEBA 666
7. EL INDICIO COMO MEDIO DE PRUEBA 667
8. NATURALEZA DE LA PRUEBA INDICIARIA 668
9. NECESIDAD DE LA PRUEBA INDICIARIA 668
10. CONSTRUCCIÓN DEL INDICIO 674
11. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y CONTROL DEMOCRÁTICO DE LA PRUEBA DE INDICIOS 677
12. CLASIFICACIÓN DE LOS INDICIOS 678
12.1. INDICIO NECESARIO 678
12.2. NUESTRO CRITERIO 679
12.3. INDICIO CONTINGENTE 679
12.4. NUESTRO CRITERIO 680
13, SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, DE MAYO VEINTISÉIS DE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y UNO 681
14. LA NECESIDAD DE INFORMACIÓN Y LA PRUEBA INDICIARIA 683
15. VALORACIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA 685
16. LA PRUEBA INDICIARIA Y LA CASACIÓN EN MATERIA PENAL 695
17. ENJUICIAMIENTO DE LAS PRUEBAS QUE INGRESAN AL TORRENTE PROBATORIO: EL HECHO INDICADOR 696
17.1. ERROR DE DERECHO 696
17.2. ERROR DE HECHO 696
18, ENJUICIAMIENTO CUANDO EL HECHO INDICADOR CUMPLE SU FUNCIÓN DE MEDIO DE PRUEBA 697
19, LA PRUEBA INDICIARIA Y EL RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIA CIVIL 701

20. LA PRESUNCIÓN DE RACIONALIDAD HUMANA Y LA PRUEBA INDICIARIA 703
21, UNIDAD DEL INDICIO 704
22. LAS HUELLAS MATERIALES: CADA UNA ES UN INDICO 708
23. CONTRAINDICIOS 709
24. CLASIFICACIÓN DE LOS INDICIOS 710
24.1. EL INDICIO DE OPORTUNIDAD PARA DELINQUIR 711
24.2. EL INDICIO DEL MÓVIL PARA DELINQUIR 713

Capítulo VII

LAS PRESUNCIONES

1. CONCEPTO 715
2. CLASIFICACIÓN DE LAS PRESUNCIONES 715
2.1. CON RELACIÓN A SU FUENTE 715
2.2. TENIENDO EN CUENTA SI PRODUCEN CERTEZA O SOLO PROBABILIDAD 715
3. LA INFERENCIA INDUCTIVA 716
3.1. NOCIÓN 716
3.2. PRINCIPIOS DE LA INDUCCIÓN 717
3.2.1. Principio de la deducibilidad 717
3.2.2. Principio de eliminación 717
3.2.3. Principio de generalización 717
3.3. DOMINIO DE LA CERTEZA O DE LO PROBLEMÁTICO 718
3.4. PLENA PRUEBA DE LOS ANTECEDENTES O CIRCUNSTANCIAS 718
3.5. QUIÉN HACE EL PROCESO INDUCTIVO EN LAS PRESUNCIONES 718
3.6. ACTIVIDAD DEL JUEZ EN LAS PRESUNCIONES JUDICIALES 719
4. LAS PRESUNCIONES NO SON MEDIO DE PRUEBA 720

Capítulo VIII

EL JURAMENTO

EL JURAMENTO COMO MEDIO DE PRUEBA 721

Capítulo IX

ASPECTOS PROBATORIOS DE LA LEY 906 DE 2004

1. LA PRUEBA DE OFICIO EN MATERIA PENAL 723
1.1. CUANDO EL JUEZ PENAL DECRETA PRUEBAS DE OFICIO NO COMPROMETE SU IMPARCIALIDAD 723
1.2. EL GARANTISMO EN MATERIA PENAL Y LAS PRUEBAS DE OFICIO 725
1.3. SISTEMAS PENALES QUE SIN DEJAR DE SER ACUSATORIOS, CONSAGRAN LA POSIBILIDAD DE DECRETAR PRUEBAS DE OFICIO 728
1.4. OPINIÓN PERSONAL CON RELACIÓN A COLOMBIA 729
1.5. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SOBRE LAS PRUEBAS DE OFICIO 730
2. EL PRINCIPIO DE LA INMEDIACIÓN – SENTENCIA C-591/2005 731
2.1, LA INMEDIACIÓN Y LAS ENTREVISTAS O EXPOSICIONES 732
2.2. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA 735
2.3. CRITICA AL PLANTEAMIENTO DE LA CORTE 739
3. DERECHO DE DEFENSA 741

4. DESCUBRIMIENTO DE LOS ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS Y EVIDENCIA FÍSICA 745
4.1. DEFINICIÓN 745
4.2. CRITERIOS A TENER EN CUENTA PARA PODER INTERPRETAR LO QUE SE CONOCE, COMO EL "DESCUBRIMIENTO DE LOS ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS Y EVIDENCIA FÍSICA" 745
5. EL PRINCIPIO DE LA CONCENTRACIÓN 752
6. EL PRINCIPIO DE LA PUBLICIDAD 754
7. EL PRINCIPIO DE LA PERTINENCIA Y CONDUCENCIA DE LA PRUEBA 755
7.1. INTRODUCCIÓN 755
7.2. ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA PERTINENTE 756
8; EL PRINCIPIO DE LA NO TAXATIVIDAD DE LOS MEDIOS DE CONOCIMIENTO 759
9. EL PRINCIPIO DE LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS DE CONFORMIDAD CON LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA 759
10. EL PRINCIPIO DE LA NECESIDAD DE LA PRUEBA 760
11. DESCUBRIMIENTO DE LA PRUEBA EXCULPATORIA 760
12. LA PRUEBA TESTIMONIAL 761
12.1. OBLIGACIÓN DE RENDIR EL TESTIMONIO 761
12.2. COMPARECENCIA DE LOS TESTIGOS 762
12.3. EXCEPCIONES CONSTITUCIONALES AL DEBER DE DECLARAR 762
12.4. IMPEDIMENTO DEL TESTIGO PARA CONCURRIR 763
12.5. TESTIMONIOS ESPECIALES 763
12.6. TESTIMONIOS DE AGENTE DIPLOMÁTICO 763
12.7. EXAMEN DE LOS TESTIGOS 764
12.8. ETAPAS DEL INTERROGATORIO 766
12.8.1. Interrogatorio directo 766
12.8.2. Contrainterrogatorio 767
12.8.3. Interrogatorio re-directo 767
12.8.4. Re-contrainterrogatorio 767
12.9. PREPARACIÓN DEL INTERROGADOR 770
12.10. TEMA SOBRE EL CUAL VERSARÁ EL CONTRAINTERROGATORIO 772
12.10.1. Regla tradicional o extensiva 772
12.10.2. Regla restrictiva 772
12.10.3. Regla intermedia 772
12.11. REGLAS SOBRE EL INTERROGATORIO 773
12.12. OPOSICIONES DURANTE EL INTERROGATORIO 776
12.13. REGLAS SOBRE EL CONTRAINTERROGATORIO 777
12.14. INTERVENCIÓN DEL JUEZ EN LOS INTERROGATORIOS 777
12.15. CONOCIMIENTO PERSONAL DEL TESTIGO 778
12.16. IMPUGNACIÓN DE LA CREDIBILIDAD DEL TESTIGO 779
12.17. EL ACUSADO COMO TESTIGO 786
13. LA PRUEBA PERICIAL 790
13.1. QUIÉNES PUEDEN SER PERITOS 790
13.2. QUIÉNES NO PUEDEN SER NOMBRADOS PERITOS 790
13.3. OBLIGATORIEDAD DEL CARGO DE PERITO 791

13.4. IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES 791
13.5. COMPARECENCIA DE LOS PERITOS A LA AUDIENCIA 791
13 ,6. PRESENTACIÓN DE INFORMES 791
13.7. BASE DE LA OPINIÓN PERICIAL 792
13.8. ACCESO A LOS ELEMENTOS MATERIALES 792
13.9. INTERROGATORIO AL PERITO 792
13.10. INSTRUCCIONES PARA CONTRAINTERROGAR AL PERITO 797
13.11. PERITO IMPEDIDO PARA CONCURRIR 798
13.12. EL APORTE DE LOS EXPERTOS AL PROCESO: LOS PAÍSES DEL COMMON LAW 798
13.13. APRECIACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL 800
13.14. EL COMPORTAMIENTO DEL PERITO AL RESPONDER 800
13.15. EL GRADO DE ACEPTACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CIENTÍFICOS, TÉCNICOS O ARTÍSTICOS EN QUE SE APOYA EL PERITO 802
13. 16. LA PROHIBICIÓN DE PROVOCAR PREGUNTAS A LOS PERITOS SOBRE LA INIMPUTABILIDAD 802
13.17. ADMISIBILIDAD DE PUBLICACIONES CIENTÍFICAS Y PRUEBA NOVEL 802
13.18. PRESENTACIÓN DE LA EVIDENCIA DEMOSTRATIVA 804
14. PRUEBA DOCUMENTAL 806
14.1. MÉTODOS DE AUTENTICACIÓN E IDENTIFICACIÓN DEL DOCUMENTO 806
14.2. PRESUNCIÓN DE AUTENTICIDAD DE DOCUMENTOS PROCEDENTES DEL EXTRANJERO 807
14.3. TRADUCCIÓN DE DOCUMENTOS 807
14.4. PRESENTACIÓN DE DOCUMENTOS 807
14.5. ACREDITACIÓN DE LOS DOCUMENTOS 808
14.6. LA PRESUNCIÓN DE AUTENTICIDAD 809
14.7. EMPLEO DE LOS DOCUMENTOS EN EL JUICIO 810
14.8. APRECIACIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL 810
14.9. EL ORIGINAL DEL DOCUMENTO COMO MEJOR EVIDENCIA DE SU CONTENIDO 811
15. LA INSPECCIÓN JUDICIAL 812
15.1. CRITERIOS PARA DECRETARLA 812
16. PRUEBA DE REFERENCIA 813
16.1. CONTINENTE DE LA PRUEBA DE REFERENCIA 813
16.2. NATURALEZA DE ESTA PRUEBA 813
16.3. DESAFÍO QUE PLANTEA LA PRUEBA DE REFERENCIA 814
16.4. EL TESTIMONIO DE OÍDAS 814
16.5. CONSAGRACIÓN DE TARIFA LEGAL CON RELACIÓN A LA PRUEBA DE REFERENCIA . 815
16.6. SUSTENTO PARA TARIFAR LA PRUEBA DE REFERENCIA 815
16.7. UTILIZACIÓN DE LA PRUEBA DE REFERENCIA 815
16.8. LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA DE REFERENCIA ES EXCEPCIONAL 816
16.9. SOLICITUD DE LA PRUEBA DE REFERENCIA 816
16.10. CÓMO SE VALORA LA PRUEBA DE REFERENCIA 817
16.11. PRUEBA DE REFERENCIA MÚLTIPLE 818
16.12. UTILIZACIÓN DE LA PRUEBA DE REFERENCIA PARA IMPUGNAR LA CREDIBILIDAD DE LOS TESTIGOS 818
17. PRUEBA ANTICIPADA 819
17.1. NOCIÓN 819
17.2. LA INMEDIACIÓN 819

17.3. LEGITIMIDAD PARA SOLICITAR LA PRUEBA ANTICIPADA 820
17.4. TIEMPO PARA SOLICITAR LA PRUEBA ANTICIPADA 820
17.5. REQUISITOS PARA PRACTICAR LA PRUEBA ANTICIPADA 821
17.6. QUE SEA POR MOTIVOS FUNDADOS Y DE EXTREMA NECESIDAD 822
17.7. REPETICIÓN DE LA PRUEBA ANTICIPADA 822
17.8. RECURSOS CUANDO SE DECRETA LA PRUEBA ANTICIPADA 822
17.9. CONSERVACIÓN DE LA PRUEBA ANTICIPADA 823
17.10, MANERA DE INTRODUCIRLA AL JUICIO ORAL 823

Capítulo X

LA PRUEBA ILÍCITA EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

1. CONSIDERACIONES GENERALES 825
2. CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN 828
3. LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY FRENTE A LA CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN 829
4. JUSTIFICACIÓN IDEOLÓGICA (VALORES) DE LA CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN 829
5, EL FRENESÍ DEL DESCUBRIMIENTO Y LA VERDAD 830
6. GIRO IDEOLÓGICO EN EL MANEJO DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN 832
7. EL ARTÍCULO 23 DEL C, DE P.P. Y LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO (FRUIT OF THE POISONOUS TREE DOCTRINE) 834
8. EXCEPCIONES A LA DOCTRINA DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO 835
8.1. VÍNCULO ATENUADO (ATTENUATED CONNECTION DOCTRINE) 835
8.2. FUENTE INDEPENDIENTE (INDEPENDENT SOURCE DOCTRINE) 836
8.3. DESCUBRIMIENTO INEVITABLE (INEVITABLE DISCOVERY) 837
9. FACTORES QUE DEBE TENER EN CUENTA EL JUEZ PARA LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 455 DEL C. DE P.P. 837
10. EN QUÉ MOMENTO SE EXCLUYE LA PRUEBA 838
11. EL JUEZ DE CONOCIMIENTO ES QUIEN DECIDE SOBRE LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA 839
12. ¿QUÉ SUCEDE CON LA PRUEBA ILÍCITA QUE LLEGA A LA ETAPA DEL JUICIO? 840
13. CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN DURANTE LA INVESTIGACIÓN 842
13.1. EXISTE MAYOR PELIGRO DE VIOLACIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA ETAPA DE LA INVESTIGACIÓN 843
13.2. LA INMACULACIÓN DE LOS ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS Y LA EVIDENCIA FÍSICA 843
14. CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN EN MATERIA DE REGISTROS Y ALLANAMIENTOS 844
15. LOS ELEMENTOS PROBATORIOS Y EVIDENCIA FÍSICA EXCLUIDOS Y SU UTILIZACIÓN PARA IMPUGNAR 845
17. LA INMACULACIÓN DE LA PRUEBA: LA CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN, LOS FRUTOS DEL ÁRBOL PONZOÑOSO 848

Capítulo XI

MÁS ALLÁ DE DUDA RAZONABLE

I. DUDA RAZONABLE 851
2. UBICACIÓN 854
3. RETORNEMOS AL CASO SAMUEL WINSHIP 855

3.1. CERTEZA 855
3.2. QUÉ SE QUIERE. DECIR CON CERTEZA OBJETIVA 857
3.3. IN DUBIO PRO REO 858
3.4. LA DUDA QUE GENERA LA APLICACIÓN DEL IN DUBIO PRO REO DEBE SER OBJETIVA 858
3.5. LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA Y EL ESTÁNDAR PROBATORIO "MÁS ALLÁ DE TODA DUDA RAZONABLE" 860
3.6. RETORNEMOS AL CASO CAGE VS. LOUISIANA 861
3.7. ¿A QUÉ HECHOS SE LES APLICA EL IN DUBIO PRO REO? 861
3.8. DESHOJANDO LA MARGARITA Y LA DUDA 864
3.9. CONCLUSIONES 866

ÍNDICE DE MATERIAS 867

ADVERTENCIA

En el Título II, capítulos 9, 10 y 11, se desarrollan solamente algunos aspectos de la materia que se vieron modificados por la Ley 906 de 2004. Ello obedece en primer lugar, a que lo ya contenido en esta obra continúa siendo aplicable en su mayor parte, y en segundo lugar, a que en virtud de lo dispuesto en el art. 530 de la ley en comento, el nuevo sistema se aplica en algunas partes del país y en consecuencia en el resto del país continúa vigente lo dispuesto por la Ley 600 de 2000.

ítulo

PRUEBA EN GENERAL

INTRODUCCIÓN

La noción de prueba aparece unida a todas las actividades de tipo social. Puede afirmarse que es una necesidad que surge desde que el hombre vive en sociedad. El niño, desde temprana edad, empieza a realizar experimentos que quiere hacer ver a sus padres como demostración de sus habilidades, a fin de que éstos den muestras de admiración y aprobación.

En todas las ciencias reconstructivas, la prueba tiene una importancia fundamental, pues permite conocer el pasado; pero en el campo del derecho este aspecto es vital para saber quién tiene la razón.

En el mundo del proceso, la prueba es fundamental, ya que estando destinada a producirle certeza al juez, no se puede prescindir de ella sin atentar contra los derechos de las personas.

El juez reconstruye los hechos tal cual como se supone ocurrieron y los subsume en la norma general y abstracta prevista por el legislador. Sin esta labor, sería imposible la aplicación de las normas.

La prueba, entonces tiene una función social, una función humana individual (la necesidad del adulto de probar algo para sobresalir, del niño para que lo tengan en cuenta, etc.) y una función jurídica (hacer posible saber cómo sucedieron los hechos, para aplicar las normas).

Capítulo 1

PRINCIPIOS GENERALES DE LA PRUEBA JUDICIAL

1. ENUNCIACIÓN

1) Principio de la autorresponsabilidad.
2) Principio de la veracidad.
3) Principio de la libre apreciación.
4) Principio de la unidad de la prueba.
5) Principio de la igualdad.
6) Principio de la publicidad o socialización de la persuasión judicial.
7) Principio de la formalidad y legitimidad de la prueba.
8) Principio de la libertad de medios de prueba.
9) Principio de la separación del investigador y del juzgador.
10) Principio de la licitud de la prueba.
11) Principio de la inmediación.
12) Principio de la necesidad de la prueba.
13) Principio de la comunidad de la prueba o adquisición procesal.
14) Principio de la contradicción de la prueba.
15) Principio del empleo de las reglas de la experiencia en la valoración de la prueba y de su indicación o señalamiento.

2. PRINCIPIO DE LA AUTORRESPONSABILIDAD

De conformidad con lo previsto en el artículo 177 del C. de P.C., a las partes les incumbe probar los supuestos de hecho de las normas jurídicas cuya aplicación están solicitando; de tal manera que ellas soportan las consecuencias de su inactividad, de su descuido, inclusive de su equivocada actividad como probadoras. El juez tiene, innegablemente, la calidad de

protagonista de la actividad probatoria, pero muy pocas veces conoce la realidad corno las partes; de tal manera que si éstas no solicitan pruebas, no hacen lo posible para que se practiquen, solicitan algunas que resultan superfluas, no despliegan toda la actividad deseada en su diligenciamiento (por ejemplo, si no interrogaron al testigo sobre hechos que solo ellos saben y que les hubiera permitido sacar avante el proceso en su favor), sufren las consecuencias.

3. PRINCIPIO DE LA VERACIDAD

Si en el proceso debe reconstruirse o hacerse una vivencia de cómo ocurrieron los hechos, para sobre ellos edificar la sentencia, las pruebas deben estar exentas de malicia, de habilidad o de falsedad. Cuando los testigos comparecen, por ejemplo al proceso, están obligados a decir la verdad, a no deformarla. El documento debe plasmar los acontecimientos como éstos realmente ocurrieron.

El Código de Procedimiento Civil trae una serie de normas que tienden a desarrollar este principio: el artículo 257, evitando que con copias parciales de documentos se desvirtúe la verdad; el 289, que permite la tacha del documento; el 292 que, fundamentalmente, sanciona a quien aportó el documento falso. El Código de Procedimiento Penal, en el artículo 274, establece la prohibición de insinuar la respuesta.

4. PRINCIPIO DE LA LIBRE APRECIACIÓN

La convicción del juez debe haberse formado libremente, teniendo en cuenta los hechos aportados al proceso por los medios probatorios y de acuerdo con las reglas de la sana crítica. De ahí la importancia de que se cumplan todas las reglas establecidas en la ley, para que se pueda hablar de formación libre del convencimiento. El C. de P.C. señala cuáles son las etapas en la recepción del testimonio; éstas se deben cumplir a fin de que el convencimiento del juez se forme de acuerdo con ellas; en caso de que no se cumplan, no se podría hablar de libre convicción (art. 276 C.P.P.).

El artículo 187 del C. de P.C. preceptúa:

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

"El funcionario judicial expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba" (art. 238 del C.P.P.).

5. PRINCIPIO DE LA UNIDAD DE LA PRUEBA

Los artículos 187 del C. de P.C., el artículo 238 del C. de P.P. y los artículos 60 y 61 del C.P. del T. consagran el método analítico y finalmente la apreciación en conjunto de la prueba.

Cuando se regla que el juez (el funcionario) expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba, no cabe duda que se consagra el método analítico, es decir, el estudio individualizado de cada medio probatorio, las inferencias que se hacen y las reglas de la experiencia que se aplican. Este método de estudio explicado en la providencia, muestra al justiciable y a la sociedad la manera ponderada y cuidadosa cómo el funcionario estudia las pruebas. Permite igualmente a las partes observar qué medio de prueba fue mal evaluado, para poder utilizar los recursos. Una vez que se hace el estudio anterior se procede a evaluar las pruebas en conjunto, haciendo una unión intrínseca.

Debe quedar claro que la valoración conjunta viene después del estudio individualizado de cada medio o elemento probatorio.

Nadie puede olvidar que, en materia penal el encartado tiene virtual y realmente a su favor la 'presunción de inocencia' y ella obliga, en todo momento que se haga valoración de la prueba con un estudio analítico de cada medio en particular (casi diríamos pedagógico) y, una vez hecho, se razone sobre la influencia que cada una ejerce en la conclusión a que se ha llegado.

Para estudiar la prueba en conjunto se ha dicho: "Ocurre en el campo probatorio un fenómeno análogo al que se verifica en la química: así como en un compuesto químico el producto tiene otras propiedades de las que tienen los cuerpos componentes, así en el campo probatorio la prueba de un hecho no es, repetimos, la simple suma de los datos singulares probatorios sino su agrupamiento en una unidad, en una forma reasuntiva y condensada'.

En efecto, en un proceso no solo se recauda o aporta una prueba, sino que es normal que aparezcan varías, inclusive de la misma especie; en todos esos casos la necesidad de estudiar la prueba como un todo, salta a la vista, estudio que se debe hacer buscando las concordancias y divergencias, a fin de lograr el propósito indicado.

BRICHETTI, GIOVANNI. *La evidencia en el derecho procesal penal.* Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires (Argentina), 1973, pág. 10.

Ejemplo: En los testimonios de diversidad acumulativa, referidos a la prueba de la posesión notoria del estado de hijo, puede referirse cada. uno de ellos a lapsos distintos que sumados, es decir, estudiados en conjunto, den el término de los cinco años.

El artículo 187 del C. de P.C. consagra este principio.

La Corte, en relación con lo anterior, ha dicho:

"En verdad, que, como con acierto lo sostiene la doctrina universal, la prueba procesal no está formada, generalmente, por un solo elemento, sino que, por lo común, cada litigante suele utilizar diferentes medios probatorios, de naturaleza heterogénea. Y también es cierto que no es corriente que los elementos de prueba usados por un litigante ofrezcan un resultado uniforme; a lo que cabría agregar que lo mismo sucede con el resultado que presente la prueba de la contraparte, ordinariamente antitético con el de aquélla.

"De esta observación elemental han partido legisladores y juris-peritos para atribuir y reconocer a los jueces de instancia, la facultad para hacer la apreciación conjunta de los diversos y heterogéneos elementos probatorios obrantes en autos. De no ser así, a los falladores se les imposibilitaría para formar la premisa menor del silogismo judicial que constituye la sentencia, o sea la determinación de la situación fáctica concreta que debe subsumirse en la hipótesis contemplada por la norma legal.

"Tiene dicho la doctrina del derecho procesal que la apreciación conjunta de la prueba consiste en la actividad intelectual que debe realizar el juzgador de instancia analizando y conjugando los diversos elementos probatorios y a través de la cual llega a un convencimiento homogéneo sobre el cual habrá de edificar su fallo estimativo o desestimativo; que son ciertas las alegaciones de hecho en que el demandante basa sus pretensiones o el demandado sus defensas; o que no lo son.

"En Colombia, según el principio de la apreciación racional de la prueba implantado en este país por claro mandato del articulo 187 del C. de P.C., es deber del juez y no mera facultad suya, evaluar en conjunto las pruebas para obtener de todos los elementos aducidos, un resultado homogéneo o único, sobre el cual habrá de fundar su decisión final.

"Tal obligación legal, que impide la desarticulación del acervo probatorio, ha sido la causa de que los falladores de instancia frecuentemente acudan a ese expediente de la apreciación en conjunto para formar su criterio sin atender de modo especial o preferente a ninguna de las diversas pruebas practicadas. Con tal procedimiento resulta que su convicción se forma no por el examen aislado de cada probanza, sino por la estimación conjunta de todas las articuladas, examinadas todas como un compuesto integrado por elementos disímiles.

"Y ello está bien, si como lo agrega el artículo 187 citado, en el examen conjunto del juez, éste expone razonadamente el mérito que le asigna a cada prueba, pues si así no actúa su análisis resulta no solamente ilegal sino peligroso, porque

arbitrariamente saca una deducción, o por lo menos oculta los fundamentos o razones que le sirvieron para establecer como válida esa conclusión"[2].

6. PRINCIPIO DE LA IGUALDAD

La oportunidad para conocer la investigación penal que se ha iniciado, debe ser inmediata (ya), para los sujetos procesales. Si no se hace esa comunicación en el tiempo indicado se rompe la igualdad; y como sostienen Jaime Bernal Cuéllar, Eduardo Montealegre: "... mientras (el Estado) que ejerce a plenitud su poder investigativo, el imputado no participa en la aducción de los medios probatorios que posteriormente se pueden usar en su contra..."[3].

Este principio tiende a lograr un equilibrio en el proceso, las partes tienen que tener igualdad de oportunidades para pedir y obtener que les practiquen pruebas y para contradecir las del contrario, pero y por sobre todo un equilibrio en el conocimiento de los hechos, que interesan en general a la investigación. Esa igualdad que tiene una dinámica aplicación en el principio de contradicción, evita que se solidifiquen o estratifiquen supuestos o reales acontecimientos con una visión unilateral. Practicar pruebas a espaldas del sindicado, conducta que muchas veces seduce a algunos investigadores, conduce a la inexistencia de las mismas. La prueba incorporada con violación de este principio, permite que la mentira o los errores se "congelen" y por consiguiente se mantengan, porque, por ejemplo, el testigo no se atreverá a decir después que se equivocó.y seguirá mintiendo por el miedo al falso testimonio; en cambio, si se hubiera permitido oportunamente el contrainterrogatorio, él posiblemente hubiera rectificado cualquiera de los fenómenos indicados. Esa es la razón por la cual en el artículo 325 del C. de P.P. se regla: "Quien tenga conocimiento de que en una investigación previa se ventilan imputaciones en su contra, tiene derecho a solicitar y obtener que se le escuche de inmediato en versión libre y designar defensor que lo asista en ésta y en las demás diligencias".

Es igualmente aplicación de este principio el "derecho a solicitar su propia indagatoria" consagrado en el artículo 334 del C. de P.P.

No cabe duda que este principio de la igualdad se nutre del artículo 29 de la C.N.

[2] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 14 de junio de 1982. Mag. Pon. Dr. Humberto Murcia Ballén.

BERNAL CUÉLLAR, JAIME y MONTEALEGRE LYNETT, EDUARDO. *El proceso penal.* Universidad Externado de Colombia, 1995, pág. 44.

En el Código de Procedimiento Civil aparece consagrado en el numeral 2° del artículo 37.

En últimas, el principio de la igualdad dentro de la teoría del conocimiento, tiende a lograr que los hechos que se conocen en el proceso a través de los medios probatorios, ingresen con el conocimiento oportuno del sindicado para que él pueda utilizar la contradicción y evitar así, que se formen preconceptos con sustento en versiones parcializadas, muy difíciles de desmontar cuando se hace saber la imputación en forma tardía, cuando resulta imposible desvirtuar o modificar la atmósfera creada en ese ambiente estrecho.

7. PRINCIPIO DE LA PUBLICIDAD O "SOCIALIZACIÓN DE LA PERSUASIÓN JUDICIAL"

La prueba puede y debe ser conocida por cualquier persona; ya que, proyectada en el proceso, tiene un carácter 'social': hacer posible el juzgamiento de la persona en una forma adecuada y segura. Es posible, cumpliendo con este principio, que terceras personas puedan reconstruir los hechos. Tiene mucho que ver, además, con el prestigio de los tribunales (art. 236 C.P.P.).

Se ha escrito: "Todavía más directamente, quien se ha decidido a hablar de la 'socialización' de la persuasión judicial como fin específico de la prueba, es Levy Bruhl. Por audaz, por revolucionaria que sea una alegación o un descubrimiento, ella será 'probada' si encuentra la adhesión del grupo social, restringido o extendido, donde ella desee penetrar. Toda prueba, al margen mismo de su función de orden intelectual, que es generalmente el único en el cual se piensa, tiene una función social que consiste en hacer aceptar la tesis que la sostiene. Probar es hacer aprobar. 'Una proposición probada es una proposición admitida, aceptada, hecha en lo sucesivo, al menos por un tiempo, parte de las verdades oficiales'. Correlativamente, este autor concluye, por ello, que `... si tal es, pues, la función de la prueba judicial, se comprenderá que la búsqueda de la verdad pase a segundo plano, no juega sino un papel secundario, la verdad es allí el objetivo mediato, y no el objeto directo de la prueba judicial'.

Este principio se cumple, por sobre todo, con la motivación de la sentencia. Pero, para que resulte esa adhesión del grupo social, como consecuencia de

Tomado de CABAÑAS GARCÍA, JUAN CARLOS. "Valoración *de las pruebas y su control en el proceso civil". Estudio dogmático y jurisprudencial.* Editorial Trivium S.A., Madrid, 1992, pág. 19.

la publicidad, aquella debe estar redactada de tal manera que se le dé mucha importancia a los fundamentos de hecho y a las pruebas, que es sobre lo que se puede ejercer el control democrático.

En efecto: la mayoría de la gente, por no decir todo el mundo, entiende unos hechos si se explican bien, y la prueba pertenece a la esfera de lo razonable. El hombre se presume racional, por tanto sobre ella y por sobre todo en relación con ella, es que se puede hablar de publicidad y de socialización del convencimiento judicial.

Las providencias de los funcionarios suelen estar llenas de citas y de transcripciones, pero raquíticas en la narración y evaluación de los hechos. Cuando ello ocurre, se viola el principio de la socialización o publicidad de la prueba, porque la sociedad no puede ejercer control sobre lo que no entiende. Podemos afirmar que control es entender.

Los hechos y la prueba de ellos deben ser explícitos, de tal manera que toda persona pueda entender, qué fue lo que pasó desde el punto de vista fáctico y cómo se probó.

La publicidad de la prueba se justifica en forma fundamental si se entiende, lo mismo que la evaluación que de ella se haga (art. 236 del C. de P.P.).

8. PRINCIPIO DE LA FORMALIDAD Y LEGITIMIDAD DE LA PRUEBA

La prueba para ser aprehendida, para el proceso en forma válida, requiere el cumplimiento de formalidades de tiempo, modo y lugar y, además, su inmaculación, es decir, exenta de vicios como dolo, error, violencia, etc.'.

Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho:

"Ha de tenerse en cuenta, que en el modo de pedir, ordenar y practicar las pruebas se exigen ciertos requisitos consagrados en el Código de Procedimiento Civil que constituyen una ordenación legal, una ritual idad de orden público, lo que significa que son reglas imperativas y no supletivas, es decir, son de derecho estricto y de obligatorio acatamiento por el juez y las partes.

Por otra parte, el juez como director del proceso, debe garantizar, en aras del derecho de defensa de las partes, los principios generales de la contradicción y publicidad de la prueba, y en este sentido, debe sujetarse a las exigencias consagradas en el procedimiento para cada una de las

DEVÍS ECHANDÍA, HERNANDO. *Compendio de derecho procesal.* Tomo 2. *Pruebas judiciales.* 7ª edición, Editorial A.B.C., Bogotá, 1982, pág. 20.

pruebas que se pidan. Es decir, señalando para cada una en la providencia correspondiente, el día y la hora en que habrán de practicarse, y en fin, cumpliendo con los requisitos exigidos para decretar y practicar cada prueba en particular". (1-504/98).

Concretamente en materia civil aparece desarrollado el principio en los artículos 174 y 183 del C. de P.C., el último de los cuales regula claramente, lo referido a las oportunidades probatorias:

"Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados para ello en este código.

"Si se trata de prueba documental o anticipada, también se apreciarán las que se acompañen a los escritos de demanda o de excepciones o a sus respectivas contestaciones, o a aquellos en que se promueven incidentes o se les dé respuesta.

"El juez resolverá expresamente sobre la admisión de dichas pruebas, cuando decida la solicitud de las que pidan las partes en el proceso o incidente.

"Cuando el proceso haya pasado al despacho del juez para sentencia, las pruebas practicadas por comisionado que lleguen posteriormente, serán tenidas en cuenta para la decisión, siempre que hubieren cumplido los requisitos legales para su práctica y contradicción. En caso contrario, y cuando en la misma oportunidad llegaren pruebas documentales cuyos originales o copias se hayan solicitado a otras oficinas, el juez de primera instancia no las tendrá en cuenta, pero serán consideradas por el superior. Este, de oficio o a petición de parte, ordenará el trámite que falte a dichas pruebas. Si se trata de documentos, la parte contraria a la que los adujo podrá tacharlos de falsos dentro de la ejecutoria del auto que admita la apelación".

El artículo 183 del C. de P.C., fue reformado por el artículo 18 de la Ley 794 de 2003, cuya modificación consistió agregarle al artículo mencionado el numeral 1 del artículo 10 de la Ley 446 de 1998, que dice:

"Cualquiera de las partes, en las oportunidades procesales para solicitar pruebas, podrán presentar experticios producidos por instituciones o profesionales especializados. De existir contradicción entre varios experticios, el juez procederá a decretar el peritazgo correspondiente". (Se explicará en el capítulo de la prueba pericia]).

Igualmente se agregó un parágrafo que dice:

"En todos los procesos, las partes de común acuerdo podrán antes de que se dicte sentencia de primera instancia, realizar los actos probatorios previstos en los numerales 1, 2, 3 y 7 del artículo 21 del Decreto 2651 de 1991".

En efecto, el numeral 1 del artículo 21, del Decreto 2651 dice:

"Presentar informes científicos, técnicos o artísticos, emitidos por cualquier persona natural o jurídica, sobre la totalidad o parte de los puntos objeto del

dictamen pericial; en este caso, el juez ordenará agregarlo al expediente y se prescindirá total o parcialmente en la forma que soliciten las partes al presentarlo.

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

Debe desde ahora anotarse, que de ninguna manera estos informes vinculan al juez, quien debe valorarlos de conformidad con los criterios que se explicarán en la prueba pericial y eventualmente, decretar el juez uno de oficio si el informe presentado no lo convence, de conformidad con la valoración que haga. No puede haber pacto de las partes que obligue al juez a darse por convencido frente al aporte de un informe.

El numeral 2 del artículo 21 del Decreto 2651 de 1991 dice:

"Si se trata de documento que deba ser reconocido, pueden presentar documento auténtico proveniente de quien debe reconocerlo, en el cual conste su reconocimiento en los términos del artículo 273 del Código de Procedimiento Civil. La declaración se entenderá prestada bajo juramento por la autenticación del documento en la forma prevista para la demanda.

Este escrito suplirá la diligencia de reconocimiento".

El numeral 3 del artículo 21 del Decreto 2651 de 1991 dice:

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

Se debe entender que el juez mantiene sus poderes, y como consecuencia valorará el testimonio de conformidad con las reglas de la sana crítica y puede si es del caso ordenar la comparecencia del testigo al juzgado e interrogarlo.

El numeral 7 del artículo 21 del Decreto 2651 de 1991 dice:

"Presentar la declaración de parte que ante ellas haya expuesto el absolvente.

Este documento deberá ser firmado por los apoderados y el interrogado, se incorporará al expediente y suplirá el interrogatorio respectivo".

Se debe hacer el mismo comentario, en el sentido que el juez valorará las respuestas dadas al interrogatorio de conformidad con las reglas de la sana crítica. El juez en todo caso mantiene intactos sus poderes en materia probatoria —indicados en los artículos 179 y 180 del C. de P.C.—, más concretamente, los indicados en el artículo 202 del C. de P.C.

Las pruebas aportadas en la forma mencionada en este artículo serán apreciadas por el juez en la respectiva decisión tal como lo dispone el artículo

174 del C. de P.C. y en todo caso el juez podrá dar aplicación al artículo 179 del C. de P.C.

Establece la reforma que adicionalmente podrán:

"a) Presentar documento en el cual consten los puntos y hechos objeto de una inspección judicial; en este caso se incorporará al expediente y suplirá esta prueba. El escrito deberá autenticarse como se dispone para la presentación de la demanda".

El juez mantendrá los poderes consagrados en los artículos 179 y 180 del C. de P.C. y específicamente, el consagrado en el inciso segundo del artículo 244 del C. de P.C. El juez valorará la inspección judicial de conformidad con las reglas de la sana crítica.

"b) Solicitar, salvo que alguna de las partes esté representada por curador *ad litem,* que la inspección judicial se practique por las personas que ellas determinen".

Igualmente esa inspección judicial, practicada por un tercero, será valorada por el juez de conformidad con las reglas de la sana crítica; obviamente manteniendo siempre sus poderes oficiosos en materia probatoria –artículos 179 y 180 y en el inciso 2 del artículo 244 del C. de P.C.–.

Las instituciones consagradas en el artículo 21 del Decreto 2651 de 1991, y ahora reproducido en parte en el artículo 183 del C. de P.C. por la Ley 794 de 2003 son propias de la ideología de un proceso adversarial, donde el manejo de las pruebas corresponde a las partes, e impropias de un proceso donde el manejo de las pruebas corresponde al juez.

Así entonces, existiendo el poder-deber del juez de decretar pruebas de oficio, resultan por lo menos extrañas las instituciones anteriormente identificadas. Eso explica en parte su poca utilización, y además que no existe en Colombia una cultura que permita esa práctica de pruebas, por lo cual sin temor a equivocarnos se puede sostener que son letra muerta.

Por otra parte, debe provenir de sujetos legitimados para ello, como las partes iniciales, el interviniente principal, el llamado en virtud de la denuncia del pleito, el llamado en garantía, etc., en materia civil.

Otro tanto ocurre en materia penal, por ejemplo: de conformidad con el artículo 316 del C. de P.P., una vez iniciada la instrucción la policía judicial solo actuará por orden del fiscal. "Ello significa que si la policía judicial continúa practicando pruebas después de iniciada la instrucción, sin orden del fiscal, esas pruebas no se pueden tener en cuenta en la instrucción, porque no son practicadas por un sujeto legitimado para ello. La prueba es nula de pleno derecho" (art. 29 de la C. Política).

9. PRINCIPIO DE LA LIBERTAD DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

No podemos hoy, y por sobre todo frente a los acontecimientos mundiales, afirmar que triunfó la civilidad. Se debe seguir recalcando sobre los derechos inalienables de la persona humana, dentro de los cuales está la integridad psíquica. Esa necesidad de tener en cuenta esos derechos ha conducido a que algunos juristas afirmen que los medios de prueba deben estar, sobre todo en materia penal, taxativamente enumerados y concretamente se ha dicho: **"Las normas sobre las pruebas penales son normas de garantía, por lo cual toda su disciplina debería ser considerada como un instrumento de defensa para el imputado'.** Obsérvese que el medio de prueba en esta perspectiva no es solamente un asunto procesal, sino también es una oportunidad de "tutelar los derechos individuales constitucionalmente garantizados, frente al peligro de sus posibles violaciones"[7] (art. 29 de la C.N.).

Consideramos que se puede defender la tesis de la libertad de medios de prueba, pero siendo enfáticos en afirmar que de ninguna manera se pueden violar los derechos individuales constitucionalmente garantizados. Este criterio se recogió en el artículo 237 del C. de P.P.: "Hay libertad de medios pero existe taxatividad en el sentido que no se pueden violar los derechos fundamentales". Ejemplo: el narcoanálisis podría dentro de la libertad de medios de prueba ser utilizado, pero la taxatividad surgida del respeto a los derechos fundamentales impide que se utilice como medio de prueba (art. 29 de la C.N.).

La Corte en Sala de Casación Penal ha dicho:

> "De esta manera, la libertad probatoria consagrada lleva a concluir que los hechos y circunstancias del proceso pueden ser demostrados con cualquier medio que tenga esa capacidad, quedando por fuera la hipótesis de que determinado hecho sólo se puede establecer a través de un especial medio de convicción. Lo que no obsta para admitir que existen elementos de juicio con mayor idoneidad probatoria que otros; por ejemplo, las pruebas ideales para demostrar la tipicidad de un homicidio, obviamente serían la necropsia, el acta de levantamiento del cadáver y la partida de defunción, pero lo anterior no imposibilitaría probar la muerte por otro medio de convicción".

[6] CONSO, GIOVANNI. ***Natura giuridica** delle **norma sulla prona** nel **processo** penale*, en Riv. dir. proc., 1970, págs. 1 y ss.

DENTI, VITTORIO. ***Estudios de derecho probatorio.*** Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, Argentina, 1974, pág. 270.

Igualmente, la Corte se refiere al estado de embriaguez. No cabe duda que la prueba de la alcoholemia es la ideal, pero se puede demostrar con testimonios, más si se trata de un médico.

También se refiere al artículo 43 del C. de P.P. que dice: "El funcionario judicial deberá resolver dentro del proceso penal las cuestiones extrapenales que surjan de la actuación y que no sean elementos constitutivos de la conducta punible, teniendo en cuenta la efectividad del principio del restablecimiento del derecho, aplicando las normas jurídicas materiales correspondientes y las procesales penales en lo referente a la prueba y a su valoración".

Se debe tener en cuenta, como lo sostiene la Corte, el artículo 237 del C. de P.P., donde se establece que "los elementos del hecho punible, la responsabilidad, la naturaleza y cuantía de los perjuicios podrán demostrarse con cualquier medio probatorio, a menos que la ley exija prueba especial". Esta última parte se debe relacionar con el artículo 43, cuando el juez penal deba resolver asuntos extrapenales. Por ejemplo, si tiene que resolver sobre algún asunto civil apreciará las pruebas de acuerdo con esa legislación'.

Se debe tener en cuenta que existiendo libertad de prueba, por ejemplo, la violencia sobre las cosas puede "ser demostrada por una pluralidad de elementos de juicio y es así, por ejemplo, que la violencia sobre las cosas —una cerradura— puede ser probada por la inspección judicial, o por testigos presenciales del acto violento, o por testigos que posteriormente a los hechos hubieran podido evidenciar los efectos de la violencia, o por prueba documental, fotografías, filmes, grabaciones sonoras, etc.'".

A ciertas personas les cuesta creer que esa misma libertad probatoria, se puede predicar en lo referente al estado civil de las personas. Sin embargo, el principio no cambia por tratarse de prueba de este especial estado. Ejemplo: A y B resuelven hacer vida en común como amantes. A (la mujer, tiene una hija X) logra que B registre como hija suya a X, cuando realmente no lo es. Pasado el tiempo, A abandona a B. Este resuelve hacer vida marital con su `hija'. Enjuiciado por incesto, puede probar por cualquier medio que efectivamente X no es hija suya.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de Casación. Octubre 26 de 1994, Radicación 8.796. Mag. Pon. Dr. Edgar Saavedra Rojas.

9 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Junio 28 de 1995. Mag. Pon. Dr. Edgar Saavedra Rojas.

La Corte ha dicho:

"Si bien es cierto que el artículo 106 del Decreto 1260 de 1970, establece como prueba del estado civil de las personas el registro civil correspondiente, también lo es que en materia penal, al reconocerse la libertad probatoria para la demostración de los elementos constitutivos del hecho punible, la responsabilidad de los imputados, la naturaleza y cuantía de los perjuicios (art. 253 [hoy 237]), el legislador ha querido en forma relativa y subsidiaria permitir que la verdad pueda ser demostrada por cualquiera de los medios probatorios señalados en el código de la materia, por ser esa la verdad prevalente en el proceso penal".

Igualmente, la Corte ha dicho:

"Las pruebas procesales que en materia penal tienen la amplitud suficiente para demostrar el estado civil de las personas, con cualquier medio de prueba, sin sujeciones al rigorismo que exige la ley para el asunto civil" (G.J. LXIX, pág. 167, 1951, No. 167s.).

Igualmente ha dicho la Corte:

"... Conviene reiterar que, a los fines estrictamente penales (configuración de hechos delictuosos, deducción de agravantes, etc.), se reconoce libertad probatoria sobre los hechos relacionados con aspectos de esa especialísima índole. En cuanto al estado civil de las personas, por ejemplo, la ley procedimental marca una tendencia preferente pero no excluyente de los medios de prueba. Quiere esto decir que el primer interés se dirige a obtener una evidencia documental, conforme a los estatutos que regulan esas materias, pero en ausendia suya es perfectamente válido acudir a comprobaciones de muy variada condición, así las atestaciones eclesiásticas, los testimonios, las pericias, etc. Lo dicho guarda cabal armonía con la salvedad final que señala el artículo 106 del decreto 1260 de 1970"[10].

10. PRINCIPIO DE LA SEPARACIÓN DEL INVESTIGADOR Y DEL JUZGADOR

Sin pretender ser exhaustivo porque no es el objeto de esta obra, se debe tener en cuenta que en materia civil las partes saben o conocen los hechos del `problema' que discutirán y plasmarán en los escritos correspondientes. El juez practicará pruebas dentro de estos supuestos y en el evento de decretarlas de oficio es dentro de esos límites. En materia penal el Estado que es el más interesado en saber qué fue lo que realmente ocurrió, no lo sabe y por ello tiene una doble misión que cumplir: averiguar dónde está la información e informarse.

[0] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 2ª. Mayo 6 de 1993. No. de Rad. 8.143. Mag. Pon. Dr. Edgar Saavedra Rojas. Ediciones Jurídicas Ley, José M. Forero 13., 1993, pág. 101.

Esa función de averiguar dónde está la información, es decir de buscar, escudriñar, exige que el funcionario sea audaz, imaginativo, casi aventurero. Puede y debe (generalmente) trabajar con hipótesis, diseños. En esa labor muchas veces maneja preconceptos los cuales se estratifican en su memoria como realidades.

Para descubrir la prueba, como sucede con cualquier acto que implique apuntar a un descubrimiento, es necesario formular hipótesis, es decir, hacer conjeturas imaginativas acerca de cuál es posiblemente la verdad del asunto. Una hipótesis es una especie de ley en borrador o de conjetura de cómo puede ser determinado asunto".

La hipótesis del investigador se debe confrontar con la vida real, para saber si es cierta. El experimento, la confrontación referida, pueden congeniar con la hipótesis, o por el contrario puede ser incongruente con ella.

John Stuart Mill, dice que la inducción ("esa grandiosa operación mental") es un proceso de inferencia que "avanza de lo conocido a lo desconocido..." y llega a la osadía de sostener que como la inducción es un proceso rigurosamente lógico, es posible incrementar el contenido empírico de los supuestos de los cuales es parte. Consideramos un error esa afirmación, pero estaríamos dispuestos a ser benévolos con el investigador que así lo entendiera, pero en cambio nos causaría una gran alarma si eso pensara el juez, corno se enfatizará más adelante.

Si el funcionario que busca la prueba, que fundamentalmente imagina, fuese quien tuviera que decidir y hacer la valoración de la prueba, no podría casi nunca distinguir entre lo que realmente observó y lo que imaginó para conseguirla. Se ha dicho: "... No es consecuente con esta idea la entrega de ambas —la de requerir y la de decidir—, durante el procedimiento preparatorio, a un inquisidor, a un solo órgano estatal encargado de cumplir las dos tareas verbigracia, el juez de instrucción. Su existencia sólo se puede explicar como producto de las contradicciones y compromisos que todo movimiento histórico genera, esto es, de las marchas y contramarchas de un proceso cultural aún no terminado. En efecto, no es susceptible de ser pensado que una misma persona se transforme en un investigador eficiente y, al mismo tiempo, en un

POPPER, II. R. *Conjeturas y reflexiones*. Madrid, Paidós Ibérica, 1982. MEDAWAR, PETER. *La amenaza y la gloria. Reflexiones sobre la ciencia y los científicos*. Gedisa, Barcelona, 1993, pág. 111.

guardián celoso de la seguridad individual; el buen inquisidor mata al buen juez o, por el contrario, el buen juez destierra al inquisidor"[12].

Pero debemos recalcar que el riesgo de error se presenta fundamentalmente cuando el juzgador que investigó (que buscó) hace una mixtura entre lo realmente experimentado y lo que imaginó para buscar. No se puede pretender que un hombre sea capaz de escindir lo que realmente observó y lo que deseó que fuera o que imaginó.

El investigador debe tener una gran imaginación para, como ya se dijo, descubrir la fuente de prueba y aprovecharla. El juez en cambio, como dice G. Brichetti: "... Debe hacerse, pues, discípulo del hecho; lo debe escrutar y no prevenir; debe buscar sus causas y sus consecuencias, no imaginarlas según su arbitrio. El estudio del hecho debe ser diligente e inteligente, porque si no lo lleva a cabo con recto criterio, el hecho, por sí mismo, no siempre vale para conducir a la verdad, e incluso puede ser ocasión de error. Sobre todo el juez debe tener presente que no es suficiente ser guiados por la voluntad de la verdad para alcanzarla, sino que para posesionarse de la verdad hay que acercarse a ella con la mente libre de intereses y sentimientos perturbadores, y no inclinada ya a obtener una respuesta con preferencia a otra; porque de otra manera no siente ya lo que la verdad nos dice, sino lo que deseamos oír"[13]. De conformidad con lo anterior, parece un logro de nuestro momento cultural que un funcionario sea quien instruya y otro quien juzgue.

Sin embargo en Colombia, de conformidad con el artículo 250 de la C.N., el fiscal que investiga, en un momento dado se transforma en juez y valora la. prueba para dictar o no medida de aseguramiento (numeral 1 del artículo 250 de la C.N. y art. 356 del C. de P.P.). Esta supone una verdadera valoración de la prueba, ya que cuando el C.P.P., en el articulo 356, se refiere a responsabilidad; apunta a exigir del funcionario una valoración sobre: "los medios probatorios que apuntan a la autoría y participación, y aquellos que hacen relación a los juicios de valor sobre la antijuridicidad y la culpabilidad. La norma exige prueba de responsabilidad, y ésta sólo se puede entender en cuanto convergen los tres elementos estructurales del hecho punible mencionados en el art. 2^0 del C.P."[14].

[12] *Códigos Procesal Civil y Penal.* Modelos para Iberoamérica.

[13] BRICHETTI, GIOVANNI. *La evidencia en el derecho procesal penal.* Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1973, pág. 28.

[14] BERNAL CUÉLLAR-MONTEALEGRE LYNETT. *El proceso...,* pág. 132.

Hoy el art. 9° del C.P. dice: "Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.

Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad".

En esta doble función del fiscal, que dicho sin ambigüedades significa buscar y entender la información y además valorarla, se cometen muchos errores. Estas mixturas no son buenas y se atenta contra el derecho de contradicción, ya que se suponen pruebas, como ya se dijo, y se le hace nido a subjetividades del funcionario.

Cuando se le 'patrimonia' a la fiscalía la resolución sobre las medidas de aseguramiento, en esta parte (y la más sensible) nos ubicamos dentro de un proceso típicamente inquisitivo (mi futura contraparte valora las pruebas practicadas por ella, y me las enrostra).

En esta parte encontramos nítida una manifestación del método inquisitivo: "hay una confianza tendencialmente ilimitada en la bondad del poder y en su capacidad de alcanzar la verdad"[5]. Cuando se le da tonalidad al poder, la prueba tiende a ser monólogo y afirmación, en vez de ser una especie de documento de trabajo que se somete a la discusión de los sujetos procesales. La prueba merece su nombre cuando es producto de un diálogo frente a un imparcial. Cuando es manifestación del poder pierde su esencia (método inquisitivo). Cuando es menos arrogante y es producto como cualquier "investigación empírica, a través del procedimiento por ensayo y error", la prueba se muestra en su esencia (Diálogo. Método acusatorio).

De otra parte, en el numeral 3° del artículo 235 de la C.N. se establece que los miembros del Congreso serán investigados y juzgados por la Corte Suprema de Justicia. No cabe duda que se ha establecido un sistema inquisitivo, con todos los riesgos que este sistema lleva consigo. No es argumento válido que los jueces colegiados no manejan preconceptos y subjetividades. Estos quizá más que el juez individual, resultan acrecentando subjetividades por las sumas que de las reflexiones de cada unos de ellos se

[5] FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.* Editorial Trotta, 1995, Madrid, España, pág. 604.

[6] FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y...,* pág. 610.

pueda hacer. Las subjetividades tienen mayor probabilidad de convertirse en "verdaderas realidades" cuando se manejan corno resultado de la rumiación de varios en la búsqueda de la prueba. Lo que no sucede cuando se trata solo de valorar las pruebas y se hace el juzgador colegiado discípulo de los hechos.

Se paga un precio muy alto en la época moderna al confiar a un mismo funcionario la búsqueda, captura y evaluación de la prueba. No se garantiza una valoración objetiva de la prueba. La subjetividad irá a la prueba y la impregnará; cuando lo ideal es que la prueba afecte al juzgador y le permita sobre ella mostrar su racionalidad. En los cuerpos colegiados, los miembros deben tener mucho cuidado cuando se trata de valorar la prueba y deben leer las piezas del expediente que contienen plasmados los medios. El no hacerlo y valorar la prueba, teniendo únicamente como instrumento la reflexión sobre lo informado por el ponente conduce a error y por tanto a injusticias. Se debe emplear el empirismo, es decir, se debe reflexionar pero directamente sobre las piezas procesales, para evitar reflexionar sobre lo hecho por el ponente que prácticamente conduce a divagar.

Debernos pensar que lo axial en el proceso penal, son las pruebas que transportan los hechos del mundo extraprocesal, al mundo reglado del proceso judicial. Por ello la construcción propiamente jurídica se debe hacer sobre el escrutinio minucioso de los hechos.

Ejemplo:

La discusión jurídica, sobre si alguien es autor o cómplice, debe resolverse mirando y observando los hechos.

A y otros cometen hurto en una joyería. B, que hace parte de la especie de banda, se dedica a distraer a una vendedora ambulante que trabajaba frente y a unos seis metros de la joyería T, que fue la robada.

Si se parte de la reflexión, se puede concluir que B es apenas cómplice (art. 26 del. C.P.P.). Pero si la misma reflexión la hacemos convirtiéndonos en discípulos fieles del hecho (el juez), podemos concluir que la mencionada B es autora.

En efecto su actuar para distraer a la vendedora era tan inmediato y tan cercano de quienes ingresaron a la joyería, que sin ella no se hubiera podido cometer el hurto. Si no se distrae a la vendedora, el hurto o no se realiza o se aborta, por tanto es autora o es coautora.

Dice la Corte al respecto:

"Pero, lo más decisivo, luego de conocer estos puntos salientes de la doctrina, se centra en el análisis de las modalidades y características de los hechos, pues un comportamiento que, conforme a reflexiones generales, puede aparecer como propio a una complicidad secundaria o accesoria, se transforma, por obra de la realidad y de singulares condicionamientos, en principal o esencial".

La Corte, finalmente, mantuvo la tesis del Tribunal que la mencionada señora B realizó actos de autoría.

La reflexión sin partir del expediente, de los hechos, puede ser creadora y por consiguiente equivocada. Por ello aquella se debe realizar siempre partiendo de los hechos y regresando continuamente a ellos para resolver. La reflexión en abstracto debe ser usada pero por el investigador, nunca por el juzgador. Este lo debe hacer dentro de la atmósfera, ya formada por las pruebas recaudadas en el proceso.

II. EL PRINCIPIO DE LA LICITUD DE LA PRUEBA

lid. GENERALIDADES

Para abordar este tema es necesario partir del artículo 1° de la Constitución Política que establece que Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en el "respeto de la dignidad humana", del artículo 13 que consagra el derecho

Extracto No. 15. Sentencia de Casación. 10 de mayo de 1991. Mag. Pon. Dr. Gustavo Gómez Velásquez.

"De una vez debe comentarse que, comúnmente el término 'campanero' cuando su radio de acción se da en sectores alejados de los autores y se realiza por varios, la llamada buena doctrina lo traduce como actividad de segundo orden; pero, cuando uno es el autor y uno el que vigila, la mencionada tendencia empieza a empeñarse y se muestra incierta, lo cual gana más terreno cuando se advierte que esa labor de control de terceros (particulares u oficiales) tiene una proximidad de inmediatez con los autores directos y culmina cuando se agrega otro aspecto que para la mayoría de la Sala se muestra como de crucial importancia, vale decir, cuando se destaca quien realizó la labor de 'campanero' controlaba propiamente la aparición del sorprendimiento en flagrancia. En otras palabras que de no ejercerse ese concluyente control (que no tiene por qué mirarse, como absoluto ya que en este campo la eficacia debe ser relativa o adecuada) sobre la persona —que realizaba obligada u oportuna observación del local asaltado—, ésta hubiera alertado sobre los hechos, fracasando la empresa delictiva. Es más, en esta decisión de trabajo delictivo, se llega a estimar tan definitiva la intervención de quien actúa corno `campanero', que de no darse por descontada su exitosa intervención, lo lógico y sensato es pausar el hecho. ¿Qué podría pensarse en este terreno de la complicidad, de un 'campanero' a quien se le determina cómo obrar el eliminar al celador, o al agente de la policía que por el entorno rondando, o al tercero que puede realizar idéntica observación y alertar sobre los hechos? ¿Se le podrá estimar, con base en el significado usual que se asigna al término 'campanero' como cómplice secundario?".

a la igualdad, y del artículo 29 que sanciona con nulidad de pleno derecho la prueba obtenida no solo violando las formalidades, sino también los derechos fundamentales.

La prueba ilícita es aquella que se obtiene violando los derechos fundamentales de las personas, bien haya sido para lograr la fuente de prueba o bien para lograr el medio probatorio, y su proscripción es consecuencia de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables'.

Ha de resaltarse sin embargo, que a nivel de derecho comparado no existe uniformidad ni en la terminología ni en cuanto al contenido de lo que debe entenderse por prueba ilícita, así por ejemplo, en la legislación y la doctrina alemanas este tema es denominado "de las prohibiciones de prueba".

Creemos suficiente para dar una pincelada sobre la legislación alemana, transcribir el parágrafo 136ª de la *Strafprozeßordnung* o Ley Procesal Penal alemana:

> "§ 136ª. **Métodos de interrogatorio prohibidos.** (1) No podrá menoscabarse la libertad de decisión voluntaria, ni de la actuación de la voluntad del inculpado, por malos tratos, agotamiento, y violencias corporales, administración de fármacos, por tortura, por engaño o por hipnosis. Podrá aplicarse la coerción tan solo cuando el Derecho Procesal Penal lo admita. Estarán prohibidas la amenaza con una medida inadmisible según sus disposiciones, y la promesa de ventaja no prevista en la ley.
>
> (2) Las medidas que menoscabasen la memoria o capacidad de comprensión del inculpado no se permitirán.
>
> (3) La prohibición de los apartados (1) y (2) regirá independientemente del consentimiento del inculpado. Las declaraciones que se hubieran producido transgrediendo esta prohibición, tampoco podrán ser aprovechadas aunque el inculpado aprobara su utilización".

En la Ley Orgánica (6/1985 de 1° de julio) del poder judicial para España, el artículo 11.1 establece:

> "Artículo 11.1. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violando los derechos o libertades fundamentales".

" En este sentido se pronunció el Tribunal Constitucional Español en sentencias 114/1984 y 127/1996 entre otras: "La imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida conculcando un derecho fundamental o una libertad fundamental, es consecuencia de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables".

En Italia, el *Codice di Procediera Penale* preceptúa:

"188. **Libertad moral de la persona en la práctica de la prueba.** 1. No pueden ser utilizados ni siquiera con el consentimiento de la persona interesada, métodos o técnicas idóneos para influir sobre su libertad de autodeterminación o para alterar la capacidad de recordar y valorar los hechos.

189. Pruebas no reglamentadas por la ley. 1. Cuando sea solicitada una prueba no reglamentada por la ley, el juez podrá practicarla en cuanto fuere idónea para asegurar el esclarecimiento de los hechos *y* no perjudique la libertad moral de la persona".

11.2. LAS PRUEBAS 'PROHIBIDAS' O ILÍCITAS Y LIBRE APRECIACIÓN DE LA PRUEBA

Algunos autores se inclinan a pensar que el sistema de la libre apreciación y la prueba ilícita están estrechamente relacionados y que se puede invocar aquel sistema para 'lavar' las pruebas ilícitas, porque todo se reduce a no despreciar nada que pueda servir de prueba; sin embargo, haciendo nuestro el pensamiento de Beling, en el sentido que "... las prohibiciones de prueba se apoyan sobre la ponderación superior de ciertos intereses extraprocesales frente a los intereses procesales encaminados a descubrir la verdad", se puede afirmar que el sistema de la libre convicción opera y debe operar sobre pruebas aportadas en forma regular y sin violación de los derechos fundamentales de la persona.

Se puede afirmar con Gerhard Walter, en términos generales que "la libre apreciación de las pruebas se refiere únicamente a la apreciación de medios de prueba lícitos"[19].

No podemos menos que pensar que cuando cualquier sistema procesal consagra el sistema de la libre convicción, está consagrando la 'obligación' que tiene el juez de valorar pruebas sin sujeción a valoraciones prefijadas por el legislador, pero sólo a las que sean lícitas.

11.3. LA LUCHA POR LA CRIMINALIDAD NO JUSTIFICA TODO

En efecto dice Ada Pellegrini Grinover:

"Es por eso que la investigación y la lucha contra la criminalidad deben ser conducidas de cierta manera, de acuerdo con un rito determinado, con la

[19] WALTHER, GERHARD. *Libre apreciación de la prueba.* Editorial Temis Librería, Bogotá, Colombia, 1985, pág. 316.

observación de reglas preestablecidas. Si la finalidad del proceso no es la de aplicar la pena al reo de cualquier modo, la verdad debe ser obtenida de acuerdo con una forma moral inatacable. El método a través del cual se indaga debe constituir, por si solo, un valor, restringiendo el campo en que se ejerce la actuación del juez y de las partes"".

Los estados modernos no pueden argumentar que el fin de la "defensa social", justifica la búsqueda de la verdad a cualquier precio. La búsqueda de la verdad no puede ser una aspiración que logre su satisfacción a costa de la libertad y de los derechos de la persona. No hay nada más precioso que la libertad.

Escribe Beccaria[22]:

"No hay libertad donde las leyes consientan alguna vez, que en determinados casos el hombre deje de ser persona y se convierta en cosa".

11.4. UBICACIÓN DEL TEMA DE LA PRUEBA ILÍCITA

El artículo 29 de la Constitución Política, reza:

"Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso".

La norma constitucional, es genérica, empieza imperativamente hablando de la nulidad de pleno derecho de la prueba, cuando se viola el debido proceso. El debido proceso está ligado con la búsqueda del orden justo y por ende frente a la Constitución colombiana, adquiere un carácter diverso al de tipificar conductas, establecer competencias, reglas de sustanciación y formalismos, de allí, que la enumeración contenida en el artículo 29 de la norma superior, en torno del contenido del debido proceso, no puede erigirse en una camisa de fuerza, sino que corresponde al administrador de justicia ajustar sus actuaciones al debido proceso, bajo el entendido de que el mismo se encuentra atado a la obtención de un orden justo en el cual se respeten los derechos fundamentales de las personas, teniendo corno norte los valores y principios constitucionales, al decir de la Corte Constitucional:

[20] PELLEGRINI, ADA. *Revista de la asociación de ciencias penales de Costa Rica.* Ario 7, No. 10, septiembre de 1995, pág. 22.

[21] PELLEGRINI, ADA. Obra citada, pág. 22.

[22] BECCARIA, CÉSAR. *De los delitos y de las penas.* Madrid, 1879. Versión vertida al castellano de César Cantú, pág. 148, XXVII.

"Ni el grande ni el rico han de poder comprar los atentados contra el débil y contra el pobre: De otra suerte las riquezas, que bajo la tutela de las leyes con el premio de la industria, se convierten en sostén de la tiranía".

"hay que ver el debido proceso desde el ámbito constitucional y no simplemente legal"".

Con sustento en lo anterior, podemos decir que el artículo abarca todo tipo de prueba y no solamente la prueba en sí, sino también la fuente.

Esa nulidad comprende, tanto la llamada **prueba ilícita,** que como ya se dijo, viola los derechos fundamentales, sea que esa violación se haya cometido para conseguir la fuente, o el medio probatorio. También la **prueba ilegal,** es decir, aquella que viola una norma legal. Y la **prueba irregular** desde el punto de vista procesal".

Es bien importante entender en esta distinción, que las normas que se refieren a las pruebas pueden ser de dos clases: **Unas de naturaleza procesal,** como por ejemplo aquellas que establecen reglas de lógica y manera de recibir los testimonios. Ejemplo: si se recibe el testimonio sin citación de la contraparte, se puede señalar una nueva fecha y recibirlo con citación de la contraparte (se cometió un error y ahora se enmienda) y ahora sí apreciar la prueba, pero si no se utiliza el procedimiento anterior o no es posible hacerlo, la prueba es nula de pleno derecho, porque se violó el derecho de contradicción. **En cambio, cuando se violaron los derechos fundamentales o normas legales,** la prueba no se puede apreciar bajo ningún aspecto y no es subsanable, porque lo que es producto de la violación de los derechos fundamentales, o de un delito, no puede ser aprovechado por un proceso, sobre todo judicial, porque depone toda la legitimidad que pueda tener ese poderoso mecanismo frente a la sociedad.

Con relación a lo anterior, dice Ada Pellegrini Grinover:

"Por prueba ilícita en sentido estricto, indicaremos por tanto la prueba recogida infringiendo normas o principios colocados por la constitución, frecuentemente

[23] CORTE CONSTITUCIONAL. T-280/98. Mag. Pon. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

[24] Distinta ha sido la terminología adoptada por nuestra Corte Constitucional, quien en Sentencia SU-159/02 sostuvo:

"El artículo 29 señala de manera general que la prueba obtenida con violación del debido proceso es nula de pleno derecho. Esta disposición ha sido desarrollada por el legislador penal para indicar dos grandes fuentes jurídicas de exclusión de las pruebas: la prueba inconstitucional y la prueba ilícita. La primera se refiere a la que ha sido obtenida violando derechos fundamentales y la segunda guarda relación con la adoptada mediante actuaciones ilícitas que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado. En cuanto al debido proceso, el legislador ha consagrado condiciones particulares para la práctica de pruebas y requisitos sustanciales específicos para cada tipo de prueba, cuyo cumplimiento debe ser examinado por el funcionario judicial al momento de evaluar si una determinada prueba es o no ilícita",

para protección de las libertades públicas y los derechos de la personalidad y de su manifestación como el derecho a la intimidad"[25].

11.5, LA NO VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS ILÍCITAS E ILEGALES

Reiterando la advertencia sobre la falta de uniformidad en cuanto a la terminología empleada, y ateniéndonos a lo anteriormente expuesto —es decir, abarcando tanto la prueba ilícita corno la prueba ilegal—, hemos de entrar a examinar uno de los puntos álgidos de este tema: ¿Qué se hace con las pruebas ilícitas o ilegales?

Para responder a esta pregunta, la doctrina ha formulado dos posiciones o criterios diametralmente opuestos:

11.5.1. La prueba no es admisible. Debe ser excluida (xclusionary rules")

Existen "lujos", que el Estado no puede darse, como sería violar los derechos constitucionales de las personas, que por definición debe proteger, para conseguir pruebas, ni construir sentencias sobre pruebas logradas por los litigantes con esa misma violación.

Tampoco puede cobijar con el manto de la impunidad, la violación de esos derechos o de la ley y mucho menos llegar al colmo de estimar los frutos de esa violación corno si nada hubiera ocurrido. Si el Estado asume estos criterios, el proceso tendría mácula y autorizaría el "juego sucio" dentro de él, desvirtuando entonces su finalidad, de ser un mecanismo ideado por el hombre para administrar justicia en forma inmaculada. Valorar y apreciar la prueba ilícita en el proceso, es estimular y autorizar su consecución; por el contrario, restarle todo valor es desestimularla.

Si el Estado usufructúa para sancionar, una prueba ilícita o para resolver un proceso por ejemplo civil, laboral, etc., en nada se diferenciaría de una banda de delincuentes o de quienes usufructúan los productos hurtados.

Debe retenerse el criterio, no siempre que se habla de prueba ilícita o ilegal, se debe pensar en el proceso penal, en absoluto, el proceso judicial, es el mecanismo para administrar la justicia en su totalidad, un Estado no puede comportarse corno el "esquizofrénico", repudiar la prueba ilícita e ilegal para

[25] PELLEGRINI, ADA, obra citada, pág. 23.

el proceso penal y defenderla o admitirla en el proceso, civil, contencioso, etc., que también son manifestaciones de la jurisdicción.

El órgano judicial, sobre todo, cumple una función pedagógica que no podernos ocultar, la sentencia trasciende (se invierte) en paz con justicia social y ¿cuál sería esa trascendencia, cuando aquella se consiguió, por ejemplo, torturando a las personas?, ¿es ése, en términos de inversión social, un mensaje apropiado para la comunidad, para los justiciables?

Escribe Winfried Hassemer:

"No existe ningún tipo de 'igualdad de armas' entre la criminalidad y el Estado que la combate en el sentido de una permisión a los órganos estatales para utilizar todos los medios que se encuentren al alcance de los criminales.

"El Estado necesita, también de cara a la población, una prevalencia moral sobre el delito, que no sólo sea fundamentada normativamente sino que también actúe de manera práctico-simbólica. El Estado no puede utilizar métodos criminales ya que perdería esta prevalencia y con ello, y a largo plazo, pondría en peligro la credibilidad y la confianza de la población en el orden jurídico estatal"".

La posición anterior, enfocada hacia la criminalidad y seguramente para el proceso penal, es en su totalidad, aplicable por ejemplo, al proceso civil, cada vez que el Estado a través del órgano judicial inmacula una prueba ilícita o ilegal, así sea en el proceso civil, se deslegitima, pierde credibilidad y cada día le costará más trabajo hacer que se cumplan sus decisiones, porque la ilegitimidad trae desobediencia "justificada".

Si bien es cierto son numerosos los países que adoptan esta posición, es decir, que consideran inadmisible la prueba ilícita; resultaría inadecuado suponer que regulan de manera uniforme el tema, así por ejemplo, las diferencias en torno a la forma de decidir qué pruebas deben excluirse permiten identificar tres grandes sistemas de regulación al respecto[27]:

Países de tradición anglosajona (regla de la exclusión).

En estos países (Estados Unidos, Canadá, Australia, Inglaterra) se considera que las pruebas ilícitas no pueden incluirse en el acervo probatorio, y se consagran procedimientos específicos para excluirlas.

[26] HASSEMER, WINFRIED. ***"Límites del Estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada. Tesis y razones"***. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Año 9, No. 14, pág. 7.

[27] Estudio basado en lo expuesto por la Corte Constitucional en Sentencia SU-159/01.

En lo referido a su aplicación, los países de esta tradición otorgan al juez penal un cierto grado de discrecionalidad, en tanto que le permiten emplear y sopesar diversos factores previamente; con excepción de Estados Unidos, en donde los jueces deben respetar las reglas y excepciones en materia de exclusión de evidencias ilícitas sentadas por la Corte Suprema de Justicia —como máxima autoridad judicial en la interpretación de la Constitución— y aplicarlas rigurosamente al caso concreto, y si bien las reglas y sus excepciones son construidas por la Corte Suprema de Justicia a partir de métodos de interpretación que comprenden formas de ponderación, como el balanceo o el análisis costo-beneficio, una vez que la regla y la excepción han sido establecidas, deben ser aplicadas rigurosamente sin introducir un análisis de ponderación en el caso concreto así éste pueda conducir a evitar que un crimen grave quede impune y que se sacrifique la verdad real.

- ***Paises de tradición romana (régimen de nulidades).***

En Francia por ejemplo, las pruebas irregularmente obtenidas están sometidas a un régimen de nulidades cuyas distintas consecuencias atienden a la naturaleza de la irregularidad cometida, por lo cual se considera que existirá una nulidad textual cuando quiera que se haya violado una prohibición expresamente consagrada en la ley, mientras que se hablará de una nulidad sustancial cuando las normas vulneradas sean, no prohibiciones expresas, sino disposiciones procedimentales que consagran formalidades de tipo sustancial –quedando así excluidas las irregularidades menores—.

Sin embargo, para que pueda declararse tal nulidad en cualquiera de los dos casos será necesario que el vicio que la origina afecte los intereses del inculpado.

En Italia, las pruebas ilícitas son consideradas no nulas, sino "inutilizables"[28], de acuerdo con lo establecido en el artículo 191 del C. de P.P. que reza:

[28] Al respecto, la doctrina italiana ha sostenido:

"El legislador no ha tenido la intención de someter la, violación de la prohibición de utilizar determinados actos procesales —entre ellos, las pruebas— al régimen de la nulidad (naturalmente relativa), para no correr el riesgo de que un aspecto tan relevante en el nuevo proceso penal pudiese ser completamente falseado por el inútil transcurso de los términos de caducidad o de las causales generales de saneamiento previstas en el artículo 183, prefiriendo entonces que la susodicha violación fuese sancionada en manera menos condicionada, pero ciertamente más incisiva, mediante la declaración de "inutilizabilidad" de los actos procesales ilegítimamente utilizados por el juez en la decisión, en todo estado y grado del proceso e incluso de oficio. Por lo cual, la sentencia que se base en actos inutilizables no puede ser declarada nula, sino apenas sometida a un reexamen de mérito, en la medida en la que incida sobre esto la inutilizabilidad de los actos procesales ilegítimamente utilizados previamente". (Comentario de M. GRIFANTINI).

"Art. 191. Pruebas practicadas en forma ilegal:

1. Las practicadas con violación de las prohibiciones establecidas por la ley, no pueden ser utilizadas.

2. La inutilizabilidad es declarable aun de oficio, en cualquier estado y grado del proceso.

Esta norma excluye entonces, por regla general, el poder utilizar, para los fines de la controversia, pruebas que hayan sido adquiridas con violación de una expresa prohibición incluso si la norma violada no prevé sanción alguna; y es con fundamento en su tenor literal, que se considera al régimen italiano como el más favorable a la invalidez de las pruebas ilícitamente obtenidas, por cuanto que no exige la existencia de un perjuicio para el inculpado.

En apoyo de tal afirmación, consideran algunos que la norma en comento tampoco excluye las irregularidades menores, lo cual es equivocado, puesto que la "inutilizabilidad" de una prueba, de acuerdo con lo establecido en el artículo 191,1 tiene lugar siempre que tal prueba haya sido conseguida "con violación de las prohibiciones establecidas- en la ley" y no cuando su consecución, aunque autorizada, haya sido efectuada sin observancia de las formalidades prescritas, caso en el cual eventualmente podría hablarse de una nulidad.

La inutilizabilidad no puede entonces surgir de la violación de cualquier norma que estatuya reglas para la asunción de la prueba, puesto que en tal caso existirá una irregularidad, la cual, dependiendo de su naturaleza y gravedad, y de acuerdo con el principio de taxatividad de las nulidades establecido en el artículo 177, puede estar o no sancionada con nulidad –absoluta o relativa–. Así por ejemplo, en caso de que los testigos, antes de su examen, no sean puestos en imposibilidad de comunicarse con las partes, con violación de lo dispuesto en el artículo 149, no podría hablarse de "inutilizabilidad", que según lo establecido en el artículo 191, se predica de las "pruebas ilegítimamente adquiridas", esto es, contraviniendo una prohibición expresa de adquisición; quedando entonces por examinar si la violación del citado artículo 149 está o no sancionada con nulidad, a lo cual habría de responderse negativamente, por cuanto que tal disposición constituye una norma reglamentaria a la cual no está vinculada sanción alguna en el plano procesal".

[29] Tales precisiones han sido tomadas de ***Comentario breve al*** *nuovo* ***Codice di Procedura Penale,*** a cura di Vittorio Grevi. Ed. CEDAM. Padova. 1994.

- *Países de tradición germánica ('potestad del juez).*

Tales como Alemania y Suiza, en los cuales no existe una regla general de exclusión en sentido estricto, ni un sistema de nulidades, sino una potestad del juez para determinar en cada caso concreto cuándo una prueba obtenida con violación del derecho, ha de ser desestimada, utilizando un método de ponderación de múltiples factores jurídicamente relevantes.

Tal método es descrito así por nuestra Corte Constitucional:

"Dicho método busca determinar en una primera etapa si la prueba cuestionada representaría una afectación de la garantía esencial de los derechos fundamentales. En caso afirmativo, la prueba viciada es excluida. En caso negativo, que es la conclusión más frecuente, se pasa a la segunda etapa del análisis en la cual se introduce un método de ponderación a partir del principio de proporcionalidad en sentido amplio, el cual incluye los tres subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio lleva a que la afectación de los derechos fundamentales sólo sea lícita cuando ella se muestra adecuada a los fines de la persecución penal (subprincipio de adecuación), las autoridades no disponen de otros medios igualmente efectivos pero menos lesivos de los derechos de la persona (subprincipio de necesidad) y el perjuicio ocasionado a la persona no es excesivo frente a la importancia de los fines de la persecución penal (subprincipio de la proporcionalidad en sentido estricto). Los factores ponderados son múltiples: la seriedad del crimen, la gravedad del vicio probatorio, el valor demostrativo de la prueba en cuestión, la fortaleza de la sospecha y los intereses constitucionales en juego dentro de los cuales se destaca el interés en que la violación de los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal no quede en la impunidad sacrificándose la verdad real. Por eso, volviendo a los dos casos sobre los diarios como medio viciado de prueba, en el caso del perjurio—un delito menos grave que el homicidio— el diario fue excluido mientras que en el caso de la tentativa de homicidio -un delito que compromete el derecho a la vida— el diario fue admitido a pesar del vicio del cual padecía como prueba"".

11.5.2. La prueba obtenida ilícitamente debe ser válida y eficaz

Debe recordarse que están incluidas las llamadas: pruebas ilegales. Con el único fin de informar y haciendo unas pinceladas, se puede afirmar que existe gran ingenio y razonamientos de gran valía elaborados por quienes defienden el planteamiento que las pruebas sobre todo ilegales, deben ser admitidas por el funcionario, sin perjuicio de las sanciones penales y disciplinarias correspondientes. Soy deudor de Joan Picó I. Junoy y en efecto encontramos:

" Sentencia SU-159/02.

11,5.2.1. El principio de la búsqueda de la verdad real

Consecuentes con lo que hemos planteado, ya no es serio sostener que en el proceso civil se busca una verdad formal y que en el penal una verdad real; en todo proceso judicial se debe buscar la verdad, pero esa búsqueda no es a costa de cualquier cosa y mucho menos cuando interviene el órgano judicial. Los frutos de la violación de los derechos fundamentales o de un delito, no los puede utilizar el Estado, mucho menos los particulares, porque el primero por lo menos podía tener una excusa (que no es válida), que lo hace para que los delitos no queden impunes, en cambio los segundos (un proceso civil por ejemplo), son movidos por intereses egoístas y por sobre todo rompiendo el equilibrio que debe reinar en el proceso, premiando ese manejo ilegal, estimando a favor del violador los frutos del delito.

Tampoco es válido el argumento, que si no se estima esa prueba ilegal, se podría dictar una sentencia que no corresponda a la realidad. El proceso judicial es un valor ético en sí mismo, y se mancilla, cuando rompemos el equilibrio frente al respeto de los derechos y decimos: ***"corno Usted violó la ley, cometió delito y consiguió una prueba que le da la razón, se la damos porque*** *el fin justifica* ***los medios"***. Hasta ahí podríamos hablar de un proceso judicial dentro de un Estado social de derecho, es la graficación de un proceso manejado por malhechores.

11.5.2.2, El principio de la autonomía de las normas procesales respecto de las materiales

Podríamos decir, que es cierta una discreta autonomía, pero no hasta el punto que el juez del proceso, que sabe que éste es un rito dirigido a toda la sociedad, pueda ignorar que la prueba sobre la cual debe construir una sentencia se consiguió violando la ley, la autonomía puede no llegar hasta ese extremo.

11.5.23. La prueba, en sí misma considerada, tiene un fondo marcadamente metajurídico

De acuerdo con quienes sostienen esta tesis, los resultados de la prueba se miden en términos de verosimilitud, no de moralidad, así por ejemplo, el tratadista español Luis Muñoz Sabaté al tratar el tema sostiene, lo que nosotros sintetizamos así:

> La prueba ilícita, es innegable, puede adquirirse "valiéndose de medios materiales ilícitos".

- Frente a pruebas obtenidas por medio de teléfonos intervenidos sin autorización, etc., se *"presenta al juzgador un acuciante dilema al tener que decidir entre verdad y seguridad"*.

  Para un sector de la doctrina no sólo se aducen razones constitucionales, sino además, se toma partido por la seguridad, y se cita una jurisprudencia que dice: *"no puede admitirse que una parte consiga con actividades ilícitas aquello que lícitamente no podría procurarse"*. (Apel. Milano, 5 de abril 1934. R. Di. Pr. C.).

- Para otro sector de la doctrina, se sostiene la compatibilidad entre verdad y seguridad jurídica. Cita a Schönke, el cual afirma que ***"debe prevalecer el interés en el descubrimiento de la verdad. El interés de la colectividad en asegurarse contra la obtención ilegal de pruebas se preserva haciendo permanecer responsable, penal y civilmente, al que obró*** *antijurídicamente* ***en dicha obtención"***.

- Sostiene que también el problema de resolver sobre la utilización de la prueba ilícita es del proceso civil, puede que no en forma tan espectacular, como en el penal, donde se emplean torturas, etc.
- Con el fin de mostrarnos su concepción sobre la prueba ilícita, se pregunta si es un problema de admisión o de valoración, concluyendo que debe ser un problema de admisión, pero que, si por cualquier causa, la prueba ilícita logra burlar las barreras de la admisión y adviene a los autos, el juez debe valorarla como otra prueba cualquiera, sin perjuicio, claro está, de pasar el tanto de culpa a lo criminal si la producción de dicha prueba revelase la existencia de algún delito.

- Y viene su concepción sobre la prueba ilícita en concreto en los siguientes términos:

"La prueba, en si misma, considerada, tiene un fondo marcadamente metajurídico, y ello es lo que nos ha permitido trazar una semejanza relativa entre el juez, el historiador y el investigador de otras disciplinas. La prueba tiende a trasladar unos hechos a la presencia judicial, es un trabajo de reconstrucción, de descubrimiento, cuyos resultados se miden en términos de verosimilitud y no de moralidad".

- La justicia debe velar por la honestidad de los medios, pero ello no significa que no puedan aprovecharse del resultado producido por ciertos medios ilícitos que ella no ha buscado de propósito.

Dice:

"Querer exigir algo más es querer hacer política, convirtiendo al juicio de admisibilidad, como dice Cordero, en una escolta avanzada a favor de

determinados intereses ajenos al proceso. Al fin de cuentas, cuando Odilon Barrot dogmatizaba afirmando que las fuentes de donde la justicia obtiene sus elementos de convicción deben ser puras, tal vez no pensaba que nuestra concepción del proceso como lucha es la menos apropiada para hablar de pureza".

No se puede negar que son brillantes los razonamientos del distinguido autor pero disentimos en los siguientes aspectos:

1. El equilibrio entre la verdad y la seguridad jurídica se rompe, precisamente cuando admitimos, por decirlo en alguna forma, que una parte o sujeto procesal, utilice procedimientos ilícitos para procurarse una ventaja.
2. Ya lo hemos indicado, el Estado pierde legitimidad frente a la colectividad cuando utiliza los productos ilícitos para descubrir la verdad y a la mayoría de ella, le quedará muy difícil captar la diferencia entre la delincuencia que se vanagloria de administrar justicia y la que administra el órgano jurisdiccional y si llega a existir diferencia, ella será muy sutil y sólo pocos la captarán, perdiéndose la función pedagógica que debe cumplir el órgano judicial.
3. No podemos aceptar que, como la prueba ilícita logró pasar la etapa de la admisión, ya haya sido adquirida para el proceso. La adquisición debe ser de productos lícitos, de tal manera que al momento de ir a interpretar la prueba, es decir, contemplarla, es como si no estuviera y por consiguiente no se valorará.
4. Las pruebas desde tiempos inmemoriales están enmarcadas y limitadas por los valores espirituales de los pueblos y son expresiones de sus ideologías, por ejemplo en nuestra Constitución se expresó: *"es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso",* ésa es la concreción de una ideología de los constituyentes, es decir del pueblo, de tal manera que la prueba, primero que todo, hay que mirarla en términos de moralidad o más exactamente de legalidad y después, de verosimilitud.
5. Cuando se dice: *"Convirtiendo al juicio de admisibilidad, como dice Cordero, en una escolta avanzada a favor de determinados intereses ajenos al proceso",* se comete un error, al proceso judicial no le puede ser indiferente cómo se consiguió la prueba, ya que, como dice la Corte Constitucional colombiana: "... *En efecto, la prueba obtenida con violación del derecho a la intimidad también quebranta el debido proceso, pues, al suponer la utilización de una maquinación moralmente ilícita, constituye clara inobservancia de los principios*

de la formalidad y legitimidad de la prueba judicial y de la licitud de la prueba y el respeto a la persona humana "31.

Y como ya lo hemos indicado, la prueba siempre corresponde o es, la concreción de una ideología y ésta se encuentra clara en los ordenamientos modernos y concretizada en Colombia en el art. 29 de la C.P.

6. El proceso no es una lucha, donde el fin justifica los medios, de ninguna manera; el mecanismo del proceso en una de sus múltiples manifestaciones, es y debe ser, un valor ético.

Tomamos partido por la primera concepción.

Ahora bien, una vez examinados los argumentos utilizados por los defensores de la posición según la cual la prueba obtenida ilícitamente debe considerarse válida y eficaz, y fijada nuestra posición al respecto, procede mencionar en qué ordenamientos la misma es acogida.

Como anteriormente se explicó, son numerosos los Estados que coinciden en considerar inadmisible la prueba ilícita pero que difieren en la forma de decidir qué pruebas deben- excluirse; lo que gradualmente ha conducido a que en la práctica algunos de ellos tiendan a considerar que la prueba obtenida ilícitamente es válida y eficaz, cual es el caso de Alemania.

Como resultado de la contradicción que se presenta entre la teoría y la práctica, el caso alemán resulta ser ejemplificativo de ambas posiciones, puesto si bien es cierto teóricamente considera que la prueba obtenida con violación del derecho debe ser desestimada, en la praxis la forma de decidir qué pruebas deben ser excluidas –caso por caso, como resultado de un método de ponderación de múltiples factores, y no, como aplicación de una regla general de exclusión– ha conducido a que cada vez con mayor frecuencia, se aplique la tesis contraria, es decir, que la prueba ilícita es válida y eficaz.

Así, al tiempo que en Estados Unidos la exclusión de las pruebas ilícitas encuentra su fundamento en la disuasión ríe la futura conducta de las autoridades policiales, llegando incluso a sacrificar la verdad real del caso concreto con la finalidad de evitar que en el futuro se vuelva a repetir la misma arbitrariedad en desmedro de todo el sistema constitucional de derechos

31 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-003/1997. Referencia proceso T-106489. Mag. Pon. Dr. Jorge Arango Mejía.

y libertades; en Alemania pesa mucho más el fin de lograr que se haga justicia a partir de la verdad real en el caso concreto en el cual se incorporó una prueba inconstitucional o ilícita, lo cual pone de manifiesto la prevalencia que se da al principio de la búsqueda de la verdad real —uno de los principales argumentos de los defensores de la posición según la cual la prueba ilícita es válida y eficaz—.

Al tratar este punto, nuestra Corte Constitucional [32] ha puesto de presente lo siguiente:

> "En Alemania es más dificil que el autor de un crimen grave sea dejado en libertad a raíz de la obtención inconstitucional de la prueba que lo incrimina. Ello es ilustrado claramente por dos casos relativos a la incautación de diarios con violación del derecho a la intimidad de sus propietarios. En el primer caso, el diario permitía comprobar que el sindicado había cometido el delito de perjurio. La Corte excluyó dicha prueba. En el segundo caso, el diario conducía a demostrar la responsabilidad de un sindicado por tentativa de homicidio. La Corte admitió dicha prueba que, entonces, fue determinante para que se profiera sentencia condenatoria".

11.6. EFECTOS REFLEJOS DE LA PRUEBA ILÍCITA

Teoría de los frutos del árbol envenenado (FRUIT OF THE POISONOUS TREE DOCTRINE).

Quien se plantea el problema de la prueba ilícita, como aquella que no puede ser utilizada, a la cual no puede darse absolutamente ningún valor, tiene, necesariamente, que tomar partido y responder qué sucede con las pruebas lícitas que proceden de una prueba ilícita.

Existen diversos supuestos como sostiene López Barja de Quiroga [33]: "Un detenido revela en un interrogatorio en el que se violan los derechos fundamentales, donde se encuentran el arma y el botín procedente del robo. El arma y el botín son hallados en el escondite revelado en el interrogatorio, en el interior del domicilio del acusado, durante una entrada y registro realizado con mandamiento judicial, en el arma se descubren las huellas dactilares del acusado y se acredita pericialmente que se trata del alma utilizada para cometer el delito. Nos encontramos, pues, ante unas pruebas obtenidas lícitamente, pero que parten o tienen su origen o fundamento en una prueba que se obtuvo ilegalmente".

[32] Sentencia SU-159/02.

[33] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO. *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida.* Akal, Madrid, España, 1989, pág. 115.

Esta problemática ha dado lugar a que en los Estados Unidos se haya elaborado la teoría del fruto del árbol envenenado (fruit of the poisonous tree doctrine), conforme a la cual, al restarle mérito a la prueba ilegalmente obtenida afecta a aquellas otras pruebas que si bien son en sí mismas legales, no obstante están basadas en datos conseguidos por aquella prueba ilegal, llegándose a concluir que tampoco esas pruebas legales pueden ser admitidas.

Ejemplo: Si una persona es torturada y dice dónde están las armas, no puede utilizarse la confesión ni tampoco endilgarle que él tenía las armas, a pesar de que la segunda prueba es válida: "La inspección judicial es válida y legal tiene como fuente un acto ilegal. Claro que la existencia de las armas por ser objetividades no se pueden negar, pero para poder condenar si es del caso a la persona se requiere utilizar otras pruebas no contaminadas".

En Alemania, el Tribunal Supremo Federal para asuntos civiles y causas penales (BG.H.) ha desarrollado la "teoría del entorno jurídico", sobre la cual escribe Juan Luis Gómez Colomer[34], en cuya virtud, la posibilidad de revisar violaciones de las leyes que contienen supuestos de prohibiciones de prueba, concretamente acerca de la práctica de las mismas, depende de si "La violación afecta esencialmente el entorno jurídico del recurrente, o si esa violación sólo ha sido para él algo secundario o sin importancia".

Sin embargo, no se puede decir que esta tesis sea de fácil aplicación, y que haya sido constante. Por ejemplo:

> "§ 81ª Ley **Procesal Penal alemana:** Podrá ordenarse la investigación corporal del inculpado para la constatación de los hechos que fueran de importancia para el proceso. Con esa finalidad, serán admisibles extracciones de sangre y otras ingerencias corporales, que serán tomadas por un médico según las reglas del saber médico, sin consentimiento del inculpado, cuando no se temiera ninguna desventaja para su salud...".

Frente a ese artículo "de gran importancia práctica es la obtención de extracciones de sangre u otros resultados' de investigaciones de forma inadmisible, bien porque han sido ordenados por personas incompetentes, bien porque han sido practicados por personas que no son médicos. La opinión dominante entiende que aunque se haya producido la infracción, aunque el medio de prueba se haya obtenido antijurídicamente, es aprovechable (también así lo ha entendido el Tribunal Supremo Federal para asuntos civiles y causas

[34] GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS. *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas.* Editorial Bosch, Barcelona, 1985, pág. 136.

penales, por ejemplo en auto de 17 de marzo de 1971), porque el Parágrafo 81 [a] no concede ningún derecho a dejar fuera del proceso medios de prueba, y tampoco debe asegurar la cualidad del medio de prueba. La protección en este caso es la tutela penal existente, pues quien ordenó incompetente la extracción de sangre, o el no médico que la practicó, cometen delito de privación de la libertad y de lesiones"".

La Corte Argentina, en fallo de 10 de diciembre de 1981, ha dicho que: "otorgar valor al resultado de un delito y apoyar sobre él una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito". Con posterioridad fue puliendo este criterio hasta llegar a sostener que la regla es "la exclusión de cualquier medio probatorio obtenido por vías ilegítimas, pero teniendo en cuenta el concurso de factores que pueden atenuar los efectos derivados de su aplicación automática e irracional, es decir, que sólo resulta posible quitar mérito a las pruebas que aparezcan conectadas con la ilegalidad inicial, pero no cuando media un cauce diferente de investigación que permita llegar a la prueba cuestionada".

En el Derecho Público Provincial Argentino dicha doctrina alcanzaba consagración en la Constitución de la Provincia de Córdoba de 1987, cuyo artículo 10 establece:

> "Los actos que vulneren garantías reconocidas por esta constitución carecen de toda eficacia probatoria.
>
> La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieren podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella"".

Sostiene José 1. Cafferata Nores, que en la Argentina hay casi un criterio unánime en cuanto hace relación a la no utilización de "cualquier elemento de prueba constitutivo de la vulneración constitucional en sí misma. Por ejemplo, la confesión consignada por apremios ilegales".

En cambio, dice el autor citado, "hay divergencias en cuanto a las pruebas que, sin configurar en sí mismas el corpus del quebrantamiento a la garantía constitucional, se han conseguido gracias a la vulneración de ésta".

GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS. *El proceso...*, cit., pág. 135.

[36] J. D. AHORA, FRANCISCO. *"Interceptaciones **telefónicas y grabaciones clandestinas en el proceso penal"***, XI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Río de Janeiro, mayo de 1988.

El sustento de esa postura nace de una estrecha interpretación, tomando solamente las causales de nulidad del código de procedimiento, "sin tomar en cuenta la operatividad propia de las garantías fundamentales afectadas".

Sostiene que con base en estos criterios se han acuñado en la Argentina frases corno: "A) Si se pregunta: ¿la ineficacia del acto aniquilado acarrea la invalidación de otros actos anteriores, concomitantes o posteriores? Se concluye diciendo: A) Así ocurrirá sólo cuando exista una dependencia jurídico-procesal. B) Una derivación causal establecida por la ley, de tal modo que el acto anulado sea condición de la legítima existencia del acto consecuente. C) No habrá extensión de la nulidad cuando entre el acto nulo y el que es su consecuencia exista una mera dependencia cronológica o circunstancial o una derivación meramente fáctica"37.

Más adelante profundizaremos sobre este aspecto de la doctrina y jurisprudencia argentina, pero debe quedar claro que las normas procesales sin la carnadura que suministra la constitución, resultan raquíticas para interpretar el fenómeno de la prueba ilícita. El derecho procesal penal no es más, como repetidamente se ha dicho, que el derecho constitucional aplicado. No puede sostenerse que para la permanencia del orden jurídico se requiera violarlo, porque eso es un verdadero contrasentido.

En el Brasil, sobre todo después de la Constitución de 1988, vino a consolidar la posición del Supremo Tribunal Federal, apartando del proceso brasileño de cualquier naturaleza, la admisibilidad de pruebas ilícitas; art. 5 L. VI: "Son inadmisibles en el proceso las pruebas obtenidas por medios ilícitos".

"Los tribunales vienen aplicando la disposición constitucional, no permitiendo el ingreso de la prueba ilícitamente obtenida en el proceso: Enmienda Parcial No. 92/90, TRF de la 3", Región denegando enmienda parcial impetrada por el M.F. contra el acto del juez de la 12ª, jurisdicción Federal, excluyendo la transcripción y agregación a los autos del resultado de grabaciones clandestinas. La 5ª, Cámara Civil del TJRS, en expediente No. 590.019089 (caso Lío César Echmitt) concedió orden para eliminar del proceso el resultado de grabaciones hechas sin el consentimiento de las personas participantes de la conversación"[38].

[37] CAFFERATA NORES, JOSÉ I. *Temas de derecho procesal penal.* Depalma, Buenos Aires, 1988, pág. 196.

PELLEGRINI GRINOVER, ADA. Obra citada, pág. 25.

Y además, resulta útil transcribir de ese magnífico trabajo lo siguiente:

1L7. LAS NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO COMPARADO

Escribe Enrique Vescovi[39]:

"En principio debemos decir que descubrimos una tendencia regresiva o limitativa de la prohibición de las pruebas ilícitas que venimos estudiando, al menos con referencia a ciertos delitos que tienen muy preocupada a la comunidad toda. Como pueden ser los de terrorismo y tráfico de drogas y de personas (mujeres y niños).

"Así y en este sentido se ha señalado que estos derechos a la intimidad, que nos preocupa cada vez más en medio de las agresiones de todo tipo que sufre, es, como todos los derechos no absoluto sino relativo y limitado. Esto es que debe verse en su relación con los demás derechos del hombre, como el de propiedad, libertad, vida, etc.

"Así nace el llamado criterio de proporcionalidad, que fundamentalmente rescata la teoría alemana, para considerar en cada caso concreto, la situación. Para analizar la relación entre el derecho proclamado para impugnar la prueba ilícita y el que se protege al receptar esa prueba.

"En todo caso nos causa cierta alarma la nueva jurisprudencia norteamericana, con una Suprema Corte de Justicia más conservadora, que, a nuestro juicio ha retrocedido en torno al tema de la prueba ilícita y la mención de los frutos del árbol venenoso, cuyo concepto protector de la intimidad parece descartado.

"Referiremos algunos casos últimos de interés.

"Así en el caso Mclekskey S. C. Walter Zant por mayoría y con discordias, se acepta como prueba la confesión del imputado que primeramente había negado su participación en el delito. Esa confesión se obtiene colocando en la celda contigua al acusado otro delincuente con el cometido de conversar con aquel y obtener datos y su confesión que luego ratifica al verse cercado por la prueba obtenida por ese medio.

"En puridad la aceptación de esta prueba deriva del rechazo de la petición del acusado en que basa su apelación, por razones formales (no haber invocado determinado precedente, etc.). El fallo de la Corte, redactado por el Juez Kennedy (por seis votos, tres discordias), confirma la decisión de que el recurrente hizo abuso de su 'writ' al introducir el recurso de manera ilegal.

.. Las mesas de Proceso Penal, actividad ligada al Departamento de derecho procesal de la facultad de derecho de la Universidad de San Pablo, tomaron posición sobre la materia de la prueba ilícita con las siguientes conclusiones: Conclusión No. 48: Denomínanse ilícitas las pruebas obtenidas en infracción a normas y principios de derecho material. Conclusión No. 49. Son procesalmente inadmisibles las pruebas ilícitas que infringen normas y principios constitucionales, aun cuando fueran relevantes y pertinentes y aunque no exista conminación procesal expresa".

39 Trabajo en homenaje al maestro panameño JORGE FABREGA. Febrero de 1995.

"El otro caso que querernos citar en esta pequeña referencia es aún más notorio. Se trata de una persona residente en México que fue secuestrado en su domicilio de dicho país y fletado en un avión particular a Texas donde es juzgado y condenado por secuestro y homicidio de un agente de la DEA. El juez de primera instancia y el Tribunal de Apelaciones confirmando, entendió que se había violado el tratado de extradición entre los dos países y ordenó la repatriación a México del inculpado, pero la Suprema Corte de Justicia revoca la decisión, también con discordias. No tenemos tiempo de analizar los fundamentos, pues son ajenos al tema de la prueba ilícita en sí, pero en todo caso, demuestran una tendencia nueva que sin duda, restringe los derechos del debido proceso legal y las garantías de defensa, en forma alarmante".

Y finalmente agrega el tratadista citado:

"Por último queremos mencionar un caso de nuestro propio país que está aún a resolución de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay.

"Se trata de un caso en el cual están involucradas varias personas, inclusive un abogado penalista, acusados de enviar mujeres a Italia, para ejercer la prostitución (la llamada trata de blancas).

"El juez toma como base principal de la prueba grabaciones telefónicas obtenidas por la policía italiana, con autorización del juez italiano, de conversaciones mantenidas entre Italia y Uruguay. La prueba se basa en los dichos de las personas que hablaban desde Uruguay.

"El juez decretó el procesamiento pero el Tribunal de apelaciones en lo penal lo revocó con base justamente a que se consideró prueba ilícita la llevada al proceso.

"Se hizo hincapié en que, naturalmente, el delito imputado se comete en Uruguay y la policía (Interpol) en comunicaciones con la italiana obtiene las grabaciones que luego se usan como prueba trasladada.

"La tesis del Tribunal, que representa en Uruguay el rechazo de la prueba ilícita, se sostiene con base a que dicha prueba se obtuvo sin conocimiento del juez uruguayo que no autorizó la grabación (como hubiera podido hacerlo según nuestra ley) y que no es válida la obtenida en Italia por grabaciones que, aunque autorizadas por el juez de aquel país se refieren a comunicaciones en Uruguay respecto de un delito cometido en Uruguay y al proceso penal en este país".

11.8. EL PRINCIPIO DE LA PROPORCIONALIDAD

Para atenuar los rigores de la no admisibilidad de la prueba ilícita, se ha expuesto el criterio de la proporcionalidad. Este consiste en sopesar, en el caso concreto, los derechos fundamentales en conflicto y excepcionalmente permitir la aducción de pruebas, que en otras circunstancias serían consideradas ilícitas. Por ejemplo, utilizar una grabación, tomada por medio del teléfono, donde consta la propuesta de pagar una suma de dinero por la

muerte *de* una persona, puede ser utilizada para evitar la muerte de esa persona, y ser apreciada dentro de un proceso judicial, aunque hubiere sido tomada sin autorización de las autoridades.

11.9. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN MATERIA DE PRUEBA ILÍCITA

Con el fin de apreciar cuál ha sido la evolución que nuestra jurisprudencia ha tenido en torno al manejo de la prueba ilícita, en las páginas subsiguientes examinaremos en detalle los pronunciamientos más relevantes de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia acerca del tema en comento.

11..9.1. Sentencia de 17 de septiembre de 1985

Se formula denuncia penal contra el juez Z, por el delito de prevaricato y concusión. Se presenta fundamentalmente como prueba una grabación deficiente, afirmándose que en ella está la voz del juez y donde, a las claras, se muestra el interés de quien interroga, porque la persona interrogada acepte que solicitó plata para remover a un secuestre.

La Corte dijo:

> "Las pruebas con las que se pretende demostrar el posible delito de concusión no resisten la más mínima crítica, porque la forma como fueron producidas y el interés de quienes las prepararon permiten declarar la ilegalidad de su creación y las interesadas finalidades de quienes las sustentaron, que, por ese solo hecho perdieron su capacidad probatoria.
>
> "En relación a la conversación grabada entre el sindicado y el denunciante, debe destacarse que aquella fue realizada estando el primero de los nombrados en estado de embriaguez y habiendo sido éste objeto de un insidioso interrogatorio, que resultó a la postre incoherente y contradictorio, porque de entrada y en la voz con que posiblemente se identifica al sindicado, éste comienza diciendo que aunque quisiera ser venal, no puede serlo, porque jamás se ha vendido, insistiendo, en el curso de la misma grabación, en que no ha hecho ninguna propuesta, que le entendieron mar".

Si bien en la anterior sentencia de la Corte Suprema de Justicia no hay un pronunciamiento expreso sobre la prueba ilícita, sí muestra ella desprecio por la trampa o la mala fe que se emplea para conseguir las pruebas, cuando dice: "... y habiendo sido éste, objeto de un insidioso interrogatorio".

[0] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 17 de septiembre de 1985. Mag. Pon. Dr. Dante L. Fiorillo Porras.

11.9.2. Sentencia de 16 de marzo de 1988

Posteriormente la Corte, condenó a una juez por concusión con fundamento en el testimonio de un oficial de la Policía Nacional, quien contó que la funcionaria le había solicitado $500.000.00 por no investigarlo por supuestos delitos cometidos por éste.

El oficial la llamó por teléfono, le grabó el diálogo y la juez se mantuvo en la suma de quinientos mil pesos ($500.000.00), para dejar callada la situación.

La Corte conoce de la sentencia por vía de consulta. En el trámite del `recurso', el Ministerio Público razona así:

> "Es imperativo que se advierta por esta delegada en lo penal, en primer lugar, la no viabilidad plena de la principal prueba de cargo que se aduce contra la procesada funcionaria, esto es, la cinta magnetofónica obtenida como producto de la subrepticia grabación que se hiciera de una conversación telefónica en que el denunciante indujo intencionalmente a la juez, pieza procesal ésta que no procede elevarse a la categoría de prueba cubierta de pleno mérito probatorio ni legal, como se pretende, toda vez que se trata de un medio procedimental ilícito en su origen, en su producción y hasta en su aducción a las diligencias investigativas".

La Corte considera que la prueba no es ilícita con base en los siguientes puntos:

1) Hay que distinguir cuándo esa aparente violación proviene de los que intervinieron en la conversación o comunicación, o si proviene de un tercero. Censurable esta última, mas no cuando proviene de emitente y destinatario. En el caso que nos ocupa, la grabación fue entregada por el oficial emitente y a la vez destinatario.
2) La Corte sostiene que cuando una persona es víctima de un delito, puede hacer las grabaciones; en efecto dice: "Pero, cuando una persona, como en el caso concreto, es víctima de un hecho punible y valiéndose de los adelantos científicos, procede a preconstituir la prueba del delito, para ello de modo alguno necesita de autorización de autoridad competente, precisamente porque con base en ese documento puede promover las acciones pertinentes. Este por cuanto quien graba es el destinatario de la llamada".
3) Finalmente la Corte se basa, para tener y poder apreciar como prueba la grabación, en aspectos eminentemente procesales y razona contando que la prueba fue admitida. Que se ordenó tomar "muestras de la voz del denunciante y denunciada con destino al Instituto de Medicina Legal. Y que la propia juez aceptó que fue real la

conversación grabada si bien pretendió justificar su proceder aduciendo querer constituir prueba incriminatoria contra el oficial para iniciar investigación criminal en su contra por conductas contrarias a sus obligaciones oficiales'".

11.9.3. Sentencia de 13 de noviembre de 1990

La Corte dijo[41]:

"La Sala, conforme a su tradicional e invariable criterio, no deja de reprochar, de exigir y de imponer sanción a todos aquellos actos de autoridad que no se ajusten a la normatividad jurídica, especialmente los relacionados con los derechos civiles y las garantías sociales, esquemas vitales de los derechos humanos. Considera improcedente, es obvio, prácticas de fuerza (material y moral) y desconoce toda validez a lo realizado en tan censurables circunstancias, demandando o aplicando, además, el condigno castigo para sus autores, tanto en la órbita penal como en la disciplinaria. Pero también se muestra alerta para no calificar, de buenas a primeras, como formas inaceptables de tortura, aprehensiones que buscan disminuir los riesgos de reacción (v.gr. imposición de esposas) o interrogatorios severos. Además, resulta obvio en el proceso de exclusión de resultados investigativos que estos evidencien nexo causal con la práctica ilegal que los genera. Igualmente conviene insistir, en este estudio específico a que está constantemente abocado el juzgador, en lo que suele ser regla de experiencia, o sea, que los procesados, a más avezamiento en el delito, a mayor gravedad del mismo o protuberancia de la prueba de cargo, acuden a dramáticos relatos de coacción, que deben

[41] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de marzo 16 de 1988. Mag. Pon. Dr. Lisandro Martínez Zúñiga. Publicada en *Leyes y Jurisprudencia,* No. 6, Bogotá, pág. 52.

[42] Los hechos son: Algunos miembros de la Dijin conocieron, por una llamada telefónica, que en la casa de K, éste guardaba material explosivo y armas de fuego. Solicitaron la correspondiente orden de allanamiento, pero horas antes de que ésta fuera expedida por el Juzgado Cuarto de Orden Público, al observar que el procesado salía de su casa le detuvieron e interrogaron, volviendo al sitio y penetrando allí luego que aquél, por cierta presión ejercida por sus capturadores, accediera. a franquear su residencia, pues dijo no estar comprometido en ningún hecho delictuoso. En la revisión se hallaron múltiples armas. En un segundo registro, se le encontró una barra de explosivo sísmico y una mina antivehícular, posesión sobre la cual brindó tres explicaciones (esos elementos los recibió de terceros creyendo que eran unos repuestos; los agentes de la Dijin, fueron quienes dolosamente colocaron ese material comprometedor en su casa; todo esto fue llevado por éstos para ganarse una recompensa). También se hallaron en casa de K, numerosas cédulas de ciudadanía y variada documentación perteneciente a Pedro Pérez.

estudiarse con escrúpulo y serenidad, a fin de no cerrar el entendimiento ante violaciones impasables, ni abrirlo ingenuamente, con toda amplitud y efecto, a esta clase de maliciosas alegaciones"".

Las manifestaciones del sentenciado, con todo y buscar la conformación de abrumadoras intimidaciones, no consiguen ese objetivo. Debe pensarse,

[43] El sentenciado K, a los folios 28 y 29, relata su captura y la intimidación, por espacio de una hora, a que le sometieron los mencionados agentes, pasado lo cual "supuse que sería tal vez por esas carabinas que tenía en la casa y les comenté que si eso era lo que buscaban, que yo se los entregaba y listo, pero me decían e insistían de que yo tenía algo que iba a vender y que los autorizara a una requisa en mi casa, a lo que les dije que no tenía nada que ocultar y que los llevaba si era lo que querían. Luego llevaron o me llevaron en el carro y me pararon en otro sitio y uno de ellos sacó una pistola, me la puso en la sien y me dijo: aquí acabaron sus días, perro H.P. o nos dejas entrar a tu casa o ¿qué decidís? Entonces yo les dije que estaba bien, que entráramos, pero ya antes me habían sacado las llaves, mis papeles y a pesar de haber visto que era oficial retirado, me dijeron que esos eran papeles chimbos y que era mejor que cantara. Luego me dijeron: está bien, te vamos a dejar sentar y hablemos para entrar a la casa. Yo levantándome del piso, me senté y vi que estaba como a ochenta metros de mi casa, entonces esposado me bajaron del carro y me llevaron hacia la casa de donde ya salía uno de los agentes de mi casa con el candado de las rejas abiertas y con mis llaves. Me dijo: vamos a entrar. Cuando llegué a la reja de mi casa que ya estaba abierta, entré y me dijo el más alto de ellos, a manera de pantomina, abra la puerta, aclaro, la segunda puerta, para entrar a su casa y supongo que está bien claro que es por voluntad propia. Entonces yo le dije, que ante estas circunstancias que más podía hacer. Entramos derecho al segundo piso, al cuarto donde tenia las dos carabinas y el más alto me dijo: '¿dónde duerme?' y lo llevé a mi pieza donde me hizo abrir mi armario y revisó y no encontró nada, entonces me sacaron al tallercito y ahí me quedé con un agente revisando una cantidad de cajas que yo tenía, una por una por espacio de una media hora donde no encontraron nada, pero en ese lapso el más alto se subió al segundo piso y se puso a manipular a mis hijas, que no supe qué fue. Al rato bajó y me hizo subir de nuevo a mi pieza y me dijo ¿qué era eso? a lo que yo le dije que hacía unos tres días un amigo había ido a visitarme para un trabajo de calcomanías y que cuando ya salían ellos, les dije que para dónde iban, que si me podían llevar hacia los laboratorios Siemens en la 68 con las Américas y me dijeron que claro que con mucho gusto, pero que si podía hacer el favor de guardarles unos repuestos para carro que era que pesaban mucho y yo les dije que claro y me entregaron una bolsa la que cogí, sin ver, corrí a mi pieza y la guardé y bajé rápidamente para aprovechar la earrerita en el carro. Me pareció extraño que estos amigos Arturo Giraldo y otro, el que me llevó ese día de apellido Becerra o Montoya, no recuerdo bien, empezaron a hablarme de fantasías de volar la Embajada Americana, de un avión de la DEA y yo les seguí la corriente porque la mayoría de los casos de los militares retirados tienen y tejen fantasías con el mando y poder que ya no tienen...".

para concluir, en la ninguna tendencia de los agentes que realizaron el procedimiento en cuanto al ejercicio de presiones, amenazas y físicas violencias, que éstos procuraron la intervención del juez, la cual por el comportamiento del sentenciado, que intentó abandonar su casa de habitación, se produjo tardíamente; que todo ocurrió en inmediaciones de su residencia y nadie pudo escuchar una voz de protesta o de auxilio; que la aprehensión, en tal lugar y antes de presentarse el hecho de la entrada al hogar de K, fue de escaso tiempo; que su familia no demostró alarma o inquietud o afán de recurrir a las autoridades o a los vecinos; que los rastros físicos señalados como efectos de la fuerza ejercida, no guardan correspondencia con lo que al respecto se quiso establecer (se le captura el 21 de octubre/88, en horas de la tarde); la remisión al juzgado se efectúa al día siguiente, horas de la mañana; en la indagatoria –octubre 24– se anota su incolumidad corporal y mental (Fls. 28-30 y 42 lo que intenta explicarse por haber sido rudamente golpeado, pero con la protección de una cobija); que el procesado es una persona de formación militar y que nunca cedió a suministrar la más mínima información sobre las noticias que los miembros de la Dijin decían poseer y que a él le fuera revelada; que aparece como fenómeno extraño el que tales agentes, poseyendo todas las llaves, no usaran éstas para franquear autónomamente la entrada y apenas aplicasen con este fin la que servía a la reja del antejardín; que hay un juego sucesivo de coacciones y asentimientos, para nuevamente volver a unos y otras, llegándose a un final en donde se deja traslucir que el ingreso se produjo porque el sentenciado consintió al conocer que todo se debía a la tenencia de unas armas de fuego sobre las cuales podía acreditar su legítima procedencia y dominio. En síntesis, la composición prevenida e interesada que hace K, auspicia una apreciación de actividad ajena a la insufrible violencia, a la amenaza irresistible, a la insuperable intimidación y que, en cuanto a la penetración a su residencia, ésta no fue extraña a un atendible asentimiento suyo.

"Pero hay otra faceta que no es del todo desechable y que merece ser tenida en cuenta. Trátase de que los agentes que realizaron el procedimiento tildado de ilegal, recibieron información sobre la posesión de explosivos y armas de fuego y municiones por parte de K. Las pesquisas les llevaron a vigilar su casa, sabiéndose que estaba allí. Las circunstancias permiten entender, en buena lógica jurídica, que se evidenciaba un fenómeno de flagrancia, que trató de romperse totalmente cuando aquél intentó salir de su habitación, y alejarse de allí, momento en el cual los agentes de la Dijin decidieron no esperar más la orden del juez y actuaron. Realmente se encontraron allí los indicados elementos, confirmándose por tanto la situación de flagrancia, la misma que por la seriedad

y gravedad de las informaciones recibidas y las pesquisas antecedentes, auspiciaban esa penetración, aun contra la voluntad de su dueño. -Así entendida la cuestión, el proceder resulta válido".

Finalmente la Corte dice en la sentencia:

"La tesis de la delegada, en cuanto pretende distinguir entre el allanamiento como tal y las pruebas recogidas durante el mismo, al punto que éstas pueden ser válidas. Pese a la invalidez de aquél; o ellas pueden ser inválidas, pese a la validez del registro, exigiéndose por tanto el análisis separado y autónomo de uno y otros, pues es manifiesta su independencia y la imposibilidad de censura por la vía del error de derecho, resulta exagerada, por lo indiscriminada, y extraña a la valoración jurídica que debe presidirla.

"Para la Sala la cuestión merece ser discriminada y tratada en forma diferente, dando lugar a consecuencias múltiples y distintas. De ahí que se pueda decir, de entrada, que la actividad procedimental que busca producir un medio probatorio llega a tener usualmente tanta entrelazada importancia, que, con frecuencia devienen en aspectos inescindibles, al punto que atacado con éxito uno de los extremos, el otro desaparece; en otros términos, la pérdida de valor de lo actuado, que debe estimarse unitariamente, se da a expensas de la destrucción de uno u otro aspecto, o de la integrada formulación de la censura".

"De ahí, por ejemplo, que si una confesión extrajuicio (indicio) se da durante un allanamiento realizado de manera arbitraria, o en interrogación indebida, no es dable decir que son diferentes y autárquicos el allanamiento, la toma de versión y el indicio que de allí resulta, pues obviamente, si este solo se obtuvo por tal medio, la validez tiene que mirarse por esos primeros planos. Otro tanto podría decirse de la recepción de la indagatoria, contraviniéndose a las formalidades sustanciales de la misma, y la confesión que en ella se produzca; o la designación arbitraria de personas que no son auxiliares de la justicia o la confección totalmente ilegal de un cuestionario, y la prueba conocida como dictamen o pericia. Vale tanto, cuando el aspecto es único, afirmar que la confesión fue recepcionada sin que en ella interviniera el juez, como afirmar que la diligencia de injurada, por este mismo vicio, se torna en inexistente, desapareciendo el elemento probatorio. De igual modo puede decirse que si lo único que permite considerar la existencia de un elemento probatorio que provenga del procesado, es la diligencia de allanamiento, y ésta se cumplió contrariando su regulación legal o constitucional, vale tanto llegar al desconocimiento de esta diligencia, para que lo que de ella dependa, en forma exclusiva, corra igual destino, como censurar la existencia del documento del elemento delictivo, o producto del delito, por haberse obtenido, por procedimiento vedado. "Nadie negará que un interrogatorio, bajo tortura, vicia la confesión y vicia igualmente los descubrimientos que solo dependan en su fuerza demostrativa de ese medio.

"Por eso, si un allanamiento efectuado en contravía de lo que al respecto, en sus aspectos básicos e imprescindibles, constituye la única manera de acreditar

las manifestaciones de la persona que tenía derecho a la guarda domiciliaria, obviamente que defecto tan sustancial dará al traste con esa comprobación.

"Pero si el procesado, en diligencia válida posterior, decide reconocer la posesión de esas armas, la situación cambia fundamentalmente pues el valor de esa probanza ya no depende del allanamiento sino de la indagatoria misma.

"Y también puede llegarse a igual resultado por complementos testimoniales, periciales, documentales, etc.

"Conviene, también, dejar a salvo demostraciones innegables, incontrovertibles, como situaciones de hecho, las cuales no pueden uncirse al desprestigio o carencia de validez de procedimientos que los anteceden, rodean o subsiguen. Así el allanamiento exhiba irregularidades, hay acontecimientos que surgen en su desarrollo que no pueden desconocerse, como sería v.gr., el descubrimiento de un cadáver, de dinero o documentos falsificados, de un laboratorio para la producción de estupefacientes, de un depósito de armas o explosivos, o de una persona secuestrada.

"Tiénese, entonces, que en el caso sub-exámine el allanamiento fue válido bien por la aquiescencia del procesado, pues no logra convencimiento la forzada explicación de haber accedido a la penetración por la coacción o violencia sobre él ejercida, bien porque se daba un fenómeno de flagrancia. Y, de otro lado, K reconoció, a lo largo del proceso, que tales armas (las armas de fuego, con sus municiones), así como los varios documentos decomisados, eran suyas y tenían una procedencia legítima. Esto le ha dado a esta situación una caracterización diferente y de ahí la validez de todos los experticios efectuados sobre las mismas".

La sentencia anterior nos permite resaltar los siguientes aspectos:

a) Se maneja el criterio de la insufrible violencia (que no se puede sufrir –muy dificil de sufrir–). Sufrir: Sentir físicamente un daño, dolor, enfermedad o castigo. Sostener, resistir, aguantar, tolerar, soportar, permitir, consentir. Es decir que puede existir una violencia sufrible, o amenaza resistible, superable intimidación, etc., para realizar una determinada actividad.

b) Que se puede caer en el error de manejar el instituto de la flagrancia, para inmacular procedimientos ilegales cuando el resultado es positivo, como en el caso que nos ocupa, encontrar las armas. Ese resultado pareciera justificar la falta de orden de allanamiento. ¿Pero, qué hubiera sucedido si las armas no hubieran estado?

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. No. 13 de 1990. Mag. Pon. Dr. Gustavo Gómez Velásquez.

c) Permite manejar grados de 'ilegalidad'. Tan cierto resulta lo anterior que la sentencia afirma: "... es lo cierto que las características de la conducta no afirman, en el grado que exige la ley, una apreciación de abierta ilegalidad..." y obsérvese esta graduación en lo estudiado por la Corte: "... Y por tanto el procedimiento está más del lado de la ley que en contra de sus postulados y dictados...".

d) Se da paso a la posibilidad de conseguir que se haya inmaculado lo que no lo era, cuando refiriéndose a un allanamiento ilegal, la Corte termina diciendo: "Pero si el procesado, en diligencia válida posterior, decide reconocer la posesión de las armas, la situación cambia fundamentalmente pues el valor de esa probanza ya no depende del allanamiento sino de la indagatoria y también puede llegarse a igual resultado por complementos testimoniales, periciales, documentales, etc.".

e) Se da una aplicación bien importante a la teoría de los frutos del "árbol envenenado" o del árbol prohibido. Cuando la Corte afirma: "Nadie negará que un interrogatorio, bajo tortura, vicia la confesión y vicia igualmente los descubrimientos que solo dependan en su fuerza demostrativa de este medio".

f) También, en una aplicación muy especial de la teoría de los frutos del árbol envenenado, sostiene la Corte: "... Así el allanamiento exhiba irregularidades, hay acontecimientos que surgen en su desarrollo que no pueden desconocerse, como sería v.gr., el descubrimiento de un cadáver, de dinero o documentos falsificados, de un laboratorio para la producción de estupefacientes, de un depósito de armas o explosivos, o de una persona secuestrada".

Esta sentencia fue dictada antes de la vigencia de la actual Constitución Política, y por sobre todo, de la existencia del aparte final del artículo 29 de la misma.

11.9.4. Sentencia de 17 de noviembre de 1994

Un día del mes de marzo de 1992. Cuatro agentes de la policía hacían el seguimiento de unos electrodomésticos hurtados, parece que tenían noticia de hallarse aquellos en la casa de L, a donde solían llevarse esta clase de objetos a cambio de estupefacientes. Tocaron a su pueda, **observaron por la ventana el paso de una** persona y, **ante la tardanza para atender ese llamado, uno de los agentes miró por debajo de b puerta y observó un**

desplazamiento de la procesada, con algo entre las manos, parecido a una bolsa, morral o tula. Le solicitaron permiso para ingresar y encontraron droga. L fue condenada a 60 meses de prisión.

En casación se alegó fundamentalmente lo siguiente, que interesa para el tema que nos ocupa:

1) Que se llegó a la casa de L con un motivo preconcebido de la policía: que allí había droga. Llegar, dice el defensor, con un encubierto motivo (búsqueda de unos electrodomésticos hurtados) y dejar por fuera lo que verdaderamente les impulsaba (búsqueda de droga), es arbitrario y abusivo.
2) La prueba conformada por los testimonios de la policía violó el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar consagrado en el art. 15 de la C.N., al mirar por debajo del quicio de la puerta hacia el interior del hogar, atacando en cierta forma la inviolabilidad de habitación ajena.

La Corte, uniendo sus apreciaciones a las del Procurador Primero Delegado para lo Penal, afirma:

> "... De otro lado, el punto, de cierta manera, ya lo ha definido la jurisprudencia..." al estimar que una orden judicial de allanamiento expedida con todas las de la ley, para un determinado efecto, no priva a la autoridad que lo realiza de descubrir actuaciones ilícitas propias de ese inicial cometido, afines al mismo o completamente extrañas a ese propósito, surgiendo como diligencia plenamente válida todo lo que al respecto se haga y los logros en ese plano al descubrir una acción ilícita. Y esto se dice no solo porque "el asentimiento a ese acceso no puede darse con condicionamientos, v.gr., la restricción de no revisar sino algunas zonas de la habitación, no interrogar a nadie, revisar solo cosas pero no personas, etc., pues la autoridad no puede tener esta veda cuando la actuación se ciñe a los dictados de la ley pertinente reguladora de la misma, disciplinamiento jurídico que se muestra ajeno a lo que se pretende imaginar el demandante con su mínimo enunciado...".

Vuelve la Corte igualmente a plantear la flagrancia, cuyo criterio quedó plasmado en la sentencia anterior y reitera:

> "... Situación en la cual la autoridad puede prescindir del requisito de la autorización del morador o de la orden escrita de funcionario judicial. Además, sería recortar de manera aberrante el radio de acción de la autoridad, en desmedro de las garantías constitucionales que cuestan para la sociedad, a la vez que se dispensaría insólito e indebido tratamiento de privilegio a la delincuencia, la cual no se niega, goza de protecciones jurídicas pero en espacio propio y con una reglamentación muy conocida y bien evaluada en su contenido y alcance".

Y con relación a la vulneración de la intimidad personal agregó:

"La violación de la intimidad personal diversa del domicilio —al mirar por debajo de la puerta hacia adentro, y el entrar con engaños so pretexto de buscar una cosa para encontrar otra—, encuentra la misma respuesta ya dada aquí y en el cargo anterior. Es el propio sujeto amparado por la protección constitucional *y* legal, el que admite la intromisión en el ámbito personal y reservado de su domiciliaria, cuando consiente la entrada de los agentes de la autoridad. En relación con la mirada hacia el interior, por un hueco bajo la puerta, será obvio pensar en que ese evento no constituye una violación de la intimidad de la morada, en cuanto se deja un espacio vacío que permite la vista sin penetración, lo que ciertamente no viola la intimidad que no está resguardada de la intromisión ajena. Así, si alguien construye una ventana que da a la calle, y no coloca cortinas que impidan la vista, o no las corre si las tiene, no podrá aducir vulneración de su intimidad personal si realiza actos personales que por allí pueden ser vistos. Es una especie de permisión tácita a la intromisión ajena en el ámbito domiciliario o personal, lo que no resultará ilícito sancionable, aunque eventualmente devenga en reprochable acto de indebida cortesía"".

Rompiendo un poco el orden, pero con miras a la búsqueda de mayor utilidad a las explicaciones que posteriormente haremos, resulta importante referirnos a la sentencia de fecha 12-4-94 de la Audiencia Provincial de Madrid (España, sección décimo quinta):

Hechos: Se realizaron unas grabaciones audiovisuales de la conducta de los acusados. Unas de las grabaciones se lograron dentro de los servicios higiénicos y otra se logró en zona al aire libre (nos estamos refiriendo a un parque).

En lo que atañe a los servicios higiénicos, se trata de una dependencia en la que hay dos lavabos y dos inodoros, éstos con sus respectivas puertas, sin que conste en la causa que sean unos servicios específicamente destinados a hombres o mujeres, aunque sí está claro que se trata de servicios públicos y abiertos al público.

Dice la providencia:

"Ahora bien, el que sean unos servicios públicos para uso de cualquier ciudadano no quiere decir que estemos ante un espacio desprovisto de toda privacidad. Por contra, y debido precisamente al destino que tiene asignado ese lugar público

" CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Mag. Pon. Dr. Carlos E. Mejía Escobar. Nov. 17 de 1994. No. de Radicación 8.527. Publicada en ***Autos y sentencias.*** José M. Forero 13., Ediciones J.U. Ltda., Bogotá, Colombia, 1995. Septiembre-diciembre de 1994, pág. 25.

—el que los ciudadanos puedan satisfacer sus necesidades fisiológicas personales— aparece revestido de unas connotaciones de privacidad que le dan un carácter especial y singular. Desde esta perspectiva, puede hablarse de un lugar público pero no expuesto al público.

"En efecto, estamos ante un lugar público en cuanto que cualquier ciudadano puede entrar en él y utilizarlo para sus necesidades higiénicas y fisiológicas, pero, dada su función, es un espacio cerrado cuyo interior no puede ser visto desde la vía pública. Y no están expuestos al público ni la zona concreta asignada a los lavabos ni, por supuesto, los espacios cerrados en que se ubican los inodoros.

"La videocámara enfocaba a la zona de lavabos, de tal modo que los inodoros quedaban en un ángulo ciego al que la cámara de filmación no podía acceder con su objetivo. Por tanto, es importante dilucidar cuál es la naturaleza del espacio realmente filmado y, sobre todo, si las personas que lo utilizaban gozaban de una privacidad tutelable por la norma constitucional".

Obsérvese la distinción que se hace con gran sutileza entre la zona de los inodoros propiamente dicha y la zona inmediata donde se encuentran los lavabos (la filmación se hizo captando solamente la zona de los lavabos, como ya se dijo):

"A este respecto, parece claro que en esa zona de los servicios higiénicos se realizan acciones que gozan de cierta privacidad. Y así, es lo normal que, una vez utilizado el inodoro, las personas se arreglen y se acicalen en el lavabo. Y no resulta nada extraño que, dada la incomodidad del espacio destinado a las necesidades fisiológicas, los usuarios se reajusten la ropa interior en el espacio destinado a la antesala del water. Es cierto que en él no concurre la misma privacidad que en el espacio del inodoro, pero se trata también de una zona cerrada donde el usuario se encuentra solo en muchas ocasiones, lo que le crea una situación de confianza y de privacidad que le llevan a realizar actos de cierta intimidad corporal. Pues en modo alguno pueden considerarse incompatibles los espacios públicos, con situaciones de privacidad, y así lo han reconocido en la práctica algunas resoluciones del Tribunal Supremo de Estados Unidos, Katz vs. United Statcs (1967); Terry vs. Ohio (1968) y United States vs. Chadwick (1977).

Continúa la providencia diciendo:

"Ese ámbito de privacidad fue el que buscaron los acusados y sus compañeros para consumir la heroína accediendo a un lugar cerrado donde no pudieran ser vistos con la facilidad para poder satisfacer su adicción y en ese lugar por supuesto, hablaron de temas relacionados con la droga y conversaron también sobre otros asuntos de su vida privada, pues, al fin y al cabo, integran un grupo de personas unidas por ciertos vínculos de amistad...".

"Así las cosas, al instalar subrepticiamente una cámara de video y grabar las imágenes y conversaciones de los imputados y de sus compañeros y amigos,

no cabe duda que se violentó su derecho a la intimidad personal, tanto desde una perspectiva formal (derecho al secreto de las comunicaciones art. 18.3. de C.E.) como desde una perspectiva material" (18.1 de la C.E.)'.

Cita la providencia el caso 'Malone'[47], y se refiere a que en el caso que nos ocupa se grabó toda la conversación de las personas en el lavabo. Agrega la providencia:

"Y si esos razonamientos sirven para fundamentar que se ha infringido el derecho al secreto de las comunicaciones, otro tanto puede decirse en lo atinente al derecho a la intimidad desde una visión sustantiva y material. Pues no sólo se ha filmado durante varias horas en un espacio donde suelen realizarse actos de intimidad corporal, sino que se han grabado conversaciones e imágenes relativas a la vida privada de los inculpados. No de otra forma pueden calificarse las conversaciones y las imágenes referentes al consumo de sustancias estupefacientes...".

Y la sentencia repudia lo clandestino y lo insidioso y afirma:

"En contra de lo que se ha venido esgrimiendo, podría argumentarse que los agentes siempre tendrían la posibilidad de entrar personalmente en los servicios higiénicos y observar directamente lo que ocurría sin que se llegara a vulnerar ningún derecho fundamental. Ello es cierto, cíe modo que al tratarse de un lugar público utilizable por cualquier ciudadano los policías podían entrar cuando quisieran y registrar la zona en que se hallaban los inculpados, dado que no se trataba de un domicilio privado.

"Precisamente por tal motivo debe quedar bien claro que la violación de derechos fundamentales se produce debido al procedimiento invasivo que utilizaron los agentes para obtener la prueba: un artificio técnico audiovisual que, en virtud

[46] La Constitución Española, establece en su artículo 18: "18.1, Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen". "18.2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito".

"Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial".

"4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos".

Para reforzar lo argumentado, no está de más citar la sentencia del. Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de agosto de 1984: "Caso Malone", en la que se consideraba infracción del artículo 8 del Convenio Europeo de derechos humanos el mero uso de un artificio técnico denominado "comptagc" o "recuento", que sólo permite controlar el número telefónico al que se llama, pero no el contenido de una conversación. Esta doctrina ha sido acogida por el T.C. español en su sentencia de 114/1994 (rtc, 1994, 113) que también ha considerado ilícito tal procedimiento.

de su carácter insidioso y clandestino, impedía a los inculpados controlar el ámbito de su intimidad personal y tomar precauciones ante la presencia de un tercero dentro de un recinto cerrado y destinado a actos higiénicos de no poca intimidad".

Con relación a la torna de la zona del parque situada al aire libre se dijo:

"No cabe, en cambio, sentar la misma conclusión en lo que atañe a la grabación videográfica tomada en la zona del parque situada al aire libre, pues en este segundo supuesto se ha filmado un lugar público, abierto al público y expuesto al público: Las zonas del parque donde hay bancos, árboles y vías de paso. No puede argüirse, pues, que sean lugares públicos que generan una expectativa de intimidad, sino todo lo contrario. Los viandantes al tratarse de lugares abiertos y expuestos al público, saben que pueden ser observados en todo momento tanto por personas que deambulan por el mismo parque como incluso desde los edificios próximos.

"Con ello no pretende defenderse como adecuada y proporcionada la filmación de grandes espacios de las ciudades al efecto de controlar y visualizar cualquier hipótesis lejana e inespecífica de actividades delictivas. Una medida de esta índole convertiría los centros urbanos en grandes panópticos y generaría probablemente más desasosiego que el que pudiera crear la propia actividad delictiva.

"Pero lo que sí parece razonable y ponderado es filmar puntos concretos sobre los que constan indicios suficientes de que en ellos suelen desarrollarse actividades delictivas. Y esto es lo que sucedió en el presente caso, habida cuenta de que la policía municipal había recibido denuncias acerca de acciones delictivas realizadas de forma reiterada en el parque público y había podido también comprobar personalmente movimientos que apuntaban en tal sentido.

"Con semejantes antecedentes, parece razonable que filmara la zona donde esta actividad tenía lugar, para lo cual el tratarse de un lugar abierto y expuesto al público y en el que no constaba reserva de intimidad alguna, no precisaban autorización judicial. De ahí que se estime lícito el material videográfico obtenido en ese ámbito y que, en consecuencia, se valore como prueba al fijar los hechos probados".

[48] En un voto particular se dice: "En los hechos enjuiciados en la presente causa, la medida adoptada para investigar el tráfico de drogas que se realizaba en el parque público, y en los servicios públicos del mismo, ha de calificarse de proporcional, ya que dado el lugar donde, fundamentalmente, se producía el tráfico de drogas, era difícil acreditar lo que realmente sucedía con otros medios probatorios, y atendida la gravedad del ilícito tráfico de drogas investigado, la intranquilidad que existía en la población y las molestias que producían, se recurrió por la policía a grabar lo que ocurría en los servicios públicos.

11.9.5 Sentencia de 22 de octubre de 1996

Mediante esta providencia, la Corte actualizó los planteamientos esbozados en la sentencia de 16 de marzo de 1988, razón por la cual nos limitaremos a destacar los aspectos más relevantes del pronunciamiento:

1. Valga la oportunidad para que la sala actualice el planteamiento expuesto en sentencia de 16 de marzo de 1988, cuando consideró la posibilidad legal que tiene la víctima para preconstruir —con la ayuda de la tecnología a su alcance—, la prueba del delito.

2. Al efecto debe decirse que con la actual prefiguración constitucional del Estado como social de derecho —fundado en el respeto por la dignidad humana, la libertad y autonomía individuales— cobran especial relevancia al punto de garantizarse a la persona natural el ejercicio de sus facultades "sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico" (art. 16 C.N.).

3. Siendo ello así, mal podría esgrimirse impedimento alguno o exigir autorización judicial para que las personas graben su propia voz o su imagen, o intercepten su línea telefónica, si estas actividades no se hallan expresamente prohibidas. Este aserto resulta avalado si se tiene en cuenta que quien así actúa es precisamente el afectado con la conducta ilícita, y por ende, eventualmente vulneradora de sus derechos fundamentales, por lo que su proceder se constituye en un natural reflejo defensivo.

Los registros históricos, así obtenidos, naturalísticamente tienen vocación probatoria, pues corresponden a medios de demóstración de los hechos, según el reconocimiento que al efecto hace el legislador, a los cuales les da la categoría de documentos privados aptos para ser apreciados judicialmente, conforme lo precisa en los arts. 225 del C.P. y 251 del C. de P.C., cuyo valor depende de la autenticidad, la forma de aducción al proceso, la publicidad del medio y la controversia procesal del mismo, así en él queden adicionalmente impresas voces o imágenes ajenas.

4. Pero el derecho a la autonomía individual aquí referido, no es absoluto. Una de sus limitaciones es el derecho a la intimidad ajena, también de rango constitucional fundamental, emanado del de la dignidad humana e íntimamente ligado al libre desarrollo de la personalidad, por virtud del cual no pueden ser intervenidos los actos de la esfera privada de las personas, siendo exclusivamente éstas quienes pueden decidir su divulgación sin que ello implique su renuncia, pues se trata de un derecho indisponible.

Por ello conviene advertir que cuando no se trata de grabar la propia voz o recoger documentalmente la propia imagen, ni de interceptar la línea telefónica que se tiene, sino de registrar comunicaciones o imágenes privadas de otras personas, es necesario que se obre en cumplimiento de una orden emanada de autoridad judicial competente, en cuanto ella implica invadir la órbita de intimidad personal ajena, también protegida como derecho constitucional fundamental, (art. 15), como se dejó dicho.

5. De no procederse de esta manera, la prueba podría nacer viciada (art. 29) y por ende resultaría ineficaz para las finalidades perseguidas, independientemente de la intención con que se actúe, así sea la de contribuir a demostrar la ilicitud que se padece. Es más, este irregular proceder podría generar responsabilidad penal al autor del hecho".

11.9.6 **Sentencia de 23 de julio de 2001**

La Corte reitera lo que sostuvo en la sentencia de noviembre 13 de 1990, que aparece comentada a espacio en el numeral 11-9, pág. 35. La Corte en esta ocasión dice:

> "Además, la Corte ha sido reiterativa en sostener que no por las circunstancias de ser prueba ilegal, la fiscalía queda inhabilitada para indagar sobre los hechos delictivos innegables e incontrovertibles que son descubiertos en su desarrollo, ni por consiguiente, para adelantar gestiones orientadas a establecer por otros medios de prueba la responsabilidad de las personas involucradas en el hecho, o escucharlos en indagatoria, puesto que el Estado no puede renunciar al ejercicio de la acción punitiva que por mandato constitucional le corresponde cumplir, acorde con lo establecido en el artículo 250 de la Carta, y porque hacerlo, equivaldría a erigir una informalidad legal, en causal de impunidad..."[50].

Se debe observar que tanto en el caso, sobre el cual se hizo el pronunciamiento en 1990, como en el presente, se refiere a allanamientos (regulados por la ley).

[49] Caso de X. —Concusión— que exigió dinero para mantener el juego de chance en cabeza de una empresa de apuestas. Pruebas objetadas (interceptación telefónica) y aspectos constitucionales. Características del delito. Trabajo en residencia y rebaja de pena. Sentencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Mag. Pon. Dr. Fernando Arboleda Ripoll, octubre 22 de 1996. Editora Jurídica de Colombia. Segundo Semestre de 1996, págs. 448 y 449.

[50] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de Casación, julio 23 de 2001. Radicación 13.810. Mag. Pon. Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll.

Pero, parece ser que la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, utiliza indistintamente los términos pruebas ilegales o ilícitas.

La Corte con esta posición, aplica lo ordenado por el artículo 29 de la Constitución Política, pero frente a ciertos acontecimientos o realidades descubiertas por esas pruebas ilícitas o ilegales, que no se pueden negar, como encontrar un muerto, etc., se puede llamar a indagatoria e indagar con pruebas no contaminadas, la responsabilidad[1].

11.10. JURISPRUDENCIA DE LA PROCURADURÍA

Grabaciones tomadas sin autorización judicial, en conversaciones entre funcionarios públicos, referidas a asuntos públicos.

Un funcionario público tiene una conversación a través del teléfono con otro funcionario público, sobre el repartimiento de unos dineros que supuestamente debió entregarles un contratista para ser favorecido, la cual es interceptada y grabada por un tercero. ¿Se podría utilizar válidamente como prueba esa grabación?

Se podría hacer la siguiente diferenciación: A) Existe un espacio vital que le pertenece al funcionario como persona (el cual tiene toda persona por el simple hecho de serlo) que "con celo protege el constituyente de cualquier intromisión"", es decir el derecho a la intimidad, que al ser violado genera

El Tribunal Supremo Español, llegó bien lejos, en la sentencia de 20 de diciembre de 1995 ([R] 1995, 9458), donde consideró nula, por vulneración de derechos fundamentales, la diligencia de registro del domicilio en el que se encontró la droga, rechaza el relato de hechos de la Audiencia que había *sido* condenatoria, *y* lo sustituye con la afirmación de que "no *se* encontraron drogas estupefacientes ni sustancias psicotrópicas"; solución censurada por la doctrina, pues mal cabe dar como probado que no se encontraron unas drogas que el juzgador tiene sobre la mesa, por lo que hubiera sido más certero anular la prueba como inconstitucional y absolver, sin pronunciarse sobre el resultado objetivo de la diligencia, ya que la diligencia nula que no sirve para probar algo, tampoco puede servir para acreditar lo contrario.

Ver RIVES SEVA, PABLO ANTONIO, *"La prueba en el proceso penal",* Editorial Aranzadi, 2ª edición, 1996.

[52] Se tomaron unas grabaciones, por parte de la unidad investigativa de *El Tiempo,* que al final se declaró que eran inexistentes o nulas de pleno derecho, es decir sin necesidad de declaración, que sencillamente no se tienen en cuenta, es como si no estuvieran en el expediente. Las grabaciones telefónicas fueron de conversaciones entre dos servidores públicos, que se refieren a unas comisiones por haber adjudicado un contrato a una persona.

prueba ilícita y por consiguiente nula de pleno derecho (lo que llaman los procesalistas en materia penal, inexistencia, porque no requiere declaración; no se aprecia sencillamente); por ejemplo, la conversación que sostenga con la esposa sobre su infidelidad, sobre la educación de los hijos, sobre sus aficiones amorosas, etc. B) Y ese servidor público tiene además una órbita como funcionario público. Por ejemplo, cuando habla con un contratista exigiéndole una 'propina' y un tercero extraño a la conversación la graba y la aporta a una investigación. ¿Esta puede ser hollada por cualquier persona, y sin necesidad de autorización judicial? Frente a lo anterior se podrían ensayar dos respuestas:

Dice la Procuraduría General de la Nación lo siguiente: "Sin embargo y a pesar de que esta prueba no se tendrá como fundamento de la sentencia, ha de precisarse que no siempre puede afirmarse de manera radical que cuando se hagan grabaciones en las circunstancias de que da cuenta el proceso, debe desconocerse integralmente su contenido aun para dar por inexistente aspectos con relación al aspecto puramente material.

"Tampoco puede descartarse de plano en todos los casos su eficacia, con el argumento de que viola el derecho fundamental de la intimidad, porque éste se refiere única y exclusivamente a aquellos aspectos que hacen parte del espacio vital que sólo interesa y es propio de la órbita individual de la persona y, por tanto, con celo protege el constituyente de cualquier intromisión, de lo cual no hace parte aquellos comportamientos que se refieren al ejercicio del cargo o al desempeño de su labor como servidor público –eh este caso la transparencia y la moralidad de la administración–, independientemente del lugar o la forma como se realicen; esta perspectiva consulta una eficaz lucha contra la corrupción, siendo importante recordar que:

"La intimidad se identifica jurídicamente con el concepto de vida privada. La vida privada es el conjunto de actos, situaciones o circunstancias que por su carácter personalísimo no están de ordinario expuestos a la curiosidad y a la divulgación.

"El derecho a la intimidad es el que toda persona tiene de mantener libre e inaccesible aquella zona de su vida donde se producen hechos cuya existencia y desarrollo no deben, sin justa causa, llegar al dominio público. Tales hechos abarcan un amplísimo espacio de la existencia cotidiana de cada ser humano, y de aquellos forman parte, entre muchos, los concernientes a la sexualidad, a las funciones -eliminatorias, el estado de salud, a las circunstancias de angustia o de dolor, a los secretos familiares, a las creencias o convicciones no declaradas, a los sucesos bochornosos o mortificantes, etc.".

MADRID-MALO GARIZÁBAL, MARIO. *Derecho a la intimidad* en *"Su defensor"*, periódico de la Defensoría del Pueblo para la divulgación de los derechos humanos. No. 9, abril de 1994, pág. 8.

Todo lo anterior tomado de la sentencia de junio 23 de 1997, de la Procuraduría General de la Nación. Dictada dentro del procedimiento verbal previsto en el capítulo primero, del título XII, del libro 111, del Código Disciplinario Único.

A) No puede hacerlo cualquier persona, ya que no tendría legitimidad y por tanto la prueba deviene en ilícita.

B) Lo puede hacer cualquier persona, cualquier asociado, el cual tendría legitimidad, porque la transparencia y la moralidad de la administración tienen como titulares a todos los asociados, y por ello tendrían legitimidad. En otras palabras, si quienes tienen derecho a exigir honestidad en la administración son los asociados, ellos tienen derecho a aportar pruebas logradas a través de grabaciones de conversaciones telefónicas sin que medie autorización judicial, sencillamente porque se hace por uno de los legitimados para exigir transparencia y moralidad de la administración.

Reconociendo que efectivamente se pueden mostrar razones atendibles para justificar esa diferenciación, consideramos que en ambos casos la prueba es ilícita, y todo lo que se consiga como consecuencia de ella también lo es.

Si supiéramos de antemano que la conversación entre los funcionarios, se va a referir a asuntos públicos, así sea rebasando la órbita de la moralidad, como exigir dineros para otorgar contratos, etc., se podría pensar que cualquier asociado podría intervenir la conversación telefónica, pero tendríamos que legitimar un proceder de hecho que es el 'interceptar la conversación sin autorización' (es muy distinto cuando unos o ambos de los intervinientes graban y dan a conocer la conversación, o cuando uno de los interlocutores hace otro tanto), ni judicial ni de por lo menos uno de los interlocutores o que uno de ellos la haya tomado y después aportado.

No cabe duda que la prueba es ilícita y por tanto nula de pleno derecho, ya que rompe el principio de la inmaculación.

11.11. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE PRUEBA ILÍCITA

El primer fallo de nuestra Corte Constitucional en tomo a la prueba ilícita, se pronunció con ocasión de que una persona (X), grabó una conversación que sostuvo con K, sin que éste se enterara, y después la aportó a una acción de tutela, manifiesto que se daba el presupuesto del inciso final del art. 29 de la C.P. y lo hizo con sustento en:

> "Teniendo en cuenta el derecho a la intimidad consagrado en el art. 15 de la Carta, la Sala, reiterando la doctrina contenida en la sentencia de esta corporación T-530 del veintitrés (23) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992) (Magistrado Ponente doctor Eduardo Cifuentes Muñoz), considera que toda persona tiene derecho a un contorno privado, en principio vedado a los demás,

a menos que por su asentimiento o conformidad, el titular renuncie a su privilegio total o parcialmente. Entendido así el derecho a la intimidad, es claro que éste, fuera de garantizar a las personas el derecho de no ser constreñidas a enterarse de lo que no les interesa, así como de la garantía de no ser escuchadas o vistas si no lo quieren, impide también que las conversaciones íntimas puedan ser grabadas subrepticiamente, a espaldas de todos o algunos de los partícipes, especialmente si lo que se pretende es divulgarlas o convertirlas en pruebas judiciales".

"La deslealtad en que incurrió el actor al abusar de la confianza de su contertulio, ajeno al hecho de que sus opiniones estaban siendo grabadas, además de vulnerar el derecho fundamental a la intimidad, impide que el casete pueda ser tenido en cuenta como prueba judicial, porque su creación y aportación tampoco concuerdan con los presupuestos del debido proceso. En efecto, la prueba obtenida con violación del derecho a la intimidad también quebranta el debido proceso, pues, al suponer la utilización de una maquinación moralmente ilícita, constituye clara inobservancia de los principios de la formalidad y legitimidad de la prueba judicial y de la licitud de la prueba y el respeto a la persona humana"".

Aparentemente, corno se puede observar cualquier lector desprevenido, hay diferencias entre lo que sostiene la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal— y lo que sostiene la Corte Constitucional; sin embargo, se podría, con relación al punto que nos ocupa, llegar a la conclusión: En caso de que una persona sea pasible de un delito, podría legítimamente de conformidad con lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, grabar la conversación, pero si se trata de otro tipo de conversación, si el otro interlocutor no la consiente no se puede apreciar corno prueba, porque se violaría el derecho a la intimidad".

Ha dicho la Corte Constitucional:

53 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. 03 de 1997. Referencia proceso T-106489. Mag. Pon. Dr. Jorge Arango Mejía.

54 Se ha dicho por la CORTE CONSTITUCIONAL. Expediente 2.650, Sentencia T-530, lo siguiente:

"La Constitución reconoce a toda persona. el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (C.P. art.15), antes protegida por la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia. La finalidad principal de este derecho es resguardar un ámbito de vida privada, personal y familiar, excluido del conocimiento ajeno y de cualquier tipo de intromisiones de otros, sin el consentimiento de su titular.

"El núcleo esencial del derecho a la intimidad define un espacio intangible, inmune a intromisiones externas, del que se deduce un derecho a no ser fozado a escuchar, a no ver lo que no desea escuchar o ver, así como un derecho a no ser escuchado o visto cuando no se desea ser escuchado o visto.

"Tradicionalmente, el domicilio es el lugar (la fortaleza) de la persona donde se ejerce el derecho a la intimidad".

"El secreto de las comunicaciones —manifiesta la Corte— garantizado por el precepto constitucional en cita, es considerado por la doctrina como un derecho individual resultado del status libertatis de la persona, que como ya se dijo, garantiza a ésta un espacio inviolable de libertad y privacidad frente a su familia, a la sociedad *y* al Estado, y de acuerdo con lo señalado en el artículo 15, inciso 3 de la Carta Política para que las comunicaciones privadas puedan ser interceptadas o registradas deben cumplirse tres condiciones: que haya orden judicial, que exista una ley en la que se contemplen los casos en los cuales procede tal medida y que se cumplan las formalidades fijadas en la ley"[55].

Sin embargo, el pronunciamiento más importante de la Corte Constitucional en torno al tema de la prueba ilícita es sin lugar a dudas, la Sentencia SU-159/02 en la cual se resaltan tanto los antecedentes de su consagración en nuestra Carta Política, corno su evolución a nivel de derecho comparado.

Después de examinar detalladamente los avatares que se presentaron en. la redacción y aprobación del inciso final *del* hoy artículo 29 constitucional, a lo largo de los debates de la Asamblea Nacional Constituyente, la Corte concluye:

"La historia de la norma muestra, entonces, que la principal preocupación de los delegatarios de la Comisión Primera era evitar que ciertos medios de prueba fueran obtenidos con violación de los derechos fundamentales, en particular a través de la tortura. Su objetivo fue el de 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, tal corno se dijo en (a Comisión Primera de la Asamblea, 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 validez de la declaración o confesión se prefirió una redacción más genérica en dos sentidos: (i.) la nulidad se genera no sólo cuando hay torturas o tratos inhumanos o degradantes, sino ante cualquier violación de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y (ii.) la nulidad no se predicaría sólo de declaraciones, sino también de cualquier otro medio de prueba".

A continuación, la Corte procede a examinar cómo es tratado el problema de las pruebas viciadas en países de tradición jurídica romano-germánica y en países de tradición jurídica anglosajona, en el sentido comentado en páginas anteriores, en el numeral 11.5.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. C-657/96. Expediente No. D-1296. Mag. Pon. Dr. Fabio Morón Díaz,

11.12. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El caso ocurre en Suiza y se dice que el señor Pierre Schenk contrató al señor Pauty, para que le diera muerte a su esposa, la señora Josette Schenk.

El señor Pierre Schenk es acusado y condenado por tentativa de inducción al asesinato, y una de las pruebas que sirvieron para la condena fue una escucha ilegal telefónica donde se utilizó como agente provocador al mismo Pauty (quien supuestamente fuera contratado por Pierre Schenk).

En el derecho suizo se requiere la autorización judicial para que sea legal la interceptación telefónica, la cual no se consiguió (la policía actuó sin esa autorización).

Las posturas del gobierno Suizo y los Tribunales del mismo país fueron así:

1. El Gobierno Suizo plantea la necesidad de ponderar los intereses en debate y que, además, la grabación no constituía el único elemento de prueba. Y reconoce la ilegalidad de la grabación.

2. El Tribunal Criminal de Rolle ha considerado especialmente que de "todas formas el contenido de la grabación había podido figurar en el expediente, bien sea porque el juez de instrucción hubiese puesto bajo vigilancia el aparato de Pauty (el contratado para matar), bien sea simplemente porque bastaría oír a Pauty como testigo". Y que "entrar en los puntos de vista del acusado comportaría suprimir una buena parte de las pruebas de los expedientes penales".

3. El Tribunal de casación penal del Tribunal Cantonal de Vaudois ha destacado que: "en sí misma la grabación impugnada no incidía en la interdicción de la prueba", que si se quería recurrir a la balanza de los intereses y derechos en presencia, la violación de la esfera privada no debía prevalecer sobre el interés general en el descubrimiento del culpable de un crimen grave y que el medio utilizado quedaba en el caso concreto en los límites de lo tolerable que impone la lucha contra el crimen.

En cuanto al Tribunal Federal (Suiza), éste ha estimado que "el interés público en que la verdad fuese establecida respecto de un delito en que está implicada la muerte violenta de una persona, prevalecía frente al interés del Sr. Schenk al secreto de una conversación telefónica que no conllevaba de ninguna manera un ataque a su esfera íntima".

En resumen, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostiene que no hubo violación del art. 6,1. del Convenio (por trece votos contra cuatro)[56].

Con base en ese artículo, el señor Pierre Schenk había sostenido que el proceso no era equitativo por el uso de esa grabación.

Hubo salvamento de votos, donde prácticamente se sostiene que sí existió violación no sólo al artículo 6.1. del Convenio, sino también al artículo 8 del mismo".

Con sustento en las muestras anteriores, se puede llegar fácilmente a la conclusión que el tema de la prueba ilícita no ha sido abordado uniformemente y ni siquiera bajo una sola denominación.

Por otra parte, se puede arribar a las siguientes conclusiones en la época actual:

1) Se nota una inclinación a tolerar cierta violación de los llamados derechos fundamentales, sobre todo cuando se dice que éstos no se pueden interpretar sin tener en cuenta que deben estar inscritos en la sociedad. Violación que se minimiza con el argumento que se hace en beneficio de la búsqueda de la prueba y, por consiguiente, pretendiendo eficacia en la persecución de la criminalidad.

2) Cuando aparece dentro del tema de la prueba ilícita, el problema de la violencia que se ejerce para conseguirla, no es para repudiarla de plano, sino para estudiar su gravedad y para clasificarla, defendiendo 'virtualmente' alguna que es sufrible (por oposición a insufrible).

[56] El artículo 6.1. del Convenio reza: "Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella".
Todo lo referente al caso Schenk lo he elaborado con base en el libro ya citado de LÓPEZ BARDA DE QUIROGA, JACOBO. Págs. 101 y ss.

El artículo 8 del Convenio reza: "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
"2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás...".

3) Se justifica verdaderamente o por lo menos se remata para inmacular: la violación de ciertas formalidades (ejemplo: en los allanamientos o en las interceptaciones telefónicas), tomando el resultado conseguido (ejemplo: encontrar las armas) como flagrancia.

En efecto, si se realiza, por ejemplo, un allanamiento en contravía de las disposiciones constitucionales y legales; pero se encuentra lo que pudiera llamarse el objeto ilícito, se justifica todo con la flagrancia. En caso contrario nada ocurre, las investigaciones disciplinarias pierden colorido y se encontrarán siempre justificaciones.

4) La manifiesta preferencia por favorecer la búsqueda de la prueba, aun con la vulneración de los derechos fundamentales, se manifiesta en forma tan rotunda que, inclusive como se hizo referencia atrás, ya se hacen escalpeos como decir que el procedimiento empleado está "más del lado de la ley que en contra de sus postulados y dictados" o, "el medio utilizado (la grabación insidiosa y clandestina) quedaba en el caso concreto en los límites de lo tolerable que impone la lucha contra el crimen".

5) La prueba, su búsqueda, su captura, debe obedecer a un rito, que en sí mismo tiene exigencias de tipo ético. Sin embargo, se encuentran, como hemos visto, justificaciones al empleo de métodos clandestinos e insidiosos, corno las grabaciones, el agente encubierto, el agente provocador, el motivo encubierto, como formas válidas (sin reproche ético) para demostrar determinados hechos".

El agente provocador, es aquel policía (autoridad) que incita a que se corneta un delito. Es lo que también se llama delito experimental. Es distinto del agente encubierto, que es aquel infiltrado en organizaciones criminales pero que no incita a cometer delito.

6) Se aterran en algunas latitudes, del empleo de narcóticos para averiguar la verdad en el proceso penal, pero en cambio son permeables y justifican la insidia, la clandestinidad y la fuerza para conseguir las pruebas.

[58] Se ha dicho: "El criterio aplicable para decidir si una prueba es admisible estriba en si es relevante para el caso en cuestión. Si lo es, resultará admisible, y al Tribunal le importa poco cómo se obtuvo la prueba". Tribunal de Apelación para África Oriental, y el Comité Judicial de Privy Council. 1955. Dicho por LORD GODDARD. Tomado de la Ponencia presentada por Jesús Fernández Entralco. *Universidad Hispanoamericana Santa María de Rabida* (Huelva) 1989.

Sin embargo, en algunas partes estos procedimientos atentatorios de la ética, han merecido repudio, como en el caso citado y resuelto por algún Tribunal español.

7) En forma franca se viene defendiendo el criterio de proporcionalidad (doctrina de los Tribunales de Alemania Federal) para admitir la prueba ilícita. Se confrontan los derechos en conflicto y se busca un equilibrio entre ellos. Recuérdese el caso de Pierre Schenk. Elaboremos un ejemplo: El señor A, intuyendo que su cónyuge tiene relaciones sexuales extramatrimoniales, y con el fin de poder demandar el divorcio con sustento en esa causal, procede a colocar un video en la alcoba matrimonial y efectivamente logra la grabación. Al ser utilizada la grabación, la señora B argumenta que la prueba viola el art. 29 de la C.N. ya que se le violó el derecho a la intimidad protegido por el art. 15 de la C.N.

Acerquémonos al caso para observarlo mejor: El marido tiene derecho a la prueba, (art. 29 de la C.N.). Además es regla de la experiencia lo difícil que resulta probar esa causal. Puede invocar el derecho y la dificultad para conseguir la prueba como justificaciones para utilizar el video y la señora B, su derecho a la intimidad (¿tendrá derecho a alegar tal derecho, cuando ella fue la que introdujo un extraño?).

Si se resuelve aceptarla, se da preponderancia al derecho a la prueba y se bendice el método de buscarla por lo difícil que resulta probarla. Si se niega su aceptación y valoración, se da preponderancia a ese derecho a la 'intimidad'. ¿Qué dirá la sociedad que sabe que efectivamente si hubo relaciones sexuales extramatrimoniales, pero la sentencia dirá que no se probaron?[59].

[59] Transcribamos estas reflexiones de un gran jurista:

"En efecto, la protección debida la intimidad personal y familiar, no desprestigia ni anula toda observación que se proyecte en ese ámbito. El cerrado individualismo que algunos intérpretes nacionales quieren adjudicarle a la Constitución Política, no soñado ni siquiera por los epígonos más acérrimos de esta ideología, no ruede prosperar porque lejos de ser un instrumento racional de valoración de la carta, la aniquila y convierte no en instrumento de convivencia, solidaridad e interdependencia, sino en factor de disolución y en verdadera náusea de anarquía y abuso. Cuando alguien intenta personalizar de tan extraño y repelente modo los derechos que acompañan al ser humano, tiene que entender a éste no como lo que es, ser social, sino imaginarlo aislado, solitario único, notas que le deben acompañar siempre vaya donde vaya, realice lo que realice y esté como esté, pues solo así es dable comprender que el ejercicio absoluto, omnímodo e ilimitado de sus derechos no se toca con los otros individuos o colectividades. Por eso resulta absurda, anacrónica e

Dentro de este criterio de la proporcionalidad, se ha abierto sendero a la utilización de la prueba ilícita 'pro reo'. Sea ésta conseguida por él o por

---

incomprensible la interpretación que haga un juez de un derecho proyectando éste en su máximo desarrollo y plenitud, sin entrar en juego el entrecruzamiento que, obligadamente, se presenta con otras prerrogativas y protecciones jurídicas.

"El buen juez no es el que produce la decisión necia, explicable solo desde el punto de vista de un individuo, sino el que asuma la decisión que concilia el constante conflicto de intereses y la oposición de derechos que la vida ofrece. Lo primero es un juicio arbitrario, lo segundo es justicia. Aquello solo produce pasmo por el desorden que produce, esto llama al elogio y causa respeto por el equilibrio social que impone. La tesis inicial trata de legitimar, con el ropaje de la toga, el abuso, la violencia; la segunda reconoce los necesarios límites que establece vivir en un estado de derecho, en un ente social, en una básica urdimbre de derechos, obligaciones y deberes, que procura perfección y no destrucción, mejoramiento y no retroceso. El ámbito de la intimidad tiene que responder, para ser atendido, a un gobierno legítimo de ese espacio. Esto se explica del siguiente modo, así los ejemplos salgan del estricto campo de lo penal. Tómese el caso del hogar, en donde la pareja, marido y mujer, tienen una igualdad de derechos y dé compromisos. Hay zonas de intimidad personal, dentro de este escenario doméstico, que no puede ser avasallado por el otro, por la sola razón de convivir. Lo que no quebrante ese modo de vida compartida y fortalezca valores tan esenciales como la dignidad y libertad legítima, propia del desarrollo individual y conjunto, tendrá que mirarse como espacio merecedor de severa e infranqueable tutela. Pero cuando ese ámbito conyugal, al cual tienen participación y acceso por igual los cónyuges. Se desconoce y uno de ellos trata de introducir un distinto y contradictorio esquema de desarrollo, imponiendo su exclusiva voluntad, para consumación de actos ilícitos o incompatibles con ese escenario, el otro está autorizado para reclamar y apoyar ese requerimiento con medios usualmente no utilizables si se respetan las características propias de esa morada familiar. Para ilustrar este discurso basta considerar la situación del consorte que se considera, fundadamente, burlado en su propia residencia y decide comprobación mediante una oculta filmación. Los individualistas a ultranza, aquellos que solo consideran el derecho sexual de cada uno, aisladamente, impedirán la instalación de este medio de control y verificación, y más todavía se mecerán los cabellos y rasgarán sus vestidos porque a un proceso de divorcio o separación se trate de incorporar prueba de esta índole. Pero, bien miradas las cosas, ésta sería una conducta válida y una prueba procedente, porque allí no hay violación de la intimidad individual o familiar, porque precisamente se está empezando por desconocer la naturaleza y condicionamientos de esta intimidad, con la intromisión de un extraño.

"¿O es que acaso el hogar debe considerarse como sinónimo de burdel o lugar público al cual pueda introducirse el amante con superior derecho al del cónyuge burlado? ¿Será barrera infranqueable a todo control el asentimiento que preste uno de los esposos? El derecho en este caso, es de dos y no de uno, por cierto del más insensato y que no ha sabido preservarlo. Porque si ya éstos quieren conjuntamente la desvirtuación del lugar, pues no hay más remedio que aceptar tan lamentable estado de cosas, porque los titulares de los

un tercero. Y no importa que se hayan afectado derechos del propio inculpado o de terceros.

Miremos algunos textos legales:

Código Procesal Penal de Costa Rica:

> Artículo 181: "Legalidad **de la prueba.** Los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de este Código.
>
> "A menos que favorezcan al imputado, no podrá utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni información obtenida que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas".

Estoy de acuerdo con la doctrina y las legislaciones que permiten la utilización de la prueba ilícita 'pro reo'.

Se podría, igualmente, con esta tendencia argumentar que, cuando se toma la conversación entre funcionarios públicos donde se habla del 'reparto' de una propina que debe dar la persona a quien se le ha adjudicado un contrato, con el principio de proporcionalidad, es decir, el interés de todo el mundo sobre la moralidad de la administración, cualquier persona podría tomar y presentar la grabación, y hay lugar a apreciarla, porque fue tomada por quien está interesado en la transparencia de la administración.

8) Hay una tendencia que pudiéramos llamar mundial, a tolerar cierta violación de los derechos fundamentales para conseguir las pruebas. La lucha que los Estados han emprendido contra bandas organizadas dedicadas al

---

derechos, todos, han dispuesto de los mismos en forma que tolera la ley. Los que niegan esta interpretación (validez de la prueba así obtenida) tendrían que imponer, como pauta de valoración igualmente idónea y eficaz, el que el cónyuge afrentado, no puede, al momento de producirse tamaña agresión, ni siquiera penetrar i su casa y observar lo que allí sucede, porque estaría violando la intimidad de los amantes que realizaban sus faenas en sitios inadecuados. Y vale tanto posibilitar esa irrupción, para que por directa retina se produzca la comprobación, como la de dejar un documento de comprobación del suceso, para hacerlo valer posteriormente ante la ley. O de otro lado, tendría que hacerse otro improcedente distingo: permitir esa súbita irrupción, pero de manera insular, sin hacerse acompañar de nadie que realizara idéntica observación y la testificase luego o que se obtuviera una placa fotográfica o se tomase un video. Esta clase de singulares exégetas únicamente tolerarían la personal y resignada visualización, sin poderse historiar o documentar, por cualquier medio, el aflictivo y trascendente suceso" (Dr. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ).

terrorismo, al narcotráfico, al secuestro, les ha exigido quizá este comportamiento.

Este comportamiento ha resultado bien mirado por las personas del común, pero viene acostumbrando a los órganos del Estado a violar esos derechos, y de pasada al órgano jurisdiccional a justificarlos y encontrarles una inmaculación frente al temor de que la criminalidad señoree.

Los Estados invocan una supuesta legítima defensa en pro de la legalidad y la constitucionalidad, pero se desbordan y de contera "obligan al órgano jurisdiccional a ser tolerante con esas violaciones".

Las justicias secretas, que los Estados han considerado necesarias para perseguir cierto tipo de criminalidad, han venido abriendo, y continuarán haciéndolo, una gran brecha por donde se deslizará, si no se tiene cuidado, el desconocimiento de los derechos humanos. Perseguir la criminalidad echando por la borda la ética es un precio muy alto que tarde o temprano se cobra en perjuicio del hombre y su grandeza.

Debe ensayarse otro tipo de protección a los funcionarios y a los testigos, pero en nuestra América, a menudo violenta y con grandes masas de población ignorantes y pobres, ese secreto lejos de permitir una buena justicia, es otro motivo generador de zozobra y de violencia. La prueba secreta, el misterio en su manejo, es lo que más daña al ser humano encartado. Obligar al ser humano a intuir qué pruebas se tienen en su contra, supone un desgaste, que genera resentimiento contra el órgano jurisdiccional. La justicia secreta en el aspecto probatorio va en contravía de las reglas de la ética. Del secreto de la justicia se pasa fácilmente a la violación de los derechos humanos, para conseguir la prueba. Aquélla es una tentación muy grande para no aceptar la consecuencia. La justicia secreta no es el escenario natural de las pruebas. Se puede decir que la ansiedad del Estado por perseguir estas bandas, acomoda una dialéctica bien clara: amigo-enemigo, y se hace realidad el proceso que Beccaria calificaba como ofensivo, donde el juzgador más que de obtener información se ha de preocupar de encontrar, a cualquier precio, la prueba".

Esa ansiedad le tiende claramente una trampa al Estado de derecho sobre todo cuando hay presión externa, y por ello los cuerpos secretos, policiales, etc., resultan siendo protagonistas de la actividad probatoria. Esta actividad resulta estigmatizada por una manifiesta parcialidad que niega el sendero natural de la prueba que es la imparcialidad.

FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón.* Cit., pág. 815.

9) Hay que observar cómo la teoría de los frutos del árbol envenenado, que se justificó para evitar que la policía norteamericana incurriera en excesos para conseguir las pruebas, ha venido perdiendo vigencia.

10) Se viene abriendo paso la teoría del descubrimiento inevitable. Si una prueba ilícita revela ciertos datos, no resulta inválida si previsiblemente se habrían descubierto de todos modos.

11) El problema de la "contaminación" de la prueba ilícita sobre otras pruebas, se maneja con el siguiente criterio: Si la prueba que podemos llamar consecuencia, no tiene como causa sino únicamente la información ilícita madre", pero si no tiene esa causa —y no la tiene, cuando el descubrimiento del dato era inevitable—, la prueba se puede utilizar.

En esta concepción, se empiezan a abandonar los criterios de moralidad y de ética, para simplemente tener en cuenta que no se rompa el equilibrio en el proceso, —que era uno de los sustentos de la declaratoria de nulidad de la prueba ilícita, pero no el más valioso—. Y no se rompe el equilibrio porque de todas maneras, aun sin la prueba ilícita, el descubrimiento del dato se hubiera producido.

11.13. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA PRUEBA ILÍCITA

11.13.1. En materia penal

El funcionario debe rechazar las pruebas ilícitas, ilegales, lo que significa que lo debe hacer desde el principio si percibe la causa de la ilicitud, porque sería un verdadero contrasentido que observándose el vicio, se admita para después decir que no se aprecia (artículos 233, 235, del C. de P.P.).

Y así, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1995, al abordar ***"la fijación del efecto indirecto de la ilicitud probatoria en base al efecto reflejo*** *establecido* ***en el artículo 11.1 de la Ley agónica del Poder Judicial por la llamada doctrina del fruto podrido o manchado ("de tainted*** *fruit") o, genéricamente, la doctrina de "los frutos del árbol* *envenenado" – afirma que se produce la no contaminación de las pruebas restantes si es posible establecer una desconexión causal entre las que* *fundan* ***la condena y las ilícitamente obtenidas; y que*** esa desconexión siempre existe en la jurisprudencia norteamericana en los casos de hallazgo inevitable". Ver: DE URBANO CASTRILLO, EDUARDO y TORRES MORATO, MIGUEL ÁNGEL. ***"La Prueba Ilícita Penal",*** Editorial Aranzadi. Pamplona (España) 1997, pág. 5.

La Ley Orgánica del poder judicial Español, dice: "Art. 11.1. En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe.

"No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales". (Ley Orgánica 6/1985).

Si no es posible detectar el vicio o por cualquier otro motivo, la prueba ingresa al proceso, cuando se haga la **interpretación** de la misma, se debe manifestar que no se tendrá en cuenta por qué es ilícita o ilegal, o que no se cumplió por ejemplo, con el principio de contradicción.

En las condiciones anteriores, no se valorará.

Si por cualquier circunstancia se valora, el recurrente debe hacer lo siguiente en Casación:

En la causal primera de casación, como error de derecho por falso juicio de legalidad *y* demostrar:

1. Que la prueba fue obtenida ilegalmente.
2. Si es del caso, que los efectos reflejos de la prueba ilícita, eran la única manera de lograr otras pruebas, legítimamente obtenidas.
3. Que las otras pruebas no permiten sostener el fallo. En otras palabras, que si se excluye la prueba ilícita, la sentencia tenga necesariamente que casarse.

Los criterios anteriores, pueden servir igualmente para elaborar los alegatos en las instancias.

No se debe cometer el error de alegar la nulidad del proceso, la ilegalidad o ilicitud de la prueba, cuando se aprecia, permite, como quedó explicado, recurrir en casación, por error in iudicando o de juicio.

Cuando se trata de la indagatoria, por ejemplo recibida bajo la gravedad del juramento, como ésta es medio de prueba y presupuesto de otras actuaciones, puede conducir a la nulidad del proceso.

11.13.2. En materia civil

Cuando el juez advierta la ilicitud de la prueba la debe rechazar **in limine** (artículo 178 del C. de P.C.). Este tratamiento seguramente es más garantizador, porque la parte interesada en que la prueba se aprecie, sabrá en forma oportuna que no lo será. En el *evento de que* esto no suceda o sea imposible detectar al inicio el vicio, si se alega o el juez lo hace de oficio, en la etapa de interpretación (inventario objetivo de la prueba), no la tiene en cuenta para ser valorada.

En el evento que sea valorada se puede, según sea el caso, recurrir a casación por error de derecho, por la vía indirecta teniendo en cuenta la ilicitud de la prueba y demostrando la trascendencia del desacierto probatorio.

"En casación es axiomático que la sentencia acusada no puede develarse más que cuando los yerros probatorios resulten, amén de acreditados, trascendentes, lo que es decir que sin ellos, la decisión sería muy otra"[62].

Esto también puede servir de guía en las instancias.

En cualquier momento en que se advierta que la prueba es ilícita, el juez debe declarar que no se tendrá en cuenta.

Los asociados e inclusive lo que pudiéramos llamar el mundo jurídico, a menudo tiene la idea que lo referente a la prueba ilícita, como lo dijimos anteriormente, es un problema del proceso penal, pero esto hay que desterrarlo, el proceso civil también es un valor ético y cultural como el penal, y además, se impone la igualdad de armas procesales.

Para abundar un poco más en este aspecto, hagamos unas pinceladas sobre la llamada prueba ilícita en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española (Ley 1/2000, de 7 de enero).

Los textos que la regulan son 283.3 y el 287.1 (les recordamos el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial español)', de los cuales se pueden sacar las siguientes conclusiones:

62 Ver aclaración de voto del Magistrado Manuel Ardila, pero que en esa parte es la jurisprudencia reiterada de la Corte. Ref. expediente No. 5606.

63 Transcribimos las normas para que se le facilite al lector su estudio, pero, por sobre todo, para que emplee con más facilidad la imaginación.

El artículo 283.3, regla: "Nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley".

El artículo 287. "Ilicitud de la prueba.

"1. Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado en su caso, a las demás partes.

Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el Tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, sí se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba. A tal efecto, se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud.

"2. Contra la resolución a que se refiere el apartado anterior sólo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, sustanciará y resolverá en el mismo acto del juicio o vista, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva.

1. La cuestión sobre la ilicitud de la prueba, puede ser suscitada por las partes o de oficio por el Tribunal.
2. El numeral 1° del artículo 287 (transcrito al pie de página), establece que la parte *"habrá de alegarlo de inmediato"*.
3. El trámite consiste en oír a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud.
4. Se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de pruebas.
5. Contra la resolución que resuelve sobre la ilicitud suscitada, sólo es viable el recurso de reposición, pero de todas maneras, las partes quedan con la facultad de promover nuevamente la impugnación en la apelación de la sentencia definitiva.

12. PRINCIPIO DE LA INMEDIACIÓN

Si percepción es el proceso de llegar a conocer determinado objeto, es decir, que la percepción está regida por la atención, la inmediación supone la percepción de la prueba por parte del juez y su participación personal y directa en la producción del medio probatorio.

La inmediación puede ser subjetiva, lo cual supone la participación del juez en la práctica de la prueba llamada personal; interrogatorios a las partes que inclusive puede decretar de oficio (arts. 179, 180, 202 y 203 del C. de P.C., art. 59 del Código Procesal del Trabajo); interrogatorio a los testigos (arts. 179, 180 y 228 del C. de P.C.), etc.

Hemos explicado con anterioridad, que la actividad que adelanta la Fiscalía en la instrucción, a pesar de la investigación integral, tiene tendencia inquisitiva. En cambio, en la etapa del juzgamiento, que tiene tendencia acusatoria, el juez, el día de la celebración de la audiencia de juzgamiento interrogará personalmente al sindicado acerca de los hechos (art. 403 del C. deP.P.).

Inmediación objetiva, que se presenta en los casos en que el juez practica por ejemplo las inspecciones judiciales, donde tiene que observar circunstancias, objetos, documentos, etc. (arts. 246, 247 del C. de P.C. y 244 y ss. del C. de P.P.). Existe igualmente la inmediación de actividad, cuando el juez en el curso de la diligencia de inspección judicial, ordena la

reconstrucción de hechos o sucesos (numeral 4° del art. 246 del C. de P.C.). El art. 247 del C. de P.P. consagra la posibilidad de que el funcionario ordene operaciones técnicas.

El artículo 181 del C. de P.C. consagra el principio de la inmediación y sus excepciones con relación a la prueba. En algunos procesos el legislador impone la prueba de inspección judicial corno ocurre por ejemplo en el proceso de pertenencia (ver numeral 10°, del art. 407 del C. de P.C.), todo con el fin de que el juez civil acierte en su decisión.

Como cuando se comisiona para la práctica de pruebas realmente no se cumple con la inmediación, en otras palabras, la percepción del juez comitente no se produce con relación al medio probatorio ordenado, sino a un acta que contiene lo que plasmó un juez que sí percibió el medio probatorio, el Código Procesal del Trabajo colombiano tiene una norma que resulta por demás diciente, el artículo 52 regla:

> "El juez practicará personalmente todas las pruebas. Cuando le fuere imposible hacerlo, por razón del lugar, comisionará a otro juez para que las practique. El comisionado, a su turno, recibirá las pruebas por sí mismo *y* comunicará al comitente su apreciación íntima acerca de ellas, que, en el caso de prueba testimonial, consistirá en el concepto que le merezcan los deponentes y las circunstancias de mayor o menor credibilidad de sus testimonios".

La percepción del juez, cuando participa en la producción de la prueba, no debe ser de simple registro (pensamiento en situación), sino en acto, es decir que todas las sensaciones estén 'esclavizadas por la atención', para que pueda ir controlando y relacionando lo que el medio va poniendo de presente, y cuando llegue el momento de valorar la prueba, ésta sea el resultado de una actividad preparada y no un acto súbito y apresurado.

13. PRINCIPIO DE LA NECESIDAD DE LA PRUEBA

La prueba es necesariamente vital para la demostración de los hechos en el proceso; sin ella la arbitrariedad sería la que reinaría. Al juez le está prohibido basarse en su propia experiencia para dictar sentencia; ésta le puede servir para decretar pruebas de oficio y, entonces, su decisión se basará en pruebas oportuna y legalmente recaudadas. Lo que no está en el mundo del proceso, recaudado por los medios probatorios, no existe en el mundo para el juez (arts. 174 C.P.C. y 232 C.P.P.).

Utilizamos la palabra necesidad como "todo aquello a lo cual es imposible substraerse, faltar o resistir" (art. 174 del C. de P.C.).

Cuando hay necesidad, no hay libertad, por tanto no existe ninguna libertad para que el funcionario decida con base en pruebas o circunstancias que no obren en el proceso. Esta necesidad tiene sustento en el derecho de contradicción, el cual sería violado si la decisión se tomara con base en pruebas no aportadas al proceso, o en ideaciones o en conocimientos privados del juez.

Además, en materia penal la necesidad de la prueba tiene su sustento en la presunción de inocencia consagrada en el artículo 29 de la C.N. y desarrollada por el artículo 7 del C. de P.P. (igualmente en la actuación disciplinaria, en el artículo 9 del Código Disciplinario Único — Ley 734 de 2002).

El conocimiento privado del juez puede ser definido como aquel conocimiento de hechos que interesan al proceso, adquiridos por medios no reportados a éste y por tanto no controlados en él.

Fuera de los inconvenientes ya señalados que apuntan fundamentalmente a la violación del derecho de contradicción y a la presunción de inocencia, se ha señalado que permitir tener en cuenta hechos no logrados por medios probatorios aportados al proceso, evitaría que se pudiera fiscalizar: "De un lado para asegurar que el convencimiento del juzgador se basa en medios racionalmente aptos para proporcionar el conocimiento de los hechos y no en meras sospechas o intuiciones ni en sistemas de averiguación de corte irracional o comúnmente tenidos como de escasa o nula fiabilidad; por otro, para asegurar que los elementos que el juzgador ha tenido en cuenta en la formación de su convencimiento se han producido con respeto de las garantías constitucionales y legales,.."" (que en últimas es lo ya dicho de la presunción de inocencia y del derecho de contradicción).

Compartimos plenamente el pensamiento de Ferrajoli, cuando afirma:

> "Las formas procesales de mayor relevancia son obviamente las que condicionan la validez de las pruebas al método legal de su formación. Estas impiden, entre otras cosas, que puedan tener relevancia la 'ciencia privada' del juez a los fines de la convicción de culpabilidad, que deben producirse secumdum acta et probata..."[65]

" VEGAS TORRES, JAIME. *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal.* La Ley, Madrid (España), 1993, No. 22, pág. 53.

[65] FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón.* No. 41.6, pág. 621.

14, PRINCIPIO DE LA COMUNIDAD DE LA PRUEBA O ADQUISICIÓN PROCESAL

No importa quién aporte una prueba o por iniciativa de quién se practique, la prueba es literalmente 'expropiada para el proceso' y se pierde cualquier disponibilidad que sobre ella se haya podido tener.

Las partes o los sujetos procesales en términos generales, tienen la tendencia a referirse a las pruebas invocando una supuesta propiedad o disponibilidad; esto no es cierto cuando son aportadas o practicadas en el proceso.

'Mi prueba' (término usado por el sujeto correspondiente), se transforma una vez en el proceso en prueba para él.

Pero no solamente el aspecto externo de la prueba es adquirido para el proceso, también lo es el resultado de la actividad probatoria de cada parte, y no se puede pretender que las pruebas se aprecien en lo favorable a la parte que la peticionó o la aportó.

En aplicación de este principio no se puede desistir de la prueba practicada; no se puede estar tan sólo a lo favorable de la declaración de un testigo, ya que ésta afecta conjuntamente a las partes, tanto en lo favorable como en lo desfavorable. En otras palabras, este principio consiste en sustraer las pruebas de la disposición de las partes, para ser adquiridas objetivamente para el proceso.

Cuando la prueba no se haya practicado puede ser desistida, pero el juez la puede decretar de oficio si la considera necesaria, de conformidad con los artículos 179 y 180 del C. de P.C. y con el inciso 2 del artículo 234 y 401 del C. de P.P. En el mismo sentido reza el artículo 54 del C. de P.T.

En cuanto hace relación con la prueba testimonial, en materia civil, antes de ser practicada se puede desistir, pero por cumplirse el presupuesto exigido por el artículo 179 del C. de P.C. de aparecer los nombres de las personas, el juez la puede decretar de oficio; inclusive. en el mismo auto que resuelva sobre la petición de desistimiento puede decir que se niega por cuanto el juzgado considera indispensable la prueba, y que de conformidad con el artículo 179, se debe practicar.

Existe la posibilidad de que cuando, en materia civil, se tache de falso un documento, la parte que lo aportó desista de invocado como prueba (inciso 4 del art. 290 del C. de P.C.); esto por eminentes razones de economía procesal. Si A aporta un documento en un proceso que adelanta contra B, y éste lo tacha de falso, y A desiste de invocarlo como prueba, no se está violando el

principio explicado; por el contrario, se está evitando un desgaste innecesario como es tramitar una tacha; claro que esta actuación se realiza sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar.

Hay que entender, igualmente, que en virtud del principio explicado, en materia civil, cuando se acumulan procesos, si en uno de ellos aparece la prueba de un hecho común, éste se tiene como probado para todos los acumulados. En materia civil, existen casos en que el legislador impone en este aspecto el principio de la comunidad de la prueba, como en el proceso de interdicción por disipación y rehabilitación del interdicto, cuando regla: "Las pruebas que se practiquen tanto en el incidente (se está refiriendo a la interdicción provisoria) como en el término probatorio del proceso se tendrán en cuenta para la decisión de ambos" (inciso .2 del art. 447 del C. de P.C.).

15. PRINCIPIO DE LA CONTRADICCIÓN DE LA PRUEBA

La parte contra la cual se postula, se opone o aporta una prueba, debe conocerla, y ella (la prueba) no se puede apreciar si no se ha celebrado con audiencia o con conocimiento de esa parte. Al proceso no pueden ingresar pruebas en forma subrepticia, escondida, o a espaldas de la contraparte.

Al respecto la Corte ha dicho:

> "Entre los principios que han de observarse en la producción y aportación de la prueba al proceso, se halla el de la contradicción,' según el cual la parte contra quien se opone una prueba debe gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla, es decir, la prueba debe llevarse a la causa con conocimiento *y* audiencia de todas las partes'.

Este manejo de la contradicción no siempre ha sido el mismo. Depende del momento histórico y del concepto que se tenga de la verdad (tema que se abordará más adelante), pero de todos modos se pueden hacer a título de pincelada las siguientes precisiones:

1) Cuando la búsqueda de la verdad se **confía al poder.** ¿El poder por sí solo es verdad?, ¿para qué contradicción?; la verdad es imposición.

2) La verdad se separa del poden Tener el poder no significa tener la verdad. Surge la contradicción y una aplicación de ella es la indagación. En

[••] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 18 de julio de 1985. Mag. Pon. Dr. llorado Montoya Gil.

efecto, dice Michel Foucault: "Esta gran conquista de la democracia griega, el derecho de dar testimonio, de oponer la verdad al poder, se logró al cabo de un largo proceso nacido e instaurado definitivamente en Atenas durante el siglo V, 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, En primer lugar, la elaboración de lo que podríamos llamar formas racionales de la prueba y la demostración: Cómo producir la verdad, en qué condiciones, qué formas han de observarse y qué reglas han de aplicarse. Estas formas son la Filosofía, los sistemas racionales, los sistemas científicos. En segundo lugar, y en relación con estas formas que hemos mencionado, se desarrolla un arte de persuadir, de convencer a las personas sobre la verdad de lo que se dice, de obtener la victoria para la verdad o, aún más, por la verdad. Nos referimos a la retórica Griega""

Cuando se trata de convencer, se está en disposición de dar cuenta; cuando se da cuenta se depone el poder y se da paso a la racionalidad y la contradicción.

3) **En alguna** época (que trataremos más adelante), la contradicción no se hacia en el campo de las pruebas sino en el campo de la lucha. La víctima señalaba a su adversario y de ahí surgía el combate, la contradicción.

4) Se regresa al criterio de que cuando se ejercita el poder surge la verdad. La verdad es "monologante" y de ninguna manera pueden existir otros criterios que sirvan para contrastada. Ferrajoli[68] escribe: "La verdad deseada y perseguida por el proceso inquisitivo, concebida como absoluta o sustancial y, en consecuencia, única no puede ser de parte y no admite, por tanto, la legitimidad de puntos de vista contrastantes cuyo conflicto deba ser arbitrado por un juez imparcial. Así, resulta que el sistema inquisitivo no sólo no exige sino que excluye, el control desde abajo y en particular el del imputado. Secreto, escritura y, sobre todo, ausencia de contradicción y de defensa son los corolarios de su epistemología eminentemente sustancialista, que remite exclusivamente a la capacidad y potestad investigadora del juez-inquisidor para la obtención de la verdad: A la concepción monista de la verdad corresponde el carácter monista y monologante de la actividad procesal, cuyo único protagonista es el juez, que es al mismo tiempo acusador y exige, además, la colaboración del imputado...".

FOUCAULT, MICHEL. *La verdad y las formas jurídicas.* Gedisa, Barcelona (España), 1980, pág. 64.

" FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón.* Cit., pág. 610.

5) Gracias a la 'apropiación' del método de Galileo, por la investigación judicial, se considera que la verdad se debe conseguir como en las ciencias empíricas. Se concibe la prueba conseguida como un documento de trabajo que debe ser sometido al "experimento" de la contradicción. Escribe Ferrajoli[69]:

> "Por el contrario, la verdad perseguida por el modelo acusatorio, concebida como relativa o formal, se adquiere, como en cualquier investigación empírica, a través del procedimiento por ensayo y error. La principal garantía de su obtención se confía a la máxima exposición de las hipótesis acusatorias a la refutación de la defensa, es decir al libre desarrollo del conflicto entre las dos partes del proceso, portadoras de puntos de vista contrastantes, precisamente porque son titulares de intereses opuestos...".

Pero además, este derecho de contradicción de la prueba, se debe mirar no solo como acto: recibir la prueba. Se debe mirar en actividad, es decir, que cuando el funcionario haga cargos con base en ellas, debe ser lo suficientemente explícito en contar los hechos que extrae y los cargos que formula, para que efectivamente se pueda contradecir.

El medio probatorio en acto (digamos en reposo), no estimula tanto la necesidad de contradicción. Es en actividad (cuando de él se extraen hechos y se hacen cargos) y por ello se requiere la plasmación expresa de lo que se tiene por probado y los cargos que se formulan (con sustento en ellos). El hombre y con mayor razón el vinculado o interesado en un proceso es: HOMO QUARENS. Se necesita informar bien, para que haya una buena orientación en la contradicción.

El numeral 2 del artículo 398 del C. de P.P. regla que en la resolución de acusación se debe hacer: "La indicación y evaluación de las pruebas allegadas a la investigación" (los artículos 161, 162 y 163 del Código Disciplinario Único —Ley 734 de 2002— deberán interpretarse en el mismo sentido).

La contradicción en esta concepción es conocer la prueba y la racionalidad que de ella extrae el intérprete, por aquello de que el hombre es HOMO QUARENS.

16. PRINCIPIO DEL EMPLEO DE LAS REGLAS DE LA EXPERIENCIA EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y SU INDICACIÓN O SEÑALAMIENTO

Es posible que este tema pueda ser ubicado en otra parte, fundamentalmente cuando se haga referencia a la valoración de la prueba;

[69] FERRAJOLI, LUIGI. Obra citada, pág. 610.

sin embargo, consideramos que es un principio independiente de los otros, aunque estrechamente relacionado con los demás, como resulta apenas obvio.

Para que haya claridad en su exposición, lo dividiremos en los siguientes apartes:

16.1. COMPLETUD DEL HOMBRE

Se ha dicho que el hombre completa su desarrollo fuera del vientre materno. "En otras palabras, el proceso por el cual se llega a ser hombre se produce en una interacción con un ambiente. Este convencimiento cobra significación si se piensa que dicho ambiente es tanto natural como humano"[70]. El hombre así desarrollado se familiariza con los acontecimientos naturales y aprende a interpretarlos, otro tanto ocurre con los comportamientos humanos.

El hombre llega a su completud en forma fundamental relacionado y educado por los demás hombres. Aprende de ellos, y aprende de sus comportamientos a penetrar sus intimidades.

16,2. EL COMPORTAMIENTO DEL HOMBRE

El hombre se ha creado un 'mundo' aparte y especial del resto de los animales. Este 'mundo especial' que lo ayuda a formar y que lo moldea en cierta forma, le permite acostumbrarse a conocer a los demás hombres y, como ya se dijo, a detectar inclusive sus subjetividades[71] a partir de objetos y circunstancias que las 'delatan'".

[70] BERGER, PETER y LUCKMANN, THOMAS. *La construcción social de la realidad.* Amorrortu Editores, Buenos Aires (Argentina), 1993, pág. 67. Además allí se dice:

> "En realidad, si se examina la cuestión en términos de desarrollo orgánico, cabe afirmar que el período fetal del ser humano se extiende más o menos hasta el primer año de vida. Ciertos desarrollos importantes del organismo, que en el caso del animal se completan dentro del cuerpo de la madre, en la criatura humana se producen después de separarse del seno materno. Cuando esto sucede, empero, ya la criatura humana no solo se halla en el mundo exterior sino también interrelacionada con él de diversas maneras complejas".
>
> "De ese modo el organismo humano aún se sigue desarrollando biológicamente cuando ya ha entablado relación con su ambiente".

[71] "La expresividad humana es capaz de objetivarse, o sea se manifiesta en productos de la actividad humana, que están al alcance tanto de sus productores como de los otros hombres, por elementos de un mundo común. Dichas objetivaciones sirven como índices más o menos duraderos de los procesos subjetivos de quienes los producen, lo que permite que su disponibilidad se extienda más allá de la situación 'cara a cara' en la que pueden aprenderse directamente. Por ejemplo, la actitud subjetiva de la ira se expresa directamente en la situación

16,3. LA MEMORIA

La percepción 'captura hechos', que la memoria retiene y conserva. Esta conservación le permite acumular experiencias. y utilizarlas en las nuevas situaciones, para evitar el peligro y por sobre todo para poder vivir en sociedad.

La utilización de esas experiencias a nuevas situaciones, supone la participación de la imaginación.

Se puede decir que se adquiere una experiencia, la cual puede significar lo que trae el diccionario de autoridades: "Advertimiento, enseñanza que se adquiere con el uso, la práctica o sólo con el vivir".

16.4. MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA O REGLAS DE LA EXPERIENCIA

El juez-ser humano, en la valoración de la prueba debe emplear las reglas de la experiencia, es decir, eso que aprendió y que acumuló para ser empleado en nuevas situaciones. En otras palabras, lo que llamamos en el mundo del proceso reglas de la experiencia, no es más que una aplicación en concreto de la experiencia que todo hombre posee.

El acierto de aislar para poder asir las reglas de la experiencia en el proceso, se debe a Friedrich Stein, con su libro "EL CONOCIMIENTO PRIVADO DEL JUEZ" y por sobre todo a las llamadas reglas de la experiencia, o máximas de experiencia.

Stein las precisa así:

> "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'.

'cara a cara' mediante una variedad de índices corporales: el aspecto facial, la posición general del cuerpo, ciertos movimientos específicos de brazos y pies". "Estos índices son continuamente accesibles en la situación 'cara a cara', que precisamente por eso constituye la situación óptima para darme acceso a la subjetividad ajena. Estos mismos índices no tienen posibilidades de sobrevivir más allá del presente vívido que ofrece la situación 'cara a cara'. Por otra parte, la ira puede objetivarse empuñando un arma".

"La realidad de la vida cotidiana no solo está llena de objetivaciones, sino que es posible por ellas".

"Estoy rodeado todo el tiempo de objetos que 'proclaman' las intenciones subjetivas de mis semejantes".

Cita de BERGER, PETER y LUCKMAN, THOMAS. *La construcción...* Cit., pág. 53.

STEIN, FRIEDRICH. *El conocimiento privado del juez.* Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, España, 1973-, pág. 30.

Se puede, utilizando la definición anterior, descomponerla en la siguiente forma:

a) "No son juicios sensoriales: No corresponden a ningún suceso concreto perceptible por los sentidos". Y por el aspecto que nos interesa: "son tesis hipotéticas que expresan las consecuencias que cabe esperar a partir de determinados presupuestos"".

b) Esas definiciones o juicios hipotéticos, se refieren a cualquier "ámbito imaginable de la vida de la naturaleza y del hombre". Ya se ha explicado con anterioridad que como consecuencia de la formación del hombre, él aprende y maneja experiencias que tienen esa doble fuente.

c) Para que se pueda hablar que son de carácter general, no es suficiente como lo señala Stein, una pluralidad, se requiere, como él mismo lo indica: "Solo cuando pensamos en esos casos como aplicación de una regla y la establecemos como tal, únicamente cuando junto a cada uno de los casos observados, y por encima de ellos, hay algo independiente que nos permite esperar que los casos venideros, aún no observados, se producirán de la misma forma que los observados, sólo entonces alcanzamos el principio máximo general de que 'las personas' que se encuentran en una determinada situación se conducen de una manera determinada'.

Ejemplo:

Para poder afirmar que hubo tentativa de homicidio o lesiones personales, se tiene en cuenta: clase de arma, reiteración en su empleo, región afectada y distancia. Si una persona diestra en el manejo de armas de fuego dispara a otra a unos 50 centímetros, una sola vez, a los pies, ese comportamiento nos permite concluir que se trataba de lesionar. ¿De dónde hemos sacado esas conclusiones? No de un caso, no de la suma de muchos. Lo hemos extraído, de algo independiente de los casos, que nos permite pensar que en los casos venideros (no sucedidos) ese será el comportamiento de quien quiere herir y no matar (no cabe duda que esa generalización surge de la observación. El resultado de ella retenido por la memoria. Utilizado para otros casos por la imaginación con el yugo de la razón).

[73] STEIN, FRIEDRICH. Obra citada, pág. 26.

[74] STEIN, FRIEDRICH. Obra citada, pág. 30.
STEIN, FRIEDRICH. *El conocimiento...* Cit., pág. 28.

Utilicemos un ejemplo de la jurisprudencia:

"Ahora bien, en casos como el de autos, respaldar la configuración de un delito de lesiones personales (animus laedendi) resultaría criterio más próximo a la denominada responsabilidad objetiva, que cuando se califica la conducta de delito tentado de homicidio (animus necandi u occidendi). Sí, porque para esto último tiene que desprenderse de la materialidad del hecho (si no ocurrió la muerte-homicidio, debe hablarse de quebranto de la integridad personal) y buscar, en otros elementos de convicción, motivos para encontrar un propósito diferente a la simple intención de lesionar.

"No puede tenerse nunca como inequívoca muestra de atender a un criterio de responsabilidad objetiva, el esfuerzo dirigido a develar, sobre la base de ciertos datos, el propósito necandi de una conducta. Se trata más bien, sin que la reflexión comporte adscripción a teoría alguna o reconocimiento de paternidad en algún autor, de acudir a reglas de experiencia en la interpretación del quehacer humano. Por la obra se reconoce al operario y por ciertas actitudes se logran despejar recónditos designios. Por fuera -de una confesión sincera escasean los medios apodícticos para lograr este cometido. El pensamiento, como tal, resulta una indescifrable incógnita. Los gestos, las palabras, los movimientos, en fin los hechos, tratan de fijar aquél en sus exactas y verdaderas dimensiones. Pero, con todo, el perfil no aparece corno absoluto e incuestionable. La interpretación lógica avala lo cabal de la inferencia y permite entenderla como un juicio totalmente acertado o de admisible probabilidad. Siempre quedarán márgenes para la duda o la vacilación. Pero porque esto pueda acontecer, el juez, en estas tareas, no puede renunciar al compromiso de hacer estas determinaciones para poder entender el acto como culposo o intencional y, en este último estadio y refiriéndose al evento examinado, intentar aproximarlo a un propósito de matar o simplemente de lesionar.

"El tribunal escrutó cuatro factores, comúnmente interpretables en la forma como lo hizo en esta clase de acciones ilícitas, para deducir el fenómeno de la tentativa de homicidio: clase de arma, reiteración en su empleo, región afectada y distancia. Reunidas marcan una muy segura orientación en la labor de señalar la índole de la disposición espiritual que acompañó al autor de la agresión"".

16.5. FUNCIONES DE LAS REGLAS DE LA EXPERIENCIA

Según Stein, las reglas de la experiencia cumplen las siguientes funciones:

[76] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia de Casación Penal. 3 de julio de 1992. Mag. Pon. Dr. Gustavo Gómez Velásquez. Extractos de *Jurisprudencia y Doctrina*. Tercer Trimestre. 1992. Santafé de Bogotá (Colombia), Extracto 131, págs. 418, 419 y 420.

a) Para hacer valoración de los medios probatorios. Por ejemplo, para juzgar si un testigo pudo o no apreciar determinado hecho a ciento cincuenta metros.

b) Para que se puedan indicar hechos que están fuera del proceso, por medio de otros (lo que se conoce como indicios) y a los cuales se refiere Stein así:

> "... Los indicios son hechos, es decir, acontecimientos o circunstancias, a partir de los cuales y por medio de la experiencia, se pueden concluir en otros hechos que están fuera del proceso y constituyen el objeto de la prueba"[77].

e) En todo lo que tiene relación con el miramiento de si un hecho es imposible. En efecto, escribe Stein:

> "Una tercera e independiente función de las máximas de la experiencia, que por un lado todavía se refiere al derecho probatorio y por otro pertenece al enjuiciamiento del supuesto del hecho Material, es la determinación de la • imposibilidad de un hecho".

d) En la formación de la sentencia.

e) Para integrar definiciones legales. Precisar el uso de determinados términos, como buena fe, etc.

Al respecto, nuestra Corte Constitucional ha dicho:

> "La aplicación de la ley, entonces, requiere que el juez interprete tanto la situación de hecho, a partir de las pruebas y de las máximas de la experiencia, como las normas jurídicas que pretende aplicar, para poderlas relacionar entre sí, atribuyendo las disposiciones que mejor se adecúen a la comprensión que tenga de los hechos".

16.6. REGLAS DE LA EXPERIENCIA, REGLAS CULTURALES

Ya hemos indicado qué son las reglas de la experiencia.

José Antonio Pérez Tapias define:

> "La cultura (no tomada en el sentido de los conocimientos que tiene una persona) o civilización, tomada en su sentido etnográfico amplio, es ese complejo total que incluye conocimiento, creencia, arte, moral, ley, costumbre *y* otras aptitudes y hábitos adquiridos por el hombre como miembro de la sociedad'.

Debemos dejar claro que si bien es cierto que las reglas o máximas de la experiencia merecen un calificativo de individuales o de 'microcosmos', son

[77] STEIN, FRIEDRICH. *El conocimiento...* Cit., pág. 45.

[78] PÉREZ TAPIAS, JOSÉ ANTONIO. *Filosofo y crítica de la cultura.* Editorial Trotta S.A., Madrid (España), 1995, pág. 20.

logradas y elaboradas de conformidad con lo que se dijo, de fenómenos o circunstancias humanas y también naturales, Esas reglas pueden ser consideradas como culturales (por ser el hombre miembro de una sociedad).

Las máximas que no son del manejo común de la sociedad, hay que introducirlas al proceso por medio de la prueba pericial.

Se puede decir que las reglas de la experiencia pueden igualmente ser llamadas reglas de la cultura. (En un momento dado).

Veamos lo siguiente:

En el caso de la transexualidad, en Holanda una ley de 24 de abril de 1985, establece la posibilidad de la modificación de la mención del sexo en la partida de nacimiento. Esta puede ser autorizada si se tiene el convencimiento de pertenecer al otro sexo y el cuerpo ha sido ya adaptado desde el punto de vista físico al otro sexo".

Cuando la ley dice "si se tiene el convencimiento de pertenecer al otro sexo"; eso significa que hay que probar ese papel masculino o femenino.

Para concluir hagamos la siguiente desmembración.

a. El sexo se determina por una mirada que se hace sobre el aspecto externo de los órganos sexuales (experiencia). Y sobre esa mirada se levanta la partida del sexo correspondiente (mirada que proviene del médico, la comadrona, el padre).

b. Se puede afirmar que la ciencia distingue cinco criterios para determinar el sexo: genético, gonádico, morfológico, hormonal y psicológico.

c. El transexual, tiene el cuerpo equivocado, no coincide con sus características psíquicas.

d. Si se tiene el 'cuerpo equivocado', hay que probar cuál es la 'realidad psíquica de la persona'.

e. Para probar esa realidad psíquica, por ejemplo que es mujer a pesar de tener cuerpo masculino, hay que probar hechos que de conformidad con las reglas do nuestra cultura o de nuestra experiencia apunten a ello.

[79] BROEKMAN, JAN M. *Derecho y antropología.* Editorial Civitas S.A., Madrid (España), 1993, pág. 117.

f. Para ayudarnos a explicar lo anterior, transcribamos algunos apartes de una sentencia del Tribunal S. (Español) citada y trabajada por Juan Carlos Cabañas García":

1) Que el recurrente fue inscrito en el registro civil como varón y que se sometió en Londres a una operación quirúrgica para cambiar su sexo por el femenino que ha sufrido una transformación total de sus caracteres sexuales, tanto primarios corno secundarios (máxima de la experiencia).

2) Que ha asumido un rol sexual y emocional femeninos (máxima de la experiencia) prácticamente desde la infancia.

3) Que socialmente se comporta como mujer y que el tono y contenido de la conversación son femeninos (máxima de la experiencia).

4) Igualmente se dice: "Estos hechos pueden enriquecerse, además, con aquellos otros que pertenecen al acervo cultural y que pueden aceptarse por la vía de las reglas de la experiencia, como aquellos que caracterizan al transexual por el irresistible sentimiento de pertenencia al sexo contrario, rechazo del propio, y deseo obsesivo de cambiar de morfología genital".

5) Finalmente se dice: "... En este orden de ideas cabría preguntarse si el recurrente ha cambiado de sexo. Atendiendo a las llamadas máximas de experiencia y a lo que se entiende del común sentir (o máxima de experiencia) de nuestras propias áreas culturales, es evidente que sí ha habido un cambio".

16.7. MÁS VUELTAS SOBRE LAS REGLAS DE LA EXPERIENCIA

Fiemos con anterioridad citado a Stein, para afirmar que las reglas de la experiencia se aplican para juzgar o valorar los medios probatorios; pues bien, veamos el caso del testimonio:

Nosotros pretendemos obtener información. Esa información no la podemos obtener directamente (inspecciónjudicial). Tampoco tenernos un objeto que la contenga. Debernos recurrir a una persona para que la suministre. Debemos entonces tener algunos criterios que nos permitan creerle o no. No tenemos otro recurso, porque la prueba en este caso no es fungible (yo no puedo cambiar y revestir de la calidad de testigo a quien se me antoje), es necesaria. Cuáles son esos criterios: A) El carácter de las personas (máxima

[80] CABAÑAS GARCÍA, JUAN CARLOS. *Valoración de...* Cit., pág. 61, lo he seguido literalmente, pero haciendo ciertas rupturas.

de la experiencia, o reglas culturales), al mentiroso no le creemos, no le debemos creer. B) En principio, a quien tenga interés en el proceso no le debemos creer (presumiblemente puede mentir por ese interés, regla de la experiencia o de nuestra cultura). C) Que el hecho sea verosímil en sí o por la circunstancia en que se dice se presenció. No se puede observar con nitidez a trescientos metros (regla de la experiencia).

16.8. LA RAZÓN Y LAS REGLAS DE LA EXPERIENCIA

Debemos pensar que la importancia que tiene la actividad probatoria, radica en la influencia que pueda tener en la racionalidad del juez, de las partes y en general de los sujetos procesales.

El juez debe hacer un juicio probatorio siguiendo la vía regia de la razón que pudiéramos llamar discursiva, para dar cuenta de lo que hace y decide.

El discurso del juez les permitirá a todos los sujetos procesales, y por sobre todo en materia penal al acusado, saber porqué se resolvió en uno u otro sentido.

El ingrediente que permite la racionalidad discursiva (dar cuenta, rendir tributo) del juez y no solamente la narrativa, es el de las reglas de la experiencia.

Ejemplo: Si se dijera para motivar una decisión:

"Considerando que se ha encontrado una mancha de sangre en la chaqueta de Ticio; que en el registro de su casa se ha hallado una pistola del mismo calibre que el arma con la que se disparó el proyectil extraído del cuerpo de Cayo; que a Ticio se le vio salir de casa de Cayo pocos minutos después de la hora en que éste presumiblemente falleció; por tanto queda probado que Ticio mató a Cayo"[81].

En lo transcrito encontramos una narración[82], más concretamente una lista de hechos, a los cuales se refiere Juan Igartúa Salaverría, así:

[81] IGARTÚA SALAVERRÍA, JUAN. *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal.* Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 202 (he copiado textualmente el ejemplo).

[82] Dice el *Diccionario de Autoridades:* Acción y efecto de narrar. Ret. Una de las partes en que suele considerarse dividido el discurso retórico, o sea aquella en que se refieren los hechos para esclarecimiento del asunto de que se trata y para facilitar el logro de los fines del orador.

"En esa argumentación encontramos una lista de hechos indiciarios (que había sangre en la chaqueta de Ticio, que éste poseía una pistola del mismo calibre con la que se mató a Cayo y que se le vio salir de la casa de este último poco después de la hora de la comisión del homicidio) y, tras un salto en el vacío, se concluye que Ticio acabó con la vida de Cayo. ¿Qué falta entonces? Las máximas de la experiencia que garanticen la racionalidad del tránsito entre los hechos indiciarios y la conclusión"".

El juez debe hacer un 'discurso'[84], cuando valora la prueba, es decir, debe explicar las reglas de la experiencia que aplica". No es suficiente la narración, se debe dar cuenta de las razones por las cuales se decidió en uno u otro sentido, de tal manera "que permita a otros entender el objetivo y hallar el sentido de ese proceder"[86].

Obsérvese bien: El hombre es racional (es un deber y una presunción del homo sapiens). Presumimos su racionalidad no como un acto de generosidad de nosotros, sino como una necesidad para que en las relaciones sociales exista seguridad y no incertidumbre. Si todos 'nos presumimos racionales', al explicar o dar cuenta de lo que decidimos, utilizando un ingrediente que todos conocemos (o presumimos que se conoce), como son las reglas de la experiencia, permitimos el enjuiciamiento y discusión.

Si nosotros decimos: "Hay mala justificación (o hay mentira), porque no es posible que en un restaurante se haya realizado semejante negocio, ya que los restaurantes no se utilizan para hacer negocios. Hay en lo anterior un discurso (se trata de convencer, con una regla de la experiencia), en los restaurantes no se hacen o acuerdan negocios".

Así explicada (la regla de la experiencia) es captada por nuestra racionalidad, y el encartado o la parte podrá enjuiciar esa explicación y aplicación, ya que, de acuerdo con nuestro momento cultural, es una regla de

[83] IGARTÚA SALAVERRÍA, JUAN. Obra cit., pág. 202.

[84] Según el *Diccionario de Autoridades,* discurso significa: Facultad racional con que se infieren unas cosas de otras, sacándolas por consecuencia de sus principios o conociéndolas por indicios y señales.

[85] Se puede decir que en Grecia nace la filosofía. Emergiendo desde el mito surge una nueva manera de pensar que al decir de JOSÉ ANTONIO PÁEZ TAPIA, desemboca en el ejercicio de una racionalidad crítica, que recorre las causas del "arte de la discusión" (dialéctica) y del "arte de la persuasión" (retórica) y que encuentra su medio en el diálogo, que inclusive llega a ser género literario. Nace el pensamiento discursivo.

[86] RESCHER, NICHOLAS. *La racionalidad.* Editorial Tecnos, Madrid, 1993, pág. 19.

la experiencia que los comedores y las distintas comidas pueden ser utilizadas o son aprovechadas para celebrar negocios.

16.9. LA RAZÓN DE LA QUE HABLAMOS, ¿ES LO MISMO QUE EL LLAMADO SENTIDO COMÚN?

¿Qué significa sentido común? Significa en frase más explícita 'que tenga sentido común'. Descomponiendo la frase tenernos: sentido: entendimiento o razón, en cuanto discierne las cosas. -También significa modo particular de entender una cosa o juicio que se hace de ella. -También: Razón de ser, finalidad: 'su conducta carecía de sentido'. Común: Dícese de lo que no siendo privativamente de ninguno, pertenece o se extiende a varios. -También significa: corriente, recibido y admitido de todos o de la mayor parte. -También significa: Ordinario, vulgar, frecuente y muy sabido.

Así las cosas, eso que llamarnos sentido común, no es más que la racionalidad aplicada a los hechos, y que le permite al hombre decidir en uno y otro sentido. Ese sentido común (la razón) utilizado en el proceso, debe dar cuenta, debe explicar el fundamento (regla de la experiencia) con base en el cual se decidió.

16.10. EL CONTROL SOCIAL DE LA MOTIVACIÓN, SE CUMPLE MEJOR EN LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE LA EXPERIENCIA A LOS HECHOS NARRADOS, PORQUE SON DEL DOMINIO DE LAS GENTES

En muchos países del mundo (incluido Colombia) las sentencias son ricas en cita de autores, algunas llegan realmente a la superabundancia, pero en cambio muestran en el enjuiciamiento de los hechos un raquitismo que llega casi a la pretermisión de su juzgamiento (método discursivo). En realidad, estas decisiones no están motivadas y debieran conducir a su nulidad, pero sobre el tema existe mucha timidez para que las instancias superiores se atrevan a declarar la nulidad por no existir un discurso adecuado sobre los hechos.

"Si no existe un discurso sobre los hechos, no podrá haber control popular. Ya que sobre ellos se puede ejercer un dominio más accesible e igualitario de ese control"[1].

[1] IGARTÚA SALAVERRÍA, JUAN. *Valoración de...* Cit., pág. 186.

Observamos el siguiente caso (que referirnos con anterioridad, pero con otro sentido de análisis); se comete un hurto en la joyería T. Ticia debía distraer a una vendedora ambulante que trabajaba frente y a unos seis metros de la joyería T, mientras Cayo y otros realizaban el hurto.

Si dijéramos en la sentencia: "... como consecuencia condenarnos a Ticia, como autora del hurto cometido...", después de haber hecho cita de muchos autores que hablan de la complicidad accesoria o de la principal o esencial, esa decisión realmente no tiene motivación que merezca ese calificativo, ya que es suficiente preguntar: ¿dónde se encuentra el discurso sobre los hechos?

Pues bien, la sentencia que nos sirve para elaborar este ejemplo dice:

"De una vez debe comentarse que, comúnmente, el término 'campanero', cuando su radio de acción se da en sectores alejados de los autores y se realiza por varios, (regla de la experiencia), la llamada buena doctrina lo traduce corno actividad de segundo orden; pero, cuando es uno el autor y uno el que vigila, la mencionada tendencia empieza a empañarse y se muestra incierta, lo cual gana más terreno cuando se advierte que esa labor de control de terceros (particulares u oficiales) tiene una proximidad de inmediatez con los autores directos y culmina cuando se agrega otro aspecto que para la mayoría de la sala se muestra corno de crucial importancia, vale decir, cuando se destaca que quien realizó la labor de 'campanero' controlaba propiamente la aparición del sorprendimiento en flagrancia (regla de la experiencia). En otras palabras, que de no ejercerse ese concluyente control (que no tiene porqué mirarse como absoluto ya que en este campo la eficacia debe ser relativa o adecuada) sobre la persona (vendedora) que realizaba obligada y oportuna observación del local asaltado, ésta hubiera alertado sobre los hechos, fracasando la empresa delictiva (regla de la experiencia). Es más, en esta decisión de trabajo delictivo, se llega a estimar tan definitiva la intervención de quien actúa como campanero', que de no darse por descontada su exitosa intervención, lo lógico y sensato es pausar el hecho (regla de la experiencia). ¿Qué podría pensarse, en ese terreno de la complicidad, de un 'campanero' a quien se le determina cómo obrar el eliminar al celador, o al agente de la policía que por el entorno ronda, o al tercero que puede realizar una idéntica observación y alertar sobre los hechos? ¿Se le podrá estimar, con base en el significado usual que se asigna al término 'campanero' como cómplice secundario? (Ticia fue condenada como autora)".

Ese discurso sobre los hechos, sí permite un control popular, ya que los hechos y sus evaluaciones caen dentro de la racionalidad común (sentido común).

16.11. TRABAJO EN CONCRETO CON LAS REGLAS DE LA EXPERIENCIA

16.11.1. Conocimiento

Se puede afirmar que la regla de la experiencia, debe ser conocida, debe ser adquirida por el aplicador, pero además, conocida por el conglomerado social.

Un soldado sufrió sarampión y cuando acudió con sus compañeros al puesto de salud, se le dijo que se encontraba grave, además, exteriormente se le notaba muy mal.

Caminó durante seis horas para ir a un hospital, de conformidad con lo que se le ordenó en el puesto de salud.

Se alegó en defensa de la institución demandada por la muerte del soldado que, a éste se le había ofrecido transportarlo en carro, pero que el soldado rehusó tal ayuda.

Se dijo: ***"Las reglas de la experiencia humana enseñan que una persona en ese estado acepta la ayuda que se le*** *ofrece"*.

Esta regla la conoce el juez y también es conocida por la población, no cabe duda que hay un conocimiento compartido.

16.11.2. Vocación espontánea o provocada

Hay veces que al observar el hecho, la regla de la experiencia residenciada en la memoria y bajo el yugo de la imaginación se impone y, podríamos afirmar que ha surgido espontáneamente.

Ejemplo: Si al investigar se nos muestra un negocio de compraventa, sin ninguna seguridad y más bien expuesto, inmediatamente la regla de la experiencia se apodera de nuestra observación y diríamos que eso no resulta normal.

Otras veces, es necesario escrutar el hecho con mucho cuidado, sedimentarlo para que se logre la regla de la experiencia.

Ejemplo: Se dijo *"Por sentido común se conoce que una afección, como el sarampión, no aparece sorpresivamente sino que es resultado de una evolución, varios días o semanas en los cuales los malestares aparecen y se van evidenciando con el paso del tiempo"*[88].

Se condenó al Estado: Queda claro entonces que la muerte del soldado fue consecuencia de la omisión de la administración, de prestarle oportunamente los servicios médicos que

16.11.3. Se debe ser muy cuidadoso al trabajar con las reglas de la experiencia

El funcionario debe ser muy meticuloso y como consecuencia leal, con el consumidor de justicia cuando, con esmero, captura la regla de la experiencia que aplicará.

Es acusado un agente de la policía de haber causado la muerte a una persona, obrando corno una especie de vengador. Uno de los testigos dice que el asesino era mono (se le dice a la persona de pelo claro) y que tenía "barba pero no larga". El juzgador afirma que la barba por reglamento "es de imposible uso" para un agente de la policía.

Sin embargo, por no haberse esmerado en el estudio de la regla, el juzgador no se dio cuenta, que había prueba que el agente estaba en franquicia (permiso), lo que explicaría la incipiente barba.

16.11.4. Se debe regresar siempre a repasar la regla, para saber si sigue siendo válida, de conformidad con la realidad

Las reglas de la experiencia pueden haberse estratificado en la memoria del manipulador de ellas. A medida que pasa el tiempo, se vuelven más abstractas y se pudiera decir que pierden todo vínculo con la realidad de ese momento y por tanto al aplicarlas sin mirar la realidad, se cometen grandes errores.

Hace quince años, no podíamos imaginar que un niño, de nueve o diez años, pudiera hablar de condones, de hacer el amor, de motel, de televisores en los moteles. El adulto tenía estratificada una regla de la experiencia que podría ser la siguiente: Si por ejemplo una mujer habla de sexo, de condones, de motel, de espejos, de televisor en los mismos, es porque ha estado en uno de ellos, tiene experiencia sexual. Se podría admitir que eso era cierto. Si eso se "congela" y así, se utiliza hoy, se cometen muchos errores. Las reglas de la experiencia, hay que verificarlas, hay que regresar a observar la fuente de donde surgieron, porque si no, lo que se están aplicando son meras conjeturas.

Utilicemos un ejemplo, que también lo trabajamos en las reglas de la sana crítica y lo hacernos concientemente, porque en este apartado hay más libertad para ello.

---

demandan las afecciones que padecía la víctima. Sentencia de 2 de marzo de 2000. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sección Tercera. Consejera Ponente María Elena Giraldo. Expediente 11.945.

Dice una niña de trece años y medio:

"... él me fue a buscar al colegio en un taxi, *y* como yo no tenía más clase yo me fui con él, él me preguntó que si para el centro me conocían, y le dije que sí, entonces yo me vine *y* me embarqué en el carro y me fui con él para los lados de M... bueno de ahí él me llevó a un hotel (sic) que se llama H... entonces ahí fue donde y estuve con él, eso fue el día 29 de julio de este año, de ahí hicimos el amor, al rato nos vinimos para la casa *y* de ahí me dejó en el centro, de ahí cogí una montra (sic) y me fui para la casa. Preguntada: Díganos si con anterioridad de estos hechos que Usted nos acaba de relatar, había tenido relaciones sexuales con alguna persona. Contesto: No. Preguntada: Cuando dice Usted que hizo el amor con el señor K díganos o explíquenos en qué consistió. Contesto: El empezó a besarme cuando entramos a la alcoba de H..., y él me quitó la camisa del colegio, bueno después él entró al baño, y se quitó la ropa, y él estaba buscando unos condones, después los encontró y se los puso, después él se fue para donde yo estaba en la cama, ahí fue cuando hicimos el amor. Preguntada: Digamos si Usted sangró al momento de mantener relaciones. Contesto: No sangré. Preguntada: Díganos o descríbanos la habitación del motel H, Contesto: Ahí había muebles, muebles de sala, tenía varios espejos frente a la cama, un baño interno, aire acondicionado, teléfono y la cama, no tenía televisión. Preguntada: Díganos si Usted se percató cuánto canceló el señor K y qué tiempo permanecieron ahí. Contestó: el pagó doce mil pesos, nosotros duramos dos horas y media, nosotros entramos como a eso de las diez de la mañana y salimos como a las doce y media".

Obsérvese como se aplicó a esa declaración la regla de la experiencia:

"Teniendo en cuenta el contenido de lo declarado por la joven S, ha llegado a la conclusión, sin riesgo en cuanto al acierto, que S en materia sexual no era una incapaz, pues basta detenerse en el detalle de los condones, en aquel de que faltaba en la habitación un televisor, en el del manejo del tiempo y hasta en el detalle de lo que se pagó, para hacer tal afirmación. Con lo dicho en precedencia, S, no es esa colegiala inocente a que se refirió el señor Agente del Ministerio Público. Es por el contrario, una mujer entrenada, pues otra cosa no (sic) revela el desenvolvimiento que con gran naturalidad tuvo en el motel H,... y si por el examen anatómico, no se puede probar la experiencia en cuanto al acceso carnal, es por aquello de que posee un himen complaciente...".

Con base en lo anterior se pudo decir en el pasado lo que el juzgador dice, pero esa regla se estratificó: "conocimiento supone práctica", pero se olvidó volver a la fuente de la regla de la experiencia que es la experiencia misma, lo que sucede en la vida real, y por ello no utilizaron como viático para hacer esa crítica lo siguiente:

"... Hoy día, el tema de la sexualidad, distante de ser considerado tabú, es objeto de manejo permanente por parte de los adolescentes, e inclusive de obligatorio estudio en escuelas y colegios, en desarrollo de clarísimas pedagógicas,

expresión de la asunción por la sociedad del tema en su dimensión real, sobre la base que la ignorancia acerca de él, potencializa la victimización en la generación de relevo; de suerte que vincular el uso de expresiones propias de ella, con la ausencia de castidad, pudor, o vergüenza, constituye un abierto desconocimiento de las reglas de la experiencia".

También en ese cuidadoso estudio de la regla de la experiencia y su regreso crítico a la fuente que la creó, evita la "conjetura",

Y por ello se puede decir:

"Y *relacionar la capacidad de observación de la menor, y su espontaneidad y sinceridad en el relato de los acontecimientos, con una pretendida trayectoria suya en el campo sexual, no puede menos que causar perplejidad, por el carácter especulativo del argumento y la ausencia absoluta de ilación lógica entre los dos extremos del argumento (capacidad de observación-sexualidad)*[89].

1.5.11.5. Es conveniente siempre repasar las pruebas teniendo como viático para ello las "reglas de la experiencia"

Si el juzgador de antemano, se prepara para manejar la percepción de las pruebas bajo el yugo de la atención y reteniendo en la imaginación las reglas de la experiencia, puede llegar a descubrimientos que no había hecho, por no detenerse con "ánimo corrosivo" en los medios probatorios que aparecen en el proceso.

Unos soldados afirman que se vieron obligados a disparar, porque algunas personas armadas pretendían atacarlos, inclusive una de ellas con una granada que portaba en la mano

Pero echando un vistazo sobre el álbum fotográfico que acompañaba las diligencias, efectivamente existe una granada en una de las manos de quien quedó yaciente en medio de los ocupantes del automóvil; también mirando la copia de los exámenes de balística practicados por medicina legal, especialmente el que concierne a W, se visualiza la existencia de un disparo entildado t7, el cual presenta como signos característicos orificios, tanto de entrada como de salida, en su extremidad superior derecha, así las cosas, se

[89] Recomiendo la lectura rumiante de la sentencia, que puede permitir al estudioso aprender muy bien el manejo de las reglas de la experiencia, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal, septiembre 26 de 2000. Radicado No. 164. Mag. Pon. Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Publicada en Editora Jurídica Colombiana, primer semestre de 2001, pág. 7.

dijo: NO COMPRENDE ESTE DESPACHO COMO DESPUÉS DE HABER SIDO OBJETO DE DISPARO EN ESE BRAZO AÚN SEGUÍA SOSTENIENDO LA GRANADO.

No había duda, la granada después de los disparos le había sido colocada, pero para ese logro se requería atención y el viático de la experiencia.

16.11.6. Aporte empírico a la regla de la experiencia

Cuando al aplicar la regla de la experiencia, se ha tenido un aporte experimental como sustento de ella, se puede, con mayor tranquilidad, utilizarla como material del desplazamiento de la racionalidad, otras veces, como lo hemos dicho, se requiere volver a verificar por cualquier medio si sigue siendo válida.

Se dice que hubo un enfrentamiento armado entre las fuerzas del orden y las del desorden. Que los últimos dispararon contra los primeros. Sin embargo, la pólvora hallada en la mano de uno de ellos no estaba a manera de "frotis sino de cúmulo". "No es usual encontrar tanta pólvora en la mano de quien dispara cualquier arma de fuego".

La pólvora le fue colocada para simular que disparó, aquí el aporte del técnico o del perito fue definitivo.

16.11,7. Lealtad para ajustar la regla de la experiencia al caso

El juzgador puede tener retenida una regla de la experiencia abstracta, como una especie de guía pero muy difusa, en ese evento tiene que descender al caso y dejar, por decirlo así, que éste también ayude a concretar la regla de la experiencia, para que haya nitidez.

Se ha escrito:

> "Hasta la segunda mitad del siglo XIX se trabajó más que nada con reglas de formulación rígida, que al igual que los viejos adagios, encerraban un valioso tesoro de sabiduría general, pero que frecuentemente desencaminaban al averiguador por no ajustarse el saber experiencia' exactamente a la situación de cada caso"[91].

[90] Ver Sentencia de 10 de abril de 1997, del CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, expediente 10.138. Cons. Pon. Dr. Ricardo Hoyos Duque.

[91] DOHRING, ERICH. *"La prueba su práctica y apreciación"*. Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires. 1972, pág. 333.

Al quedar librada al manejo del juez, la regla de la experiencia, es mayor el compromiso de éste para ubicarla en el caso a juzgar, de tal manera que se concretice.

Ejemplo: Se tiene como se dijo al principio de este apartado, retenida una regla de la experiencia que podría ser: **"una persona que sufre daño en la columna vertebral, no puede mover sus miembros, como K, quedó imposibilitado de mover sus miembros, la herida que le causó a debió ser antes de tal lesión".**

Esta forma de mostrar la regla de la experiencia no podríamos decir que es equivocada, sino desleal y quizá incompleta, o por lo menos, demuestra incuria del juzgador, lo que se debió decir es lo que se dirá al final de este apartado previas las siguientes explicaciones:

"K había sostenido un romance con una dama con la cual había procreado dos hijos. Debido a lo tormentoso de la relación, la dama y sus hijos se habían refugiado en el hogar de los padres de ella. Hasta ese lugar llegó K, y los amenazó con matarlos. Estando en esa actividad K, se llamó a la policía y ocurrieron unos hechos, cuya explicación tiene dos versiones diferentes:

"A) La de K y los testigos que por su iniciativa declararon en el proceso, los cuales dicen que el policía llegó hasta la víctima y de una vez, sin más miramientos, lo atacó a golpes de bolillo y finalmente le descerrajó el tiro que lo dejó postrado de por vida en una silla de ruedas y se aduce refiriéndose a K, "presa del miedo y la agonía pensando que lo iba rematar, cuando iba para el suelo, por el impacto del proyectil, logró sacar el machete que portaba en la cintura y le tiró un viaje al agente logrando herirlo en el rostro. El agente agresor, al ver que K, cayó al suelo mortalmente herido y al verse con sangre en el rostro, se asustó y corrió para el hospital".

"B) La del policía, quien sostiene que llegó amigablemente hasta la persona (K) que amenazaba a sus parientes y que mientras trataba de disuadirlo de cometer una locura, el infractor blandió y le asestó una puñalada que le interesó el cuello y parte de la mandíbula inferior. Su versión está ratificada por la historia clínica, según la cual, para cometer el atentado se utilizó "un arma corto-contundente, que dejó en el agente una herida de más de 20 centímetros, para cuya sutura requirió colocarle 70 puntos, y que le afectó la región cervical lateral izquierda, desde la región retrouricular hasta la línea media, con compromiso de piel, tejido celular subcutáneo, de plano muscular, tejido glandular, vasos laringe y tejido nervioso".

"El policía frente a esto, disparó el proyectil a su agresor, el cual le penetró por el estómago, afectándole el riñón izquierdo y la columna vertebral, a consecuencia de lo cual, padece de perturbación funcional permanente de los aparatos urinarios y locomotor".

Demostrado que desde el instante que le penetró el proyectil, K quedó paralizado o imposibilitado de usar sus extremidades inferiores, para sostenerse en pie y menos caminar utilizando sus propios medios por el resto de sus días y en esas condiciones, le era. absolutamente imposible realizar la maniobra supuestamente defensiva que se le atribuye,

Obsérvese la aplicación de la regla de la experiencia: Si cuando recibió el tiro K, no podía sostenerse en pie y mucho menos realizar la maniobra que cuenta, hay que concluir (regla de la experiencia), que la cuchillada la realizó antes.

Quedó engastada con minuciosidad la regla de la experiencia, no se hizo en abstracto, sino en concreto.

Así se manejó la regla de la experiencia, lo cual significa que no sólo se hizo acertadamente, sino con lealtad".

16.11.8. Las fuentes de las reglas de la experiencia

El juez es un representante de la sociedad, debe conocerla y escrutarla, por tanto, tiene la obligación de conocer las reglas de la experiencia, pero puede adquirir información sobre ellas, y su fuente no se requiere que sea controlada por el trámite judicial, por ello se dice:

> "De los hechos notorios se deben distinguir las denominadas máximas de la experiencia, cuyas nociones, extrañas al campo técnico jurídico, que enuncian principio de validez general y que entran en la común cultura media, de ellas debe tener en cuenta el juez como cualquier otro ser pensante y no tiene necesidad de que las partes se las hagan presentes y eventualmente se las pruebe. **Entran entre estas máximas** reglas pertenecientes a los más diversos campos de la cultura, de las ciencias y de las técnicas. La aplicación de ellas por parte del juez es para este último obligatoria, como lo es la de la norma jurídica, ya que dicha noma no puede, en muchos casos, ser puesta en práctica en concreto si no es refiriéndose a las máximas de experiencia, las cuales sirven para la declaración de certeza y para la valoración de los hechos de la causa"".

[92] Ver sentencia de 31 de enero de 1997 del CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. Mag. Pon. Dr.: Juan de Dios Montes Hernández. Expediente 9.853.

[93] MICHELI, GIAN ANTONIO. *"Derecho Procesal Civil"*, Vol. 1, Buenos Aires, Editorial Ejea, 1970, pág. 263, No. 66.

Dice Dohring:

"Pero acerca de los hechos que constituyen el fundamento de una regla de la experiencia, le es lícito al averiguador procurarse certeza de cualquier manera que le parezca idónea, sin tener que rendir cuentas a las partes. A tal efecto, puede recurrir a su memoria para reconscientizar sucesos vividos y las enseñanzas de ellos sacadas. Cuando para proporcionarse nuevo material experiencial se requieran conocimientos especializados, el operante no está obligado, como en el otro caso, a tomarle al perito una declaración formal, sino que puede informarse al respecto en conversaciones informales con expertos amigos, por correspondencia privada.

"Esta falta de formalidad está justificada por cuanto este modo de cerciorarse es totalmente distinto del que presupone el procedimiento procesal. Los principios probatorios creados por la ley no están confeccionados a propósito de esto. Por eso, tampoco tendría sentido obligar al averiguador a que los observe cuando verifica reglas de experiencia"".

16.11.9. Mal empleo de la regla de la experiencia

El mal empleo de la regla de la experiencia, es un defecto en el raciocinio que hace el juez. Al razonar emplea mal el material que le permite ese raciocinio. Falso raciocinio.

Se debe tener en cuenta que la regla de la experiencia, la agrega el juez, el juez es el que la posee, luego hay que enjuiciarle su raciocinio cuando la emplea mal, y que técnicamente se denomina: falso raciocinio.

Debo recalcar aquí, no importa que adelante se reitere que la apreciación de la prueba tiene dos partes, interpretación y valoración.

Interpretar: Se trata por ejemplo de saber que ha dicho el testigo, pero sin valorarlo. Si dijo por ejemplo negro, es decir, ver la prueba en su contenido, sin criticarla, sin valorarla.

Si el juzgador dice que el testigo dijo rojo, no hay falso juicio de raciocinio que se comete es al valorar la prueba, sino falso juicio de identidad (al interpretarla)".

94 DOHRING, ERICH. Obra citada, pág. 326.

95 De verdad, el mencionado yerro de hecho teóricamente consiste en una intensificación o reducción material del contenido de la prueba, como actitud meramente descriptiva y no prescriptiva del juzgador, quien se limita a invocar datos relevantes que no pertenecen a la realidad de las declaraciones, o a soslayar otros igualmente determinantes que sí hacen parte de facticidad del medio probatorio.

Ejemplo:

Supuesto de hecho:

El testigo J dice: "... Saliendo de almorzar dirigiéndonos hacia la recebera se orilló un poco y le rapó la dirección y se dirigió hacia la zona verde, desafortunadamente en esa salida se metió a un ranchito que tenía víveres y había una persona ahí que fue la víctima que se llama A. B. Y ante la pregunta del fiscal sobre las reacciones a la ocurrencia del percance, agrega: "pues de parte mía tan pronto se salió de la vía yo me agarré fuerte del torpedo de la volqueta porque pensando ya en ese momento yo ya sabía que iba a haber un golpe me aseguré del torpedo de la volqueta, cuando hubo el impacto inmediatamente le dije al señor K qué pasa y dijo que vaina me sucedió esto dijo el hombre".

Dice el juzgador, que lo dicho por el testigo J, muestra lo pendiente que iba de la conducción del vehículo y agrega: **"lo cual permite a su vez afirmar que lo manifestado por el sindicado respecto de una tractomula y un colectivo que transitaban en sentido contrario al suyo y le invadieron la vía, es puro argumento defensivo con el fin de eludir su responsabilidad, pues no cuenta con respaldo probatorio ninguno".**

Obsérvese cómo empieza el juzgador a valorar la prueba (después de interpretarla, tomarla en su objetividad) y utiliza una regla de la experiencia, si el testigo cuenta todo eso, era porque iba pendiente de la conducción, no podía ir distraído.

Además, como aparece que estaba lloviendo en el momento de los hechos, el juzgador había utilizado igualmente reglas de la experiencia: "que los vidrios del carro (era una volqueta), tenían que estar mojados". O que de obligado: "el testigo presencial tenía que estar mirando de frente"[96].

[96] Vale la pena transcribir lo que dijo la Corte sobre esa regla de la experiencia: "Ahora bien, dichas inferencias las hizo el fallador con base en reglas de experiencia y de la lógica, según las cuales la lluvia (cuya presencia a la hora de los hechos está acreditada sin discordias), humedece los objetos sobre los cuales recae y, si se trata de superficies lisas y transparentes (como el vidrio), unido a las drásticas diferencias de temperatura, generan además una película que impide la visibilidad a través de las mismas, razón por la cual lo más elemental sería que el pasajero haya dirigido su mirada al frente (también lo más cómodo de acuerdo con la posición que llevaba dentro del vehículo), pues hacia los lacios estaba impedida la observación".

El lector debe retener, que cuando se está diciendo: que la tractomula y el colectivo, sólo existieron en la mente de K, está aplicando reglas de la experiencia (está valorando la versión del conductor), ya que si fuera cierto lo anterior, otra hubiera sido la respuesta cuando fue inquirido por el pasajero, y no la indicación de culpa: "que vaina me sucedió esto" [1]. No se está diciendo que eso lo dijo el testigo, se está induciendo-deduciendo con las reglas de la experiencia, la no existencia real de esos vehículos (el juzgador no está agregando nada a las versiones, no está distorsionando la prueba, pero poseedor de reglas de la experiencia, piensa y lo plasma, si hubiese sido cierto la existencia de los vehículos, K no hubiera aceptado la culpa, cuando inquirido por el pasajero por la causa del suceso lo único que dijo fue: "que vaina me sucedió esto".

Más aún se podría "rumiar" (masticar racionalmente) varias veces la versión del pasajero testigo, utilizando las reglas de la experiencia, para llegar a abundar en razones:

Si hubiera sido cierto lo de la invasión de la vía por una tractomula y un colectivó, ni siquiera el pasajero hubiera preguntado, ya que la causa era evidente. Sobre todo, si se tiene en cuenta que por el relato del mismo sí iba pendiente de la conducción del vehículo y otra hubiera sido la respuesta de K y no la que dio "que vaina me sucedió esto".

El juzgador dice:

> "Tan pronto como sucedió el accidente el testigo le preguntó al procesado lo sucedido, obteniéndose corno respuesta, la lacónica, sincera y real afirmación "que vaina me sucedió esto". No refirió que le hubiera usurpado la vía otro vehículo y menos que transitara en sentido contrario. Y si el testigo, tampoco lo relató, no fue porque no lo hubiera visto, sino porque ello no aconteció".

Y dice la Corte:

> "Corno se ve, el sentenciador no ha puesto palabras extrañas en cabeza del testigo, en el sentido de que aquél hubiese dicho expresamente que no vio el tracto camión y el colectivo que invadieron la vía normal de la volqueta. No, el tribunal simplemente refiere que un hecho tan importante con la supuesta

[1] Una vez el conductor de la volqueta fue inquirido por el pasajero dijo: "que vaina me sucedió esto", esa es una expresión de culpa, de fatalidad, si fuera cierto lo de los carros en sentido contrario, hubiese dicho, esos vehículos nos sacaron de la vía, son unos abusivos, no pude hacer otra cosa se nos vinieron encima. De milagro nos salvarnos por culpa de esos carros, pero nunca aceptar la culpa... Se aceptó frente a la única persona que en ese momento no se le podía mentir.

presencia de los dos automotores que transitaban en sentido contrario al de la volqueta, en la medida en que tendría el potencial de causa determinante del siniestro, sólo existió en la mente del procesado y no en la realidad, como medio de evasión de responsabilidad, pues algo tan notorio no podría haber pasado inadvertido para el pasajero que iba justamente al lado del conductor (regla de la experiencia), máxime que éste no relacionó tal circunstancia a su acompañante en el preciso momento en que él lo inquirió sobre lo sucedido, a propósito del aparatoso desvío de la ruta, sino que aceptó la fatalidad de su culpa, cuando exclama "que vaina me sucedió esto" (regla de la experiencia)".

16.12. LA EXPERIENCIA Y LAS LLAMADAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA

El artículo 187 del C. de P.C., después de referirse al estudio en conjunto de la prueba agrega: "... *de acuerdo con las reglas de la sana crítica...*" (frase que repite el artículo 238 del C. de P.P.). El artículo 61 del C. de P.C., después de referirse a que el juez formará libremente su convencimiento agrega: "... *Inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba*".

Pues bien, debemos acercarnos y "penetrar" la frase "Reglas de la sana crítica".

Esta frase tiene su origen en España; en efecto, nos cuenta Caravantes que existió una disposición en el reglamento de 1846 del Consejo Real (artículos 147 y 148) que autorizaba al Consejo a calificar *"según las reglas de la sana crítica"* las circunstancias conducentes a corroborar o disminuir la fuerza probatoria de determinados testigos, como ascendientes, descendientes, hermanos, tíos y sobrinos por consaguinidad o afinidad de una de las partes.

Indica Caravantes, el artículo 82 del Decreto del 20 de julio de 1852, sobre jurisdicción de hacienda, según el cual, el juicio acerca de la certeza de los hechos ha de afirmarse en esta clase de procesos por las reglas ordinarias de la *"crítica racional"*, aplicada a los indicios, datos y comprobantes que aparezcan de la causa; y la regla 45 de la Ley provisional para la aplicación del Código Penal, según el cual, si examinadas las pruebas y graduado su valor, "según las reglas ordinarias de la crítica racional", pero no encontrasen

[**] Todo lo referente a este apartado se trabajó, con base en sentencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, mayo 3 de 2001. Mag. Pon. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Publicada en Editora Jurídica de Colombia Ltda. Primer semestre 2001, pág. 295.

los jueces la evidencia moral que requiere la Ley 12, Título 14, Partida 3, impondrán en su grado mínimo la pena señalada en el código".

El artículo 317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, de 5 de octubre de 1855, dispuso que los *"jueces y tribunales apreciarán según las reglas de la sana crítica la fuerza probatoria de las declaraciones de testigos"*. La Ley de Enjuiciamiento civil española (que se promulgó por el Real Decreto de febrero de 1881), en múltiples normas se refiere a las reglas de la sana crítica. Se puede afirmar que en la actual Ley de Enjuiciamiento Civil española, se conserva esa tendencia (L.E.C./2000)[100].

La frase en comentario se encuentra extendida en los códigos de muchos países iberoamericanos (hasta el punto que en el artículo 130 del Código de Procedimiento Civil Modelo para Iberoamérica, utiliza una frase que puede resultar un poco redundante, después de hablar del estudio en conjunto de la prueba agrega: **"Racionalmente y de acuerdo con las reglas de la sana crítica"**[101].

En Colombia, si bien en el artículo 601 de la Ley 105 de 1931, se dijo que las pruebas se apreciarán de conformidad con su estimación legal, con relación a la prueba testimonial, dijo en el artículo 697 que si **"dos testigos hábiles que concuerdan en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, forman plena prueba, en los casos en que este medio es admisible conforme a la ley"**.

Igualmente regló, en el artículo 702, que cuando existen testimonios contradictorios entre sí, se deben tener en cuenta una serie de circunstancias y elementos para saber si existe plena prueba en determinados testimonios y con relación a determinados hechos, y dentro de esas recomendaciones se lee:

CARAVANTES, *"Tratado histórico, critico filosófico de los procedimientos judiciales según la nueva Ley de enjuiciamiento"*, Imprenta Gaspar y Rioja, Editores, Madrid, 1856, Tomo 11, No. 1003, págs. 247, 248. RENGEL ROMBERG, ARISTIDES. *"Tratado de derecho procesal civil venezolano"*, Editorial Ex Libris, Caracas 1991, pág. 400.

[100] En efecto según el número 2 del artículo 316, de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, se dice:

"En todo lo demás, los tribunales valorarán las declaraciones de las partes y de las personas a que se refiere el apartado 2 del artículo 301 según las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de lo que se dispone en los artículos 304 y 307".

[101] El artículo 507 del C. de P.C. venezolano, regla:

"A menos que exista una regla legal expresa para valorar el mérito de la prueba, el juez deberá apreciarla según las reglas de la sana crítica".

"deduce, conforme a los principios generales de la sana crítica" y fue mucho más franco el artículo 723, cuando al referirse a la fuerza probatoria del dictamen pericial y después de hacer algunas precisiones, se dijo: *"Se apreciará por el juez conforme a las reglas de la sana crítica"a* Se puede afirmar en forma rotunda, que por la necesidad de resolver situaciones concretas que la tarifa no podía abastecer, se hizo necesario en muchos países, legislar introduciendo, por excepción con criterio de valoración, las reglas de la sana crítica. Estas normas permitieron que los jueces se fueran acostumbrando a valorar las pruebas sin tarifa, que fueran ganando experiencia, hasta que en el caso de Colombia, se optó abiertamente por consagrar el sistema de valorar las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica[102].

Donde podemos ubicar ese sistema de valorar las pruebas.

Para ubicar este sistema de valorar la prueba se podría, en vía de hipótesis, pensar así:

A) **El sistema de libre convicción, en donde, según el decir de Couture:**

"Debe entenderse por tal aquel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medios de información que puedan ser fiscalizados por las partes.

"Dentro de ese método el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad de la prueba con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aun contra la prueba de autos...".

Y agrega más adelante:

"Pero en nuestros países, el concepto de libre convicción debe reservarse para expresar, conforme a su verdadero sentido, una forma de convencimiento libre (conocimiento intuitivo, prueba hallada fuera de autos; saber privado del juez respecto de los hechos que debe apreciar; etc.)"[103].

Si nos detenemos a pensar con algún cuidado lo anterior, habría que convenir que éste realmente no es un sistema, no hay persuasión, lo que hay

[102] Habiendo sido encargados de la redacción del Título V —referido al aspecto probatorio— del Decreto 2700 de 1991, introdujimos en el procedimiento penal el sistema en comento, que, recuérdese había sido adoptado en materia procesal civil desde la expedición del C. de P.C. En la actualidad, el tema continúa inmodificado, puesto que si bien es cierto fue promulgado un nuevo C. de P.P., el tenor del literal del artículo 254 del Decreto 2700 de 1991 fue literalmente reproducido en el artículo 238 de la Ley 600 de 2000.

[103] COUTURE, EDUARDO 1. *"Fundamentos del Derecho Procesal Civil"*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, pág. 275.

es imposición. El que tiene la potestad de valorar la prueba, hace manifestación de su voluntad y en eso consiste la valoración. En otras palabras, es el reinado de la arbitrariedad.

B) El sistema tarifarlo, **en el cual el legislador le da el valor a la prueba**

¿Dónde ubicar el sistema de la reglas de la sana crítica?, ¿es acaso un tercer género?, en absoluto, es el sistema de la libre convicción pero debe ser entendido como una libertad reglada o controlada, en todo fundada en las pruebas del expediente.

La prueba se controla con los excedentes extralegales, es decir, con las reglas de la experiencia, con las reglas de lógica, etc.

Se podría pensar que esto no se muestra tangible, ¿cómo es eso que con las reglas de la experiencia o máximas, se pueda controlar la valoración de la prueba? Veamos cómo resulta de tangible ese control con un ejemplo:

Dice una persona:

"Yo quedé con K y quedé recostado en el mostrador, y cuando él sacó la navaja yo estaba recostado en el mostrador y me iba a dañar ahí y K me mandó la navaja en tres o cuatro veces y yo le sacaba el juste, y me rasgó el pantalón en el lado derecho de la pierna, por el lado del muslo y en uno de los tiros que me hizo con la navaja me hizo un rayón en la pierna y yo saqué la navaja mía que la tenía en el bolsillo del pantalón y abrí la navaja y él se me vino de frente y se encontró con la navaja que tenía abierta y se chuzó, no sé en dónde..., ... yo cogí la navaja y la. abrí y la tuve así (el indagado indica que la empuñó al lado del abdomen) y K se vino para donde mí y se encontró con la navaja mía varias veces, yo no la moví del sitio dónde la puse, ahí siempre la tuve. PREGUNTADO: ¿Cómo explica Usted que el occiso presente una herida en el maxilar inferior izquierdo, otra herida en la región supramamaria costado derecho, otra herida en la región pectoral hacia región umbilical, herida en la brazo derecho tercio inferior y herida en el brazo izquierdo, si como acaba de informarnos Usted no movió la navaja del sitio donde la colocó, o sea cerca del abdomen? CONTESTO: Seguro se iba encima de mí porque yo intencionalmente no le tiré, él se iba encima de la navaja mía y seguro se cruzaba con la navaja,... yo nunca iba a creer que él y yo íbamos a tener problemas, yo nunca intenté tirarle, él se encontró con el arma mía, él se mató con la navaja mía".

Frente a la anterior declaración el juzgador absolvió al sindicado. Sin embargo, se pudo controlar esa valoración, con arreglo a la lógica, la experiencia y la ciencia, para decir:

"... el juzgador acepta unos hechos que de manera alguna podía admitir sin atentar de manera grotesca contra los postulados de la sana crítica, fundamentalmente la lógica y la experiencia. Contra esta última, porque nadie en actitud ofensiva se

autopuñala hasta causarse la muerte. Contra la lógica, porque la versión del imputado no es consecuente con la ubicación de las heridas en el cuerpo".

Se revocó, como era lógico, la sentencia y se condenó al sindicado por el delito de homicidio de K[104].

Esa valoración de la versión del sindicado, atentaba contra las reglas de la experiencia, porque nadie atacando, hace lo que él dice: *"Se vino para donde mí y se encontró con la navaja mía en varias veces..."*. Eso atenta contra las reglas de la experiencia nadie ataca en esa forma. Luego, de conformidad con las reglas de la experiencia, el occiso K, recibió las heridas porque fue atacado por el sindicado. Y también esa valoración contradice las reglas de la lógica, si la navaja no se movió del abdomen, mal podía tener el occiso heridas en el maxilar inferior izquierdo. Este hecho muestra lógicamente que el sindicado movió la navaja, la blandió.

En este caso con la mayor rigidez se controló la prueba con los excedentes extralegales: las reglas de la experiencia y de la lógica.

Qué quiere decir: Reglas de la sana crítica:

Dice Couture:

"Las reglas de la sana crítica, son reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia..."[105].

Compartimos el pensamiento de Couture en cuanto dice que las reglas de la experiencia son variables y contingentes con relación al tiempo y al espacio.

Ejemplo:

Del relato que hace una niña de trece años y medio de su relación sexual con un adulto:

Dice la Corte Suprema de Justicia de Colombia":

[104] Ver sentencia, sobre la cual se trabajó el ejemplo, de la Sala de Casación Penal de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Mag. Pon. Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll, marzo 14 de 1996. No. de Rad. S-9373-96. Ediciones Doctrina y Ley, Torno VIII, José María Forero, pág. 174.

[05] COUTURE, EDUARDO J. *"Estudios de Derecho Procesal Civil"*, Tomo: ***Prueba en Materia Civil.*** Editorial Sociedad Anónima Editores, Buenos Aires, 1949, pág. 195.

[106] Ver Sentencia de septiembre 26 de 2000. Mag. Pon. Fernando Arboleda Ripoll Publicada en Editora Jurídica de Colombia Ltda., primer semestre de 2001, pág. 7.

"La verdad es que del hecho de haber aceptado sin rodeos que la relación sexual fue voluntaria, o de la circunstancia de haberse percatado de la ausencia de televisor en la habitación del motel, o del valor de la cuenta, o de haberse hablado con propiedad sobre el uso de condones, o los pormenores que antecedieron y acompañaron el acto sexual, no resulta posible deducir, como lo hace el Tribunal, que el velo de la castidad, que algún día tuvo, ya había sido corrido, y que se trataba de una mujer "entrenada" en el ejercicio de la sexualidad".

"Esta inferencia, rompe de manera abrupta con los postulados de la persuasión racional. Hoy día, el tema de la sexualidad, distante de ser considerado tabú, es objeto de manejo permanente por parte de los adolescentes, e inclusive de obligatorio estudio en escuelas y colegios, en desarrollo de clarísimas líneas pedagógicas, expresión de la asunción por la sociedad del terna en su dimensión real, sobre la base que la ignorancia acerca de él, potencializa la victimización en la generación de relevo; de suerte que vincular el uso de expresiones propias de ella, con la ausencia de castidad, pudor, o vergüenza sexual, constituye un-abierto desconocimiento de las reglas de la experiencia. Y relacionar la capacidad de observación de la menor, y su espontaneidad y sinceridad en el relato de los acontecimientos, con una pretendida trayectoria suya en el campo sexual, no puede menos que causar perplejidad, por el carácter especulativo del argumento y la ausencia absoluta de ilación lógica entre los dos extremos del argumento (capacidad de observación-sexualidad)".

La persuasión en este caso se hizo sobre un fundamento falso, en el pasado; hace diez o quince años, era posible y hasta defensable, sostener que ese conocimiento correspondía a una mujer experimentada en cuestiones de sexualidad, pero hoy no, por lo dicho anteriormente.

Además, el otro fundamento de la persuasión la capacidad de observación, la retención por la novedad de todo lo que significa un motel, no muestra experiencia sexual.

En cuanto hace relación a los principios de la lógica y que Couture afirma que son verdades inmutables, anteriores a toda experiencia, podemos afirmar que, si bien estos principios se deben tener en cuenta, no se pueden manejar "congelados" o en sí mismos, porque se trata de crear persuasión sobre situaciones concretas.

Para terminar el comentario sobre Couture, hagamos unas breves pinceladas sobre estos principios:

i) El principio de identidad:

Este principio es patente en el llamado principio ontológico de identidad (A=A), según el cual, toda cosa es igual a ella misma o 'ens est ens' (una cosa sólo puede ser igual a sí misma).

ii) **Principio de contradicción: (Y que podría llamarse de no contradicción):**

Con frecuencia, tal principio es considerado como un principio ontológico, y entonces se enuncia del modo siguiente: 'Es imposible que una cosa sea y no sea al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto. También una cosa o fenómeno no puede ser explicado mediante dos proposiciones contrarias entre sí'.

iii) El **principio de la razón suficiente (o razón determinante)**

Enuncia que nada es (o acontece), sin que haya una razón para que sea (o acontezca) o sin que haya una razón que explique que sea (o acontezca). Las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia (ver las reglas de la experiencia).

iv) El **principio del tercero excluido:**

Si una cosa únicamente puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una tercera proposición ajena a las dos precedentes'".

Dice Jaime Guasp: Son los criterios normativos (`reglas', pero no jurídicas), que sirven al hombre normal, en una actitud prudente y objetiva (`sana'), para emitir juicios de valor (estimar, apreciar) acerca de una cierta realidad[108].

Para nosotros las reglas de la sana crítica son:

a. Pautas que elaboramos (para juzgar), utilizando como materiales el ambiente creado por el proceso en cuestión ("pequeña historia del proceso"), las máximas de la experiencia y si es del caso las reglas técnicas, científicas o artísticas (prueba pericial).

b. Sana (objetiva, sincera).

c. Crítica: Juzgar de conformidad con las reglas de la lógica, para lo cual se debe narrar y hacer discurso (es decir, informar).

Con un ejemplo que ya hemos utilizadó, expliquemos nuestra concepción de las 'reglas de la sana crítica': En el hurto de la joyería, hemos construido una pequeña historia: La llamada 'campanera' debía distraer a una vendedora que se encontraba frente y a unos seis metros de la joyería. Por estar tan cerca, la llamada

[107] Ver CABAÑAS, obra citada, pág. 140.

[108] Cita que he tomado de CABAÑAS GARCÍA, JUAN CARLOS. *Valoración de...* Cit., pág. 140.

`campanera' podía incidir en la ejecución o no del hurto, evitando que sus compañeros fueran sorprendidos en 'flagrancia', por ejemplo (regla de la experiencia). Esto que se está diciendo está demostrado en el proceso (la proximidad a los ejecutores: objetiva y sincera, sana), por tanto se dice: "... cuando se advierte que esa labor de control de terceros (particulares u oficiales) tiene una proximidad de inmediatez con los autores directos y culmina cuando agrega otro aspecto que para la mayoría de la sala se muestra como de crucial importancia, vale decir, cuando se destaca que quien realizó la labor de 'campanero' controlaba propiamente la aparición del sorprendimiento en flagrancia y se termina por condenar la autora" (el resto de los razonamientos los omitimos, por estar narrados anteriormente). Esto es lo que se llama crítica: se nana y se hace discurso para convencer (se informa), es decir, se debe dar cuenta.

Como se puede observar, la lógica que aplicamos a los hechos, a las reglas de la experiencia y a la prueba pericial, apunta con nitidez a pensar que se trata propiamente de las reglas de la razón o de la racionalidad común.

Es la razón común (con sus reglas) la que nos posibilita afirmar que por la proximidad (regla de la experiencia), la campanera era prácticamente autora (establecemos esa conexión entre los hechos, gracias al uso de la razón). Se puede compartir o no el juicio, pero se puede captar por la razón (común), ¿cómo no entender que por estar casi en forma inmediata junto a sus compañeros de hurto los podía alertar, podía por sus recomendaciones inmediatas abortar el hurto, etc.?

En una apretada síntesis y mirada desde el lado de la razón, podríamos decir que para juzgar, la razón tiene que escrutar los hechos del proceso, utilizar las reglas de la experiencia, las reglas de la pericia correspondiente cuando sea necesario y dar cuenta de lo que se decide. Ejemplo: La campanera está frente a la joyería objeto del robo (hechos). Eso le permite avisar a sus compañeros (regla de la experiencia). Por tanto, no es su participación en el hurto secundaria sino principal (dar cuenta, decir el porqué). Además, la ordenación de los hechos, el empleo adecuado de las reglas de la experiencia, y de la pericia, es igualmente una labor de la razón.

Utilicemos otro ejemplo que nos permita mostrar lo que explicamos, así:

Hechos: X contrató a F a fin de que le hiciera el transporte de una mercancía. F, conductor, solicitó a Z y a J que le ayudaran no sólo a cargar la mercancía en el camión, sino que además les solicitó que lo acompañaran guiándolo para salir de la ciudad de Santa Fe de Bogotá, D.C., con el cargamento, porque no conocía bien la salida.

Los acompañantes de F, Z y J, se apoderaron de la mercancía y amordazaron al conductor F.

Días antes, el señor L había dicho a J lo siguiente: "Hola vea, porque usted como está tan pobre y como es conocido en esa empresa... por qué no me _consigue un viaje de chatarra o de lo que sea que yo se lo compro", palabras estas que sólo sirvieron para tenerlas en cuenta no obstante "... mi estado de necesidad, fue así como me dio un teléfono, en caso tal y como L, `el sargento...'", (eso es lo que cuenta J).

Igualmente cuenta J que se puso a pensar en esto y se lo comunicó a su compañero Z. Este dijo que "... de pronto resultaba algo y como en realidad yo sí tenía y tengo necesidad lo hice..." (narración de J).

Se presentó la ocasión ya relatada: J y Z realizaron la idea que les había vendido L. Una vez se apoderaron del camión J y Z, cuenta J que se procedió a llamar por el teléfono a L (el sargento), habiendo dicho éste que los esperaba en la Alquería. Procediendo en últimas a entregar la mercancía al mencionado L.

En sentencia pronunciada por el Tribunal, habían sido condenados los tres como coautores responsables del delito de robo agravado. La mercancía, en parte, fue encontrada por las autoridades en el sitio que había indicado L (el sargento) que la dejaran.

Se interpone recurso de casación. En lo que interesa para el ejemplo, se afirma por el recurrente: "El expediente arroja la prueba de que L no hizo acto de presencia en el apoderamiento del camión, no maniató ni amordazó al chofer. De allí se deduce que la conducta de L (el sargento) no podía tenerse como constitutiva de una coautoría, sino cuando más de una complicidad no necesaria.

Se puede inferir que L creó en J la idea de robarse un camión cargado de mercancía, idea que éste a su turno comunicó a su compañero.

Dice la Corte:

"Esa idea tuvo plena eficacia causal, como que se actualizó y materializó en la primera ocasión propicia que se les presentó a J y Z, que fue la de guiar dentro de la ciudad, a un conductor de un camión cargado de mercancías, es decir al señor F".

Luego continúa:

"En efecto para hacer estas afirmaciones se tienen en cuenta las circunstancias que rodearon la propuesta que L (el sargento) hizo a J" (La Corte se está refiriendo a la pequeña historia del proceso). En efecto, la dirigió a un 'cotero' de profesión, íntimamente en contacto, por lo mismo, con el cargue y descargue de mercancías transportadas o para transportar (regla de la experiencia). La

ocasión en que se la formuló fue cuando 1 le descargaba a él un carro que transportaba chatarra, en un lugar obviamente vinculado a esta ocupación de cargue y descargue (regla de la experiencia). No la dirigió a una persona extraña a este medio y a esa actividad, sino percatándose de que 1 disfrutaba de confianza en la empresa *y* aprovechando la amistad que surgió entre ellos desde ese momento (regla de la experiencia).

Obsérvese cómo esa pequeña historia y ese ambiente permite decir a la Corte:

"En esas condiciones y dentro de esas circunstancias es como hay que entender la expresión de L a J de que 'si de pronto salía un viajecito de lo que fuera él lo compraba".

"Dentro de ese marco circunstancial (pequeña historia del proceso) hay que darle a esa frase un valor entendido. Por medio de ella, L (el sargento) estaba induciendo a J para que se apoderara ilícitamente de mercancías de esas que él cargaba *y* descargaba en su actividad de 'cotero' (regla de la experiencia). De allí el vocablo 'viaje', 'viajecito', o sea la carga, (regla de la experiencia) no desconocido en el 'argot' de una actividad delincuencia) en boga, a la que se le ha dado hasta su peculiar denominación de 'Piratería Terrestre'. Y así la entendió efectivamente J y de la misma manera Z cuando éste se la comunicó, pues no otra cosa que esa fue la que hicieron al presentárseles la primera oportunidad: Apoderarse de un camión cargado de mercancías y ponerlas a disposición de quien los había inducido a hacerlo, prometiéndole adquirirlas".

Finalmente dice la Corte:

"Cuando se induce a una persona a cometer un delito, la concreción de éste surge de la individualización que objetivamente se hace de él (robar un camión cuyas placas y especificaciones se comunican, que está estacionado en determinado lugar y cargado con una específica mercadería), pero también puede nacer de las circunstancias que rodean la propuesta, cuando ellas no dejan duda de cuál es el delito a cuya comisión se está induciendo, con lo que éste se hace perfectamente determinable, que fue precisamente lo que ocurrió en el presente caso.

"La llamada autoría intelectual o más propiamente la actuación del inductor, instigador o determinador, hay que tratar de captarla en la prueba, a veces en detalles o vestigios únicamente que logran escapar a la previsión suma que distingue al autor mediato, pues, como queriendo el delito no lo realiza por sí mismo sino por intermedio de otro, su preocupación principal es la de no dejar. rastro alguno de su intervención. Por eso, llega, en veces, hasta eliminar al autor material para silenciar cualquier posibilidad, por remota que sea, de ser descubierto. No se contará por lo mismo, salvo casos excepcionales, con profusión de manifestaciones acerca de su participación".

"La delincuencia organizada y entre ella se puede contar la 'Piratería Terrestre', se mueve dentro de un ambiente de valores entendidos, de lenguaje convencional, de procedimientos simplificadores (regla de la experiencia). En ese mundo, a veces

basta un ademán, una frase entrecortada, una expresión figurada, un signo, para comunicar una propuesta delictiva" (regla de la experiencia),

El llamado autor intelectual conoce muy bien, porque lo selecciona, al autor material, y sabe qué le debe decir y en qué forma debe decírselo (regla de la experiencia).

Por eso J no tuvo dificultad en entender lo que L le proponía con la frase "comprarle el viaje que resultare". "Y también lo comprendió Z perfectamente cuando J lo hizo partícipe de la propuesta hecha por L. En esta forma los indujo éste a realizar el delito y de manera tan eficaz que efectivamente lo cometieron, y precisamente dentro de la modalidad que estaba sobreentendida en la expresión que empleó aquél" (hasta aquí la jurisprudencia, los paréntesis son nuestros)[109].

Obsérvese la expresión: "si de pronto sale un viajecito de chatarra o de lo que sea, yo se lo compro", esa expresión dicha a un comerciante está significando la posibilidad de celebrar un contrato de compraventa (regla de la experiencia). Esa misma expresión dicha a un 'cotero' y en las circunstancias que aparecen narradas anteriormente, significa: "Apodérese de un cargamento que yo se lo compro" (regla de la experiencia).

Se ha dicho con anterioridad que cada proceso tiene su "pequeña historia". Esta crea una atmósfera que con la ayuda de las reglas de la experiencia y si es del caso con la ayuda de la prueba pericial y bajo la tiranía de la razón, permiten juzgar. En el caso presente L, es determinador y no encubridor.

"La pequeña historia: L aprovechando la oportunidad en que J, le descargaba una camioneta de su propiedad y teniendo en cuenta que era cotero ' y que le tenían confianza en una compañía transportadora, le dice: `Si de pronto sale un viajecito de chatarra o de lo que sea, yo se lo compro' y además le dio un número telefónico para que se comunicara con él. J que descargaba camiones con su compañero Z, le cuenta lo propuesto por L, a lo cual le manifiesta que de pronto sale algo. El chofer X, cuando les solicita a J y Z que lo guíen para salir de Bogotá, les da la oportunidad de hacer realidad la propuesta hecha y efectivamente cometen el robo, amordazan al conductor X y J llama por el teléfono a L (el sargento). Este se apersona del asunto, ordena guardar la mercancía en un determinado sitio, etc. Dentro de esas circunstancias no cabe duda que L, fue determinador".

[109] Ejemplo y comentarios elaborados con sustento en sentencia de marzo 2 de 1981. Mag. Pon. Dr. Darío Velásquez Gaviria.

16.13. ERROR POR FALSO RACIOCINIO

Ha dicho la Corte Suprema de Justicia de Colombia (Sala Penal):

"El juez tiene cierto grado de libertad o discrecionalidad frente al conjunto de. pruebas para arribar a un estado de conocimiento acerca de los sucesos y de la responsabilidad penal, estado que puede ser de certeza o de duda según las circunstancias específicas de cada evento concreto.

"Ese margen para la movilidad intelectual en la asignación del mérito a las pruebas encuentra límite en los postulados de las ciencias, las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia o sentido común.

"Ahora bien, si la pretensión consiste en demostrar que el juez de segunda instancia quebrantó definitivamente los postulados de la sana crítica y produjo una decisión a todas luces desfasada y por ello arbitraria, el camino a seguir en búsqueda de la casación es el error por falso raciocinio que tiene su propia técnica, especialmente en cuanto exige al demandante:

"a) Señalar cuál postulado científico, o cuál principio de la lógica, o cuál máxima de la experiencia fue desconocida por el fallador;

"b) Indicar entonces cuál ha debido ser el aporte científico correcto, la regla de la lógica apropiada o la máxima de la experiencia que debió tenerse en cuenta para esclarecer el asunto debatido; y finalmente,

"c) Demostrar la trascendencia de ese error de modo que si no se hubiera incurrido en él, la decisión del juez hubiera sido radicalmente distinta.

"El yerro demostrado en la forma antes señalada, en operación de causa a efecto, debe enlazarse con la violación indirecta de determinada ley sustancial por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea, todo en procura de verificar que el fallo impugnado es manifiestamente contrario a derecho" [110].

La jurisprudencia anterior nos sirve para hacer las siguientes consideraciones:

1°. En la valoración de la prueba, en su poder de persuasión, se pueden cometer errores y ellos son de hecho, lo cual puede suceder durante las instancias; si bien la jurisprudencia anterior, se refiere a la casación, las indicaciones sirven para orientar el trabajo en las instancias, no necesariamente para desplegar toda esa técnica, pero sí como guía de indudable valor.

Ejemplo:

Si se retiene el caso de la niña de trece años y medio y se recuerda el valor que se le dio al aplicar una regla de la experiencia, se puede pensar que

[110] Sentencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, Sala Penal, Mag. Pon. Dr. Edgar Lombana Trujillo, mayo 31 de 2001. Publicada en Editora Jurídica Colombiana Ltda., primer semestre 2001, pág. 220.

se realizó tal valoración por el juez de primera instancia, el recurrente podrá decir en la apelación que el juez de primera instancia incurrió en el llamado error por falso raciocinio, porque se razonó con un material equivocado, como es sostener que la niña, por tener semejante información sexual y conocimientos sobre aspectos sexuales y usos, quedaba establecido que era una mujer con experiencia sexual. Que se debió tener en cuenta que inclusive los niños, reciben información sexual, que los medios de comunicación, la internet, les informan más de la cuenta.

Que la capacidad de retener, de observar, que es muy grande en los adolescentes, no permite relacionarla con el sexo.

Obsérvese que al relato de la niña, para valorar su confesión de haber "hecho el amor voluntariamente", no se le quitó objetividad, fue bien interpretado, eso fue lo que ella dijo, pero al valorarla (la supuesta confesión), se le aplicó mal la regla de la experiencia y se concluyó que era una mujer "entrenada" en el ejercicio de la sexualidad. Cuando a esa interpretación correcta se le debió dar el valor de quien tiene conocimientos para narrar una relación que efectivamente tuvo ocurrencia, pero nada más, siempre la valoración de la prueba es una "decisión sobre su credibilidad"[111].

Reténgase: Al aplicar mal la regla de la experiencia y concluir entrenamiento sexual, de los conocimientos sobre sexualidad, se declara una verdad distinta a la que obra en el proceso, es decir, que se trataba de una niña, que tuvo relaciones sexuales voluntariamente con un adulto, o hizo corno ella dice el "amor", y eso era todo y no se trataba ni mucho menos por todo lo dicho, de una niña entrenada en cuestiones sexuales.

Por eso la Corte ha dicho:

> "El error de hecho por falso raciocinio se configura cuando el Tallador al discernir la eficacia de una prueba quebranta las reglas de la sana crítica, llevando a declarar una verdad distinta a la que obra en el proceso"'.

[111] MONTERO AROCA, JUAN. *"La prueba en el proceso civil",* 2ª edición. Edit. Civitas. Madrid 1998, pág. 307.

[112] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, mayo 3 de 2001. Mag. Pon. Dr. Edgar Lombana Trujillo. Publicada en Editora Jurídica de Colombia Ltda., primer semestre 2001, pág. 306:

> "...También había dicho con mucha claridad la Corte, reiterando jurisprudencia de mayo 25 de 1999, casación 12.885, lo siguiente: La sana crítica —dijo la Corte en otra oportunidad—, es el límite de la soberanía con la cual cuenta el juzgador en su tarea de apreciación probatoria en el sistema procesal colombiano y tal *es* la razón para que resulte marginal al recurso de casación la

El sistema, corno ya lo sostuvimos, de la libre valoración de la prueba es el mismo de las reglas de la sana crítica, no se puede equiparar la libre valoración a la arbitrariedad; en efecto, el artículo 192 del Código de Procedimiento Penal italiano, regla:

> "El juez valorará la prueba dando cuenta, en la parte motiva, de los resultados obtenidos y criterios adoptados"[113].

No se podría decir sino leyendo muy descuidadamente, que en esa norma no se establecen límites como dar cuenta de los resultados obtenidos y criterios adoptados. Eso significa que es con control y por ello la doctrina ha dicho:

> "Dentro del terna de valoración de las pruebas, el artículo 192 inc. 1 de ninguna manera borró del ordenamiento el principio del libre convencimiento del juez, que sigue siendo aún el pilar al cual debe referirse el proceso valorativo de los datos probatorios. En efecto, dicha norma resalta la atribución exclusiva al juez de mérito del poder de valorar la prueba y la obligación de hacer explícita, de la. manera más rigurosa y completa, la motivación que está en la base de la decisión adoptada, anclando así, el principio del libre convencimiento a la necesidad de indicar específicamente los resultados adquiridos y los criterios adoptados, con el fin de evitar que dicho principio se utilice de manera arbitraria. En materia de valoración de la prueba, el juez debe ante todo interpretar los hechos, dándoles explicaciones no abstractas, sino adecuadas a la realidad histórica...".

También se afirma:

> "Sobre la valoración de la prueba, la diferencia entre reglas de la experiencia *y* mera conjetura reside en el hecho de que en el primer caso el dato ya se sometió, o de todas maneras se somete a la verificación empírica y por ende la regla puede formularse sobre la base del id quod plerunque occidit, mientras que en el segundo caso esta verificación no se ha hecho ni puede hacerse, y ella se confía a un nuevo cálculo de posibilidades, así que la regla no es susceptible de verificación empírica y por ende de demostración. Por lo tanto, dado que el juicio que se formula como conclusión del proceso penal nunca puede ser un

---

valoración que realice con sujeción a las reglas que la gobiernan, que no son otros que el examen reflexivo, razonable y lógico de los medios demostrativos, en la vía de los principios de la ciencia y sin desatender las máximas de la experiencia, es decirlas formas como usual y reiteradamente tienen ocurrencia las cosas por efecto de las costumbres sociales.

"Plantear un desbordamiento de la sana crítica en casación, —entonces finaliza la cita— hace imprescindible precisar la regla transgredida, demostrar que se trata de una regla y determinarla en cuanto así es de ciencia, lógica o experiencia, señalando obviamente cómo de no haberse incurrido en la irregularidad otro habría sido el sentido del fallo, lo cual implica el ejercicio de confrontar los términos de la sentencia". Mag. Pon. Dr. Carlos E. Mejía Escobar, septiembre 20 de 2000.

03 Valutazioni della prova. 1. II Giudice valuta la prova dando conto nella motivazioni dei risultati acquisiti e dei criteri adottati.

juicio de probabilidad sino de certeza, incluso las reglas de la experiencia pueden encontrar cabida en la concatenación lógica de varios silogismos en los cuales se sustancia la motivación, pero ciertamente no las meras conjeturas[114].

16.14. ERRORES EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA

16.14.1.En materia penal

Se puede decir, que en la apreciación de la prueba, existen dos etapas, perfectamente delimitadas:

Una etapa (que la Corte Suprema, Sala Penal, dice que es de actitud descriptiva)[115], que se puede llamar de interpretación y otra, (de actitud prescriptiva), de valoración.

En la primera etapa, se trata de que el funcionario con un criterio objetivo, de contemplación, observe lo que la prueba muestra. Si existe la prueba y que es lo que evidencia, es decir, percibirla.

En esta primera etapa que es una especie de inventario de la prueba, se pueden cometer dos tipos de errores: El juez no contempla, no inventaría una prueba que obra en el proceso (la pretermite), o hace inventario de una prueba que no obra en el proceso (la supone), en estos casos, se comete el error conocido como **falso juicio de existencia;** o cuando "al fijar su contenido" (la prueba sí está), pero se distorsiona su contenido objetivo, se cercena o se adiciona en su expresión fáctica, "haciéndole producir efectos que no se desprenden de ella", en este caso, se comete el error conocido como **falso juicio de identidad.**

En la segunda etapa, que es ya de la valoración de la prueba, que consiste en una decisión sobre su credibilidad. Se trata ahora de decidir si el testigo merece crédito y puede concluirse que ha dicho la verdad, si el documento es auténtico y representa fielmente los hechos tal y como se produjeron, si el perito es creíble y sus razonamientos están apoyados en la lógica, etc.".

[114] Comentario breve al nuovo codice di procedura penale. GIOVANNI CONSO y VITORIO GREVI, Cedam, Casa editrice dott, Antonio Milan 1994, pág. 234.

[115] Ver sentencia de mayo 3 de 2001. Mag. Pon. Dr. Aníbal Gómez Gallego, publicada en Editora Jurídica de Colombia Ltda., Primer semestre de 2001, pág. 295.

[116] Ver MONTERO AROCA, JUAN. *"La prueba en el proceso civil"*. Madrid 1998, Edit. Civitas. 2ª edición, *pág.* 308.

Si el error se comete en esta parte, que es propiamente de la valoración, por ejemplo porque se aplique mal una regla de la experiencia o de la lógica, el error se denomina: **falso raciocinio** (sobre el cual ya nos hemos referido anteriormente, con ejemplos).

Los tres errores nombrados: de existencia, de identidad y de falso raciocinio (no existe tarifa legal), son de hecho.

También pueden cometerse errores de derecho: **a) falso juicio de legalidad,** o **b) falso juicio de convicción** (pero no tenemos tarifa). El primero realmente se comete al hacer el inventario de la prueba o se patrimonia y se valora, a pesar de ser nula, o no se inventaría por considerarla nula sin serlo, sin embargo, se engloba, bajo la denominación ya indicada (falso juicio de legalidad), y es considerado un error in indicando de apreciación probatoria (causal primera de casación), y el segundo, si es propiamente de valoración (cuando existe tarifa, la cual no tenemos).

Debe finalmente tenerse en cuenta, que con relación a los errores de hecho ya identificados, un error en la interpretación (en la actitud descriptiva: falso juicio de existencia o falso juicio de identidad), repercute en la etapa de valoración, pero no lo contrario. Por ello, cuando se ha cometido el error en la actitud descriptiva, el recurrente en casación debe identificar el error y mostrarlo, y si es en la valoración, el error que también es de hecho, debe ser identificado, e indicarse todo lo que se ha dicho con anterioridad.

16.14.2.En materia civil

El planteamiento es el mismo que se ha hecho; en la apreciación de la prueba existen dos etapas o fases: A) La de la **interpretación:** mirar qué dice la prueba, qué muestra, y B) Otra etapa, que es propiamente la de la valoración.

Con relación a esta segunda etapa ha dicho la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia:

> "No debe olvidarse que el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil le impone al sentenciador el deber de exponer: "siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba", exigencia que se erige en la columna medular del llamado sistema de la sana crítica "para la valoración de la prueba, método que, contrariamente a lo que acontece con el de la tarifa legal" se funda en la libertad y autonomía del juzgador para ponderar las pruebas y obtener su propio convencimiento, aquilatadas a través del sentido común y la lógica y claro está, de la mano de las reglas de la experiencia, que son: "aquellos juicios hipotéticos de carácter general, formulados a partir del acontecer humano, que le permiten al juez determinar los alcances y la eficacia de las pruebas aportadas al proceso".

Es decir, aquellas máximas nacidas de la observación de la realidad que atañen al ser humano y que sirven de herramienta para valorar el material probatorio de todo juicio.

"Así las cosas, si es menester reconocer, como al unísono lo hacen doctrina y jurisprudencia, que el aludido sistema de valoración de la prueba se funda en la libertad del juez para razonar sobre ella, liberado de las ataduras que la tarifa legal, impone, debe, igualmente, colegirse que goza de autonomía o, mejor, soberanía en el ejercicio de tal labor sin que le sea dado a la Corte como Tribunal de Casación imponer límites a esa facultad legal o establecer confines dentro de los cuales ella puede realizarse, pues de este modo la tasa legal que el estatuto procedimental repudia, se vería sustituida por una tarifa de carácter jurisprudencial.

"Como la soberanía del juzgador de instancia en el punto no puede desbocarse hacia la arbitrariedad, cabalmente, porque su ponderación debe ser razonada, es decir, fundada en el sentido común y las máximas de la experiencia, la labor del recurrente en casación sube de punto cuando trata de cuestionar la crítica que de la prueba hizo el tribunal, pues suele acontecer que éste la hubiese percibido en su realidad objetiva, sólo que al razonar sobre ella, o sea; al pasarla por el tamiz que el sentido común y las reglas del saber empírico conforman, le reste credibilidad, de modo que sería vana una confrontación entre lo que el medio dice con lo que el tribunal afirmó de él, desde luego que en el evento ambos coincidirían. Por el contrario, debe circunscribirse a demostrar que el fallador desligado de toda lógica y sensatez, valoró antojadiza o inicuamente la prueba, o que la supuesta regla de la experiencia de que se vale raya en lo absurdo, o porque se equivoca manifiestamente al creer ver en el proceso la hipótesis de aquella regla, sin que ella en verdad exista" (Casación de 24 de marzo de 1998), y, cabalmente a este ejercicio renunció el recurrente para dedicarse a formular su propia apreciación de la prueba"[117].

17. "EL PRINCIPIO DEL DERECHO A LA PRUEBA"

El derecho a la prueba ha sido consagrado en distintos términos, por la mayoría de los ordenamientos jurídicos, así por ejemplo, el artículo 24 de la Constitución italiana establece en su inciso 2° "La defensa es un derecho inviolable en cualquier estado o fase del proceso", y en forma explícita, el artículo 24.2 de la Constitución española de 1978, reza:

"Asimismo, todos tienen derecho (...) a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia", con lo cual, como se observa, se vincula el derecho a la prueba con el concepto de pertinencia de la misma.

[117] Sentencia CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, de 3 de diciembre de 1998. Mag. Pon. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

Entre nosotros, el derecho a la prueba fue anteriormente deducido por vía de interpretación del artículo 26 de la Constitución de 1886 que consagraba el derecho a ser juzgado "observando la plenitud de las formas propias de cada juicio", hasta la expedición de la Constitución Política de 1991, cuyo artículo 29 de manera expresa e inequívoca lo consagró en los siguientes términos

> "C..) Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; **a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en** su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.
>
> Es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso".

Tal disposición –desarrollada legalmente en los artículos 232 del C. de P.P. y 174 del C. de P.C.– no significa nada distinto a la consagración del método experimental para llegar a la certeza objetiva, con la particularidad de encontrarse vertida en una norma de rango constitucional, y por ende. dotada de especial importancia.

Sobre las implicaciones de su consagración constitucional, el Tribunal Constitucional español sostuvo:

> "Cabe destacar que el art. 24.2 de la Constitución ha convertido en un derecho fundamental el de "utilizar los medios de prueba pertinentes" en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado. Este derecho de que las pruebas pertinentes propuestas sean admitidas y practicadas por el juez o Tribunal y, al haber sido constitucionalizado, impone una nueva perspectiva y una sensibilidad mayor en relación con las normas procesales atinentes a ello, de suerte que deben los Tribunales de Justicia proveer a la satisfacción de tal derecho, sin desconocerlo ni obstaculizarlo, siendo preferible en tal materia incurrir en un posible exceso en la admisión de pruebas que en su denegación". (Sentencia 30/1986).

Nuestra Corte Constitucional, consciente de lo anterior, en poco más de una década ha efectuado trascendentales pronunciamientos sobre el alcance de la disposición contenida en el artículo 29 constitucional. Así por ejemplo ha sostenido que:

– El legislador no goza de libertad absoluta para regular la estructura' probatoria del proceso, por cuanto que el art. 29 constitucional le impone la observancia de unas garantías mínimas (C-1270/00, T-589/99, C-555/01).

> "3.2. Aun cuando el artículo 29 de la Constitución confiere al legislador la facultad de diseñar las reglas del debido proceso y, por consiguiente, la estructura probatoria de los procesos, no es menos cierto que dicha norma impone a aquél la necesidad de observar y regular ciertas garantías mínimas en materia probatoria. En efecto, como algo consustancial al derecho de defensa, debe el legislador prever que en

los procesos judiciales se reconozcan a las partes los siguientes derechos: i) el derecho para presentarlas y solicitarlas; ii) el derecho para controvertir las pruebas que se presenten en su contra; iii) el derecho a la publicidad de la prueba, pues de esta manera se asegura el derecho de contradicción; iv) el derecho a la regularidad de la prueba, esto es, observando las reglas del debido proceso, siendo nula de pleno derecho la obtenida con violación de éste; v) el derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos (arts. 2 y 228); vi) el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso". (T-1270/00).

— El derecho a la prueba es uno de los elementos constitutivos del derecho al debido proceso (T-393/94, T-589/99).

— El derecho a la prueba debe ejercerse de acuerdo con las formalidades legalmente prescritas (T-504/98, SU-087/99).

Este derecho se manifiesta en aspectos tales como el derecho a asegurar la prueba, a que se decreten las pruebas, a que se practiquen las pruebas ya decretadas, y a que se valoren las pruebas regularmente allegadas al proceso.

17.1. EL DERECHO A ASEGURAR LA PRUEBA

Este derecho impone al legislador de los códigos procesales, civiles, laborales, etc., regular con suficiencia y seriedad lo referente a la prueba anticipada, porque tener el derecho a la prueba y no poder hacer nada para asegurarla, cuando haya riesgo de que desaparezca, es equivalente a negar ese derecho.

En materia penal la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

"Valga la oportunidad para que la Sala actualice el planteamiento expuesto en sentencia del 16 de marzo de 1988 (Mag. Pon. Di: Martínez Zúñiga), cuando consideró la posibilidad legal que tiene la víctima para preconstituir –con la ayuda de la tecnología a su alcance–, la prueba del delito".

También dijo la Corte Suprema de Justicia:

" *en efecto, debe decirse que con la actual prefiguración constitucional del Estado como social de derecho fundado en el respeto y la dignidad humana–, la libertad y autonomía individuales cobran especial relevancia al punto de garantizarle a la persona natural el ejercicio de sus facultades "sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico"* (art. 16 C.P.).

"Siendo ello así, mal podría esgrimirse impedimento alguno o exigir autorización judicial para que las personas graben su propia voz o su imagen, o intercepten su línea telefónica, si éstas actividades no se hallan expresamente prohibidas. Este aserto resulta avalado si se tiene en cuenta que quien así actúa es

precisamente el afectado con la conducta ilícita, y por ende, eventualmente vulneradora de sus derechos, por lo que su proceder se constituye en un natural reflejo defensivo"' (las negrillas son nuestras).

17,2. DERECHO A QUE SE DECRETEN LAS PRUEBAS

La Corte Constitucional colombiana, con relación a la omisión de una prueba ha dicho:

"2.1. La omisión de una prueba objetivamente conducente en el proceso que se sigue contra el peticionario, constituye una violación a su derecho de defensa y al debido proceso.

Continúa la sentencia diciendo: "Los registros históricos así obtenidos, naturalísticamente tienen vocación probatoria, pues corresponden a medios de demostración de los hechos, según el reconocimiento que al efecto el legislador, a los cuales les da la categoría de documentos privados aptos para ser apreciados judicialmente, conforme lo precisa en los artículos 225 del C.P. *y* 251 del C. de P.C., cuyo valor depende de la autenticidad, la forma de aducción al proceso, la publicidad del medio y la controversia procesal del mismo, así en él queden adicionalmente impresas voces o imágenes ajenas.

"Pero el derecho a la autonomía individual aquí referido, no es absoluto. Una de sus limitaciones es el derecho a la intimidad ajena, también de rango constitucional fundamental, emanado de el de la dignidad humana e íntimamente ligado al libre desarrollo de la personalidad, por virtud del cual no pueden ser intervenidos los actos de la esfera privada de las personas, siendo exclusivamente éstas quienes pueden decidir su divulgación sin que ello implique su renuncia, pues se trata de un derecho indisponible.

"Por ello conviene advertir que cuando no se trata de grabar la propia voz, o recoger documentalmente la propia imagen, ni de interceptar la línea telefónica que se tiene, sino de registrar comunicaciones o imágenes privadas de otras personas, es necesario que se obre en cumplimiento de una orden emanada de autoridad judicial competente, en cuanto ello implica invadir la órbita de intimidad personal ajena, también protegida como derecho constitucional fundamental (art. 15), corno se dejó dicho.

"De no procederse de esta manera, la prueba podría. nacer viciada (art. 29 C.N.) y por ende resultaría ineficaz para las finalidades perseguidas, independientemente de la intención con que se actúe, así sea la de contribuir a demostrar la ilicitud que se padece. Es más este irregular proceder, podría generar responsabilidad penal al autor del hecho...". (Casación de fecha octubre 22 de 1996, Mag. Pon. Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll).

[119] Ha dicho la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA lo siguiente: "... Pues bien, el artículo 250 del Código de Procedimiento Penal dispone: 'No se admitirán las pruebas que no conducen a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso o las que hayan sido obtenidas en forma ilegal para determinar responsabilidad. El funcionario rechazará mediante providencia las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas.

"2.2. Con la omisión se viola el principio de publicidad que debe inspirar las diferentes actuaciones procesales:

'Según este principio la justicia penal debe ser comunicada a las partes y al público en general; los fallos y las decisiones deben ser difundidos y motivados. Con ello se protege el derecho a la información de personas afectadas por decisiones judiciales y se garantiza la posibilidad de que las mismas puedan controvertir su contenido y alcance'.

"23. El derecho a la presunción de inocencia consagrado en el inciso cuarto del artículo 29 de la Carta, se encuentra en estrecha relación de interdependencia con el derecho de defensa y el debido proceso".

Dice la Corte Constitucional que la presunción de inocencia se vincula a dos postulados con relación a las pruebas y dice:

"En primer lugar, estas se encuentran sometidas a la libre apreciación por parte del juez, de tal manera que su decisión en esta materia, salvo los recursos correspondientes, resulta irreversible, de acuerdo con el principio de independencia judicial (art. 228). En segundo lugar los únicos medios válidos

---

Cuando los sujetos procesales soliciten pruebas inconducentes o impertinentes serán sancionados disciplinariamente o de acuerdo con lo previsto en el artículo 258 de este código'.

Basta la lectura de la norma para establecer que el legislador adoptó un concepto único y complejo, en el sentido de que la conducencia se predica de la prueba y la pertinencia de los hechos materia del proceso, pero ninguna prueba será conducente sí no es apta para llevarnos a la verdad sobre hechos objeto del procesamiento, que a su vez son los únicos pertinentes. Son dos caracteres inseparables, porque si la prueba nos guía a establecer hechos completamente ajenos al proceso, no sólo es impertinente sino que también resulta inconducente, pues se ha separado drásticamente del único objeto señalado en el proceso como plan de acción. La conducencia sólo puede apreciarse a través de una relación de la prueba con los hechos (pertinencia).

Este criterio aparece reforzado en la primera parte del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, norma según la cual 'no se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obren en el proceso pruebas que conduzcan a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado...'. Precisamente; los hechos materia del proceso sólo son aquellos que tienen que ver con los elementos constitutivos del delito que se examina y la responsabilidad (penal y civil) de quienes han sido legalmente vinculados.

A sabiendas de que la resolución del 13 de junio de 1996 ha sido calificada provisionalmente por la Fiscalía como abiertamente ilegal, averiguar los motivos que tuvo la doctora R.C.Z., para dejar de impugnar dicha decisión, por un medio tan inquisitivo como sería el de su propia declaración juramentada, sería abandonar el objeto propio de este proceso y de las respectivas pruebas, cual es el prevaricato y la responsabilidad que se atribuyen al doctor I.C. y, para ingresar arbitrariamente en la indagación de las supuestas responsabilidades funcionales o penales de aquella funcionaria, aspecto que no deja de insinuar el apelante, y exponerla por esa vía entonces a una autoacusación bajo la gravedad del juramento" (Sentencia de fecha junio 30 de 1998. Mag. Pon. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego).

para desvirtuar la presunción de inocencia son los utilizados en el proceso como pruebas, siempre y cuando se haya respetado el derecho de defensa "120.

[0] Sentencia No. T-055/94. Mag. Pon. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. El caso es el siguiente: X dice que cuando se hizo un operativo y fue encontrado con unos supuestos propietarios de un cargamento de marihuana, él se encontraba en actividades profesionales, ya que había sido recomendado por unas personas ajenas al ilícito para que trabajara como arquitecto en un proyecto de vivienda. Esas personas que habían intermediado eran L y F. El abogado defensor de X, solicitó el testimonio de las mencionadas personas y el fiscal nunca resolvió la petición Se interpuso tutela y la Corte Constitucional en lo pertinente dijo: "La tutela presentada por e peticionario (X) plantea una violación al debido proceso en la investigación penal que e Fiscal Regional de Barranquilla adelanta en su contra, Dicha vulneración consistiría en l falta de respuesta a la petición de una prueba. En este orden de ideas, el análisis constitucional deberá reducirse a los siguientes aspectos: 1) ¿Cuál es la pertinencia de la prueba solicitada por el demandado y qué normas legales regulan esta materia? 2) ¿De qué manera se pueden considerar vulnerados los principios de defensa y contradicción por la omisión judicial respecto de la petición de práctica de una prueba pertinente, y en qué normas se podría fundar el concepto de dicha violación? 3) ¿Cómo se configuraría una violación del derecho fundamental al debido proceso a partir de los supuestos anteriores? Finalmente, 4) ¿Cómo se resuelven los problemas planteados por el caso concreto frente a la prohibición de la acción de tutela contra decisiones judiciales? A continuación se analizan en detalle cada una de estas preguntas.

"1. La prueba solicitada por el peticionario.

"De las versiones rendidas por los involucrados en el proceso se deducen dos versiones de los hechos. La primera de ellas, presentada por la policía sostiene que R y sus amigos eran los propietarios del cargamento de marihuana incautado, de acuerdo con el número telefónico informado por el conductor del camión que transportaba el estupefaciente y que corresponde al apartamento de sus propietarios. La versión del arquitecto X, en cambio, pone de presente su desconocimiento de los hechos relacionados con el cargamento ilícito y hace énfasis en el propósito estrictamente profesional de su visita al apartamento del señor Restrepo, cita que fue concertada por terceros no inculpados en el caso.

"La tarea de dilucidar la verdad oculta tras estas versiones contradictorias, debe pasar por la realización de ciertas pruebas, entre las cuales, la citación de los testigos mencionados por el demandado, resulta necesaria e ineludible. Las declaraciones de L.F. aparecen en este contexto, corno pruebas útiles y conducentes para la certeza o la falsedad de lo dicho por el arquitecto X. Esto no quiere decir, desde luego, que con ello necesariamente se logre el completo esclarecimiento de lo sucedido. Simplemente se constata la probabilidad razonable de que lo uno sirva para lo otro y ello debe ser suficiente para que la prueba sea decretada. Los testimonios solicitados, en consecuencia no pueden ser considerados como pruebas inconducentes o impertinentes, únicas razones que habrían facultado al fiscal para rechazarlas, tal como lo señala el artículo 250 del Código de Procedimiento Penal.

"2. Los principios de defensa *y* contradicción en el proceso.

"La función que cumple la Fiscalía durante la etapa investigativa del proceso no se reduce a la inculpación, tal como se establece en los sistemas acusatorios de otros países. Durante

"2.4. El derecho a que se admita o decrete toda prueba siempre y cuando sea conducente y pertinente" (con lo observado en el número anterior).

Puede observarse entonces, cómo nuestra Corte Constitucional, con ocasión de diversas tutelas sobre la vulneración del derecho a la prueba a través de la omisión de su decreto, ha establecido algunas pautas al respecto:

- La falta de respuesta a la petición de una prueba vulnera el derecho a defensa (T-055/94).
- La autoridad administrativa debe determinar si decreta o no las pruebas solicitadas, antes de resolver de fondo (T-1395/00, SU-087/99).
- El rechazo de una prueba que sea legalmente conducente constituye una violación del derecho de defensa y del debido proceso (T-055/94, T-393/94, T-006/95).
- En caso de existir duda sobre la conducencia o inconducencia de una prueba, debe optarse por la admisión de la prueba (T-393/94).
- Si bien es cierto el juez no está obligado a decretar todas las pruebas que se le soliciten, solo le es dado negarlas cuando no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso o estén legalmente prohibidas o sean ineficaces o versen sobre hechos

---

la investigación el fiscal cumple una labor eminentemente judicial, con todas las exigencias que de ella se derivan en términos de imparcialidad. Está por lo tanto obligado a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado (C.P. art. 250 inc. último) y, en términos generales, a respetar en sus actuaciones los derechos fundamentales y las garantías procesales consagradas en la Constitución Política y en la ley penal.

"La plena vigencia del principio de imparcialidad dentro de la etapa investigativa se deduce, además de la función propia del fiscal de calificar y declarar precluidas las investigaciones realizadas (C.P. art. 250-2). La decisión de dar por terminado el proceso no debe ser interpretada como un fracaso en la realización de sus objetivos, sino corno la materialización de una de sus funciones constitucionales.

"La investigación y el descubrimiento de la verdad suponen la puesta en tela de juicio de los elementos fácticos y normativos que ingresan al proceso y, en consecuencia presuponen el debate y la confrontación entre las diferentes versiones y partes. El proceso no puede ser concebido como serie de pasos encaminados a la demostración de una hipótesis planteada por el fiscal o juez. Así se eliminaría su connatural elemento dialéctico, cuya presencia activa en todas sus fases asegura que la verdad real aflore a partir de la controversia. De acuerdo con la naturaleza bilateral del proceso penal, el imputado debe ser oído y sus argumentos deben ser sopesados con indagaciones *y* estudio.

"El principio de contradicción (C.P. art. 7) es la realización del principio de defensa (C P.P. art. 1 inc. 1)".

notoriamente impertinentes o se las considere manifiestamente superfluas (T-055/94, T-393/94, T-589/99).

- El rechazo de las pruebas solicitadas debe motivarse (T-006/95, T-589/99, SU-087/99).

La decisión de rechazar la prueba solicitada carece de la debida motivación. No basta que el funcionario encargado de administrar el debate probatorio niegue, en forma indefinida, la relación de la prueba solicitada con los hechos investigados. Por el contrario, debe exponer las razones que sustentan su aserción, a fin de que la parte interesada pueda, si lo considera necesario, controvertir dichas razones ante otra autoridad Mediante el ejercicio de los recursos de ley. (T-006/95).

- El no decreto de pruebas fundamentales para demostrar las pretensiones vulnera el derecho de defensa (T-504/98, T-589/00).

17.3. DERECHO A QUE SE PRACTIQUEN LAS PRUEBAS YA DECRETADAS

Antes de examinar la posición que ha tomado nuestra Corte Constitucional en torno a este punto, es menester señalar las acertadas observaciones del Tribunal español, que en sentencias 147/1987, 110/1995 y 50/1998 sostuvo: "En caso de que la prueba no sea practicada estaremos en presencia de una denegación tácita del mencionado derecho. El efecto de la inejecución de la prueba es o puede ser el mismo que el de su inadmisión previa, pues, objetivamente ello equivale a una inadmisión previa".

Nuestra Corte Constitucional ha establecido algunas pautas al respecto:

- La práctica de las pruebas ya decretadas –de oficio o a petición de parte– no es discrecionalidad del juzgador (T-488/99, SU-087/99).

El juez tiene una oportunidad procesal para definir si esas pruebas solicitadas son pertinentes, conducentes y procedentes, y si en realidad, considerados, evaluados y ponderados los elementos de juicio de los que dispone, ellos contribuyen al esclarecimiento de los hechos y a la definición acerca de la responsabilidad penal del procesado. (...) Lo que no es permitido al juez, a la luz de los postulados constitucionales, es decretar 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. En el evento en que así ocurra, resulta palmaria la vulneración del derecho fundamental al debido proceso y ostensible la arbitrariedad judicial. Ahora bien, lo dicho parte del supuesto de que lo acontecido no sea por culpa, descuido o negligencia del procesado o de su apoderado. (SU-087/99).

> Si la no práctica de la prueba es imputable a la parte o a su apoderado, no existe violación del debido proceso (SU-087/99).
>
> La no práctica de pruebas fundamentales para la defensa, ya decretadas vulnera el derecho de defensa (T-504/98, T-589/00).
>
> Entratándose de procesos de filiación, el decreto y práctica de la prueba antropoheredobiológica es obligatorio, y el funcionario judicial que haga caso omiso de tal mandato compromete su responsabilidad (T-488/99).

En torno a este punto, es importante resaltar que la Corte Suprema de Justicia, en Salas de Casación Civil y Penal ha proferido fallos mediante los cuales pone de relieve que el deber del funcionario judicial no se agota con decretar la práctica de las diligencias pedidas, sino que por el contrario este debe hacer todo lo posible para que se practiquen.

Se dice claramente que la providencia que se niega a señalar nueva fecha para que se recepcionen unos testimonios, no es apelable, porque no se trata de la hipótesis prevista en el literal "b" numeral 1 del art. 204 del Código de Procedimiento Penal, (hoy art. 193). También se recalca que la decisión de no acceder a fijar una nueva oportunidad para que comparezcan los testigos no tiene carácter de interlocutoria sino de mera sustanciación.

Y a continuación dice la Corte:

> *"... es oportuno explicar que el hecho de que la negativa del Tribunal a insistir en la práctica de la prueba no sea apelable, no significa que si con ella se desconoce el debido proceso o el derecho de defensa no genere una nulidad y en esa medida es razonable la posición del ministerio público, pero se equivoca al creer que para proteger esas garantías se pueden crear recursos que el régimen procesal no contempla".*

El juez no puede ser obligado a lo imposible, de tal forma que si efectuadas las diligencias necesarias no se logra recaudar la prueba, por ejemplo, porque pese a los esfuerzos realizados no se localizó al testigo, por importante que fuera esa versión en nada se afectaría el trámite o las garantías de los sujetos procesales. Contrario sensu, si se estableciera que las citaciones no fueron oportunamente remitidas, o que no llegaron a los destinatarios por error en el envío, o porque a quien se le hicieron llegar no las entregó y eso no se verificó, o que aunque efectivamente llegaron, el citado no quiso presentarse, y siendo la prueba de vital importancia para el proferimiento de una sentencia justa no tomando las medidas pertinentes, podría generar una nulidad, y

con mayor razón si además no se atendió la petición de intentarlo de nuevo presentada por el interesado.

Y más adelante agrega:

"El deber del funcionario judicial no se agota en decretar la práctica de las diligencias pedidas, o de las que considere necesarias para el establecimiento 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. El fiscal y el juez no son simples observadores del proceso, cada uno en su momento son directores del mismo, y sobre sus hombros recae la responsabilidad de que la etapa que se esté surtiendo cumpla las finalidades para las que está prevista y en especial, tienen la obligación de ser imparciales y celosos en la búsqueda de la prueba.

"La celeridad es importante y lo ideal es que se actúe de esa manera, pero desde luego esa no es una excusa válida para que se dejen de practicar pruebas pertinentes y trascendentes, porque por cualquier otro propósito está el de alcanzar la verdad, que al fin de cuentas es la razón de ser del proceso. Con esto no se está diciendo que se tiene que acceder a señalar nueva fecha todas las veces que el citado no acuda a deponer; o siempre que alguno de los sujetos procesales lo solicite, simplemente se quiere recordar que la negativa a una nueva oportunidad para que una diligencia probatoria se realice, debe estar precedida de las reflexiones anteriores, entre otras"[121].

17.4. DERECHO A QUE LA PRUEBA REGULARMENTE APORTADA AL PROCESO SEA VALORADA

El cumplimiento de esta exigencia tiene una doble finalidad, en primer lugar, explicarle al peticionario el valor dado a las pruebas que por su iniciativa se decretaron y practicaron; y en segundo lugar, producirle tranquilidad.

Este derecho se debe mostrar por el funcionario judicial, mediante el estudio analítico de cada medio probatorio.

Esta faceta del derecho a la prueba obliga al órgano jurisdiccional, a valorar cada medio probatorio, y a exponer el mérito asignado a cada uno.

Hay que tener cuidado, porque ese derecho no se desahoga la mayor parte de las veces por el órgano jurisdiccional, con el argumento de que la prueba fue estudiada en conjunto. Utilizar el expediente de que la prueba fue

[121] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Mag. Pon. Dr. Ricardo Calvete 12 angel 1997.

estudiada en conjunto para cubrir la falencia del estudio analítico de los medios probatorios, ya ha sido denunciada en otras latitudes: "Acerca de la exigencia de valorar motivadamente la prueba desarrollada en el proceso, no podemos desconocer que en la práctica se soslaya continuamente, mediante el uso torticero del denominado expediente de la apreciación conjunta de las pruebas, consistente en la declaración del órgano jurisdiccional por lo que se limita a manifestar que el material probatorio ha sido valorado 'en conjunto' o `conjuntamente' con omisión de la necesaria justificación racional de las causas por las que se ha concedido validez a los datos fácticos probados en el proceso, esto es, sin especificación de las fuentes y medios valorados positiva o negativamente por el juzgador [122].

Entre nosotros, la vulneración del derecho a que la prueba regularmente aportada al proceso sea valorada ha sido considerada por la Corte Constitucional una vía de hecho por defecto fáctico en diversos pronunciamientos.

- La falta de apreciación del material probatorio constituye una vía de hecho por defecto fáctico y viola el debido proceso (T-504/98).
- La valoración arbitraria, irracional y caprichosa del material probatorio constituye una vía de hecho por defecto fáctico y desconoce el debido proceso (T-442/94, SU-132/02, T-025/01).
- Existe vía de hecho por defecto fáctico cuando la decisión se toma sin haber sido practicadas —y en consecuencia tampoco valoradas— las pruebas necesarias para desatar la litis (T-488/99).
- La sola omisión en la valoración o práctica de una prueba no constituye vía de hecho (T-025/01).

> La sola omisión en la valoración o práctica de una prueba, no es constitutiva de una vía de hecho. Para que ésta se produzca, debe tratarse de errores manifiestos u ostensibles, atribuibles a una actitud caprichosa o arbitraria del funcionario competente. Además, esas pruebas deben tener la capacidad inequívoca de modificar el sentido del fallo. En consecuencia, no hay vía de hecho cuando no se practican pruebas o se omite la valoración de las existentes, pero la decisión se fundamenta en un análisis coherente de otros elementos de juicio. (T-025/01).

El derecho a la prueba, tiene una manifestación particularmente importante, en la obligación que tiene el funcionario judicial de explicar todos

[122] PICO I. JUNOY, JOAN. *El derecho a la prueba en el proceso civil.* Bosch Editor. Barcelona (España). 1996, pág. 25

los elementos de los medios probatorios, fundamentalmente cuando utiliza la prueba indiciaria, con el fin exclusivo de que el justiciable pueda ejercer el derecho de contradicción en situación normal, sin recurrir a realizar proezas para saber por ejemplo porqué existe un indicio grave.

Para nosotros el artículo 29 de la Constitución Política se ha convertido en derecho fundamental el de "presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra" (véase el capítulo de la prueba indiciaria).

Capítulo II

OBJETO DE LA PRUEBA JUDICIAL

1. ENUNCIACIÓN

Existe, según los autores, varios criterios para definir lo que debe entenderse por objeto de la prueba judicial, los cuales se pueden condensar así:

1) Objeto de la prueba judicial son los hechos.
2) Objeto de la prueba judicial son los hechos y las afirmaciones.
3) Objeto de la prueba judicial son, simplemente, las afirmaciones.

2. EL OBJETO DE LA PRUEBA JUDICIAL SON LOS HECHOS

Son objeto de la prueba judicial las realidades susceptibles de ser probadas, sin relación con ningún proceso en particular; se trata de una noción objetiva y abstracta. Desde este punto de vista, y siguiendo las enseñanzas del profesor Hernando Devis Echandía, son hechos objeto de prueba:

a) Todo lo que puede representar una conducta humana, los sucesos, acontecimientos, hechos o actos humanos, voluntarios o involuntarios, individuales o colectivos, que sean perceptibles, inclusive las simples palabras pronunciadas, sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, y el juicio o calificación que de ellos se tenga. b) Los hechos de la naturaleza en que no interviene actividad humana. c) Las cosas o los objetos materiales y cualquier aspecto de la realidad material' sean o no producto del hombre, incluyendo los documentos. d) La persona física humana, su existencia y características, estado de salud, etc. e) Los estados y hechos síquicos o internos del hombre, incluyendo el conocimiento de algo, cierta intención o voluntad y el consentimiento tácito o la conformidad (el expreso se traduce en hechos externos: palabras o documentos), siempre que no impliquen una conducta apreciable en razón de hechos externos, porque entonces

correspondería al primer grupo[1]. Igualmente, por hechos hay que entender algo que ha sucedido o que está sucediendo, lo que ocurrió en el pasado o en el presente.

3. EL OBJETO DE LA PRUEBA JUDICIAL SON LOS HECHOS Y LAS AFIRMACIONES

Efectivamente, los hechos pueden ser afirmados o negados, pero de todas maneras lo que se prueba son los hechos y no las afirmaciones, ya que éstas son simplemente manifestaciones.

4. EL OBJETO DE LA PRUEBA JUDICIAL SON LAS AFIRMACIONES

Santiago Sentis Melendo sostiene: "¿Qué es lo que ha de verificarse? Esto es: ¿Qué se prueba? Aquí suele aumentarse la confusión. Porque no es raro y hasta es lo corriente, que se nos diga: se prueban hechos. No, los hechos no se prueban, los hechos existen. Lo que se prueban son afirmaciones que podrán referirse a hechos"[2].

No estamos de acuerdo con el ilustre maestro, pues si bien es cierto, como él mismo lo dice, que las partes no le plantean al juez sus dudas, sino que efectivamente hacen afirmaciones de la existencia de determinados hechos que sirven de sustento a sus pretensiones o excepciones, éstos son los que son susceptibles de prueba.

El artículo 177 del C. de P.C. se refiere a la teoría que sostiene que el objeto de la prueba son los hechos, al preceptuar: "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas...".

El Código de Procedimiento Penal, igualmente desarrolla la tesis anterior, al hablar en los artículos 232, 235 de hechos. En el Código Penal Militar, igualmente, se hace referencia a ellos en los artículos 396, 400, 402.

El Código de Derecho Canónico en el canon 1526 establece:

"Parágrafo 1. La carga de la prueba incumbe al que afirma.

"Parágrafo 2. No necesitan prueba:

[1] DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Compendio de derecho procesal,* T. II, *Pruebas judiciales. 7ª* edición, Editorial ABC, Bogotá, 1982, pág. 46.

[2] SENTIS MELENDO, SANTIAGO. *La prueba. Los grandes tenias de derecho probatorio.* Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1978, pág. 12.

"1. Aquellas cosas que la misma ley presume;

"2. Los hechos afirmados por uno de los contendientes y admitidos por el otro, salvo que, pese a ello, el derecho o el juez exijan su prueba".

Lo anterior significa que son, igualmente, objeto de prueba los hechos en el derecho canónico.

5. LA PRUEBA DEL HECHO PSÍQUICO

Nos queremos referir al método que podemos emplear para 'auscultar' la psiquis humana, con relación a un suceso acontecido allí, en un momento determinado.

El hecho estuvo residenciado en la psiquis, hubo un acontecer allí y debemos mostrarlo corno si hubiera ocurrido exteriormente (literalmente lo sonsacamos).

.5.1. LA PERCEPCIÓN

La percepción es un proceso cognoscitivo, una forma de conocer el mundo. Todos los mecanismos cognoscitivos se encuentran relacionados; trabajaremos con la percepción por ser el punto donde la "cognición y la realidad se encuentran" y es la "actividad cognoscitiva más elemental, a partir de la cual emergen todas las demás".

La percepción es una manera de introducir información en nuestra mente antes de que podamos hacer otra cosa con ella.

Sostiene Luis Muñoz I. Sabaté: "Para vivir, cualquier animal o persona necesita adquirir conocimientos acerca de su medio ambiente. Cuando son informados de lo que les rodea sólo entonces se hallan en condiciones de desarrollar una conducta adaptativa o asimilativa que les permita subsistir'".

Siguiendo al autor citado, podernos afirmar que para recibir dicha información se requiere: A) Un estímulo; B) Un receptor que la capte; C) Un transmisor que la conduzca a un centro capaz de "entenderla"; y, D) Ese mismo centro.

[3] MUÑOZ I. SABATÉ, LUIS. *Tratado de probática judicial. La prueba del hecho psíquico.* José María Bosch Editor S.A., Barcelona (España), pág. 11.

A) Un estímulo: "Se trata en sentido amplio de cualquier hecho, o si se quiere, de cualquier objeto o suceso externo o interno a un organismo viviente, que altera su actividad o provoca o modifica una experiencia del mismo".

B) Un receptor: "La información acerca del medio interno o externo es captada por las terminales de determinadas células nerviosas, generalmente especializadas, que convierten a las diferentes formas de energía proveniente del estímulo en potenciales de acción o corriente bioeléctrica. Estas células suelen llamarse receptoras o receptoras sensoriales, y aunque el término `órgano de los sentidos' ha sido usado como sinónimo de aquellas, la psicofisiología prefiere emplear el término receptor no sólo para evitar confusiones, sino porque su extensión es mucho más amplia que la dada por el pensamiento común al término 'sentido'.

C) Transmisor: "Una vez que la información del estímulo ha sido transducida o transformada en impulsos nerviosos, éstos se propagan a través de determinados conductos al cerebro. Estos conductos de entrada se llaman nervios o tractos nerviosos y constituyen la vía sensorial o aferente; cualquier información captada por un receptor se codifica en un 'lenguaje' neurológico y se transmite al sistema nervioso central (SNC), particularmente al cerebro".

D) Centro: "Un centro es un conjunto de células nerviosas que actúan como unidad integrada en la realización de alguna función más o menos específica. Hay varios centros, todos ellos situados en el cerebro o en la médula, constituyentes ambos del SISTEMA NERVIOSO CENTRAL. El centro es como una estación terminal de determinadas vías aferentes (aunque pueden haber centros intermedios que actúan corno relés) y opera como una oficina traductora, selectora y organizadora".

Siendo deudores del autor citado, podemos resumir lo que sucede cuando los impulsos nerviosos llegan al cerebro, así:

1) Llegado el impulso nervioso al CEREBRO este puede ALMACENAR LA INFORMACIÓN **(memoria) o** SELECCIONARLA, REORGANIZARLA Y MODIFICARLA para transmitirla seguidamente al sistema de respuesta.

2) ALMACENAR LA INFORMACIÓN: Se producen determinadas transformaciones, si va en el metabolismo del ácido ribonucleico (ARN), existentes en el núcleo de las células de la corteza cerebral, equivalente a una impronta.

3) SELECCIONAR, REORGANIZAR Y MODIFICAR, donde entra en juego el mecanismo de respuesta; esto es, el estímulo captado y transmitido es "entendido" y éste reacciona con una respuesta adaptativa.

4) La PERCEPCIÓN, desde este punto de vista, es el equivalente a lo que jurídicamente llamamos **conocimiento.**

5) La INFORMACIÓN ALMACENADA pasa de ese modo formar parte del repertorio de datos del organismo. "En cualquier momento posterior en que dicho organismo se vea llamado a dar una respuesta adaptativa, la labor reorganizativa del centro cerebral se verá notablemente facilitada por los datos de que ya dispone; a eso lo llamamos experiencia y al proceso en que se van integrando tales datos en modelos o patrones de respuesta lo denominamos aprendizaj e.

"Por consiguiente existe una estrecha relación entre percepción y aprendizaje, pues si no existiese percepción nada podría aprenderse, y por otro lado la percepción viene influida por las experiencias anteriores, ya que los hechos aprendidos se constituyen como hemos visto en patrones o modelos con los que se comparan los nuevos estímulos, permitiendo así un mayor porcentaje de 'éxito' en el 'reconocimiento' de éstos.

"Ahora bien: Al lado de estos dos procesos existe un tercero cuya realización inferimos cuando un organismo se ocupa de solucionar problemas. Nos estamos refiriendo al pensamiento como actividad cerebral que manipula mentalmente los datos previamente aprendidos".

Finalmente agrega Muñoz I. Sabaté. "Percepción, aprendizaje y pensamiento constituyen pues tres procesos cognoscitivos que presentan una estrecha relación recíproca y es dificil separarlos en situaciones prácticas".

Observemos cómo de la conducta adaptativa: 'huir', y de la experiencia (esmeralderos), deducimos el conocimiento.

> "El procesado sabía que respecto del arma incautada no se tenía el correspondiente salvoconducto, esto lo colegimos y se toma como indicio en su contra según el informe policivo en que se manifiesta que en momentos en que el agente del CAI 135 DE LA POLICIA METROPOLITANA de esta ciudad se encontraba haciendo un puesto de control en la calle 78 con la carrera 25, el mencionado K, al darse cuenta del retén lo quiso evadir, motivo por el cual el agente X, le dio alcance. Entonces preguntamos: ¿Por qué quiso evadir el retén de la policía? Y la respuesta no es otra que porque sabía que no tenía el debido permiso de la autoridad competente para portar o llevar consigo el arma adherida a cualquier parte del cuerpo o en cualquier lugar o sitio de su vehículo".
>
> "Muy distinto pudiera ser en cambio, ahora, la situación de K frente a la justicia, si por ejemplo, éste hubiera manifestado que accedió al favor que le pidió su amigo de guardar en la guantera de su vehículo un paquete, con desconocimiento absoluto de que contenía un arma de fuego, porque en tal caso, demostrada

esta aseveración no se le podría responsabilizar de infracción a las normas respectivas, por ausencia de culpabilidad, ya que al hacerlo en tales condiciones, sería abrirle paso a la proscrita responsabilidad objetiva, pero si como ocurrió en el caso que ocupa la atención de la sala, K, a sabiendas de que se trataba de un bien de restringido comercio y porte, como lo es un arma de fuego, la recibió de su amigo en tan precaria situación legal, el ilícito salta a la vista de manera clara, porque su comportamiento se acomoda a una de las conductas descritas en el artículo 2 del Decreto 3664 de 1986". (Sentencia de octubre 30 de 1996. Mag. Pon. Dr. Fernando Arboleda Ripoll).

En la misma sentencia citada anteriormente leemos:

"Para el despacho sí existió la culpabilidad del procesado en el hecho punible a título de dolo, toda vez que como comerciante en esmeraldas y tal como lo manifiesta en su injurada respecto que de la misma deriva su sustento y a esa actividad se dedica, no es menos cierto que por el rol en dicho medio, de nadie es desconocido o ignora que el Código Penal reprime el porte ilegal de armas y municiones".

Se infiere, como se puede observar, el conocimiento de su oficio de comerciante en esmeraldas.

S2. LA DIFICULTAD DE LOGRAR ESA DEMOSTRACIÓN

El hecho psíquico estuvo en el momento en que ocurrió, atrincherado, pero hizo 'ostentación' que se objetivó. Esta objetivación "nos permite leer el hecho psíquico".

"Si se observa que el disparo, siendo un experto tirador, se dirigió hacia una parte no vital del cuerpo del señor Y, al que bien pudo querer lesionar por sentirse ofendido con la respuesta que éste le diera, forzoso resulta colegir que el acusado no se representó la realización del tipo penal del homicidio..." (Sentencia de mayo 14 de 1996. No. de rad. S-9196/96. Mag. Pon. Dr. Didimo Páez Velandia).

La dificultad se obvia en parte, escrutando con la destreza y la paciencia del artífice de miniaturas los hechos exteriores que 'traducen' los acontecimientos psíquicos.

"La expresividad humana es capaz de objetivarse, o sea se manifiesta en productos de la actividad humana, que están al alcance tanto de sus productores como de los otros hombres, por ser elementos de un mundo común. Dichas objetivaciones sirven como índices más o menos duraderos de los procesos subjetivos de quienes los producen, lo que permite que su disponibilidad se extienda más allá de la situación 'cara a cara' en la que pueden aprehenderse directamente. Por ejemplo, la actitud subjetiva de la ira se expresa directamente

en la situación 'cara a cara' mediante una variedad de índices corporales: El aspecto facial, la posición general del cuerpo, ciertos movimientos específicos de brazos y pies, etc. Estos índices son continuamente accesibles en la situación `cara a cara', que precisamente por eso constituye la situación óptima para darme acceso a la subjetividad ajena. Estos mismos índices no tienen posibilidades de sobrevivir más allá del presente vivido que ofrece la situación `cara a cara'. Por otra parte, la ira puede objetivarse empuñando un arma..."[4].

Esas objetivaciones de la subjetividad pueden ser reconstruidas mediante las pruebas en el proceso judicial, es decir, que podemos lograr casi el mismo efecto de la situación 'cara a cara', pero 'congelándolas' para que puedan ser observadas (leídas por cualquier persona).

Las objetivaciones nos permiten "leer el hecho psíquico".

5.3. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SOBRE EL "ESCULCAR" EL PENSAMIENTO

Dice la Corte:

"Ahora bien, en casos como el de autos, respaldar la configuración de un delito de lesiones personales (animus laedendi) resultaría criterio más próximo a la denominada responsabilidad objetiva, que cuando se califica la conducta de delito tentado de homicidio (animus necandi u occidendi). Sí, porque para esto último tiene que desprenderse de la materialidad del hecho (sí no ocurrió la muerte-homicidio, debe hablarse de quebranto de la integridad personal) y buscar en otros elementos de convicción, motivos para encontrar un propósito diferente a la simple intención de lesionar.

"No puede tenerse nunca como inequívoca muestra de atender a un criterio de responsabilidad objetiva, el esfuerzo dirigido a develar, sobre la base de ciertos datos, el propósito necandi de una conducta. Se trata más bien, sin que la reflexión comporte adscripción a teoría alguna o reconocimiento de paternidad en algún autor, de acudir a reglas de experiencia en la interpretación del quehacer humano. Por la obra se reconoce al operario y por ciertas actitudes se logran despejar recónditos designios. Por fuera de una confesión sincera escasean los medios apodícticos para lograr ese cometido.. El pensamiento, como tal, resulta una indescifrable incógnita. Los gestos, las palabras, los movimientos, en fin los hechos, tratan de fijar aquél en sus exactas y verdaderas dimensiones. Pero, con todo, el perfil no aparece como absoluto e incuestionable. La interpretación lógica avala lo cabal de la inferencia y permite entenderla como un juicio

[4] BERGER, PETER y LUCKMAN, THOMAS. *La construcción social de la realidad.* Amorrortu Editores, págs. 52 y 53.

totalmente acertado o de admisible probabilidad. Siempre quedarán márgenes para la duda o la vacilacion. Pero porque esto pueda acontecer, el juez en estas tareas, no puede renunciar al compromiso de hacer estas determinaciones para poder entender el acto como culposo o intencional y, en este último estadio y refiriéndose al evento examinado, intentar aproximarlo a un propósito de matar o simplemente de lesionar.

"El Tribunal escrutó cuatro factores, comúnmente interpretables en la forma como lo hizo en esta clase de acciones ilícitas, para deducir la tentativa de homicidio: Clase de arma, reiteración en su empleo, región afectada y distancia. Reunidas marcan una muy segura orientación en la labor de señalar la índole de la disposición espiritual que acompañó al autor de la agresión. El censor debió demostrar su inexistencia o su exagerada valoración para poder revestir su alegación de aspectos favorables. También se dijo, y no se refutó, que no insistió en rematar a la víctima, dado el estado en que ésta quedó sobre el piso (boca abajo), llevando al procesado la sensación de haber "cumplido su designio criminal"".

Igualmente ha dicho la Corte:

"El elemento subjetivo del delito es uno de los aspectos de más dificil prueba, precisamente por tratarse de la interioridad del ser humano, aspecto intangible de la personalidad que sólo aflora con la realización de la conducta y es por ello que partiendo de los actos externos realizados por la persona se deduce o infiere la existencia de un comportamiento intencional o no, *y* cuál la finalidad perseguida con la realización de dicha conducta. A nivel de delitos contra la vida y la integridad personal, doctrinantes y tribunales han reiterado que aspectos como la calidad del arma utilizada, la forma en que es usada, la distancia desde la cual es utilizada, el número de veces que se reiteró su uso y la región anatómica interesada son elementos trascendentales para deducir la existencia de una determinada intención y la finalidad perseguida por el autor...".

Digamos como dice Perter Berger, que *"he tenido un altercado con otro hombre, el que me ha dado amplia evidencia expresiva de su enojo contra mí. Esa noche me despierto y veo un cuchillo clavado en la pared encima de mi cama. Ese cuchillo qua objeto expresa la .ira de mi adversario, me da acceso a su subjetividad. Si se tiene un arma de fuego automática, pero se utiliza como medio contundente, me da acceso a la subjetividad de quien así procede para afirmar que no se tiene la intención de matar, sino de lesionar El arma qua objeto en el inundo real, usada en la forma indicada, es tanto un producto humano como una objetivación de la subjetividad humana. Y si seguimos la misma tónica que el arma qua, fue usada a una distancia que supera el alcance normal de la misma, la traducción subjetiva, es que se quería asustar*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de Casación, 3 de julio de 1992. Mag. Pon. Dr. Gustavo Gómez Velásquez.

"Si se utiliza una arma qua de poca potencialidad ofensiva, pero se utiliza un sinnúmero de veces y sobre una región anatómica altamente vulnerable, se puede leer un ánimo homicida y no el de simplemente lesionar"[6].

5.4. MEDIO PROBATORIO ADECUADO PARA 'ESCARBAR' EL HECHO PSÍQUICO

Las explicaciones de los números anteriofes, nos preparan para sostener que tenemos necesidad de recurrir a la prueba indiciaria para probar el hecho psíquico.

> "Que como todo hecho psicológico es de dificil inquisición de suerte que si no es declarado paladinamente por el sujeto en que concurre, ha de manifestarse a través de signos exteriores que de algún modo lo objetiven (Tribunal Supremo español 29 de mayo de 1979, Aranz 2202)... la prueba de tal conocimiento salvo que la declare paladinamente el receptador, sólo puede ser indiciaria, en tanto que se trata de indagar un hecho psíquico (Tribunal Supremo español)" .

Con relación al hurto, en cuanto se refiere al elemento subjetivo, se ha dicho:

> "De manera que lo que se debe acreditar es el 'ánimo', el 'propósito con que el agente realizó el comportamiento y como elemento subjetivo que es, su existencia hay que inferirla de las circunstancias que rodearon el hecho, bien sea antecedentes, concomitantes o subsiguientes a él, tales como la forma de ejecución del apoderamiento, el destino que se le dé a los bienes, las manifestaciones del autor, etc.". (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. Mag. Pon. Dr. Ricardo Calvete Rangel. Fecha abril 30 de 1996. No. de Radicación S-8599-96).

5.5. ALGUNOS EJEMPLOS QUE NOS PERMITEN MOSTRAR LA EFICACIA E IDONEIDAD DEL MÉTODO EXPLICADO

5.5.1. Dolo eventual

Ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

> "A diferencia de la culpa con representación bajo la cual considera el actor el riesgo de los bienes tutelados, que no quiere ni acepta producir, pero infructuosamente pretende evitar, en el dolo, eventual la representación del

[6] Para elaborar lo escrito, he tenido en cuenta: Sentencia de Casación de 15 de octubre de 1993. Mag. Pon. Dr. Edgar Saavedra Rojas. Extractos de Jurisprudencia. Cuarto trimestre de 1993. Extracto 296, pág. 639. Y BERGER, PERTER y LUCKMANN, THOMAS. Obra citada, pág. 53.

Tomados de MUÑOZ 1. SABATÉ. Ob. cit., pág. 21.

resultado punible no se acompaña de una actividad encaminada a eludirlo, sino que se asume y acepta como alternativa posible.

"Esta forma de culpabilidad se da no solamente cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización, sino también 'cuando la acepta previéndola al menos corno posible—.

Hechos: Un día a las cinco de la mañana, en unas residencias denominadas "ALFA", varios sujetos sometieron a la dueña H, con el fin de apoderarse de algunos objetos de su propiedad, colocándole vendas en los ojos y procediendo luego a atarla de pies y manos para luego introducirle tapones en la boca y taparla con dos cobijas, una almohada y un cubrelecho. Se produjo su deceso por obstrucción de las vías respiratorias.

H era una mujer anciana, muy robusta, enferma y limitada.

Se capturaron tres sujetos, quienes desempeñaban las funciones de portero y administrador (K) de la residencia, los cuales regresaron con la policía a las residencias, después de haber formulado el denuncio penal, por un supuesto asalto a las mismas; al ser vistos por una mujer y haberse frustrado su plan inicial, ingeniaron la coartada.

K confesó haber planeado el hurto contra la casera, suministrando el nombre de sus compinches.

Qué se obtuvo en la investigación:

A) Lo descrito en la diligencia de levantamiento de la occisa: "Examinado el cadáver *y* al ser retirada la mordaza encontramos una especie de tapón sobre la boca, embutido en ésta, al parecer del mismo material correspondiente a la sábana y un pedazo de media velada, al voltear el cadáver hallamos los miembros superiores amarrados con trozos de sábana o funda, al igual que un pedazo de costal alrededor del cuello".

B) K manifestó que sabía de las deficiencias cardíacas que padecía la occisa.

C) K y otro de los autores de los hechos eran empleados de la occisa.

Escrutemos los hechos y veamos cómo surge todo el "cuerpo del dolo eventual": El fin era apoderarse como ya se ha dicho, de los objetos de la señora, después de haberla imposibilitado en la forma como lo hicieron, conociendo *las condiciones* físicas *de aquella, por ser dos de* ellos trabajadores suyos (inclusive con relación a cualquier persona). De conformidad con las reglas de la experiencia (y la presunción de que toda persona es racional), se representaron la muerte de la señora como algo probable (se basan en razones

serias y estables, todas las circunstancias) y lo asumieron, ya que no hicieron nada para impedir ese resultado.

Y si se tiene duda: Al regresar a las residencias acompañados de la policía, una vez montaron la falsa coartada de haber sido asaltados, tenían casi certeza de la muerte de la señora, porque de otra manera hubieran huido, ya que ella los conocía perfectamente, como se ha dicho, por ser sus empleados.

Para poder ubicar los hechos, en el caso en estudio, dentro de la culpa consciente o el dolo eventual, se requiere que los autores se hayan representado el resultado. Tratar de evitar el resultado los orienta hacia la culpa, asumirlo como probable y no tratar de evitarlo los ubica dentro del dolo eventual. En el caso presente, además, por el regreso al lugar de los hechos, casi con la seguridad que la dueña de las residencias había fallecido y no se corría el riesgo de ser identificados.

Por las características y en las condiciones en que colocaron a la. víctima, a K y sus compinches les era fácil representarse el deceso de la misma y tan fue así, que regresaron a las residencias con esa seguridad.

Se ha logrado con el método explicado 'leer' el dolo eventual'.

Dice la Corte:

"... Para el caso que a estas diligencias se contrae, es fácil entender que los acusados sabían que se hallaban frente a una mujer anciana, robusta, enferma y limitada para caminar. Queriendo colocarla en mayor indefensión, las medidas no se quedaron en la sola acción de atarla y amordazarla. Adicionalmente se bloquearon parcialmente sus vías respiratorias introduciendo en su boca un tapón de tela, y todavía se le cubrió con frazadas y una almohada. Luego les era elemental y lógico representarse la posibilidad de su deceso si no le procuraban una ayuda pronta y oportuna, y pese a ello, ningún esfuerzo mostraron para evitar tal resultado abandonando a la casera a su propia suerte, lo que acredita que el deceso de la víctima se aceptó y asumió como posible, así que lejos de ubicarse la conducta bajo los rasgos de la culpa, su adecuación cabía bajo la descripción del dolo que entraña el artículo 36 del Código Penal".

5.5.2. Culpa con representación - dolo eventual

Dice la Corte:

Se ha trabajado la sentencia de octubre 12 de 1995. No. de Radicación 9032. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Mag. Pon. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.

"Aunque las dos formas de culpabilidad en comentario guardan tan gran símil, es de recordarse que en el dolo eventual el agente se representa la posibilidad de realización del tipo penal y la acepta interiormente, lo que incluye aceptar el resultado de su conducta, conformarse con él; mientras que en la culpa consciente, aunque igualmente se representa el riesgo de realizar ese tipo penal –por ello se la conoce también como culpa con representación–, confía por efecto de una errada valoración circunstancial, que el resultado no se concretará, es decir, no se asiente con él[9].

"Tres personas hablaban frente a un establecimiento, cuando fueron abordadas por el señor K, quien preguntó por el señor Z. Uno de los contertulios, B, le contestó groseramente a K. Este procedió a esgrimir un revólver que llevaba consigo y lo percutó, a corta distancia, en dos oportunidades. Uno de los proyectiles se anidó en el pie izquierdo de B, produciendo fractura conminuta de la cabeza del primer metatarsiano y el otro después de chocar con **la** pared, hizo blanco en la humanidad del transeúnte M, quien murió.

"En la instancia ante el Tribunal, se concluyó que K actuó con dolo eventual en el caso del homicidio de M".

Obsérvese qué dice la Corte y cómo, a través de objetividades, vamos desentrañando "la índole de la disposición espiritual de K":

"De conformidad con la objetividad probatoria no discutida por el actor, el acusado disparó por dos ocasiones hacia los pies de su ofensivo interlocutor B, con la intención conseguida de herirlo y, fue así, como le causó la lesión que describe el peritaje médico legal en el pie izquierdo con incapacidad de 35 días y por la cual se atribuyó el concurso de hechos punibles **en el** homicidio del transeúnte M.

"Ocurrió que el otro proyectil disparado al dar contra una superficie dura rebotó, yendo a impactar así, indirectamente al mencionado transeúnte, ajeno al episodio que se desarrollaba entre aquél y las tres personas a quienes preguntó el paradero de otra".

Obsérvese cómo esculcamos el "Hecho Psíquico" ocurrido en K: "Si se observa que el disparo, siendo un experto tirador, se dirigió hacia una parte no vital del cuerpo de B, al que bien pudo querer lesionar por sentirse ofendido con la respuesta que éste le diera, forzoso resulta colegir que el acusado no se representó la realización del tipo penal del homicidio del infortunado transeúnte, esto es, no se representó el resultado muerte de ninguno de los dos impactados, vale decir, no aceptó en su psiquis previéndola, al menos como posible, ni su

[9] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Mag. Pon. Dr. Didimo Páez Velandia. Fecha mayo 14 de 1996. No. de Radicación S-9196-96. Publicado en *Autos y Sentencias*. Enero-junio de 1996. Ediciones Doctrina y Ley, pág. 112. José Maria Forero.

conducta, ni ese fatal indirecto resultado; sencillamente no contó con la posibilidad de lesión del bien jurídico de la vida ni asintió con ella. Al así ocurrir, se sustrajo a la intencionalidad constitutiva del dolo eventual que define el artículo 22 *del* Código Penal, pues según en lógica se infiere, ni aceptó en su conciencia (conocimiento que viene de conocer, y conocer significa averiguar, entender, advertir, saber o percibir –a ciencia y conciencia–) la realización de la conducta generadora de la muerte, ni previó al menos como posible ese resultado; pero obviamente se ubicó en el ámbito de la culpabilidad culposa prevista en el artículo 23 de la misma normatividad, en efecto:

Tratándose de una persona familiarizada con el uso de las armas de fuego, como que había sido policía (se le hace caer en cuenta la experiencia que tiene y no haberla tenido en cuenta), resulta forzoso colegir que obró con monumental imprudencia –culpa consciente– al representarse el peligro (por la experiencia que tenía y a la cual debió responder), no el resultado de la lesión del bien jurídico de la vida protegido en el tipo del artículo 103 del C.P., pero confió culposamente en que ese peligro no se materializaría, es decir no previó, debido a una falsa valoración de la situación, un r sultado previsible como era, tanto el posible rebote del proyectil como la concreción del peligro de causar la muerte, como en efecto sucedió"[10]. (Los paréntesis y el contenido son nuestros).

6. TENTATIVA DE HOMICIDIO

Será válida la siguiente afirmación: "como lo que se afectó con el proyectil de arma de fuego no es otra cosa que un músculo que rodea la parte de la garganta", y que aun en el evento de que el agredido "no hubiese tenido atención médica la lesión en manera alguna hubiera producido su deceso". En consecuencia se debe responder por lesiones personales.

[0] Dice la Corte en la jurisprudencia citada: "El Tribunal apoya la inferencia del dolo eventual en la consideración de haber sido policía el acusado *y* el conocimiento que forzosamente debía tener de las leyes de física que enseñan que el rebote de un proyectil puede ocasionar el resultado logrado con su actuar, pero estos factores no constituyen razones excepcionales generadoras de esta especie de culpabilidad para una persona que dispara en la forma que éste lo hizo.

"Los dos disparos fueron orientados hacia los pies de quien consideró su ofensor, quería herirlo y lo hizo, pero obviamente no quería privarlo de su vida. Si ello es así, mal puede deducirse que con el disparo del proyectil que rebotó sí quiso, por la vía del dolo eventual, ocasionar ese efecto en un desconocido transeúnte".

Para responder, el intérprete debe alejarse del resultado. Debe observarse lo sucedido, para poder 'leer' la intención del sujeto agente.

Se lee: "X, el único testigo presencial que refirió haber visto cuando el ofendido agarró una botella, aseveró también que K, por un breve tiempo, estuvo apuntando a su víctima y al accionar *el* arma, el proyectil hizo impacto en el cuello de A.Z.M.".

Leamos la intención: Apuntar al cuello —donde se encuentra la arteria carótida primitiva la vena yugular interna— delata la intención de matar (animus necandi).

El resultado no fue la muerte de AZM, por una circunstancia ajena a su voluntad, corno fue el haber alcanzado *J,* a moverle el brazo en el momento que disparaba, por lo que solamente le interesó el cricoides y la tráquea.

De tal manera que, existió tentativa de homicidio".

" CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Febrero 25 de 1999. Editora Jurídica de Colombia, primer semestre de 1999, pág. 61.

Capítulo III

TEMA DE PRUEBA

1. NOCIÓN

El tema de prueba está constituido por aquellos hechos que es necesario probar, por ser los supuestos de las normas jurídicas cuya aplicación se discute en un determinado proceso. Lo anterior significa que la noción de tema de prueba resulta concreta, ya que no se refiere sino a los hechos que se deben investigar en cada proceso.

2. UTILIDAD DEL CONCEPTO

Resulta útil la anterior noción, ya que permite saber qué es lo que se ha de investigar en un proceso determinado, de tal manera que el juez pueda controlar la pertinencia de las pruebas; de otra manera el proceso se convertiría en un instituto inconveniente, donde se podría acreditar la existencia de cualquier hecho, de modo que a su finalización, tendríamos una suerte de residuos arrastrados por una corriente y no una in stigación ordenada.

3. HECHOS EXENTOS DE PRUEBA A PESAR DE SER TEMA DE PRUEBA

3.1. HECHO NOTORIO

No es un terna pacífico en la doctrina la cuestión relacionada con el hecho notorio, hasta el punto que el canon 1747 derogado, establecía: "No necesitan probarse los hechos notorios en conformidad con él canon 2197 números 2 y 3...". En el actual Código Canónico la norma desapareció en cuanto a eximir de prueba los hechos notorios y se dice que la comisión redactora no los incluyó, porque a veces hay algunos de ellos que no son verdaderos y porque, si son notorios y verdaderos, su prueba no reviste dificultad alguna.

Nos explicamos, pero no justificarnos de ninguna manera ese retroceso en el Código Canónico; se explica por las discusiones que hay sobre todos

los aspectos del hecho notorio, pero no consideramos conveniente que se establezca, **a contrario sensu,** la necesidad de probarlo, por el desperdicio de actividad probatoria, sin argumento alguno que lo justifique.

Hecho notorio es aquel conocido por personas de mediana cultura, dentro de un determinado conglomerado social, en el tiempo que se produce la decisión y que es conocido por el juez. Al respecto tenemos:

a) No se requiere que el conocimiento sea universal: Exigir que el hecho sea conocido universalmente para poder considerarlo notorio seria, por lo menos, ingenuo,

b) No se requiere que todos lo hayan presenciado, basta que esas personas de mediana cultura lo conozcan.

c) El hecho puede ser permanente o transitorio; lo importante es que las personas de mediana cultura y el juez lo conozcan, como ya lo hemos indicado.

El hecho notorio debe ser alegado; veamos:

1) En materia penal, no se requiere que sea alegado y se debe tener en cuenta sobre todo cuando favorece al procesado.

2) En materia civil, debe ser necesariamente alegado, tanto si sirve de supuesto a las pretensiones como a las excepciones, separándonos en este punto de lo sostenido por el profesor Devis Echandía[1] quien afirma: "En materia de excepciones basadas en hechos notorios, es necesario distinguir el sistema legal que rija al respecto; en el europeo, que prohibe al juez considerar la excepción de mérito no alegada, la conclusión es la misma que rige para los hechos que fundamentan la demanda, es decir, debe alegarse su existencia, pero no es indispensable alegar su notoriedad; en cambio, en el sistema colombiano, que exige al juez considerar las excepciones de mérito probadas aun cuando no hayan sido propuestas, la afirmación del hecho que la configura no es necesaria y por tanto debe tenerse en cuenta en la sentencia si se reconoce su notoriedad, a pesar del silencio del demandado".

Una cosa es que el hecho esté exento de prueba y otra muy distinta que no exista la carga de alegarlo. No puede confundirse la obligación que tiene el juez de declarar probadas de oficio las excepciones perentorias, cuando estén demostradas en el proceso (excepto prescripción, compensación y

[1] DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Compendio de...* Cit., pág. 69.

nulidad relativa), aun cuando no hayan sido alegadas, con la carga de la afirmación del hecho notorio.

No puede decirse válidamente que, como el juez civil colombiano tiene la obligación de declarar probadas de oficio las excepciones perentorias (menos las dichas), cuando éstas se sustenten en hechos notorios, tampoco existe la carga de alegarlos, ya que si esto fuera cierto se violaría el derecho de defensa, cuyo olvido nos impediría hablar de un proceso regularmente adelantado. Cuando el legislador colombiano, con gran acierto, establece que el juez debe declarar probadas de oficio las excepciones perentorias, parte del supuesto de que las pruebas en que se basan, se producen en el proceso con citación de la otra parte y que ella tuvo la oportunidad de controvertirlas. Sostener que, aunque no se haya alegado el hecho notorio, ni se haya dicho nada al respecto, durante el proceso, el juez deba tenerlo en cuenta en la sentencia, en forma sorpresiva, constituye una abierta pretermisión del derecho de defensa.

El hecho notorio, pues, debe ser alegado, inclusive para que la parte, que pretenda decir que no lo es, lo discuta; o si sostiene que a pesar de ser un hecho notorio es éste equivocado, poder argumentar en este sentido (art. 177 C.P.C.).

El artículo 191 del C. de P.C. modificado por el artículo 19 de la Ley 794 de 2003, consagra como hecho notorio los indicadores económicos:

> **"Notoriedad de los indicadores económicos.** Todos los indicadores económicos nacionales se consideran hechos notorios".

3.2. NEGACIONES O AFIRMACIONES INDEFINIDAS

3.2.1. Noción

El párrafo 2° del artículo 177 del C. de P.C. preceptúa: "Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba".

Existen dos clases de negaciones: las que solo lo son en apariencia, por cuanto acreditando un hecho positivo quedan demostradas (ejemplo: este.. papel no es negro; probando que es rojo queda acreditada la negativa) y las que realmente lo son, por estar apoyadas en hechos indefinidos.

Las negaciones formales o aparentes, pueden ser de hecho o de derecho; es ejemplo de las primeras cuando se dice: "este anillo no es de oro"; demostrando que es de otro metal, quedaría demostrado que no es de oro. Ejemplos de las segundas: "este contrato no es de compraventa"; acreditando

que es de comodato, queda demostrada la negación; "yo no he hurtado porque el bien es mío"; demostrando la propiedad queda demostrada la negativa'.

12.2. Jurisprudencia

"Esto no ofrece dificultad si el hecho negativo es susceptible de poder ser establecido por medio de la justificación de un hecho afirmativo contrario. Lo mismo sucede si la alegación negativa de un litigante no puede ser reducida a un hecho positivo fácil de probar; la imposibilidad aún absoluta en que se encontrará el demandante para justificar los hechos negativos, no podría ser motivo para descargarlo de la prueba e imponer ésta al demandado. Solo la prueba de las proposiciones que tienen un carácter indefinido es imposible. Pero tales proposiciones no podrían constituir el objeto de los litigios judiciales. Lo cierto es que, corno lo asienten los mismos autores, el juez no puede, cuando se trata de un hecho negativo, exigir una prueba tan rigurosa, como cuando se trata de un hecho positivo y que en general, la prueba que se le exige al demandante no es una prueba total, completa de todos los hechos constitutivos o generadores de su derecho y que la repartición de la carga de la prueba depende menos de las calidades de demandante y demandado que de la naturaleza de las alegaciones, porque es el que avanza como demandante o demandado una proposición contraria a la apariencia el que debe establecerla..."[3].

"Aunque la ciencia de la prueba enseña que lo que no puede ser materia de debate judicial es el hecho indefinido, sea éste positivo o negativo, la prueba sí es posible, tanto en el campo científico como en el de la técnica probatoria, cuando la negativa no es indefinida en la extensión de su concepto, sino que, antes bien, contiene en su seno uno o varios hechos positivos, bien definidos sus lineamientos y condicionados por circunstancias fácilmente determinables, de tiempo, modo, lugar, etc., porque en tal evento la negativa desaparece para ofrecer en el debate hechos positivos conducentes para el ataque o la defensa cuya existencia y verdad vienen a servir de fundamento al fallo"[4].

El artículo 282 del Código de Procedimiento Civil para el Distrito Federal de México, establece:

"El que niega solo será obligado a probar:

"I. Cuando la negación envuelva la afirmación expresa de un hecho.

"11 Cuando se desconozca la presunción legal que tenga en su favor el colitigante.

"111. Cuando se desconozca la capacidad.

"IV. Cuando la negativa fuere elemento constitutivo de la acción".

El C.J. (Ley 105 de 1931) en el artículo 595 preceptuaba: "Las negaciones no se demuestran por medio de pruebas, salvo que se apoyen en la afirmación de hechos positivos cuya existencia pueda comprobarse".

G.J. T. XLI, pág. 106.

G.J. T. XLVIII, pág. 400.

3.2.3. Ejemplos elaborados con base en la jurisprudencia

1) A inicia proceso ordinario y, fundamentalmente, solicita la resolución de contrato por habérsele entregado un tractor defectuoso.

El juzgado de primera instancia despachó favorablemente las pretensiones de la demanda y el Tribunal revocó tal providencia, denegándolas.

El recurrente en casación dice: "Esta afirmación del demandante en su demanda, de no entrega de la cosa vendida en las condiciones pactadas y en forma completa y perfecta, o sea de la entrega imperfecta, incompleta y retardada, de acuerdo con la ley, es una afirmación indefinida, sustancial de un hecho que no necesita probarse, porque se presume legalmente cierta y así mismo ese incumplimiento se presume que fue por culpa del deudor o vendedor"; que como consecuencia, correspondía al vendedor el deber de probar el hecho contrario al negativo, o sea demostrar que hizo la entrega de la cosa vendida "en forma completa, oportuna y en perfecto estado de funcionamiento" y que como no hizo tal cosa, "el hecho negativo afirmado se presume cierto".

¿Qué dijo la Corte?

"Ciertamente no son infrecuentes los casos en que el demandante, al elaborar la demanda inicial del proceso, consigna en ella afirmaciones de hechos positivos y negativos como fundamento de sus pretensiones. Y si en relación con los primeros es claro que corre siempre con el deber de probarlos; no acontece lo propio con los segundos, puesto que éstos en algunos supuestos son de imposible demostración.

"Por cuanto no todas las negaciones contenidas en una demanda son de igual naturaleza, ni producen tampoco idénticos efectos jurídicos en materia de prueba judicial, para este efecto la doctrina las ha dividido en definidas e indefinidas. Corresponden las primeras a las que tienen por objeto la afirmación de hechos concretos, limitados en tiempo y lugar, que presuponen la existencia de otro hecho opuesto de igual naturaleza, el cual resulta afirmado implícita o indirectamente y que desde antiguo se han llamado **negativam praegnantem;** las segundas, es decir, las indefinidas, son aquellas negaciones que no implican, ni directa ni implícitamente la afirmación de hecho concreto y contrario alguno.

"Si las negaciones definidas equivalen al velo que oculta la afirmación del hecho positivo contrario, pero decisivo en la cuestión litigada, no es necesaria profunda reflexión para advertir que mal puede estar excusada su prueba; por tratarse de una negación apenas aparente o gramatical, el hecho contrario es susceptible de prueba y de ésta no puede prescindirse para el acogimiento de las súplicas de la demanda. Así, si el comprador alega que la mercancía recibida no es de buena calidad pactada, está afirmando en el fondo que lo es de mala; y esta negativa de calidad es susceptible de prueba. Las negaciones indefinidas,

en cambio, son de imposible demostración judicial, desde luego que no implican la aseveración de otro hecho alguno; de aquí que, como lo ha dicho la Corte, `estas negaciones no pueden demostrarse no por negativas, sino por indefinidas' (G.J. T. LXXV, 23).

"Ya desde el año 1936 la Corte, interpretando el alcance del artículo 595 del Código Judicial derogado, sustancialmente igual al artículo 1,77 de la codificación procedimental hoy vigente, había dicho que 'la imposibilidad aún absoluta en que se encontrara el demandante para justificar los hechos negativos no podría ser un motivo para descargarlo de la prueba e imponer ésta al demandado. Solo la prueba de las proposiciones que tienen un carácter indefinido es imposible' (G.J. T. XLI, 106). Y en sentencia de 15 de junio de 1939 agregó que 'bien está que las negaciones no se demuestren, pero si en todos los casos o en la mayoría de ellos, las negaciones se reducen a la afirmación de hechos positivos, cuya existencia puede comprobarse por apoyarse en resultados de éstos, es claro que debe correr de cuenta del actor la plena demostración de tales hechos positivos en que se ha fundado su acción y en que se basan las negaciones para el éxito del medio judicial instaurado' (G.J. T. XLVIII, 400).

"Por cuanto la afirmación que el demandante hace en su demanda, consistente en que la demandada no le entregó el tractor objeto de la compraventa 'en forma completa y en perfecto estado de funcionamiento', implica la aseveración de que sí se entregó, pero incompleto y con desperfectos mecánicos, es una negación definida que permite la demostración de este hecho positivo contrario implícitamente afirmado, y por ello es inaplicable a ella la preceptiva contenida en el artículo 177 del C. de P.C. conforme a la cual solamente 'las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba'"[5].

2) Se afirma que una persona no concurrió a una notaría a aceptar una escritura a nombre de su hija y que debió ser otra persona la que compareció.

Se afirma que este es un hecho negativo indefinido.

Con base en el anterior supuesto, la Corte dijo:

"Para que una negación esté exonerada de prueba es indispensable que no implique por contra la afirmación indirecta de un hecho concreto, pues de ser así ya no revestirá el carácter de negación **indefinida.** Y bueno es recordar que la exoneración probatoria en comentario, se deriva del carácter de imposibilidad de producir prueba cuando se trata de negaciones de este último linaje.

"En el casó sub-lite XX (demandante) niega en su demanda haber realizado con NP, la negociación de que da cuenta la escritura pública 23 del 18 de abril

[5] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 29 de enero de 1975. G.J. T. CLI, E' parte, num. 2392.

de 1938, de la Notaría de Valledupar, pues allí no aparece identificada con cédula o tarjeta, y por tanto afirma no saberse cuál fue la persona que contrató como XX (es decir, haciéndose pasar) para HB.

"La anterior apreciación no es, a juicio de la Corte, una negación indefinida, pues de suyo implica la afirmación indirecta de hechos concretos, tales como que fue otra persona, distinta de la demandante XX, quien estuvo el 18 de abril de 1938 en la Notaría de Valledupar para firmar a nombre de HB, hecho éste sí susceptible de demostrarse mediante el afirmativo y concreto de que la interesada fue suplantada, lo cual de contera implicaría ineludible demostración de falsedad del aludido instrumento'".

3) Se adelanta proceso de separación definitiva de cuerpos de la señora A contra el señor B, alegando la causal segunda del artículo 154 del C.C.

La causal está redactada en los siguientes términos: "El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de sus deberes de marido o de padre y de esposa o de madre".

El señor B fue emplazado y no se presentó; por la demandante se solicitaron pruebas pero ninguna se practicó, sobre todo la testimonial, por cuanto el apoderado de ella no cumplió con sus deberes profesionales de atender el proceso, asistiendo a la práctica de las pruebas.

La sentencia del Tribunal, despachó favorablemente las pretensiones de la demandante, con base en que, no obstante ésta no haber aportado ninguna prueba que demostrara el abandono, debía éste darse por probado por implicar esa afirmación (la del abandono) una negativa indefinida.

La Corte dijo para revocar la sentencia, citando la de 24 de julio de 1978, proferida en el proceso de separación de cuerpos de Alirio Vargas Anzola contra Etelvina García de Vargas:

"Por cuanto la afirmación del abandono del hogar que el demandante le enrostra a la demandada, implica una aserción general y abstracta de que ésta ha incumplido voluntariamente todo el conjunto de las obligaciones que surgen del matrimonio, sin concretarla específicamente a hecho o hechos algunos limitados en el tiempo, no puede jurídicamente atribuírsele el carácter de negativa indefinida para qué, como tal, se excuse la carga de la prueba de los supuestos en que tal negativa se traduce. Cuando sin concreción ni precisión algunas se afirma que un cónyuge ha incumplido sus deberes de tal, o que su conducta al respecto no es legítima, la negativa es de mera forma gramatical,

[6] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 2 de marzo de 1978. Mag. Pon. Dr. Alberto Ospina Botero.

> que se convierte en la afirmación de hechos contrarios, los cuales sí pueden y deben justificarse para el éxito de la pretensión.
>
> "Pero es más, aun dando por aceptado que tal negativa fuera suficiente para dar por demostrado el abandono del hogar que el demandante le enrostra a la demandada, esa afirmación estaría lejos de acreditar que el incumplimiento de los deberes referidos fue 'grave e injustificado', requisitos éstos que son justamente los exigidos por la Ley 1ª de 1976 para que se estructure la segunda de las causales de separación de cuerpos'.

La Corte, como consecuencia, revocó la sentencia y denegó la separación de cuerpos.

Compartimos los argumentos de la anterior sentencia, ya que la simple afirmación de que se está en presencia de la causal segunda no es suficiente y si lo fuera, se estaría juzgando una conducta por el aspecto objetivo solamente, sin tener en cuenta que el Código Civil exige probar elementos subjetivos de ese comportamiento al decir "grave e injustificado". Por otra parte, las obligaciones que surgen del matrimonio son bien conocidas, de tal manera que, demostrando por vía de inferencia, por ejemplo, con declaraciones de testigos, que no se han cumplido, por abandono injustificado del hogar, hay lugar a despachar favorablemente la separación, por la causal invocada.

4) Se alega por X, el cambio de su calidad de arrendatario por la de poseedor desde el año de 1953; según la demandante Y, ello ocurrió a partir de 1966, año en el que X dejó de suministrar los frutos como pago de la tenencia.

Que al contestar negativamente sería indefinida y que entonces la carga de demostrar el suministro de frutos hasta el año de 1966 (reconocimiento de dominio ajeno), le correspondía a la demandante.

Para resolver, la Corte transcribió la sentencia de 29 de enero de 1975 (G.J., T. CLI, XI y XII). Además dijo:

> "Lo que se quiso exteriorizar en la demanda y en la respuesta, es la ocurrencia, de un fenómeno de interversión del título de tenedoren poseedor por parte de los demandados; que según éstos, ocurrió a partir de 1953 y según la libelista, a partir de 1966. Y si la parte demandada alega, para fundar su excepción de prescripción, que la interversión del título tuvo cabal cumplimiento en la fecha primeramente citada, a dicha parte le incumbía la carga probatoria de que efectivamente el cambio de la calidad de tenedor a poseedor ocurrió a partir

Sentencia de 17 de junio de 1980. Mag. Pon. Dr. Humberto Murcia Bailén.

del año de 1953, lo cual no aparece en el proceso, pues todo indica que aconteció con mucha posterioridad, según puede inferirse de las posiciones o interrogatorios rendidos en el año de 1966 por DA de A, madre de los demandados'".

3.3. ¿CUÁNDO ES NECESARIO PROBAR LAS NORMAS JURÍDICAS?

3.3.1. Normas nacionales para el territorio del Estado

Las normas nacionales para el territorio del Estado las debe conocer el juez; como consecuencia no son tema de prueba.

3.3.2. Normas nacionales escritas de vigencia local o seccional

Existen varias teorías sobre la necesidad de probar este tipo de norma; lo cierto es que nuestro Código de Procedimiento Civil, en el artículo 188, estableció: "El texto de las normas jurídicas colombianas que no tengan alcance nacional y el de las leyes extranjeras deberá, aducirse al proceso en copia auténtica, de oficio o a solicitud de parte". Lo cierto es que se sintetizó, en buena parte, lo que aparece corno opuesto en los distintos doctrinantes, debe aparecer la prueba de la norma, en principio, a cargo de la parte a la que le interesa que se tenga en cuenta, pero el juez puede decretarla de oficio.

3.3.3. Normas consuetudinarias nacionales

El artículo 189 del C. de P.C. preceptúa que "los usos y costumbres aplicables conforme a la ley sustancial, deberán acreditarse con documentos auténticos o con un conjunto de testimonios", sin señalar número; habrá que entender que debe ser más de uno. Para la costumbre mercantil se establece, en el artículo 190, que ésta podrá ser probada con copia auténtica de dos decisiones judiciales definitivas que aseveren su existencia o con certificación de la Cámara de Comercio correspondiente al lugar donde rija. Corno esta última disposición emplea la palabra "también", ello significa que se puede probar la costumbre mercantil, como se acreditan los usos y costumbres civiles. El artículo 6° del C. de Co. exige que cuando se quiera probar con testigos una costumbre comercial, éstos sean por lo menos cinco comerciantes idóneos inscritos en el registro mercantil, que den cuenta razonada de los hechos y de los requisitos exigidos a los mismos

Sentencia de 3 de octubre de 1980. Mag. Pon. Dr. Alberto Ospina Botero.

en el artículo 3°; y cuando se aduzcan como prueba dos decisiones judiciales definitivas, se requerirá que éstas hayan sido proferidas dentro de los cinco años anteriores al diferendo. Es obvio que el C. de P.C. en relación con la prueba de la costumbre mercantil, resultó reformado, y además hay que agregar que, de los testimonios que se aporten para la demostración de la costumbre, debe aparecer que los hechos que la generan son públicos, uniformes y reiterados, en el lugar en donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella.

3.3.4. Normas legales o consuetudinarias extranjeras

El artículo 188 del C. de P.C., establece la necesidad de que en el proceso aparezca la copia de la ley extranjera, de oficio o a petición de parte. La copia total o parcial de la ley extranjera deberá expedirse por la autoridad competente del respectivo país la cual será autenticada en la fo ma prevista en el artículo 259. También podrá ser expedida por el Cónsul de ese país en Colombia cuya firma autenticará el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Capitulo IV

CONDUCENCIA, PERTINENCIA Y UTILIDAD DE LA PRUEBA

1. LA CONDUCENCIA

Es la idoneidad legal que tiene una prueba para demostrar determinado hecho.

Supone que no exista una norma legal que prohiba el empleo del medio para demostrar un hecho determinado. El sistema de la prueba legal, de otra parte, supone que el medio que se emplea, para demostrar el hecho, está consagrado en la ley.

La conducencia es una comparación entre el medio probatorio y la ley, a fin de saber, si el hecho se puede demostrar en el proceso, con el empleo de ese medio probatorio.

Ejemplo: Si se pretende acreditar la venta de un bien inmueble, valiéndose de un documento privado, podemos alegar que ese documento no es idóneo legalmente para demostrar la venta, ya que la ley exige celebrarla mediante escritura pública. El juicio que se ha hecho para llegar a la afirmación de la inconducencia, tuvo como elementos de comparación la ley y el medio probatorio a emplear.

2. LA PERTINENCIA

Es la adecuación entre los hechos que se pretenden llevar al proceso y los hechos que son tema de la prueba en éste. En otras palabras, es la relación de facto entre los hechos que se pretenden demostrar y el tema del proceso. Así, como en nuestra vida diaria, al estar conversando con una persona sobre un determinado tema, consideramos bienvenidos a los que quieren hablar sobre lo mismo y predicamos la impertinencia de quienes introducen conversaciones sobre otros temas, exactamente lo mismo sucede en el proceso. La sanción en nuestros diálogos para la persona que introduce temas que no

tienen nada que ver con lo que se venía hablando, es el reproche y en el proceso es el rechazo **in limine** de la prueba. Sin embargo, como la pertinencia puede ser inmediata o mediata con el tema de la prueba, cuando exista duda sobre ella, es decir, que no sea tan manifiesta, se puede decretar y diferir, digamos así, su definitivo pronunciamiento, una vez se dicte la sentencia o en el auto que falla el incidente, ya que la decisión inicial sobre la pertinencia no ata al juez.

En los artículos 178 del C. de P.C. y 400 del C.P.M. se consagra la pertinencia de la prueba. En materia procesal penal, el concepto fue incorporado por el artículo 251 del Decreto 50 de 1987, posteriormente fue suprimido en el Decreto 2700 de 1991 que ninguna mención hizo al respecto y finalmente reincorporado por el actual C. de P.P. (Ley 600 de 2000), cuyo artículo 235 reza:

> **"Rechazo de las pruebas.** Se inadmitirán las pruebas que no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso o las que hayan sido obtenidas en forma ilegal. El funcionario judicial rechazará mediante providencia interlocutoria la práctica de las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas".

Doctrina de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, sobre la conducencia y la pertinencia de la prueba

Sostiene la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, lo siguiente:

> "Basta la lectura de la norma (art. 250 del C. de P.P.) para establecer que el legislador adoptó un concepto único y complejo, **en el sentido de que la conducencia se predica de la prueba y la pertinencia de los hechos materia del proceso, pero ninguna será conducente si no es apta para llevarnos a la verdad sobre los hechos objeto del procesamiento, que a su vez son los únicos pertinentes** (las negrillas son nuestras). Son dos caracteres inseparables, porque si la prueba nos guía a establecer hechos completamente ajenos al proceso, no sólo es impertinente sino que también resulta inconducente, pues se ha separado drásticamente del único objeto señalado en el proceso como plan de acción. La conducencia sólo puede apreciarse a través de una relación de la prueba con los hechos (pertinencia)".

Caso: K es enjuiciado por prevaricato por acción (art. 413 del C.P.). Se solicita el testimonio del Ministerio Público, con el argumento, que debe explicar porqué guardó silencio frente a esa resolución calificada por la fiscalía provisionalmente como abiertamente ilegal.

El testimonio de N (sería mejor la indagatoria), es una prueba impertinente, porque no estamos enjuiciando la conducta de ella, sino de K, pero además sería inútil (superflua), porque el hecho de no interponer recurso contra la providencia calificada de manifiestamente ilegal, se encuentra demostrado con la ausencia de escrito en tal sentido, y de que lo que se tratará es de evaluar en el momento correspondiente esa actitud del Ministerio Público.

No podemos, de ninguna manera, compartir el criterio de la Corte Suprema de Justicia cuando afirma **que la conducencia se predica de la prueba y la pertinencia de los hechos materia del proceso,** porque ambos son predicados de la prueba, solo que, la conducencia responde a la pregunta: ¿la ley me permite probar este hecho, utlizando este medio probatorio? Si la respuesta es afirmativa la prueba será conducente. Ejemplo: la ley ha dicho que sólo puedo probar la venta de inmuebles por escritura pública, la escritura pública tiene idoneidad legal (conducencia), esa es la conducencia.

La pertinencia también tiene que ver con la prueba, y "Es la capacidad, que tiene la prueba de aportar hechos que tienen que ver con el objeto de prueba". Y es impertinente, inclusive utilizando los términos de la Corte Suprema de Justicia en el evento de "... **pues se ha separado drásticamente del único objeto señalado en el proceso como plan de acción...".**

Quizá, por haberse consagrado la libertad probatoria se ha desdibujado la diferencia entre prueba pertinente y conducente en materia penal (art. 235 del C.P.P.). Pero puede ocurrir que una prueba sea conducente (tiene idoneidad legal para probar el hecho), pero que sea impertinente porque el hecho que se pretende demostrar con esa prueba, no hace parte del objeto **señalado en el proceso como plan de acción.** Y puede ocurrir que una prueba sea pertinente (se trata de trasladar hechos que tienen que ver con el objeto del proceso), pero el medio que se utiliza no es idóneo, por ejemplo: se trata de saber si se vendió bien inmueble ajeno, porque eso hace parte del objeto del proceso penal, pero se trata de probarlo por medio de testigos (la prueba testimonial es inidónea para probar ese hecho, es decir es inconducente).

El artículo 237 prevé la conducencia cuando dice: "... a menos que la ley exija prueba especial y respetando los derechos fundamentales'".

Para hacer la diferencia entre pertinencia y conducencia, pedagógicamente sería suficiente que el lector imaginara que una ley dijera: solo se puede probar el grado de alcoholismo, con prueba pericial. Si en ese evento se tratara de probar con testigos el

El artículo 237 del C. de PP. no utiliza de ninguna manera los conceptos de conducencia y pertinencia corno dice la Corte, como: "... un concepto único y complejo...".

Esos conceptos son distintos como lo hemos explicado, solo que ambos apuntan a la economía y agilidad del proceso. Igualmente estos conceptos están relacionados con el concepto de prueba útil y superflua'.

3. LA UTILIDAD

Los autores modernos de derecho probatorio resaltan el móvil que debe estimular la actividad probatoria que no es otro que el de llevar probanzas que presten algún servicio en el proceso para la convicción del juez: de tal manera, que si una prueba que se pretende aducir no tiene este propósito, debe ser rechazada de plano por aquél. Así lo prevé el Código de Procedimiento Penal en su articulo 235 cuando regla: "... El funcionario rechazará mediante providencia las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas". En el mismo sentido se expresa el articulo 178 del C.P.C.

En principio las pruebas inconducentes e impertinentes son inútiles, pero puede suceder que a pesar de que la prueba sea pertinente y conducente, resulte inútil.

Los casos de inutilidad son:

a) Cuando se llevan pruebas encaminadas a demostrar hechos contrarios a una presunción de derecho, esto es, de las llamadas ***jure et de jure,*** las que no admiten prueba en contrario.

b) Cuando se trata de demostrar el hecho presumido sea por presunción *jure et de jure o juris tantum* cuando no se está discutiendo aquél.

c) Cuando el hecho está plenamente demostrado en el proceso y se pretende con otras pruebas demostrarlo. Por ejemplo, el hecho es

---

hecho, diríamos que la prueba sí es pertinente, se está tratando de probar lo que es objeto del proceso, pero el medio probatorio no tiene idoneidad legal para probar el alcoholismo, porque la ley ha exigido otro medio probatorio.

Hemos utilizado la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de fecha junio 30 de 1998. Mag. Pon. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Publicada en ***Jurisprudencia penal,*** Primer semestre, 1998, Editora Jurídica de Colombia, pág. 671.

susceptible de confesión, está confesado y se piden otras pruebas para demostrarlo.

d) Cuando se trata de desvirtuar lo que ha sido objeto de juzgamiento y que ha hecho tránsito a cosa juzgada; o en el evento en que se trata de demostrar, con otras pruebas, lo ya declarado en la sentencia que ha hecho tránsito a cosa juzgada.

En términos generales, se puede decir que la prueba es inútil cuando sobra, por no ser idónea, no en sí misma, sino con relación a la utilidad que le debe prestar al proceso, ya que éste sólo puede recaudar las pruebas necesarias para el pronunciamiento del fallo. Si nos valiéramos de una metáfora, podríamos decir que el proceso debe consumir las pruebas que le sean absolutamente necesarias para pronunciar el fallo y que no puede darse el lujo de recaudar pruebas que sobren, superfluas, redundantes o corroborantes, cuando esto no sea absolutamente necesario.

Capítulo

FIN DE LA PRUEBA

1, ENUNCIACIÓN

Decía Jerome Frank: "Ninguna decisión es justa si está fundada sobre un acertamento errado de los hechos"[1].

Toda actuación judicial, sin ningún tipo de distingo, debe buscar la verdad de los hechos, para sobre ellos hacer descender el ordenamiento jurídico. Cuando no se reconstruyen los hechos como realmente ocurrieron estamos juzgando otro asunto.

No es serio sostener hoy en día que existe una diferencia entre el proceso civil y penal, con relación al fin de la prueba, ya que en el proceso penal se busca la llamada "verdad real" y en el civil una verdad formal (es decir una no verdad). Ningún ordenamiento jurídico sensato, y más precisamente, ninguna jurisdicción lo sería cuando le prometiera a los asociados un proceso donde a pesar de todas las dificultades y desgastes que implica, solo buscaría una verdad formal y en el otro sí, la verdad real. Todo lo referente al decreto de pruebas de oficio en materia civil apunta a darnos la razón en este planteamiento (numeral 4 del art. 37, arts. 179 y 180 del C. de P.C., ver capítulo VIII, sobre pruebas de oficio).

Esa obligación, a cargo del funcionario de buscar la verdad implica no solamente la búsqueda de la prueba, sino también que una vez aportada al proceso, la tenga en cuenta (veáse el capítulo del derecho a la prueba). Es por-ello que la Corte Constitucional ha considerado **vía de hecho, cuando el juez omite apreciar y evaluar pruebas que inciden de manera determinante en su decisión.**

En efecto ha dicho:

FRANK, JEROME. ***Courts on trial. Myth and reality in american justice.*** Princeton, 1950, pág. 95.

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

"La vía de hecho consiste en ese caso en la ruptura deliberada del equilibrio procesal, haciendo que, contra lo dispuesto en la Constitución y en los pertinentes ordenamientos legales, una de las partes quede en absoluta indefensión frente a las determinaciones que haya de adoptar el juez, en cuanto, aun existiendo pruebas a su favor que bien podrían resultar esenciales para su causa, son excluidas de antemano y la decisión judicial las ignora, fortaleciendo injustificadamente la posición contraria. Ello comporta una ruptura grave de la imparcialidad del juez, y distorciona el fallo, el cual –contra su misma esencia– no plasma un dictado de justicia sino que, por el contrario, lo quebranta' (se debe tener en cuenta que para que proceda la acción de tutela se requiere que no exista ningún otro medio ordinario de defensa judicial. En proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, fallado en segunda instancia, por la Sección Tercera del Consejo de Estado).

Ahora, estudiemos muy brevemente algunas teorías sobre la verdad, en el proceso.

Continúa diciendo la Corte:

"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 (aras. 187 del C. de P.C. y 61 del C.P.L.), dicho poder jamás puede ser arbitrario; su actividad evaluativa probatoria supone necesariamente la adopción de criterios objetivos, racionales, serios y responsables.

"No se adecúa a este desideratum la negación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba, que se presenta cuando el juez simplemente ignora la prueba u omite su valoración, o sin razón valedera alguna no da por probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Se aprecia más la arbitrariedad judicial en el juicio de evaluación de la prueba, cuando precisamente ignora la presencia de una situación de hecho que permite la actuación y la efectividad de los preceptos constitucionales consagratorios de derechos fundamentales, porque de esta manera se atenta contra la justicia que materialmente debe realizar y efectivizar la sentencia, mediante la aplicación de los principios, derechos y valores constitucionales" (Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-442 de 11 de octubre de 1994. Mag. Pon. Dr. Antonio Barrera Carbonell).

Sentencia No. SU-477 de 1997, septiembre 25 de 1997, Mag. Pon. Dr. Jorge Arango Mejía. También se dice: "Tal irregularidad implica violación del debido proceso (art. 29 C.P.) e impide que la parte afectada acceda materialmente a la administración de justicia (art. 229). Lo que se tiene entonces es un acto judicial arbitrario que, en caso de dolo, podría configurar prevaricato".

2, LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD EN EL PROCESO

Creernos el fin de todo el horizonte de la prueba, y se podría decir que de todo el proceso, judicial es conseguir la verdad. Tenernos que averiguar si es cierto que K mató a J. En el proceso civil si A le prestó a B, quinientos millones de pesos.

Ahora bien, ¿la valoración de las pruebas apuntan a la averiguación de la verdad en el proceso, al reconstruir el hecho tal y corno supuestamente ocurrió?

Dice la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

"En cuyo ejercicio los funcionarios judiciales, con la debida observancia de las garantías debidas a todos los sujetos que en él intervienen, procuran mediante el método reconstructivo el establecimiento de la verdad acerca del hecho histórico que se reputa delictuoso"[3].

Dice la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil:

"La atribución que la ley otorga al funcionario para decretar pruebas de oficio —explica la Corte en reciente pronunciamiento— si bien por el interés público del proceso no constituye una facultad sino un deber (...) establecido para garantizar la búsqueda de la verdad real que no aparece en el expediente..."[4].

Dice la Corte Constitucional de Colombia, refiriéndose al juez:

... y se convierta en un partícipe más de las relaciones diarias de forma tal que sus fallos no solo sean debidamente sustentados desde una perspectiva jurídica, sino que, además, respondan a un conocimiento real de las situaciones que le corresponde resolver"[5].

Como se puede concluir del anterior muestreo, la Corte considera que hay que averiguar la verdad en el proceso y esa es la orientación de la valoración y fin de la prueba.

3. TESIS QUE CONSIDERAN QUE ES IRRELEVANTE O IMPOSIBLE CONSEGUIR LA VERDAD

Siguiendo los estudios de Juan Igartúa Salaverria, podríamos hacer el siguiente resumen:

[3] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Marzo 25 de 1999. Mag. Pon. Dr. Aníbal Gómez Gallego.

Sentencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil. 4 de marzo de 1998. Expediente 4921. Mag. Pon. Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

Sentencia No. C-037 de 1996.

31 LA DE LOS INDIFERENTES

La verdad es irrelevante en el proceso, dentro de estos se ubican los que sostienen la posición:

3.1.1. Retórica

La valoración judicial de las pruebas no es para conseguir la verdad, **sino para permitir el hábil despliegue de argumentos para convencer a las partes (y a un auditorio más general) de que el tribunal ha obrado correctamente.**

3.1.2. Narrativista

Se dice fundamentalmente que la reconstrucción de un hecho efectuada por el juez no es sustancialmente diferente de una narración novelada. Claro que se pretende que la primera sea verdadera. **O sea que si la plausibilidad de una narración se cifra en su coherencia, carece de sentido preguntarse qué relación hay entre la narración y la realidad[6].**

3.2. IMPOSIBILIDAD DE CONSEGUIR LA VERDAD

3.2.1. La imposibilidad teórica

Integrada por tres grupos:

1) Por todos los que suscriben opciones gnoseológicas generales de **cuño idealista e irracionalista** y que, por tanto, descartan que se llegue a conocer la realidad.

2) Con los que ya en el continente de doctrinas jurídicas específicas, asimilan la valoración de las pruebas a golpes de intuición, a reacciones individuales o a estimaciones subjetivas.

3) Los **"perfeccionistas desilusionados",** o sea con extremistas de todo o nada, de manera que si la verdad absoluta no está a nuestro alcance quedaría excluido cualquier conocimiento racional.

3.2.2. La imposibilidad práctica

No se consigue la verdad: Porque el juez no dispone ni de los instrumentos cognoscitivos ni del tiempo y libertad para investigar del que sí disponen el

[6] IGARTÚA SALAVERRIA, JUAN. *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal.* Tirant lo Blanch, Valencia (España), 1995, pág. 20.

científico y el historiador; porque intereses públicos y privados obligan a que las cuestiones judiciales se resuelvan dentro de un plazo limitado, muchas veces insuficiente para un cabal conocimiento de lo realmente acontecido; porque existen limitaciones legales para el uso de los medios de prueba; porque hay normas jurídicas que restringen los procedimientos de formación de las pruebas'.

3.3. IMPERTINENCIA IDEOLÓGICA (EL VALOR FUNDAMENTAL DEL PROCESO ES LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS)[8]

Existe una tendencia, sobre todo en el proceso civil, a alinearlo como una más de las especies de solución de conflictos, como resultado de la `contaminación' sociológica y, con base en ello se afirma: "... si la finalidad primaria es la solución del conflicto entre las partes, no es indispensable **'la verdad del hecho',** pues dentro de este enclave es más importante que **la disputa se resuelva, a que se resuelva correctamente,** aspecto este último que así se ubica en un plano secundario.

Inclusive, se llega a decir que muchas veces no es aconsejable averiguar la verdad, ni hacerle a la parte, que la tiene, inventario riguroso de ella; porque ello entorpecería la solución del conflicto. La verdad es inconveniente para terminar el asunto.

3.4. LA OBTENCIÓN FORMALIZADA DE LA VERDAD

Puede ser ubicada esta teoría dentro de aquellas que consideran, ... en razón que el derecho procesal penal, le plantea al juez una tarea que no puede realizar: **averiguar la verdad, pero no a cualquier precio,** que por razones prácticas no es posible conseguir la verdad y por ello Winfreid Hassemer postula su concepción en que la meta de producción del proceso penal, es más bien la **obtención formalizada de la verdad.** Esa verdad forense tiene que pagar un precio y por ello tiene límites (con relación a la verdad). Cuáles son esos límites: i) El precio son los derechos de la persona que sirve de medio de prueba y tales derechos 'cuestan' la completa averiguación de la verdad. ii) Vista muy aguda ha de tener el juez para producir un caso que contiene sólo una parte de las informaciones relevantes, porque la otra parte

Copio a IGARTÚA SALAVERRIA, JUAN. Ob. cit., pág. 23.

Utilizo la frase tornada de IGARTÚA SALAVERRIA, JUAN. Ob. cit., pág. 22.

[9] MORELLO M., AUGUSTO. *La prueba. Tendencias modernas.* Abeledo-Perrot, 1991, pág. 19.

es tabú. iii) El mismo Derecho impide averiguar tanto como sería necesario para fundamentar su sentencia sobre un 'caso verdadero'.

El autor piensa que como el método que empleamos para averiguar la verdad en el proceso penal no es el de las ciencias empíricas (y que esa búsqueda de la verdad material puede llevar a dañar corporal, espiritual o socialmente a las personas), no se puede hablar de verdad. Que los órganos de instrucción y los Tribunales tendrían la posibilidad de averiguar la verdad material con más precisión y plenitud que conforme a un sistema de indagación formalizada. Dice: "Este aparato tiende por su naturaleza y función a una producción más precisa y completa de datos, y hay ejemplos de otros tiempos y lugares, pero también de aquí y ahora, que evidencian su propensión a desconectarse de las reglas que les dificultan la indagación de la verdad, a satisfacer su interés por ésta mediante la vulneración del derecho. Sólo un Derecho Procesal Penal aplicado con respeto estricto a sus normas y con sus garantías profundamente enraizadas en la conciencia de los ciudadanos puede impedir que producción del caso penal signifique también la vulneración de la ley. La formalización de la indagación de la verdad, su obstaculización y limitación por reglas estrictas constituyen el ETHOS propio de la fase de producción del caso"[10].

Crítica: No estamos de acuerdo con la tesis de Hassemer y no podríamos estarlo por las siguientes razones:

1) No resulta equilibrado, comparar el método de averiguamiento de la verdad en el proceso penal, con el de las ciencias empíricas, es una exageración por lo menos. Además, la ciencia de largo aliento normalmente no tiene limites éticos. El proceso, y por sobre todo el penal, debe manejar esos límites. El juego 'sucio' la trampa, la deslealtad, le quitan legitimidad, planteamientos que no se le pueden hacer a la ciencia".

[10] HASSEMER WINFREID. *Fundamentos de derecho penal.* Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona (España), pág. 191.

[11] Dice el autor:

"El sistema de racionalidad sobre el cual se fundamenta el derecho alemán de la prueba es el de la 'verdad material'. Y nos permitimos, resumir con base en lo anterior lo que sostiene el autor:

"1. El caso producido ha de ser verdad.

"2. Un caso construido 'erróneamente' conduce a una sentencia 'injusta'.

"3. En el proceso penal se ha de producir ciertamente 'el verdadero supuesto de hecho'. La persona procesada tiene que coincidir con la que realmente perpetró el hecho...

2) Es desacertado poner un límite tan alto, para decir que como no se puede cumplir en el proceso penal y, que por ello debernos hablar de una verdad forense (que recuerda la discusión, entre verdad formal y verdad real)".

3) El reproche que se hace, con relación a los límites de prueba, de ninguna manera oscurecen o evitan al averiguamiento de la verdad. Veamos los casos que enuncia el autor. A) Prohibición de la prueba sobre determinadas materias: Secretos que el funcionario conoce por el ejercicio de sus funciones y para cuya revelación no ha sido autorizado por el superior. "... Este es un reproche que se le puede hacer a las ciencias empíricas, como no poder hacer

---

"4. Los criterios de selección del derecho penal material cumplen con su parte, proporcionando las indicaciones... "que para el caso de determinación de la punibilidad son más precisas y completas que para la determinación de la pena. Acerca de los verdaderos supuestos de hecho que se han de buscar y posibilitan con ello el equilibrio del proceso de comprensión y el dominio concentrado del material".

[12] Diferencia el método de las ciencias empíricas con el del derecho procesal penal. Resumimos su planteamiento:

1. El proceso penal, por su parte, y en comparación con las inversiones de las ciencias empíricas, invierte bien poco en el esclarecimiento de la verdad.

2. El proceso penal adolece de carencias de tiempo, de personal y de dinero.

3. No puede dejar abierto a la crítica los resultados a los que llega ni puede dejar en el aire los datos que ha recopilado, sino que tiene que encontrar un final definitivo, y cuanto más rápidamente mejor. Los casos no solamente se han de producir correctamente sino que también han de cerrarse. La soberana modestia de las ciencias empíricas llevaría en el proceso penal a una pena perpetua, y no solo para el acusado. El principio de la crítica permanente se contrapone radicalmente al instituto de la cosa juzgada: cuando no se den las extraordinarias razones que permitan una reapertura del proceso concluido por sentencia firme, la cuestión queda definitivamente cerrada con el paso de la misma por las diversas instancias procesales. Por lo que a la producción del caso respecta no existe siquiera la posibilidad de que sea revisada o corregida en la segunda instancia. Los jueces no son investigadores científicos, no son expertos en balística ni en arquitectura. El derecho procesal penal remite para tales cuestiones a los peritos que auxilian a la administración de justicia y exige de los jueces solamente la libre convicción" y no hipótesis científicamente confirmadas".

No podemos adscribir el derecho procesal penal a un concepto de verdad como el de las ciencias empíricas. Por el contrario, al proceso penal se le dota de instrumentos para detener la búsqueda de la verdad.

Sostiene igualmente: "La dosificación de la indagación de la verdad no consiste solamente en distribución de la carencia de tiempo, personal y dinero. A ella subyace también un principio jurídico, el de proporcionalidad que se concreta en el derecho a la intimidad (right of privacy), en protección de los datos y de la esfera íntima de las personas.

experimentos sobre seres humanos, lo que no aborta la indagación porque se emplearán otros métodos o se harán sobre animales para averiguar los efectos". B) Emplear determinados medios de prueba (medios de prueba prohibidos: reconocimientos corporales). "Esta en realidad no es una limitación, la inspección corporal, la extracción de líquidos y muestras está permitida en las distintas legislaciones, sólo que no se puede envilecer a la persona". C) Emplear determinados métodos de indagación de la verdad (Métodos de prueba prohibidos: aplicación de un detector de mentiras). La idoneidad, para averiguar la verdad, del detector de mentiras y el empleo de narcóticos, no está demostrada (fuera de que envilecen a la persona), pero existen otros métodos para averiguar la verdad mucho más confiables y serios. D) Verificar determinadas pruebas por cualquier persona (pruebas relativamente prohibidas: verificación de una prueba sanguínea por un celador). Este es un reproche que se puede hacer en cualquier investigación seria, como si se manejaran los reactivos químicos por quien cuida el laboratorio y no por el químico correspondiente". E) "Valorar para la producción del caso una prueba obtenida contra las prohibiciones anteriores (Prueba de valoración prohibida: la confesión de un acusado obtenida cuando se encontraba agotado)". No apreciar la confesión en ese caso, no impide la búsqueda de la verdad y su obtención utilizando otros medios de prueba.

Las anteriores prohibiciones de prueba (como las llama el autor comentado) y otras muchas que se pueden enunciar, de ninguna manera oscurecen la búsqueda y obtención de la verdad en el proceso. A medida que se abre paso el sistema de valorar las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

4) Cuando el autor escribe: "Lo que el juez descubre no es la verdad material, sino la verdad obtenida por vías formalizadas, es decir, la **verdad forense,** y es a ésta a la que se dirige la comprensión escénica en el proceso penal". Indudablemente nos está hablando de otra verdad, distinta a la **verdad material** y con mayor razón cuando exagera las prohibiciones de prueba y dice: "El derecho procesal penal despliega una amplia y estructurada serie de prohibiones de prueba, parte en el texto legal y parte en el desarrollo jurisprudencial del mismo, que impiden al tribunal y a los órganos instructores adquirir datos cuyo conocimiento sería de gran interés".

Si esa verdad, que se logra en el proceso penal es forense y distinta a la verdad material, ello significa que el ordenamiento jurídico se hace descender para juzgar el caso, sobre una no verdad. Una no verdad que deslegitima el proceso: se propicia un sistema de arbitrariedad. Este planteamiento de la

verdad forense, ideológicamente puede conducir a que los funcionarios consideren que por tratarse de otra verdad distinta a la material, con algunas pruebas pueden hacer imputaciones y condenar, lo que convierte al proceso penal en un arma muy peligrosa que se puede prestar para que rinda servicios a intereses subalternos como los políticos.

No podemos compartir de ninguna manera la tesis de Winfreid Hassemer, por todo lo dicho.

4. NUESTRO CRITERIO

4.1. LA VERDAD COMO PLANTEAMIENTO IDEOLÓGICO

En el proceso, cualquiera que él sea, teniendo en cuenta sus características, es necesario averiguar la verdad. Cada vez que se plantea estrechar el concepto de verdad, para construir una especie para el proceso, donde exista ligereza probatoria para construir el caso, se abre la puerta, sobre todo en materia penal, para que penetre la arbitrariedad. No hay peor injusticia que construir la sentencia sobre una no verdad. Debemos cuidarnos de hacer estos planteamientos, porque justificamos la arbitrariedad.

4.2. CUANDO NOS ATENEMOS A UNAS FORMALIDADES PARA CONSTRUIR PROBATORIAMENTE EL CASO, NO TENEMOS QUE CREAR UNA ESPECIE DE VERDAD, DISTINTA DE LA "VERDAD ÚNICA"

En todo tipo de indagación, sea química, fisica, biológica, tenernos que observar unas formalidades y reglas, y a nadie se le ha ocurrido decir que al observarlas no se conseguirá 'la verdad', pero que sin embargo a pesar de ser un 'obstáculo' para el fin buscado hay que seguirlas observando, o que esas ciencias se contentaran con una no verdad. En absoluto, las formas y sobre todo en la investigación judicial, facilitan la inmaculación de la prueba.

4.3. LAS PROHIBICIONES DE PRUEBA, NO SON DE TAL ENTIDAD QUE NOS APARTEN DE LA ÚNICA VERDAD, LA LLAMADA VERDAD REAL O MATERIAL

Se ha exagerado, los efectos que sobre el averiguamiento de la verdad en el proceso judicial ejercen las prohibiciones de prueba. Sin caer en cuenta que esta forma leal de afrontar la investigación no impide que se utilicen otros medios probatorios que perfectamente pueden lograr trasladar los hechos

del mundo extraprocesal al mundo del proceso con la misma nitidez de los prohibidos y por sobre todo con inmaculación.

4,4. LA META DEL PROCESO JUDICIAL ES AVERIGUAR LA VERDAD, Y ESTA SE PUEDE LOGRAR PORQUE TENEMOS INCLUSIVE MEJORES ELEMENTOS Y FACILIDADES PARA LOGRARLO QUE LAS CIENCIAS EMPÍRICAS

En el proceso judicial, se trata fundamentalmente de manejar en el amplio sentido del vocablo acciones y comportamientos humanos, y por ello podemos utilizar como material de la reconstrucción del hecho, prueba indicarla, y por sobre todo las reglas de la experencia, que no pueden utilizar normalmente las ciencias empíricas. Si bien, por ejemplo, no podemos 'esculcar' directamente el hecho psíquico, sí lo podemos hacer a través de ciertas objetividades (los indicios). El. método de la prueba en el proceso judicial, no es inferior al de las ciencias empíricas, sino simplemente adecuado a sus necesidades.

4.5. EL OBJETO Y TEMA DE PRUEBA NOS INDICA LO QUE SE DEBE INVESTIGAR Y ELLO NO SIGNIFICA EXIGIR UNA ESPECIE DE VERDAD DISTINTA A LA MATERIAL Y MUCHO MENOS RELATIVIZARLA

La verdad que necesita el proceso, para que se pueda dictar una sentencia justa, no proviene del mayor número de pruebas, ni de escudriñar todos los hechos. Solo se necesitan los hechos que sean objeto y tema de prueba. Esa delimitación es absolutamente normal en todo tipo de investigación.

Obsérvese que una actuación penal puede ser nula por una omisión probatoria. Para que ello pueda ocurrir se requiere: A) Que se acredite la inexistencia en el proceso del medio probatorio; B) Y que se vea claro que por su ausencia el juzgador construyó una sentencia distinta de la verdad buscada procesalmente y no encontrada, por lo que consecuencialmente resulta gravemente afectado el sujeto procesal y ha dicho, para abundar, la Corte Suprema de Justicia:

> "Es decir, el rompimiento de una realidad procesal por medio de la comprobada existencia de una irregularidad sustancial 'omisión probatoria' que obstaculiza al juzgador entrar en posesión de la verdad histórica, de contera favorable al sujeto procesal".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Junio 22 de 1999. Mag. Pon. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Editora Jurídica de Colombia, primer semestre de 1999, pág. 620.

Lo anterior demuestra que sin sonrojo y con método, se puede conseguir la verdad, para sobre ella construir la sentencia; existen controles para saber cuándo ha existido omisión probatoria.

5. CERTEZA

Certeza: Conocimiento seguro, claro y evidente de las cosas. Firme adhesión de la mente a algo conocible, sin temor de errar.

Certidumbre: Certeza[11].

Los escolásticos hablaban de certidumbre como de un "estado firme de la mente".

Hay varias clases de certiduembre (certeza). Una subjetiva *y* otra objetiva.

La certidumbre (certeza) subjetiva implica un asentimiento, pero no el fundamento de ese asentimiento. La certidumbre (certeza) objetiva explica el fundamento de su asentimiento, el fundamento puede ser la confesión, un testimonio, etc.

Hay una concepción que se ha llamado tendencia certística a la que admite solamente proposiciones completamente seguras como base de la ciencia o de la filosofía. Para dicha sentencia debe ser excluido cuanto no pueda ser rigurosamente demostrado[1].

Nuestros códigos se alinean en la certeza objetiva:

1) Debe fundarse en externalidades, es decir en pruebas regular y oportunamente aportadas al proceso (arts. 174 del C. de P.C. y 232 del C. de P.P.). Se **necesita la prueba para crear esa certeza.**

"El recurente en casación, debe invocar la causal tercera y demostrar que sin lugar a dudas de haber obrado la prueba pretermitida otro hubiera sido el sentido del fallo impugnado".

[11] *Certeza:* Cualidad de 'cierto' le garantizo la certeza de la noticia. Adquirir. Tener. `certidumbre', Evidencia. Seguridad. Conocimiento cierto de una cosa: 'Tengo no sólo la creencia, sino la certeza de que vendrá —o 'Seguridad'—. Manera de saber o de afirmar una cosa, cuando no se tiene ninguna duda sobre ella: 'No lo digas si no lo sabes con certeza'.

[1] Pues "lo inseguro está siempre acechado por la sorpresa, en tanto que lo seguro tiene sus espaldas libres para consagrarse a otras importantes actividades".

FERRATER MORA, J. *Diccionario de filosofía.* Barcelona, Editorial Ariel, 1994, pág. 526. (Las definiciones fueron tomadas de la misma obra).

2) La prueba es la que debe conducir al funcionario a la certeza de lo investigado, en cualquier tipo de proceso.

El Código de Procedimiento Penal, en el art. 232, regla: **"Prueba para condenar.** No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado.

Con relación a este artículo ha dicho la Corte Suprema de Justicia. Sala Penal.

> "Es en virtud de ello que se estima sabia la fórmula acuñada en el artículo 247 del C. de P.P. (hoy 232 del C. de P.P.) un el sentido **de que** `no se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obren pruebas que conduzcan a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado', tanto porque democrática y justamente dicho precepto reivindica la certeza objetiva (fundada en medios de convicción), como porque nos señala nítidamente que no es la prueba en sí la que constituye la certeza (o la duda) sino que ella apenas se erige en un medio o vehículo para llegar a dicha meta, pues tal es el sentido del verbo 'conducir'. Por ello, con sobrada razón, los expositores del método racional pregonan que las pruebas no se cuentan sino que se sopesan'.

Veamos el siguiente caso que nos permite observar cómo se capturó la verdad y sobre ella se creó la certeza objetiva:

> **Hechos:** A las voces de auxilio y solicitud de detenerlos, pasaron dos individuos: X y Rafael corriendo frente a unos contertulios. Estos emprendieron la persecución de los dos que corrían. X y Rafael dieron muerte a uno de los que perseguían e hirieron a otro. Se trata de averiguar cuál de los dos fue quien percutó el arma.
>
> Tenemos:
>
> 1. X (imputado) manifestó: que era él quien portaba el arma; pero también dice: "En ningún momento he disparado el arma".
>
> 2. EAC (uno de los contertulios que emprendió la persecución junto con el que resultó muerto) advierte que fue herido por acción del arma disparada por el `más alto" de los huidizos, característica que se constata **a posteriori** en cabeza de Rafael.
>
> 3. MSP (otro de los contertulios, que alcanzó a agarrar a uno de los detractores cuando se internó en las aguas del río Manzanares) depone y dice que el atrapado le tronó a su compañero: "Rafa me cogieron" y el otro, o sea Rafa, me disparó ('Rafa' es un apócope usado en el lenguaje familiar para referirse a 'Rafael').
>
> Como se puede observar las tres versiones corresponden a la realidad y conducen, mueven, desplazan la mente hacia la certidumbre (certeza) que el autor de los disparos fue Rafael.

6. PROBABILIDAD

Azar: Casualidad, caso fortuito.

Dice Dante, infierno IV, 136, cuando allí encuentra a Demócrito se refiere a él, como el que supone el mundo obra del acaso[16].

Según algunos, hay un error en la interpretación que hace el poeta, porque Demócrito en su cosmología ha puesto de relieve que el universo se halla regido por el principio de necesidad.

Aristóteles dice que Demócrito había sostenido que la formación del cielo y de la tierra tiene lugar por azar y criticó esa opinión, ya que consideró que era absurdo que el cielo —que obedece a movimientos más regulares que ninguna de las cosas de la tierra—, hubiese producido por azar o fuere algo en que suceden acontecimientos azarosos.

7. ARISTÓTELES Y LA CAUSA

Después de examinar los cuatro diferentes tipos de causas: material, formal, eficiente y final, el Estagirita se pregunta, si hay otro tipo de "causa" y aparecen: El azar traducido al latín por casus y la suerte o fortuna traducido al latín por fortuna. "Ambos tipos de causas se refieren a clases de acontecimientos que se distinguen de los ordinarios por un rasgo preeminente: la excepcionalidad. Ni el azar ni la suerte tienen que ver con cosas que acontecen "siempre" o siquiera la "mayor parte de las veces", si bien expresan un tipo de causalidad por accidente (causa per accidens)[17].

8. EL AZAR Y LA PROBABILIDAD

La interpretación científica del azar comienza por la introducción de las probabilidades:

> ***"Tomando como base lo que sostiene David Ruelle se puede decir: Para diversas clases de fenómenos (lo que he llamado fragmentos de realidad) existen***

[16] Che il mondo a caso pone.

[17] Tomado de FERRATER MORA J. *Diccionario de Filosofía.* Ariel Referencia Barcelona 1974, Torno I, (letras A-D), pág. 291.

Distingue el azar y la suerte: El azar para lo que sucede accidentalmente en los acontecimientos naturales y suerte en lo que sucede accidentalmente en los acontecimientos humanos. Lo que es accidental excluye lo que sea necesario.

idealizaciones que hacen intervenir probabilidades. Nos interesamos en esas idealizaciones porque son útiles: puede ser útil saber que una moneda lanzada al aire saldrá cara o cruz con las mismas probabilidades.

"Puede ser útil saber que, si usted lanza una moneda veinte veces, hay menos de una posibilidad sobre un millón de que salga cara en todos los casos. De este modo, las probabilidades reemplazan la incertidumbre total por algo un poco más sustancial"".

9. INCERTIDUMBRE

Inseguridad. Cualidad de incierto. Duda. Estado del que duda o no sabe cierta cosa con seguridad. Estado del que vacila.

Duda. perplejidad.

10. ARISTÓTELES Y LA PROBABILIDAD

La dialéctica expuesta en los tópicos, es la lógica de lo probable y de lo verosímil; la probabilidad está ligada a la opinión y al consenso[19].

En efecto, en el Organon, en los tópicos, al principio del libro primero, se plasman por parte del Estagirita, tres tipos de silogismos que corresponden a tres tipos de razonamientos y a tres campos de investigación:

[18] RUELLE DAVID. *Azar y caos.* Alianza Universidad. Madrid, 1995, pág. 23.

[19] *Organon Tópicos,* Libro 1, *Generalidades sobre los métodos de la dialéctica. Objeto del tratado:*

"El propósito de este estudio es encontrar un método a partir del cual podamos razonar sobre todo problema que se nos proponga, a partir de cosas plausibles, y, gracias al cual, si nosotros mismos sostenemos un anunciado, no digamos nada que le sea contrario. Así pues, hay que decir primero qué es un razonamiento y cuáles sus diferencias, para que pueda comprenderse el razonamiento dialéctico: en efecto, esto es lo que buscamos dentro del estudio presente.

Un razonamiento es un discurso (logos) en el que sentadas ciertas cosas, necesariamente se da a la vez a través de lo establecido, algo distinto a lo establecido. Hay demostración cuando el razonamiento parte de cosas verdaderas y primordiales, o de cosas cuyo conocimiento se origina a través de cosas primordiales y verdaderas; en cambio, es dialéctico el razonamiento construido a partir de cosas plausibles (probables).

Ahora bien, son verdaderas y primordiales las cosas que tienen credibilidad, no por otras, sino por sí mismas (en efecto, en los principios cognoscitivos no hay que inquirir el porqué, sino que cada principio ha de ser digno de crédito en sí mismo). En cambio, son cosas plausibles las que parecen bien a todos, a los sabios, y entre estos últimos, a todos, o a la mayoría, o a los más conocidos y reputados.

1. **Necesario o apodíctico:** Cuando deriva de principios verdaderos y ciertos.
2. **Dialéctico:** Cuando las premisas son probables (plausibles).
3. **Erístico:** Cuando las premisas parecen probables sin que lo sean.

"La esfera de lo probable parece entonces intermedia entre lo ciertamente verdadero (discurso apodíctico) y lo ciertamente falso (discurso sofista)"[20].

Y dice Aristóteles:

"... Son cosas plausibles (probables) las que parecen bien a todos, o a la mayoría, o a los sabios, y, entre estos últimos, a todos, o a la mayoría, o a los más conocidos y reputados".

11. CUANTIFICACIÓN DE LA INCERTIDUMBRE

Dice: Miguel A. Gómez Villegas:

"El problema fundamental radica en cómo cuantificar la incertidumbre que presentan los fenómenos aleatorios, los cuales constituyen el dominio de aplicación de la inferencia estadística. Así como la geometría trata de medir las áreas de los cuerpos y la mecánica de explicar el movimiento de los mismos, la inferencia estadística trata de estudiar cómo debería ser empleada la información en las situaciones que envuelven incertidumbre.

"Si nosotros estamos considerando un suceso incierto y decidimos medir la posibilidad de ocurrencia de este suceso mediante un valor al que convenimos en llamar probabilidad, parece intuitivo pensar que ese valor es análogo al número que obtenemos cuando medimos un área. Y podemos concluir; por tanto, que las probabilidades obedecerán a leyes parecidas a las que obedecen las áreas".

Y agrega más adelante: **La Ruleta**

"... Se puede medir la incertidumbre cíe un modo análogo a como medimos longitudes, áreas, pesos u otras magnitudes físicas. Y no estaremos descaminados. Un procedimiento de este tipo es el empleado por la moderna teoría de la probabilidad para el tratamiento de la incertidumbre.

"No obstante, no todas las incertidumbres pueden medirse de ese modo. El conductor que piensa atravesar las montañas y tiene incertidumbre acerca de si el puerto estará abierto y despejado de nieve, o la persona que enuncia que probablemente amanecerá mañana, no parecen estar hablando de una incertidumbre cuantificable mediante el esquema de la ruleta. Están hablando de una INCERTIDUMBRE SUBJETIVA, de una mayor o menor adhesión, confianza o certeza respecto del suceso en cuestión.

[20] Ver GIULIANI ALESSANDRO, *Il concetto di prova. Contributo alla logica* Milano. Dott A. Giuffre Editore, 1971.

"Precisamente estos dos modos posibles de considerar la probabilidad, bien como una propiedad intrínseca de algún sistema (tal es el caso de la ruleta) o bien como una medida de nuestro grado de confianza o de nuestra certeza sobre alguna afirmación (como sucede en el caso del puerto o en la posibilidad de amanecer).

Esta variedad de enfoques no debe sorprendernos demasiado. Las teorías científicas están construidas sobre términos no definidos o no totalmente bien definidos. Los intentos para definir conceptos como fuerza o masa han resultado insatisfactorios; y sin embargo los aeroplanos vuelan, las locomotoras se mueven y los satélites están en órbita alrededor de la tierra gracias a las teorías basadas en estos términos".

"Desde los inicios de la teoría de la probabilidad hasta el año de 1950, la mayoría de los estadísticos mantuvieron la opinión de que la probabilidad de un suceso, como medida de la incertidumbre asociada al mismo, era una probabilidad objetiva INHERENTE AL SUCESO EN SI ESTA PROBABILIDAD PODÍA DETERMINARSE, DE UN MODO TAMBIÉN OBJETIVO, A PARTIR DE LA FRECUENCIA DEL SUCESO, ES DECIR, A PARTIR DEL NÚMERO DE VECES QUE SE PRESENTA EN SUCESIVAS REPETICIONES DEL EXPERIMENTO.

"A partir del año de 1950 toma fuerza la interpretación de la probabilidad como una MEDIDA SUBJETIVA de nuestra opinión o de nuestro grado de confianza respecto a alguna afirmación sujeta a incertidumbre. Esta interpretación se apoya en la utilización sistemática del Teorema de Bayas y da lugar a la inferencia bayesiana o, más generalmente, a la parte de la teoría de la decisión que se basa en el llamado criterio de Bayes.

"Un ejemplo muy simplificado puede arrojar luz sobre las dos interpretaciones mencionadas. Supongamos que no se sabe cuál es la probabilidad de obtener cara al lanzar una moneda determinada y que se pretende averiguar esta probabilidad. Si adoptáramos la primera interpretación, lanzaríamos la moneda un número elevado de veces y determinaríamos la probabilidad en función de la frecuencia relativa del suceso, es decir; en función del cociente entre el número de veces que apareciera la cara y el número total de lanzamientos realizados.

"Por el contrario, si adoptáramos la aproximación bayesiana, comenzaríamos determinando de un modo subjetivo la probabilidad del suceso "cara" en función de nuestro grado de confianza en la verificación del mismo. (Seguramente decidiríamos asignar a esa probabilidad el valor 0,5) a continuación lanzaríamos la moneda un número elevado de veces y mediante la utilización de los mismos datos que en la aproximación anterior; calcularíamos una nueva" probabilidad con el concurso del Teorema de Payes. Este valor final para la probabilidad recogería nuestro nuevo grado de confianza acerca de la verificación del suceso "cara" en un lanzamiento posterior de la moneda".

[21] RIVADULLA ANDRÉS, Prólogo de Gómez Villegas Miguel Ángel, *Probabilidad E Inferencia Científica.* Antropos, 1991, pág. 11.

12. LA ESTADÍSTICA

121 LA ESTADÍSTICA DESNUDA: EL CASO DEL AUTOBÚS AZUL

Mientras conduce tarde en la noche en la oscuridad, en un camino de dos carriles, una persona ve en la dirección opuesta un autobús que se acerca a baja velocidad por la línea central del camino. Por el resplandor de los faros, la persona ve que el vehículo es un autobús, pero él no lo puede identificar de otro modo. El desvía para evitar una colisión, y su auto golpea un árbol. El autobús veloz pasa sin detenerse. La persona lesionada demanda luego a la compañía del Autobús Azul. El prueba, además de los hechos expresados, que la Compañía del Autobús posee y opera el 80% de los autobuses que recosen el camino donde ocurrió el accidente.

En el presente caso, las pretensiones del demandante deben ser-desestimadas e incluso es improbable llegar al jurado.

Fallar a favor del demandante tendría las siguientes inconsistencias:

1. Aunque el acusado causó probablemente el daño al demandante, el investigador no puede alcanzar una conclusión que el público acepte como una declaración acerca de lo que aconteció.
2. Se puede solamente concluir de la evidencia presentada por el demandante, que había un 80% de oportunidad que él fue lesionado por la Compañía de Autobús Azul y un 20% de oportunidad que no.
3. Lo que es importante, es que el pública no puede ver cualquier declaración que haga el investigador como nada distinto a una apuesta basada en la evidencia.
4. Dada la sencillez de la evidencia, el público no tiene ninguna razón para respetar una conclusión del investigador como en los casos que implican evidencia compleja.
5. Se puede afirmar que el investigador no puede y el público lo sabe, hacer nada más que una apuesta en la evidencia. Porque el sistema judicial se esfuerza para proyectar un recuento aceptable acerca de lo que aconteció, entonces, la evidencia del demandante es insuficiente, a pesar de la probabilidad alta de su certeza.

12.2. LA EVIDENCIA ESTADÍSTICA COMO ANEXO A LA NO ESTADÍSTICA. USO DE LA EVIDENCIA ESTADÍSTICA EN PROCEDIMIENTOS DE CONDENA

En el caso Estados Unidos vs. Shonubi, la Corte admitió evidencia estadística en un procedimiento de sentencia para determinar la cantidad total

de heroína introducida de contrabando al país, por el acusado. Cuando fue arrestado, el acusado Shonubi llevaba 427,4 gramos de heroína contenidos en bolsas en su tracto intestinal. La Corte encontró que él había hecho otros siete viajes similares. La cantidad total (de droga) introducida a los Estados Unidos fue un determinante importante para establecer la sentencia adecuada bajo las normas de sentencia de Estados Unidos. En este hallazgo, de que Shonubi *"había pasado de contrabando entre 1.000 y 3.000 gramos (de heroína) en sus 8 viajes",* el juez Weinstein confió en parte en la información disponible en el servicio de Aduanas de Estados Unidos para 117 traficantes similares (mulas) de heroína. Estos datos fueron utilizados en un programa de computadora que simulaba "100.000 posibles series de siete viajes" (Id at. 503). Los cálculos de la computadora produjeron una tabla de distribución que indicaba que una gran proporción de estos siete viajes, habría involucrado el transporte de cantidades importantes de (gramos) heroína. Después de recibir el testimonio a expertos de ambas partes, tanto del fiscal como de la defensa, la Corte, invocando la Regla Federal de la Evidencia 706, designó su propio equipo de expertos. Considerando las variaciones entre los expertos, además de sus conclusiones compartidas, el juez Weinstein se basó en la evidencia estadística conjuntamente con la evidencia no estadística para concluir que, usando una cifra prudente, la importación ilegal total del acusado estaba dentro de los límites indicados anteriormente.

En su opinión, el juez Weinstein enfatizó que la evidencia estadística es extremadamente útil pero, en general, debe ser admitida solamente unida a la evidencia no estadística. La evidencia estadística puede desempeñar un papel importante, por ejemplo, "1) el fortalecer la confianza del juez en sus inferencias; 2) Permitiéndole al juez intercambiar esas inferencias; y 3) Ayudándole a la Corte a ilustrar esas inferencias".

13, UTILIZACIÓN DE LA ESTADÍSTICA PARA REFORZAR Y DARLE ROTUNDEZ A LA CONCLUSIÓN

Dice la Corte Constitucional de Colombia:

"Con el fin de verificar el procedimiento que utilizan los puertos carboníferos en el proceso de carga del carbón, su transporte en las barcazas y el descargue de las mismas en los buques que transportan el carbón, a fin de determinar si evidentemente los habitantes de Santa Marta gozan de un ambiente sano, lo que constituye uno de los derechos fundamentales invocados en la demanda.

"Durante la inspección judicial realizada, se recorrieron las instalaciones de los puertos carboníferos de la Drummond, Prodeco y Carboandes, donde se pudo

constatar el proceso de transporte y cargue del carbón hasta las barcazas; allí los funcionarios de estas empresas explicaron dicho proceso, así como el funcionamiento y operación de los sistemas de aspersión para evitar que el levantamiento del polvillo del carbón genere problemas de contaminación y otros mecanismos tendientes a proteger el ambiente y el entorno social y ecológico (le los efectos del polvillo. Así mismo, se hizo un recorrido en helicóptero por la zona donde se efectúa el descargue del carbón de las barcazas hasta los transportadores, a través del cual se verificó que en efecto, no se atienden en forma íntegra las reglas y procedimientos establecidos para el cargue y descargue del carbón, pues la máquina que extrae el carbón de la barcaza y lo coloca dentro de las bodegas del buque no completa adecuadamente dicho proceso, ya que descarga el carbón desde la parte alta, sin colocar el mineral dentro de las bodegas en forma absoluta, permitiendo de esa manera que fácilmente por los fuertes vientos de la zona, se lleve el polvillo del carbón hacia la bahía y genere posible contaminación. Al respecto, el Director de CORPAMAG advirtió que esta situación no es normal y es objeto de sanciones debido a los problemas ambientales que acarrea, pero que es difícil ejercer un control estricto por la falta de barcos para la vigilancia.

"Así mismo, la Sala visitó las instalaciones del Hotel El Decamerón — Puerto Galeón, de conformidad con la solicitud previa presentada al efecto, a objeto de verificar la contaminación a causa de la emisión del polvillo del carbón. Allí se encontró que evidentemente en las paredes y pisos existían concentraciones de polvillo de carbón".

Se recibieron testimonios, que acreditan que el polvillo hace difícil la respiración en la zona.

Así mismo, es importante señalar que al expediente se aportó el correspondiente análisis mineralógico de las muestras recolectadas en las estaciones de medición de partículas en suspensión ubicadas en los Alcatraces y el Aeropuerto, las cuales permiten determinar la composición de las partículas en suspensión en dichas áreas. Los análisis corresponden a muestras tomadas por CORPAMAG en el tercer y cuarto trimestre de 1996, así como del primer trimestre de 1997. Dichos análisis establecen la participación de partículas de carbón dentro del total de partículas en suspensión recolectadas en las estaciones.

En este orden de ideas, dada la existencia de dichas partículas de carbón en el aire que circunda el Distrito de Santa Marta, y que es inhalado por sus habitantes, la Sala consideró de especial importancia determinar qué efectos produce en las personas dicho polvillo.

Al respecto, el Ministerio de Salud puso en conocimiento de la Corte, la información relacionada con los efectos causados a la salud humana por la exposición al polvo de carbón. Sobre el particular expresó:

"Principales efectos de la exposición a polvo de carbón

1. Rinitis - enfermedad rino-sinusal.

2. Bronquitis industrial (cuando no se atribuye al cigarrillo).

3. Neumoconiosis del carbón (el agravante es su gravedad y pronóstico, dado que sus efectos son irreversibles).

4. Agravamiento de otras enfermedades.

Problemas relevantes:

1. Incremento de explotación artesanal (mayor riesgo de enfermar - accidente o muerte).

2. Adecuación ambiental de la política carbonífera por el Impacto ambiental y la afectación poblacional.

RIESGO DE ACCIDENTE DE TRABAJO EN LA EXTRACCIÓN DE CARBÓN

Del total de AT (128.081) durante 1995, el sector de explotación del carbón se constituyó como la novena de las 26 actividades económicas.

Promedio de Días de Incapacidad

a) A nivel nacional = 28.3

b) Por extracción de carbón = 7.8

(..)

ESTUDIO EPIDEMIOLÓGICO SOCIAL Y AMBIENTAL DE LA MINERÍA DEL CARBÓN - CERREJÓN ZONA CENTRO Y LA JAGUA DE IBERICO - 1990-1995

Entidades que lo realizaron: ISS-CENSAT - MINSALUD

MUESTRA TOTAL DE TRABAJADORES: 410, en los cuales se encontró 12.5% Prevalencia Neumoconiosis y 46% sospechosos de Enfermedad Neumoconiótica.

CONCLUSIONES:

La extracción de Carbón constituyó la 4 actividad económica causante de costos a cargo del ISS durante 1995.

Sus efectos no solo tienen impacto ocupacional, sino que realmente comprometen la salud poblacional de aquellas regiones en las que se explota el mineral". (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Con fundamento en lo anterior, y teniendo en cuenta científicamente los efectos que produce el polvillo del carbón en la salud de las personas, es necesario que para contrarrestar la amenaza a la salud y a la integridad física de las personas con ocasión del proceso de cargue y descargue del carbón en los puertos carboníferos de la Drummond, Prodeco y Carboandes, se recomienda la adopción de medidas urgentes en orden a prevenir que dicha situación pueda acarrear la perturbación de la salud y demás derechos fundamentales de la población que habita en la zona aledaña a los puertos.

14. LA PROBABILIDAD LÓGICA

Utilicemos un ejemplo, que hemos tomado de la jurisprudencia del Consejo de Estado y que resumiremos en tres partes:

El caso

En síntesis, la menor K, ingresó al Instituto N. de C. con el fin de que se diera allí un diagnóstico definitivo en relación con una masa –aparentemente un tumor– que presentaba a nivel dorso-lumbar. Antes de ingresar al Instituto se le practicaron varios exámenes sin que ninguno de ellos arrojara un resultado contundente. Los médicos del Instituto optaron por practicarle de manera inmediata una biopsia, sin ordenar otros análisis previos. Dado que la lesión que padecía la menor no era un tumor sino un hemangioma, durante la intervención sufrió una hemorragia que obligó a los médicos a aplicar sobre las vértebras cera ósea y salvar así su vida. Al día siguiente de la intervención, la menor presentó "paraplejia flácida e incontinencia de esfínteres".

Observación presupuesto

i) Con relación al servicio médico asistencial, en un primer momento se exigía al actor aportar la prueba de la falla para la prosperidad de sus pretensiones.

ii) Posteriormente, en sentencia de 24 de octubre de 1990 [22], la Sala consideró que el artículo 1604 del Código Civil debía ser aplicado también en relación con la responsabilidad extracontractual y, en consecuencia, la prueba de la diligencia y cuidado correspondía al demandado en los casos de responsabilidad médica.

iii) Y en decisión de 30 de junio, se mantuvo el anterior criterio, pero con un sustento ideológico diferente: El cual hace referencia a la posibilidad en que se encuentran los profesionales, dado su "conocimiento técnico y real por chanto ejecutaron la respectiva conducta" de satisfacer las inquietudes y cuestionamientos que puedan formularse contra sus procedimientos.

No obstante la presunción, en el caso presente la falla del servicio está demostrada.

[22] Mag. Pon. Dr. Gustavo de Greiff Restrepo, Exp. 5902, Actor: María Helena Ayala de P.

Dice el Consejo de Estado de Colombia:

"En el caso concreto la falla del Instituto demandado está probada. Dicha falla consistió en omitir la práctica de exámenes de laboratorio previos, los cuales hubieran brindado a los médicos una mejor información acerca del tipo de lesión que presentaba la' menor y por consiguiente, la realización de procedimientos diferentes a la biopsia cuya práctica no estaba indicada en el caso concreto y que generó el daño cuya indemnización se reclama.

"A esta conclusión se llega al observar que la resonancia magnética practicada a la menor por el mismo Instituto un mes después de la intervención reveló la existencia del hemangioma. Lo cual significa que el examen era posible dentro de las condiciones materiales del Instituto y servia para identificar en forma previa la consistencia de la masa que se advertía en los otros exámenes de laboratorio".

La cuestión

Se trata de averiguar, si la falla del servicio, es la causa del daño sufrido por la menor.

Hay incertidumbre porque existen varias causas posibles:

i) La paraplejia pudo obedecer a la comprensión de la médula espinal al tratar de controlar el sangrado durante la práctica de la biopsia.

ii) La médula pudo haber sido afectada por la lesión que sufría la menor, por dos mecanismos; i) El crecimiento de la lesión pudo comprimir directamente la médula; ii) El tumor, al erosionar el cuerpo de las vértebras, puede ocasionar fracturas patológicas y el desplazamiento vertebral que se origina daña la médula.

iii) También se dijo que pudo ser:

La presión de la misma hemorragia, antes de la cirugía; durante la cirugía la hemorragia fue controlada, pudo hacer presión también la cera quirúrgica sobre la médula. Y se agregó: al revisar el caso con el neurocirujano que hizo la intervención, hay una arteria que lleva la sangre a la médula, que pasa por ahí, es posible que el tumor la hubiese comprimido, al presionar la arteria, deja de irrigar sobre la médula y se muere el segmento de la médula.

iv) Fue nada más que un accidente; de no haberse practicado la cirugía que se hizo *"lo más probable es que la paciente hubiese fallecido súbitamente, por una hemorragia aguda, fuera de condiciones quirúrgicas".*

Estamos frente a una incertidumbre, en principio no sabemos cuál fue la causa del daño que sufrió la menor, como bien lo dice Taruffo, cuando se habla de incertidumbre no se habla de desorden, sino de problemas de racionalidad. Todas las causas son posibles de haber causado el daño (la paraplejia). Valdría la pena, bajo el yugo de la razón, preguntarnos: "¿Cuál - de esas causas, adquiere una mayor cualificación?, saliéndose de lo posible y adquiriendo el calificativo de probable, podemos pensar en vía de hipótesis, que pudo ser la biopsia, y si "reconduciendo su grado de fundamentación a los elementos de confirmación (o de prueba) disponibles con relación a esa hipótesis "encontramos en el presente caso" lo que dijo bien el Consejo de Estado:

> *"En conclusión, no existe certeza en el sentido de que la paraplejía sufrida por K, haya tenido por causa la práctica de la biopsia. No obstante, debe tenerse en cuenta que aunque la menor presentaba problemas sensitivos en sus extremidades inferiores antes de ingresar al Instituto, se movilizaba por sí misma y que después de dicha intervención no volvió a caminar Esto significa que existe una alta probabilidad de que la causa de la invalidez de la menor sea la falla de la entidad demandada".*

Con base en los hechos y las pruebas se dice: Antes de la intervención caminaba, después no; hemos pasado de la probabilidad (cualificación), a una alta probabilidad o probabilidad prevaleciente.

También se dijo en la sentencia:

> "En consideración al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño en los casos que está comprometida la responsabilidad profesional, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación causal, se afirma que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en esta materia "el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia", es decir que la relación de causalidad queda probada "cuando los elementos de juicio suministrados conducen a "un grado suficiente de probabilidad".

Al respecto ha dicho la doctrina:

> ***"En términos generales, y en relación con el 'grado de probabilidad preponderante', puede admitirse que el juez no considere como probado un hecho más que cuando está convencido de su realidad. En efecto, un***

[23] Ver TARUFFO. Ob. cit., pág. 224.

acontecimiento puede ser la causa cierta, probable o simplemente posible de un determinado resultado. El juez puede fundar su decisión sobre los hechos que, aun sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como los más verosímiles, es decir, los que presentan un grado de probabilidad predominante. No basta que un hecho pueda ser considerado sólo como una hipótesis posible. Entre los elementos de hecho alegados, el juez debe tener en cuenta los que le parecen más probables. Esto significa sobre todo que quien hace valer su derecho fundándose en la relación de causalidad natural entre un suceso y un daño, no está obligado a demostrar esa relación con exactitud científica. Basta con que el juez, en el caso en que por la naturaleza de las cosas no cabe una prueba directa llegue a la convicción de que existe una 'probabilidad' determinante "[24].

[24] Mag. Pon. Dr. Ricardo Hoyos Duque, mayo 3 de 1999, Radicación 19.169. Actor: Vicente Segundo Sierra Pérez.

Capítulo VI

CLASIFICACIÓN DE LAS PRUEBAS

1. ENUNCIACIÓN

Existen múltiples clasificaciones de las pruebas; solamente trataremos las que consideramos más útiles a los fines propuestos con esta pequeña obra, cuyo principal objetivo es, simplemente, informar sobre los aspectos más inmediatos del Derecho Probatorio.

2. CLASIFICACIONES

2.1. SEGÚN SU CONTRADICCIÓN

2.1.1. Prueba sumaria

2.1.2. Prueba controvertida

Uno de los principios de la prueba judicial es el principio de contradicción, en virtud del cual, ella no puede ser apreciada si no se ha celebrado con audiencia, con conocimiento, de la contraparte, es decir, la prueba no contradicha carece de valor. Sin embargo, en algunos casos el legislador se lo da a pruebas que no han cumplido con el principio indicado. En el proceso de restitución de inmueble arrendado, de conformidad con el artículo 424 del C. de P.C., puede acompañarse con la demanda un testimonio siquiera sumario que demuestre la existencia del contrato de arrendamiento, verbigracia, el testimonio de dos personas (desde luego que, ya en el proceso, se dará la oportunidad de controvertirlos). La prueba sumaria, no se relaciona con su poco poder demostrativo, ya que no se trata de una prueba incompleta, pues aquella tiene que demostrar plenamente el hecho, sólo que le falta ser contradicha.

La Corte, en sentencia del 29 de julio de 1980[1], sostuvo: "El carácter de sumaria de una prueba dice relación no tanto a su poder demostrativo, sino a

[1] Sentencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Pronunciada dentro del proceso ordinario de Luis Hernando y Hugo Alberto Guarnizo contra los herederos de Napoleón

la circunstancia de no haber sido contradicha. Se opone, por tanto, a la controvertida, es decir, a la que ha sido practicada con citación y audiencia de la parte contra la cual se pretende hacer valer. De lo cual tiene que seguirse que las pruebas sumarías son siempre extraproceso; pero que éstas no tienen siempre aquel carácter, pues las hay con valor de plena prueba como ocurre con las anticipadas cuando se practican con citación de la futura parte contraria".

2.2. PRUEBAS FORMALES Y SUSTANCIALES

Las pruebas formales tienen y cumplen una función eminentemente procesal: llevarle al juez el convencimiento sobre determinados hechos. Las pruebas **ad solemnitatem** o **ad substantiam actus,** además, de cumplir la finalidad que cumplen las pruebas indicadas, son requisitos de existencia y validez de determinados actos de derecho material. Un escrito en donde consta que alguien debe $20.000.00, sirve para demostrar en el proceso que se prestó la suma anotada. La escritura pública, no solo sirve para demostrar lo indicado, sino además, para que el acto pueda existir (la compraventa de inmuebles).

2.3. SEGÚN SU OBJETO

2.3.1. Directa

A pesar de existir raciocinio inductivo en el juez, lo que le permite la identificación de lo percibido con lo que se trata de probar, la función predominante es la de la simple percepción mediante sus propios sentidos[2]; por ejemplo, la inspección judicial.

2.3.2. Indirecta

El juez no percibe el hecho por probar, sino el informe o la declaración, que le permite inducir el que se trata de demostrar.

Escalante. Mag. Pon. Dr. Humberto Murcia Bailén. Consúltese nuestra obra *Tratado de...* Cit., pág. 33.

[2] DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Compendio de...* Cit., pág. 177.

Capitulo VII

PRUEBA TRASLADADA

1. LA PRUEBA TRASLADADA EN MATERIA PENAL

1.1. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

El artículo 239 regla: **"Prueba** trasladada. Las pruebas practicadas válidamente en una actuación judicial o administrativa dentro o fuera del país, podrán trasladarse a otra en copia auténtica y serán apreciadas de acuerdo con las reglas previstas en este código.

"Si se hubieren producido en otro idioma, las copias deberán ser vertidas al castellano por un traductor oficial".

Del contenido de la norma transcrita se entiende que para poder trasladar una prueba se requiere:

1. Las pruebas no deben haber sido en el proceso de donde se trasladan, desconocidas o anuladas por ilegales o ilícitas; en otras palabras que hayan sido válidamente practicadas.

2. Que en su aducción y contradicción se hayan respetado todas las ritualidades y formalidades previstas en la ley. Es decir que si se hace por el procedimiento de la copia, el despacho solicitante, mediante providencia, ordene tal solicitud para que le envíen las copias y una vez aportadas ordene tenerlas como tales ("tener como pruebas las copias allegadas") y por consiguiente quedan a-disposición de los sujetos procesales y fundamentalmente de la defensa',

Sentencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Julio 29 de 1998. Editora Jurídica de Colombia, Segundo semestre de 1998, pág. 149, dice la Corte: "En consecuencia, la prueba traslada es válida y los enjuiciados no han sido sorprendidos con su incorporación, habiendo tenido la oportunidad de rebatir las presuntas contradicciones de los declarantes, su idoneidad moral, solicitando las pruebas respectivas para contraprobar, verbi gratia, como testigos que, aparentemente, corroboran sus descargos. Y si se accedió a citar a las personas que declararon en las averiguaciones disciplinarias,

para que puedan en el amplio sentido del vocablo ejercer el derecho de contradicción'.

Si se hace por medio de inspección, en el acta se deben indicar las piezas que se trasladan y, con esta manifestación se entienden incorporadas al proceso a donde se produjo el traslado para que se pueda ejercer el derecho de contradicción. Ejemplo: si en una actuación por fraude procesal se inspecciona un proceso civil, de donde se trasladan unas declaraciones rendidas por unos testigos, se entienden incorporadas al proceso por la relación que se hace de haberse tomado copia y por consiguiente constar el cuerpo de la versión suministrada.

La providencia que ordena oficiar para que sean enviadas las copias al despacho de donde se pretende trasladarlas, la providencia que ordena inspeccionar y la inspección son una clara manifestación de voluntad del funcionario que adelanta el proceso de tenerlas como pruebas.

1.2. LA PROVIDENCIA QUE ORDENA EL TRASLADO DEBE SER CUIDADOSAMENTE DICTADA

La providencia que ordena el traslado debe ser dictada después de hacer un cuidadoso estudio, para saber si las pruebas que se pretenden trasladar son conducentes. No resulta útil dictar la providencia sin previo estudio, ya que los procesos se llenan de pruebas sin ser conducentes, o resultan repetitivas; por eso consideramos que el mejor modo de trasladar pruebas debe ser la

---

ello obedeció al ánimo de brindarles mayores garantías. Pero si estos no pudieron o no quisieron comparecer a pesar de haber sido citados, este hecho no demerita la legalidad de la prueba trasladada porque, repítese no es necesaria la ratificación de las declaraciones en el proceso penal porque no se está haciendo referencia a documentos privados y porque la ratificación no estructura el principio de publicidad ni es sinónimo sine qua non, de contradicción".

[2] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de julio 28 de 1998. Mag. Pon. Dr. Jorge Córdoba Poveda. Tomada de Editora Jurídica de Colombia, segundo semestre, pág. 234. Dice la Corte: "Sin embargo, con relación a la prueba trasladada, la Sala se permite precisar que se cumplieron los requisitos legales fijados para su aducción, pues fueron incorporados mediante proveído fechado el 18 de abril de 1998, en el que se dijo: 'Tener como pruebas las allegadas a estas diligencias preliminares'. Así mismo, fueron traídas en copia auténtica, provenían de una actuación administrativa y se llenaron los requisitos de publicidad y contradicción, como lo señalara el a quo, pues durante todo el curso del proceso la defensa tuvo oportunidad de conocerlas y controvertirlas, hasta el punto que la resolución que definió la situación jurídica, fundamentada en tales elementos de convicción, fue impugnada por ella".

inspección que le permite al funcionario mirar qué piezas probatorias se requiere realmente trasladar.

En la etapa del juicio y concretamente en lo reglado en el art. 400 del C. de P.P., donde se lee —solicitar— "... las pruebas que sean procedentes...", es decir que si se trata de una solicitud para trasladar pruebas se debe estar a lo dicho por la norma en concordancia con el art. 235 ídem.

Salvo que la conducencia o pertinencia de la prueba sea evidente, que le permita al funcionario decretarla de oficio, el peticionario debe indicar por qué la prueba es conducente y pertinente[3].

1.3. INDEPENDENCIA DE LAS DISTINTAS JURISDICCIONES

Dice la Corte Suprema de Justicia:

"Debe decirse inicialmente que lo que interesa a la Corte respecto de la prueba trasladada frente a la validez de su aducción, no es el proceso de formación en la actuación de origen sino el rito de su traslado y la posibilidad de que una vez incorporada, los sujetos procesales hayan podido conocerla y por ende ejercer el derecho de contradicción

"Lo anterior tiene su razón de ser en la independencia que debe existir entre las distintas jurisdicciones para dirimir los conflictos. Como consecuencia, los jueces al proferir sus decisiones, actúan autónomamente, sin que les sea pennitido invadir otras competencias.

"En esas circunstancias, los reproches que los libelistas pretenden formular sobre alguna irritualidad respecto del proceso adelantado por la Personería Distrital no tiene ninguna incidencia en la presente actuación penal..."[4].

Lo anterior significa que a la Fiscalía o Juzgado que actúen como entidades receptoras de la prueba trasladada, no les es permitido pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad de los procedimientos empleados por la jurisdicción de donde provienen las pruebas, sino apreciarlas de acuerdo con las reglas del Código de Procedimiento Penal, y darles el valor probatorio que les correspondan en el sumario o en el proceso penal a las piezas que provienen del otro. Ejemplo: si a un inculpado, cuya prueba se traslada, se le recibió juramento, la entidad receptora no tiene por qué declarar la nulidad ni

[3] Sentencia de junio 9 de 1998. Mag. Pon. Dr. Aníbal Gómez Gallego. Tomada de Editora Jurídica de Colombia, primer semestre 1998, pág. 633.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de julio 29 de 1998. Mag. Pon. Dr. Carlos E. Mejía Escobar. Editora Jurídica de Colombia, segundo semestre de 1998, pág. 146.

pronunciarse sobre el procedimiento de donde proviene la prueba, sencillamente la tendrá por no existente en el proceso al cual fue trasladada.

Al respecto también ha dicho la Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

"Como salta a la vista, el cuestionamiento no toca, como abstractamente lo enuncia, con la validez del proceso disciplinario, con su estructura, sino con la legalidad de los medios de convicción en él producidos, en forma tal que aun aceptando, como simple hipótesis, que tales probanzas carecieran de existencia jurídica, por haberse desconocido en su práctica los requisitos legales condicionantes de su validez, en nada se afectaría la estructura del proceso penal, sino que simplemente, al momento de decidir, no serían apreciadas, razón suficiente para no acceder a la solicitud"[5].

1.4. PRUEBA TRASLADADA EN EL MOMENTO DE LA AUDIENCIA DE QUE TRATA EL ART. 403 DEL C. DE P.P.

Para que el tema quede claramente explicado, utilicemos un ejemplo: La señora X es citada para que declare en la audiencia pública (art. 403 del C. de P.P.), a pesar de haberse citado, no comparece a declarar. Frente a esa situación y 'sin que el lapso probatorio de la vista se hubiese agotado', la Fiscalía intervino para poner en consideración de la señora juez, copia autenticada de la declaración de X rendida ante la Fiscalía, de la Unidad de Previa y Permanente, en un proceso que por los mismos hechos por los que procedía la audiencia que se adelantaba y agrega la Fiscalía: 'para que de ser aceptada se dé lectura poniéndola en consideración de los demás sujetos procesales, siendo de anotar que esta testigo fue una de las citadas para que el día de hoy concurra a esta diligencia'.

Obsérvese bien: La señora X había sido anunciada como testigo para que declarara en la audiencia (en la etapa de la causa *se* había decretado como prueba a recaudar la declaración de la señora X). Lo que sencillamente aconteció fue la 'sustitución de la declaración de viva voz', por decirlo en alguna forma de la señora X, por la declaración trasladada de otro trámite.

En el evento que nos ocupa, la defensa se opuso con el argumento que el documento no había sido anunciado y que se violaba el principio de lealtad.

La prueba trasladada en la forma que se ha indicado, fue admitida como tal y se dispuso su agregación al expediente a fin de que todos los sujetos procesales tuvieran la oportunidad de conocerla.

[5] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Mag. Pon. Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Julio 28 de 1998. Editora Jurídica de Colombia, segundo semestre de 1998, págs. 234 y 235.

Los sujetos procesales estaban esperando que compareciera la señora X, pero en vez de ella se presentó su declaración trasladada de otras diligencias.

Frente a lo anterior, cabría hacer la pregunta ¿se le violó a la defensa el derecho de contradicción, se le sorprendió, ya era tarde?

La Corte Suprema de Justicia dice:

> "En el ámbito demostrativo, tema particular que en esta oportunidad más interesa, concentra el acto la práctica de las pruebas previstas para la etapa de la causa, 'excepto las que deben realizarse fuera de la sede del juzgado o requieran estudios previos', pero además de las dispuestas de antemano (art. 447, C.P.P.) y obedeciendo a los principios de publicidad, lealtad, contradicción imparcialidad e igualdad, es la audiencia ocasión para adicionar los medios que 'surgieren' y fueren necesarios, y aun aquellos que de oficio halle el juez indispensables, con la invariable mira del suficiente esclarecimiento de los hechos como fin primordial de las actividades probatorias, en las que es deber expreso del funcionario judicial la búsqueda de la 'verdad real' (art. 448 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con los arts. 246, 247 y 249, ibídem).

De esta manera conciliará el juez su intervención de neutral director del acto, con el de garante de los derechos de los sujetos procesales y partícipe imparcial en la búsqueda del esclarecimiento de los hechos, lo que le va a implicar no solamente el máximo cuidado en el decreto y práctica de medios, sino también cautela para que nunca puedan éstos convertirse en vía de sorprendimiento para alguno de los intervinientes procesales, a quienes debe dar la posibilidad de conocerlos y controvertirlos, si es menester, con **la aducción de nuevas pruebas y la prolongación o aplazamiento del debate, siempre y cuando agote, por lo demás, esa práctica de pruebas, antes de darle curso a la intervención orar.** (Las negrillas son nuestras).

No se puede negar, que una cosa es recibir el testimonio de tina persona y otra muy distinta **que el testimonio resulte aportado por medio de prueba trasladada, sobre todo citando no hubo oportunidad de contrainterrogarlo por la defensa.**

La audiencia pública (arts. 403 y ss. del C. de P.P.), es el escenario natural de la prueba. En la etapa del sumario o instrucción, donde una parte

[6] Normas del Código derogado, en el nuevo Código artículos 403 y siguientes.

El ejemplo elaborado lo hemos hecho con base en la providencia de junio 25 de 1998. Mag. Pon. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Tomado *de Jurisprudencia penal,* primer semestre de 1998, Editora Jurídica de Colombia, pág. 619.

(seguramente futura) es la que practica las pruebas y se las encostra a la otra, no se puede hablar propiamente de prueba. Ideológicamente debemos llamar prueba la que se práctica frente a un imparcial y teniendo una participación dialéctica los sujetos procesales. El testimonio de la señora X debió recibirse en la audiencia, la defensa pudo insistir en su citación, además pudo haber solicitado pruebas para desacreditar el testimonio.

El testimonio de la señora X resulta toral para la investigación porque presenció los hechos y pudo identificar al "herido mortal". Como no compareció, la defensa, como ya se dijo, pudo perfectamente, a pesar de aceptarse el traslado de la prueba, insistir en la citación, etc.[1].

Todavía hoy, las gentes y los propios operadores de la justicia no se han acostumbrado a manejar la audiencia pública como el escenario natural para que se practiquen y puedan ser controvertidas las pruebas.

En resumen: cuando se traslada una prueba se deben tener en cuenta los siguientes aspectos:

1. Que la prueba que se ordena trasladar sea conducente y pertinente y que las piezas trasladadas además sean necesarias, las actuaciones penales deben ser lo más expeditas posibles.

2. Las pruebas se deben trasladar con copias auténticas o tomadas en diligencia de inspección, con lo cual se logra la autenticidad. Este es el mejor método de trasladar pruebas. No es viable jurídicamente que la autoridad que hace la inspección se niegue a trasladar una pieza probatoria porque la considere inexistente, eso lo debe hacer en el momento de valorar la prueba, la inspección no es para eso, su objeto es otro.

3. No se deben trasladar pruebas, cuando en la respectiva actuación y por la autoridad del conocimiento se ha declarado su nulidad, o se han considerado ineficaces.

4. Se debe permitir en el proceso donde se hace el traslado, ejercer con amplitud y gran despliegue el conocimiento y contradicción de la prueba.

[1] La Corte ha dicho que no es el contrainterrogatorio la única manera de controvertir el testimonio y en efecto ha afirmado "... pues si bien es una de las maneras de ejercer la contradicción de la prueba, existen muchas otras, como aportar elementos de juicio que desvirtúen su valor, cuestionar su validez legal, debatir su mérito, etc.". Sentencia de Casación. Mayo 27 de 1999. Radicación 10.725. Mag. Pon. Dr. Ricardo Calvete Rangel. *Jurisprudencia y Doctrina,* Revista Legis, julio de 1999, tomo XXVIII, 331, pág. 1.199.

5. Se debe ejercer la pedagogía de entender que las pruebas pueden ser trasladadas en la audiencia pública, y que ésta tiene todos los presupuestos para permitir con larguesa el ejercicio del derecho de contradicción.

2. LA PRUEBA TRASLADADA EN MATERIA CIVIL

Regla el artículo 185 del C. de P.C.: **"Prueba trasladada.** Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciadas sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella"'.

Hay que tener en cuenta:

1. Si la prueba es trasladada de un proceso donde coinciden las partes, por ejemplo, se traslada un testimonio rendido por J, dentro de un proceso adelantado por X contra Y, a otro proceso adelantado por X contra Y; el testimonio se apreciará de conformidad con las reglas de la sana crítica y lo mismo con cualquier otro medio probatorio, porque se ha cumplido plenamente el derecho de contradicción.

2. Si las partes no coinciden, habrá que tener en cuenta:

2.1. Si coinciden parcialmente, por ejemplo, se traslada el testimonio rendido por J, en un proceso entre X y Y, a otro adelantado por N contra Y, a petición de N, como existió contradicción de Y, se apreciará ese testimonio de conformidad con las reglas de la sana crítica; la misma solución para cualquier otro medio probatorio.

2.2. Si se traslada la prueba a un proceso entre partes completamente o parcialmente distintas, se debe tener en cuenta la clase de prueba, ya que si se

El Código Procesal Civil del Perú regla en su artículo 198: "Eficacia de la prueba en otro proceso. Las pruebas obtenidas válidamente In un proceso tienen eficacia en otro. Para ello, deberán constar en copia certificada por el auxiliar jurisdiccional respectivo y haber sido actuadas con conocimiento de la parte contra quien se invocan. Puede prescindirse de este último requisito por decisión motivada del juez".

El artículo 135 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica establece: "Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro y tendrán eficiencia similar a la que tendrían de haber sido diligenciadas en este último proceso, siempre que en el primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella".

trata por ejemplo de testimonio, se debe aplicar el numeral 1 del art. 229 del C. de P. C., es decir que se hará la ratificación (para la ratificación se repetirá el interrogatorio en la forma establecida para la recepción del testimonio en el mismo proceso, sin permitir que el testigo lea su declaración anterior).

Si se trata de prueba pericial, se debe observar que de conformidad con el art, 300 del C. de P.C., antes de la reforma de 1989, se valoraba como indicio. En efecto se decía: el **dictamen producido sin citación de la contraparte, tendrá el carácter de indicio.**

La valoración anterior no fue reproducida en la reforma, y como cuando se solicita el dictamen pericial en forma anticipada, siempre se hará con citación de la persona contra quien se pretende hacerlo valer, no tendremos dificultad, porque es suficiente trasladarlo sin más observaciones al proceso correspondiente. Lo que nos queda por resolver es el valor que se le da cuando se traslada a un proceso y se hace valer contra una persona que no fue parte en *el* anterior. Se puede argumentar que como no se puede practicar prueba pericial en forma anticipada sin citación de la persona contra quien se pretende hacer valer esa prueba (inciso 2 del art. 330 del C. de P.C.), tampoco se podría trasladar el dictamen pericial en las circunstancias anotadas. Este planteamiento no lo compartimos, porque una cosa es que una persona solicite anticipar una prueba pericial, y otra muy distinta que una parte se encuentre con un dictamen pericial ya practicado, en donde no fue parte la persona contra la cual lo quiere hacer valer, por eso consideramos que se puede trasladar y se valorará de conformidad con las reglas de la sana crítica, de ninguna manera como indicio (la prueba pericial tiene su propia naturaleza y como tal debe ser valorada). Ejemplo: Si los peritos han dicho que el bien, para esa época, valía ochenta millones de pesos, esa valoración de los peritos se tendrá en cuenta junto con las otras pruebas y si es del caso se puede practicar un nuevo dictamen pericial, y el trasladado servirá de soporte o de guía para interpretar o valorar en mejor forma el nuevo dictamen.

La inspección judicial, practicada sin audiencia de la persona contra la cual se hace valer, se valorará por el juez de acuerdo con los reglas de la sana crítica. Por ejemplo: se practicó una diligencia de inspección judicial en un proceso entre X y J, Se traslada a un proceso entre Z y W, a solicitud de Z, en esa inspección judicial consta que para la época en que se practicó, en el respectivo inmueble existía siembra de pasto, este hecho inspeccionado se valorará por el juez en conjunto con las otras pruebas, y le podrá servir para

interpretar los hechos inspeccionados en una diligencia más reciente. Con relación a los documentos, si obraron en un proceso y se exhibieron o hicieron valer contra el obligado, sin reclamo o cuando se tacharon y se declaró que eran auténticos, si se hacen valer contra esa persona ya no puede existir reclamo o tacha de falsedad. Ejemplo: en un proceso de A contra B, obra un determinado documento, que después se exhibe frente a B. Este no podrá tacharlo de falso. En cambio, si se tuvo como auténtico o se apreció un documento que proviene de una persona que no fue parte en el proceso, si se hace valer con posterioridad frente a esa persona ella podrá tacharlo de falso. Ejemplo: en un proceso entre A y B, se aporta un documento que proviene de C, por parte de A. En vista de que B no solicita su ratificación, el juez lo aprecia. El documento se podrá trasladar en un proceso que se adelante contra C, pero en ese caso C podrá tacharlo de falso.

3. LA RATIFICACIÓN DEL TESTIMONIO

Ratificar (del latín **ratus, confirmado;** y **fuere,** hacer). La acción de aprobar o confirmar actos, palabras o escritos dándolos por valederos y ciertos.

Probatoriamente y predicado de la prueba testimonial, significa volver a recibir el testimonio, y se da en cuatro eventos:

Dos previstos en el art. Z29 del C. de P.C. que regla: Sólo podran ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos:

"1. Cuando se hayan rendido en otro, sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan en el posterior.

"2. Cuando se hayan recibido fuera del proceso en los casos y con los requisitos previstos en los artículos 298 y 299.

"Se prescindirá de la ratificación cuando las partes lo soliciten de común acuerdo, mediante escrito autenticado como se dispone para la demanda o verbalmente en la audiencia, y el juez no la considera necesaria.

"Para la ratificación se repetirá el interrogatorio en la forma establecida para la recepción del testimonio en el mismo proceso, sin permitir que el testigo lea su declaración anterior".

Otro caso previsto en el numeral 2 del art. 10 de la Ley 446 de 1998, que regla: "Los documentos privados de contenido declarativo emanados de terceros, se apreciarán por el juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contraria solicite su ratificación".

No se torna la institución 'ratificar' en un sentido muy ortodoxo, por cuanto el testimonio propiamente hablando no ha sido rendido. El documento de contenido declarativo contiene una declaración rendida ante sí, por el exponente, cuando elabora el documento (elaborar en el sentido jurídico), por ello la ratificación apunta es a que rinda el testimonio si la contraparte de quien lo aporta solicita precisamente que se le reciba testimonio a ese tercero.

Existiría otro caso de ratificación de testimonio, cuando una parte confiesa, y esa confesión se traslada a otro proceso en que no es parte, en ese evento se transforma en testigo y debe ratificarse. Ejemplo: como se puede confesar el conocimiento que se tiene de hechos ajenos, podría suceder que X confiese saber que la venta entre A y B era simulada, puede ocurrir que después se traslade en un proceso entre B y D. La confesión de X será testimonio en el proceso entre las partes indicadas y es necesaria la ratificación.

No es posible la ratificación de la prueba indiciaria, pero sí la prueba testimonial, que sirve de sustento al indicio. Como el indicio es objeto de prueba, para que después sea medio probatorio, es posible que el hecho base se haya acreditado con testimonio y que se den los casos donde se requiere ratificar el testimonio, los cuales ya fueron indicados.

La prueba indiciaria, como es bien sabido, es la que resulta de los otros medios probatorios, por tanto no es posible peticionarla, pero sí, como ya se indicó, solicitar la ratificación de la prueba testimonial en los casos previstos, cuando el hecho indicador se ha demostrado con este medio probatorio.

No puede suplirse el traslado de la prueba con la relación y las conclusiones que sobre ellas aparezcan en las motivaciones de una sentencia.

Copiando en parte las enseñanzas del profesor Devis Echandía, se debe tener en cuenta que lo que se traslada es la pieza que contenga la prueba. No la relación, y ni siquiera la transcripción que haya podido hacer el funcionario de donde se traslada la prueba. Es un error muy común que muchas partes soliciten copia de la sentencia. donde se hace relación o se transcriben las piezas procesales, pretendiendo con tal proceder trasladar la prueba.

Las pruebas trasladadas no llevan el imperio de valoración que hizo el funcionario de donde se trasladan. El funcionario, que conoce del proceso a donde se trasladan es a quien le corresponde la valoración de la prueba. Este, inclusive, puede en un momento dado, no estimar la prueba trasladada, por considerarla nula de pleno derecho. Una prueba puede hacer ingresar

al torrente probatorio, en la valoración que hizo el juez, de donde proviene la prueba, un hecho indicador, pero para el juez que conoce del proceso donde se hizo el traslado, puede no serlo, por muchas razones que no es el momento de explicitar.

4. LA DECLARATORIA DE NULIDAD Y LA AFECTACIÓN DE LA PRUEBA

Regla el artículo 146 del Código de Procedimiento Civil: **"Efectos de la nulidad declarada.** La nulidad sólo comprenderá la actuación posterior al motivo que la produjo y que resulte afectada por éste. **Sin embargo, la prueba practicada dentro de dicha actuación conservará su validez y tendrá eficacia respecto a quienes tuvieron oportunidad de contradecirla". (Las** negrillas son nuestras).

"El auto que declare la nulidad indicará la actuación que debe renovarse, y condenará en costas a la parte que dio lugar a ella".

Para saber si la prueba no tiene validez en un proceso anulado, hay que apreciar la prueba como objeto. Si se llega a la conclusión que con relación a la ritualidad inherente a la prueba se cumplió; ocurre lo mismo que con el derecho de contradicción: debida notificación, representación y notificación o emplazamiento, la prueba mantiene su validez, en caso contrario la prueba es nula.

Ejemplo: Si un mayor de 18 años es representado por el padre y se declara la nulidad del proceso, la prueba será nula, porque existió indebida representación. Si se declaró la nulidad del proceso por pertenecer el asunto a otra jurisdicción, pero se cumplió con los requisitos de la prueba tanto extrínsecos como intrínsecos, la prueba mantiene su validez.

5. PRUEBAS TRASLADADAS DE LA JURISDICCIÓN PENAL A LA CIVIL

En materia civil, para poder estimar las pruebas que provienen de la jurisdicción penal, es fundamental tener- en cuenta si se cumplió con el principio de contradicción. En el evento de que ello no haya sucedido, hay que cumplir con ese requisito y tener en cuenta la naturaleza de la prueba.

Si se trata de prueba testimonial, recibida en la investigación previa, ejemplo: se le recibió el testimonio a X durante la investigación previa, es decir antes de existir los supuestos del artículo 333 del C. de P.P., para vincular a J. Si se traslada la prueba a un proceso que se le adelanta por responsabilidad

civil a J, hay que ratificar el testimonio de X. La **reserva de las diligencias** (tanto en la investigación previa, art, 323, como en la reserva de la instrucción, art. 330) no le quita validez a la prueba, ni la hace ilícita, es una responsabilidad personal que soporta quien la violó.

No importa el estado en que se encuentre la actuación en el penal si se traslada la prueba testimonial de un proceso penal a un proceso civil, donde figuran personas que no son sujetos procesales en la actuación penal; hay que permitirles ejercer el derecho de contradicción a estas últimas, mediante la ratificación. Ejemplo: Un conductor atropella a una persona. Se adelanta la actuación penal contra el conductor K, se le recibe testimonio a Z, después se traslada ese testimonio a un proceso civil que se adelanta contra la empresa transportadora y el dueño del vehículo; hay que ratificar el testimonio para que estos dos litisconsortes pasivos voluntarios puedan ejercer el derecho de contradicción, todo dentro de los presupuestos del artículo 229 del C. de P.C.

Con relación a los demás medios probatorios, las explicaciones que se hicieron con anterioridad, cuando se traslada una prueba de un proceso a otro son pertinentes.

Capítulo VIII

SISTEMAS FUNDAMENTALES EN LA ACTIVIDAD PROBATORIA

1. SISTEMAS DISPOSITIVO E INQUISITIVO

El proceso civil colombiano está regido por el principio dispositivo en el aspecto estrictamente procesal, es decir, debe existir demanda de parte, congruencia en la decisión del juez y facultad de las partes para disponer del derecho en litigio, en los casos en que esto sea posible; en el campo probatorio el juez tiene facultades inquisitivas y debe decretar pruebas de oficio a fin de averiguar la verdad de los hechos objeto del proceso.

Como aplicación del sistema inquisitivo en materia probatoria, tenemos:

1. El numeral 4° del artículo 37 del C. de P.C. consagra como un poder-deber[1] del juez el decretar pruebas de oficio, es decir, que siempre que lo considere conveniente para verificar los hechos alegados por las partes, y para evitar nulidades y providencias inhibitorias, debe decretarlas. Pero al ser titulado, el artículo referido con la expresión "deberes del juez", éste tiene la obligación de hacerlo para saber cuál es la verdad real sobre los hechos controvertidos y así responder a la sociedad como consecuencia del principio de la publicidad de la prueba y del interés público y social que cumple ésta. Es innegable que existen personas, dentro del conglomerado social, que saben cuál es la realidad de los hechos que se debaten en un proceso determinado y que se sentirán seguras o alarmadas, según que la sentencia corresponda o no a la realidad; de ahí por qué esta facultad es una obligación que debe cumplirse para con la sociedad en general, con el Estado y, fundamentalmente, para el buen prestigio de la función judicial.

[1] En este sentido, véanse las sentencias de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA de 7 de marzo de 1994, 7 de marzo de 1997, 11 de noviembre de 1999 y 16 de agosto de 2000.

2. Los artículos 179 y 180 del C. de P.C. desarrollan lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 37 del mismo estatuto, señalando las oportunidades para el decreto oficioso de pruebas y consagrando la posibilidad de que el funcionario lo haga con respecto a cualquiera; la única limitación que consagra es con relación al testimonio, ya que los nombres de los testigos deben aparecer mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes en el proceso.

3. Las partes no tienen derechos adquiridos sobre la verdad aparente, de tal manera que la investigación oficiosa por parte del juez no vulnera ningún derecho de éstas; por el contrario, cuando ejerce sus facultades inquisitivas da a entender, con ese comportamiento, que al Estado, al cual representa, solo le interesa edificar la sentencia con base en la verdad de los hechos. Las partes no tienen derecho sobre la seudo-verdad; aún más, podemos afirmar que, aún contra su querer, tienen derecho a que en el proceso se investigue la verdad.

4. El juez debe ser parcial en la búsqueda de la verdad y, con este proceder, se hace imparcial con las partes. El sofisma de distracción, esgrimido por muchos autores, de que con las facultades oficiosas del juez se rompe el principio de la imparcialidad, es fácilmente refutable, ya que sí el juez busca la verdad, obtiene la imparcialidad frente a las partes, cosa que no logra cuando, como una especie de títere, se mueve de acuerdo con la conveniencia o intereses de éstas.

5. Se protegen los intereses de terceros. Cuando un código está informado por el sistema dispositivo, las partes no tendrán ningún escrúpulo en emplear el mecanismo sutil del proceso para producir resultados fraudulentos en contra de terceras personas, ya que solo solicitarán las pruebas que les permitan demostrarle al juez una seudo-verdad; en cambio, cuando saben que éste puede decretarlas de oficio, utilizarán menos esa vía y el proceso cumplirá mejor sus fines.

6. No creemos que con una norma procesal se hagan iguales a quienes no lo son en la realidad, pero, por lo menos, con las facultades oficiosas del juez en materia dé pruebas, se logra que la desigualdad en el mundo del proceso sea menos notoria, que éste no se preste para el triunfo de quien tiene mejores medios para hacerse representar, y que por el contrario salga avante quien tiene la razón, aun cuando por su desigualdad real no haya podido hacerse a los servicios de un buen apoderado.

El sistema dispositivo, en el campo probatorio, significa que el funcionario sólo podrá decretar las pruebas que las partes le soliciten oportunamente, sin que pueda hacerlo oficiosamente. No parece ser este el juez que requiere la sociedad moderna; este sistema se ajusta mejor a los tiempos en que el proceso civil fue considerado un asunto privado y sin importancia para el funcionamiento general del Estado; se aviene a un Estado espectador. Por el contrario, el principio inquisitivo corresponde a un Estado intervencionista, con un órgano judicial consecuente y por consiguiente con un juez protagonista del proceso.

El artículo 54 del C. de P.L. preceptúa: "Además de las pruebas pedidas, el juez podrá ordenar a costa de una de las partes, o de ambas, según a quien o a quienes aproveche, la práctica de todas aquellas que a su juicio sean indispensables para el completo esclarecimiento de los hechos controvertidos".

En relación con este artículo, resulta importante señalar que constituye el ingreso de las pruebas de oficio en el ordenamiento jurídico colombiano. La consagración del principio inquisitivo en materia de pruebas obedece a la influencia del entonces recientemente expedido ***Códice de*** *Procedura* ***Civile Italiano*** de 1940 (al respecto véase la ponencia del importante proyecto de ley sobre "Código Procesal del Trabajo" elaborado por el Dr. Juan Francisco Mújica, publicado en los Anales del Congreso del 1° de octubre de 1945 - Cámara).

En lo penal, fundamentalmente en el artículo 234 del C. de P.P., se concreta todo lo referente a este principio con suma claridad cuando dice: "IMPARCIALIDAD DEL FUNCIONARIO EN LA BÚSQUEDA DE LA PRUEBA. El funcionario judicial buscará la determinación de la verdad real. Para ello debe averiguar, con igual celo, las circunstancias que demuestren la existencia del hecho punible, agraven o atenúen la responsabilidad del imputado, y las que tienden a demostrar su inexistencia o lo eximan de ella" (arts. 20 y 401 del C. de P.P.).

"Durante el juzgamiento, la carga de la prueba del hecho punible y de la responsabilidad del procesado corresponde a la fiscalía. El juez podrá decretar pruebas de oficio".

El C.P.M., en el artículo 469, regula lo siguiente: **"Investigación integral.** El funcionario de instrucción debe investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que establezcan y agraven la responsabilidad del procesado, sino también las que lo eximan de ella o la extingan o atenúen".

En realidad (con la aclaración de que para nosotros la justicia penal militar sólo debe aplicarse en los casos de delitos típicamente militares y cometidos por los miembros activos adscritos a los estamentos armados) los artículos que se refieren al decreto oficioso de pruebas por parte del juez, están bien concebidos e inspirados. Sin embargo, los asesores jurídicos de los jueces de instancia (los llamados auditores de guerra) no entienden, las más de las veces, cuáles son sus funciones, limitándose a presumir la culpabilidad, en clara y abierta violación de ese principio, patrimonio del mundo civilizado, de la presunción de inocencia.

Se hace nugatorio, de este modo, el objeto del proceso, como es el establecimiento de la verdad.

El Código Contencioso Administrativo en el artículo 169 (modificado por el Decreto-Ley 2304 de 1989) preceptúa: **"Pruebas de oficio.** En cualquiera de las instancias el ponente podrá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad. Se deberán decretar y practicar conjuntamente con las pedidas por las partes: Pero, si éstas no las solicitan, el ponente sólo podrá decretarlas al vencimiento del término de fijación en lista.

"Además, en la oportunidad procesal de decidir, la sala, sección o subsección también podrá disponer que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o dudosos de la contienda. Para practicarlas deberá señalar un término de hasta diez (10) días, descontada la distancia, mediante auto contra el cual no procede ningún recurso".

> En ciertas pruebas, en el derecho canónico, rige el principio inquisitivo; por ejemplo, en el canon 1530 se lee: "Para mejor descubrir la verdad, el juez puede interrogar a las partes, en cualquier momento, e incluso debe hacerlo a instancia de parte o para probar un hecho que interesa públicamente dejar fuera de toda duda".

2. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES REFERIDOS A LAS PRUEBAS DE OFICIO EN MATERIA CIVIL

Numerosas providencias proferidas por la Sala Civil de nuestra Corte Suprema de Justicia evidencian la notable labor que ésta ha cumplido en orden a hacer efectivas las facultades oficiosas excepcionales otorgadas al juez por los artículos 179 y 180 del C. de P.C., razón por la cual se exponen aquí la totalidad de los criterios adoptados por la misma:

El juez puede oficiosamente ordenar la práctica de las pruebas que las partes pidieron extemporáneamente o sin llenar los requisitos exigidos por ley para su decreto. (Sentencia de 12 de febrero de 1977. Reiterado en sentencia de 9 de mayo de 1983).

> "Y como ahora en el proceso se ejercita una actividad pública y no meramente privada, en su magisterio de encontrar la verdad verdadera, para que el derecho se realice cabalmente puede el juez decretar pruebas de oficio y entre éstas ordenar la práctica no solo de las que a él exclusivamente se le ocurran, sino también de las que las partes pidieron extemporáneamente o las que solicitaron sin llenar los requisitos exigidos por la ley para su decreto en las oportunidades que el procedimiento indica"[2].

Y en el año de 1983, la Corte sostuvo:

> "Con manifiesta impericia o increíble descuido, el abogado de la parte actora, en la demanda que dio origen al proceso, se limitó a pedir que se tuviera como prueba del dominio un certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos de Guaduas referente a la finca objeto de la reivindicación. De ahí el fallo adverso que recibió en la primera instancia, aunque el juez ha debido suplir esa omisión decretando de oficio la prueba pertinente.
>
> Ese mismo abogado, cuando el proceso llegó al Tribunal en apelación de la sentencia de primer grado, acaso ha podido solicitar las pruebas del dominio echadas de menos por el juez invocando el numeral 4 ^{0} del artículo 361 del Código de Procedimiento Civil. Lejos de hacerlo, presentó extemporáneamente un escrito solicitando que oficiosamente se tuviera como prueba del derecho en cuestión tres fotocopias autenticadas de unas escrituras atinentes al predio materia del. proceso.
>
> Si bien es cierto que el Tribunal, por tratarse de un escrito extemporáneo no estaba obligado a tenerlo en cuenta, sin embargo, incurrió en la misma omisión del juez de primera instancia, pues se abstuvo de decretar esas pruebas de oficio, facultad que como lo ha dicho la Corte es más exactamente un deber"[2].

Las limitaciones consagradas en el artículo 361 del C. de P.C., en el trámite de apelación de una sentencia, se refieren únicamente a las partes. El precepto no es limitativo de la amplia potestad que el artículo 180 le otorga al juez. (Sentencia de 12 de febrero de 1977. Reiterado en sentencias de 26 de octubre de 1988, 7 de marzo de 1997, 8 de noviembre de 2000).

[2] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 12 de febrero de 1977. Mag. Pon. Dr. Germán Giraldo Zuluaga.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 9 de mayo de 1983. Mag. Pon. De. José María Esguerra Samper.

"En verdad corno lo afirma el recurrente, que de conformidad con lo establecido en el artículo 361 del Código de Procedimiento Civil, en el trámite de la apelación de una sentencia, solo les es posible **a las partes,** pedir la práctica de pruebas en los cinco casos contemplados en esta norma.

Adviértese al rompe que las limitaciones consagradas en el canon citado se . refieren únicamente **a las partes,** como claramente se dice en el primer inciso. El precepto no es limitativo de la amplia potestad que, según el artículo 180 del Código de Procedimiento Civil, tiene el juez o el Tribunal del conocimiento para decretar pruebas de oficio no solo en los términos probatorios de las instancias y de los incidentes, sino "posteriormente, antes de fallar".

Frente al ordenamiento procesal que gobierna hoy la facultad de deducir pruebas, esta no es de iniciativa exclusiva de las partes. Hoy el juez tiene la misma iniciativa y más amplia, pues las limitaciones que la ley impone a las partes en el punto, no lo cobijan a él, puesto que su actividad no está guiada por un interés privado corno el de los contendientes, sino por uno público, de abolengo superior, cual es la realización de la justicia, uno de los fines esenciales del Estado moderno"[4].

La sentencia cuyo aparte transcribimos, fue proferida por la Corte con ocasión de un proceso ordinario promovido con el fin de que se declare resuelto el contrato de permuta celebrado entre las partes, y se condene al demandado al pago de los perjuicios consecuencia del incumplimiento. En ella la Corte resuelve un recurso de casación en el que se acusa el fallo del Tribunal de violar los artículos 200, 264, 279 y 361 del C. de P.C. y 1546, 1602, 1603, 1608 y 1956 del C.C., como consecuencia de errores de derecho cometidos en la apreciación de las pruebas, en lo que respecta a su aducción, decreto y práctica en la segunda instancia. Considera el recurrente que el Tribunal se equivocó al apreciar el interrogatorio del demandante, dado que tal prueba fue practicada e incorporada sin observancia de los requisitos exigidos en el artículo 361 del C. de P.C., todo en una forma de "subsanarle al demandado su desidia". Cargo con ocasión del cual sostuvo la Corte:

"Pues bien, el yerro de derecho que se endilga tendría ocurrencia si las precitadas pruebas las hubiere decretado y practicado el *ad-quem* a instancia de la parte demandada. Sin embargo, como esos medios de convicción se allegaron al proceso por virtud del principio inquisitivo, el derrumbamiento de la sentencia por dicho aspecto no puede abrirse paso. En efecto, el Tribunal decretó "de oficio" la práctica de las susodichas pruebas "... de acuerdo a lo dispuesto en los arts. 179 y 180 del C. de P.C.", precepto este último que autoriza al juez decretar "pruebas de

[4] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 12 de febrero de 1977. Mag. Pon. Dr. Germán Giraldo Zuluaga.

oficio, en los términos probatorios de las instancias y de los incidentes y posteriormente, antes de fallar", lo cual significa que el funcionario *ad-quem* no está limitado para decretar y evacuar pruebas por el art. 361 ***ejusdem,*** amén de que, como consta en autos, el interrogatorio del demandante no se pudo evacuar en la primera instancia no porque el solicitante de la prueba no hubiere comparecido a interrogar, sino porque "... el personal de la secretaría se encuentra atendiendo al visitador de la Procuraduría General de la

Decretar pruebas de oficio, es más que una facultad un deber. (Sentencia de 12 de febrero de 1977, Reiterado en sentencias de 9 de mayo de 1983, 26 de octubre de 1988, 12 de septiembre de 1994, 4 de marzo de 1998, 24 de noviembre de 1999).

"Y no solo está facultado el juez de segunda instancia para decretar pruebas de oficio antes de fallar, sino que ese es su deber (art. 37 C. de P.C.)"[6].

En 1983 sostuvo la Corte:

"Si bien es cierto que el Tribunal, por tratarse de un escrito extemporáneo no estaba obligado a tenerlo en cuenta, sin embargo, incurrió en la misma omisión del juez de primera instancia, pues se abstuvo de decretar esas pruebas de oficio, facultad que como lo ha dicho la Corte es más exactamente un deber"[7].

"En un trascendental viraje en materia de derecho probatorio, el actual estatuto procedimental se despojó del principio dispositivo y acogió el inquisitivo, fundado en la lógica y obvia razón de que a pesar de que en el común de los procesos se controvierten intereses privados, la justicia no puede volverle la espalda al establecimiento de la verdad material enfrente de los intereses en pugna, asumiendo una posición eminentemente pasiva, si encuentra que decretando pruebas de oficio puede a la postre mediante ellas verificar los hechos alegados por las partes y lograr que en definitiva brille la verdad y, por tanto, se imponga la justicia. Fundado en este criterio, no es facultativo del juzgador decretar pruebas de oficio, sino que en toda ocasión, en la debida oportunidad legal, en que los hechos alegados por las partes requieren ser demostrados, así la parte que los alega hubiese sido desidiosa en esa labor, es un deber del juzgador utilizar los poderes oficiosos que le concede la ley en materia de pruebas, pues es éste el verdadero sentido y alcance que exteriorizan los artículos 37-4, 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil',

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil. Sentencia de 7 de marzo de 1997. Mag. Pon. Dr. José Fernando Ramírez Gómez.

6 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de 12 de febrero de 1977. Mag. Pon. Dr. Germán Giraldo Zuluaga.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 9 de mayo de 1983. Mag. Pon. Dr. José María Esguerra Samper.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de octubre 26 de 1988. Mag. Pon. Dr. Alberto Ospina Botero.

En caso de que exista duda sobre si un testigo presenció realmente los hechos materia de su deposición, o si, por el contrario, se trata de un testigo de oídas, es necesario que los jueces, antes de fallar, ordenen la comparecencia del testigo para exigirle que exponga la razón de la ciencia de su dicho. (Sentencia de 24 de febrero de 1977).

> "En casos como el presente en que los testigos deponen con propiedad sobre los hechos fundamentales de la demanda, pero omitiendo precisar la época de su ocurrencia, el lugar en que acaecieron o el modo de suceder, brota con vigor la necesidad de que los jueces, antes de fallar, ordenen la comparecencia del testigo para exigirle que exponga la razón de la ciencia de su dicho, con lo cual se establecerá si en verdad presenció los hechos materia de su deposición o si, por el contrario, no fue presencial de los mismos. De esta manera quedaría borrada definitivamente la perplejidad que, en caso contrario, seguiría gravitando en torno a si el testigo conocía personalmente los hechos investigados o si era simplemente un testigo de oídas'".

E! juez debe decretar de oficio todas las pruebas que estime necesarias, siempre que ellas sean pertinentes y eficaces, y que no sean superfluas o prohibidas por la ley. (Sentencia de 27 de abril de 1981).

> "De esta suerte el juzgador no solo está autorizado sino que tiene el deber de decretar oficiosamente todas las pruebas que estime necesarias para esclarecer la verdad de los hechos que se debaten en un proceso, en cuanto ellas cumplan con los requisitos que establece el artículo 178, vale decir que sean pertinentes y eficaces, y que no tengan el carácter de superfluas o de prohibidas por la ley"[10].

El juzgador puede decretar pruebas de oficio cuantas veces lo considere necesario, puesto que la ley no establece que pueda hacerlo una sola o única ocasión antes *del* proferimiento *del* fallo. (Sentencia de 27 de abril *de* 198L Reiterado en sentencias de 26 de octubre de 1988, 26 de abril de 1989).

> "f) Contra lo que observa el impugnante, la ley no prohibe que el. juez pueda señalar más de un término probatorio adicional para la práctica de pruebas que decrete de oficio. El Código de Procedimiento Civil, en materia probatoria estableció un sistema predominantemente inquisitivo, al contrario de lo que ocurría en el Código Judicial anterior. De esta suerte el juzgador no solo está autorizado sino que tiene el deber de decretar oficiosamente todas las pruebas que estime necesarias para esclarecer la verdad de los hechos que se debaten en un proceso,

[9] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 24 de febrero de 1977. Mag. Pon. Dr. Germán Giraldo Zuluaga.

[10] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia, abril 27 de 1981, pronunciada en el proceso ordinario de Alvaro Ruiz contra Josefa Olaya y otros. Mag. Pon. Dr. Jose María Esguerra Samper.

en cuanto ellas cumplan con los requisitos que establece el artículo 178, vale decir que sean pertinentes y eficaces, y que no tengan el carácter de superfluas o de prohibidas por la ley. Por consiguiente, no constituyo error de derecho la circunstancia de que el juez de primer grado hubiera decretado oficiosamente la recepción de las declaraciones de Ana Iregui de Ángel e Isabel Iregui de Aldana, aunque anteriormente hubiera hecho uso de esa facultad".

Y en el año de 1988, en una sentencia constantemente citada por la jurisprudencia posterior, la Corte dijo:

"Entonces, según la jurisprudencia de la Corte, que tiene claro soporte en la ley, bien puede el juzgador decretar pruebas de oficio no solo en los términos probatorios de las instancias, sino posteriormente, por fuera de los mismos, antes de fallar, sin que el ordenamiento, para verificar la verdad, lo hubiera circunscrito a una sola o única ocasión antes del proferimiento del fallo'.

El juez debe decretar pruebas de oficio, siempre que los hechos alegados por las partes requieran ser demostrados, incluso si la parte que los alega hubiese sido desidiosa en esa labor. (Sentencia de 26 de octubre de 1988. Reiterado en sentencias de 7 de marzo de 1997, 24 de noviembre de 1999).

"No es facultativo del juzgador decretar pruebas de oficio, sino que en toda ocasión, en la debida oportunidad legal, en que los hechos alegados por las partes requieren ser demostrados, así la parte que los alega hubiese sido desidiosa en esa labor, es un deber del juzgador utilizar los poderes oficiosos que le concede la ley en materia de pruebas, pues es éste el verdadero sentido y alcance que exteriorizan los artículos 37-4, 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil"[13].

Y en 1997 sostuvo:

"Por supuesto que tratándose de un compromiso con el hallazgo de la verdad, puesto que el proceso judicial no se justifica sino en tanto sea un instrumento para su verificación, porque ésta en sí constituye un principio de justicia, los argumentos de desidia de las partes no pueden dar al traste con lo que en definitiva es un poder-deber del juez, quien, como bien se sabe, dejó de ser un espectador del proceso para convertirse en su gran director, y a su vez, promotor de decisiones justas"".

Sentencia de abril 27 de 1981-, pronunciada en el proceso ordinario de Alvaro Ruiz contra Josefa Olaya y otros. Mag. Pon. Dr. José María Esguerra Samper.

[12] Nótese cómo esta providencia, es referida constantemente por la jurisprudencia posterior, probablemente por ser una síntesis de todo el desarrollo precedente en torno a las pruebas de oficio.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de octubre 26 de 1988. Mag. Pon. Dr. Alberto Ospina Botero.

[1] Sentencia de 7 de marzo de 1997. Mag. Pon. Dr. José Fernando Ramírez Gómez.

Decretar pruebas de oficio es un poder-deber. (Sentencia de 7 de marzo de 1994, Reiterado en sentencias de 7 de marzo de 1997, 11 de noviembre de 1999, 16 de agosto de 2000).

"El juez, tanto el de primera como el de segunda instancia, se encuentra investido por la ley del poder-deber de decretar pruebas de oficio cuando "las considera útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes", según lo define el artículo 179 del C. de P.C."[15].

En 1997 sostuvo:

"... en definitiva es un poder-deber del juez, quien, como bien se sabe, dejó de ser un espectador del proceso para convertirse en su gran director, y a su vez, promotor de decisiones justas"[16].

Y en 1999 sostuvo:

"Así pues, la prudente estimación personal del juez sobre la conveniencia de decretar pruebas de oficio se enmarca en un deber —entendido como la necesidad de que ese sujeto pasivo de la norma procesal que es el juez ejecute la conducta que tal norma le impone—, y en un poder —entendido como la potestad, la facultad de instruir el proceso sin limitarse a ser un mero espectador—, ambos actuantes junto con el principio de la carga de la prueba y de la discrecionalidad judicial en la apreciación de la misma, para el proferimiento de una sentencia de mérito"[17].

Las restricciones que el ordenamiento señala en torno al decreto oficioso de pruebas, no deben interpretarse de manera extensiva. (Sentencia de 7 de marzo de 1994).

"Esa atribución (decreto oficioso de pruebas) es vertebral para la búsqueda de la verdad dentro del proceso. Sin embargo, ella no es absoluta como quiera que se encuentra sujeta a las restricciones señaladas en el propio ordenamiento, las cuales, oportuno resulta decirlo, no deben ser interpretadas de manera extensiva, pues tal cosa conduciría a constreñir de manera injustificada el ámbito propio del ejercicio de ese poder-deber"[18].

Frente a un dictamen pericial insuficiente, el juez no tiene que ordenar la ampliación, aclaración o adición del mismo, como paso previo al decreto de un nuevo dictamen, sino que puede a su arbitrio ordenar la ampliación, aclaración o adición, o en vez de ello, decretar la práctica de uno nuevo

15 Sentencia de 7 de marzo de 1994. Mag, Pon. Dr. Héctor Marín Naranjo.

16 Sentencia de 7 de marzo de 1997. Mag. Pon. Dr. José Fernando Ramírez Gómez.

17 Sentencia de 11 de noviembre de 1999. Mag. Pon. Dr. Jorge Santos Ballesteros.

18 Sentencia de 7 de marzo de 1994. Mag. Pon. Dr. Héctor Marín Naranjo.

con distintos peritos (si opta por lo primero y no le satisface lo expuesto por los peritos, puede ordenar la práctica de uno nuevo). (Sentencia de 7 de marzo de 1994).

> "El entendimiento racional *y* coherente de ambos preceptos lleva a decir que en frente de un dictamen insuficiente, al juzgador le es dable ordenar su ampliación, aclaración o adición, o, en vez de ello, decretar la práctica de uno nuevo con distintos peritos. Naturalmente, si opta por lo primero, tal cosa no excluye que si no lo satisface lo expuesto por los peritos, pueda luego tomar la determinación a la que se acaba de aludir"[19].

La omisión del decreto oficioso de pruebas, configura error de derecho y da lugar al recurso de casación si debido a ostensibles particularidades que circundan la litis, constatadas objetivamente y ajenas por lo demás a cualquier manipulación fraudulenta de las partes, el uso de aquellas facultades se torna ineludible pues lejos de mediar razón atendible alguna que lleve a estimar que es inoficioso o imposible desde el punto de vista legal, un proceder de tal naturaleza, omitido por el juez o tribunal, se muestra a las claras como factor necesario para evitar una decisión jurisdiccional absurda, imposible de conciliar con dictados elementales de justicia. (Sentencia de 12 de septiembre de 1994. Reiterado en sentencias de 4 de marzo de 1998, 11 de noviembre de 1999).

> "El deber de verificación judicial oficiosa del que viene hablándose en estas consideraciones, se halla consagrado efectivamente en normas de disciplina probatoria cuya infracción, por el cauce que señala el num. 1°, segundo inciso, del art. 368 del C. de P.C. y satisfechas desde luego todas las condiciones técnicas restantes de las cuales depende que una censura de esta clase pueda tener éxito (G.J., T. CXV, pág. 117), da lugar al recurso de casación si debido a ostensibles particularidades que circundan la litis, constatadas objetivamente y ajenas por lo demás a cualquier manipulación fraudulenta de las partes, el uso de aquellas facultades se torna ineludible pues lejos de mediar razón atendible alguna que lleve a estimar que es inoficioso o imposible desde el punto de vista legal, un proceder de tal naturaleza, omitido por el juez o tribunal, se muestra a las claras como factor necesario para evitar una decisión jurisdiccional absurda, imposible de conciliar con dictados elementales de justicia. Esto significa, entonces, que por fuera de esta reducida moldura y para los filies propios del recurso en cuestión, ante situaciones quemo tengan la entidad apuntada no puede configurarse yerro probatorio de derecho porque, en opinión del censor, era factible alguna forma de pesquisa oficiosa adicional conveniente a sus intereses"".

Sentencia de 7 de marzo de 1994. Mag. Pon. Dr. Héctor Marín Naranjo.

[20] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 4 de marzo de 1998. Mag. Pon. Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Exp. 4.921.

Si con posterioridad a la demanda sobreviene un hecho que de manera esencial y notoria altera o extingue la pretensión inicial, y se aduce o aporta, aunque sea inoportunamente, la prueba idónea de dicho hecho que no ha sido incorporada legalmente al proceso, el deber del juez de decretar de oficio tales pruebas se torna en ineludible. (Sentencia de 12 de septiembre de 1994).

"Sin embargo, cosa distinta acontece cuando quiera que en un proceso, como el sub-examine, con posterioridad a la presentación de la demanda, de una parte, sobrevenga un hecho que de manera esencial y notoria altere o extinga la pretensión inicial; y, de la otra, se aduzca o aporte, aunque sea inoportunamente, la prueba idónea de dicho hecho que no ha sido incorporada legalmente al proceso. Porque en tal evento las circunstancias objetivas, ajenas a toda negligencia o argucia de las partes, ponen de manifiesto ante el juez o magistrado la siguiente alternativa: la una consistente en adoptar decisión que, con prescindencia de la prueba irregularmente aportada, resultaría abiertamente contraria a la realidad que, de acuerdo con el hecho sobreviniente, muestra la pretensión al momento del fallo; y la otra, la de optar, previo decreto de oficio de la prueba con la correspondiente contradicción, por una decisión que puede resultar más ajustada a la nueva realidad probatoria de los hechos en que se funda la pretensión inicial. Si ello es así, corresponde al juez el deber ineludible de decretar de oficio dicha prueba para que, una vez incorporada y controvertida legalmente en el proceso, pueda proceder mediante su apreciación a adoptar una decisión conforme a la realidad probatoria de los hechos iniciales *y* sobrevinientes. Porque la atribución legal para decretar de oficio las pruebas, por las circunstancias objetivas y ostensibles que rodean el caso, imponen el deber ineludible de hacer uso de dicha atribución, pues no hay fundamento alguno para considerar inútil dicha prueba, ni para estimarla extraña a las alegaciones de las partes, sino, por el contrario, dicha prueba resulta necesaria para precaver una decisión absurda y contraria a la realidad.

Y ello precisamente se presenta cuando frente a una pretensión inicial de inexistencia de una escritura pública determinada fundada en la omisión de la firma notarial, le sobreviene durante el proceso, la alegación y prueba de la subsanación por orden del competente, de la firma del notario. Porque en dicho evento, al prescindirse de esta prueba (por no incorporarse legalmente) se arriesga el juzgador a adoptar una decisión relativa a la ausencia de firma del notario, cuando de acuerdo con la prueba aducida, se sugiere, a pesar de que aun no sea regular, que ella ya existe de acuerdo con el procedimiento posterior. Luego autorizar una decisión en este sentido no solo resulta absurda sino igualmente contraria a la realidad, porque sería permitir que se adopte una resolución sobre una prueba de una escritura que carece de la firma del notario, cuando por otra parte existe otra prueba de la misma escritura que muestra lo contrario, es decir, que sí tiene firma. De allí que la interpretación legal que autorice tal absurdo, que se consigue no decretando de oficio la referida prueba,

no deba estimarse como la más acertada. Luego esta última no ha de ser otra que la de asumir el deber ineludible de dictar el decreto de oficio de la prueba correspondiente, para proceder luego a la decisión pertinente'.

Para que se pueda enjuiciar por error de derecho, la sentencia por faltar al deber de decretar pruebas de oficio; hay que tener en cuenta: que **"el error de derecho parte de la presencia indiscutible de la probanza en autos.**

"Admitir que faltar al deber de decretar pruebas de oficio podría implicar un error de derecho, no constatando aún, itérase, el requisito de la existencia y la trascendencia de las mismas, no cuadra del todo con la filosofía del recurso de casación, pues el examen de la Corte no se haría ya propiamente de cara a la sentencia cuestionada —como con insistencia suele decirse—, con no mas elementos de prueba que los que trae el expediente, sino que la Corte, cual fallador de instancia, se entregaría indebidamente a acopiar otras que por lo pronto no están, renovando el aspecto probatorio del proceso. Memórese que la Corte puede sí decretar pruebas de oficio, pero no como tribunal de casación, sino como juzgador de instancia, cuando funge *(le* fallador para dictar sentencia que ha de reemplazar la que resultó quebrada. Principio que sale maltrecho cuando primero se casa para luego averiguar por la trascendencia de las pruebas.

Con arreglo a lo dicho, pues difícilmente puede darse en tales eventos un error de derecho.

Necesitaríase que las especiales circunstancias del pleito permitieran evadir los escollos preanotados, como cuando el respectivo medio de prueba obra de hecho en el expediente, pero el sentenciador pretexta que no es del caso considerarlo por razones que atañen, por ejemplo, a la aducción o incorporación de pruebas. Evento este que posibilitaría al fallador, precisamente porque la prueba está ante sus ojos, medir la trascendencia de ella en la resolución del juicio; y por ahí derecho podría achacársele la falta de acuciosidad en el deber de decretar pruebas oficiosas. Sería en verdad, una hipótesis excepcional, tal como lo advirtió la Corte en un caso específico". (Cas. Civil, *sep.* 12/94, exp. 4.293).

Queda, por tanto, en los anteriores términos, rectificada la doctrina de la Corte en el tema. (Sentencia de casación de 13 de abril de 2005. Expediente 1998-0056 de 2002. M.P. Manuel Isidro Ardila).

El hecho de que una prueba sea decretada de oficio, no le otorga atribución alguna al juez para obrar con discrecionalidad en su práctica, es decir, hacerla o no, sino que por el contrario, le incumbe un mayor deber en su ejecución debiendo entonces adoptar las medidas procesales

21 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de septiembre 12 de 1994, Mag. Pon. Dr. Pedro Lafont Pianetta. Exp. 4.293.

que estime indispensables para que todos los intervinientes conozcan de su existencia, tengan oportunidad para su práctica y para que exista modo de cumplimiento acelerado de ella. (Sentencia de 22 de mayo de 1998).

"Ahora, cuando el artículo 7° de la Ley 75 de 1968 dispone que en los procesos de investigación de paternidad o maternidad, "el juez a solicitud de parte o, cuando fuere el caso, por su propia iniciativa, decretará los exámenes y remisión de los resultados de la llamada prueba antropoheredo-biológica", no solo se establece para el juez el deber de decretarla, aun de oficio, por el interés público que representa la necesidad de establecer y garantizar el derecho de toda persona a saber quién es su padre o .madre, sino que también se le otorga la atribución de que su decisión se cumpla con la mayor celeridad en pro de la verificación de "los hechos alegados por las partes", pero eso sí evitando las "nulidades" (art. 37, nums. 1 y 4 C.P.C.). Luego, el hecho de que esta prueba sea decretada de oficio, como todas aquellas que tienen este carácter, no le otorga atribución alguna al juez para obrar con discrecionalidad en su práctica, es decir, hacerla o no, sino que, por el contrario, habiendo sido estimada corno necesaria, le incumbe un mayor deber en su ejecución, tanto más cuanto ello contribuye a la satisfacción del interés sustancial que encierra la pretensión de investigación de paternidad. De allí que corresponda al juez que decreta esta prueba, y con mayor razón a quien por encontrarla necesaria la dispone de oficio, adoptar las medidas procesales que estime indispensable, para que, de un lado, todos los intervinientes puedan conocer de su existencia y tener la oportunidad para su práctica, y, para que, del otro, exista oportunidad y modo de cumplimiento acelerado de ella. Por tal razón, se hace imperativo que en el decreto de la mencionada prueba, sea corno informe o dictamen pericial, se indique al Instituto de Bienestar Familiar, entidad o personas que han de practicarla, que no solamente tienen el deber de determinar el día, la hora, el lugar y las demás circunstancias que estimen necesarias para la práctica de la prueba, sino que también se hace indispensable que esta actuación preparatoria, sea dada a conocer a las partes y a los interesados por conducto del juez competente, mediante la comunicación o notificación del caso. Pues con ella, el juez por lo general, asegura anticipadamente, en primer lugar, el otorgamiento de la oportunidad para la práctica de los exámenes correspondientes; en segundo término, la posibilidad de establecimiento del cumplimiento o no del deber de colaboración que le asiste a las partes y a terceros en esta prueba; y, en tercer y último término, también le facilita al juez la verificación para los efectos legales de la comisión o incurrencia o no de la renuencia que con relación a ella pueda presentarse (arts. 243 y 242 C.P.C. y 7° de la Ley 75 de 1968)22.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 22 de mayo de 1998. Mag. Pon. Dr. Pedro Lafont Pianetta.

Se incurre en el vicio de nulidad contemplado en el numeral 6 del artículo 140 del C. de P.C. cuando se omite el período necesario para la práctica de la prueba decretada de oficio (arts. 243,242 C. de P.C. y 7' de la Ley 75 de 1968), que puede alegarse inmediatamente después de ocurrida en la actuación siguiente, o, en el evento en que tampoco haya existido esta oportunidad por haberse proferido ya sentencia de segunda instancia, en casación. (Sentencia de 22 de mayo de 1998).

"De allí que, si aun con las previsiones mencionadas, se omite el período necesario para la práctica de esa prueba decretada de oficio, como acontece en aquel evento en que no puede cumplirse su realización, porque nunca se fijó fecha, hora, lugar y demás circunstancias para su práctica, o porque, habiéndolo hecho el juez o el encargado de practicarla, tampoco se la dio a conocer a las partes e intervinientes en ella; se incurre entonces en el vicio de nulidad del proceso contemplado en el numeral 6° del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, que puede alegarse inmediatamente después de ocurrida en la actuación siguiente (art. 143, inc. 5° C.P.C.); pero en el evento en que tampoco haya existido esta oportunidad, por haberse proferido ya sentencia de segunda instancia, dicha irregularidad puede alegarse en casación[23].

Se incurre en la causal de nulidad prevista en el numeral 6 del artículo 140 del C. de P.C., cuando frente a un medio probatorio que el legislador ordena practicar, una de las partes obstruye, impide, dificulta, retarda o entorpece su recaudo, sin que el juzgador, frente a esa irregularidad, correlativamente adopte las medidas necesarias en orden a remover los respectivos obstáculos.

Al amparo de esta tesis, la nulidad a que se refiere el numeral 6 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, no solo comprende los casos de cercenamiento de los términos y oportunidades para pedir o practicar pruebas, propiamente dichos, lo mismo que los eventos en que el juez, pese a decretar una prueba de oficio o una dispuesta por la misma ley, omite fijar la fecha necesaria para su realización, o se abstiene de comunicarla en debida forma a las partes –como otrora lo estimara esta Sala—, sino también aquellos otros casos en que, frente a un medio probatorio que el legislador ordena practicar, una de las partes obstruye, impide; dificulta, retarda o entorpece su recaudo, sin que el juzgador, frente a esa irregularidad, correlativamente adopte las medidas necesarias en orden a remover los respectivos obstáculos. No en vano, se itera, el ordenamiento jurídico desestimula, ora directa o

[23] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 22 de mayo de 1998. Mag. Pon. Dr. Pedro Lafont Pianctta.

> indirectamente, que la declaratoria de paternidad o maternidad, según las circunstancias, dependa privativamente de la colaboración efectiva del pretenso padre o madre, quienes jamás pueden considerarse el amo o domunus de la prueba, menos en los tiempos que corren, signados por un mayor respeto. a los cardinales derechos relacionados con los menores de edad y, en general, con el estado civil de las personas".

Se configura error de derecho a consecuencia de no decretar pruebas de oficio cuanto la necesidad de decretar y practicar esa prueba es impuesta por la ley —como en los juicios de filiación respecto de la prueba antropoheredobiológica, o la inspección judicial en tratándose de procesos de pertenencia—, y cuando tal se impone objetivamente por la índole del proceso, es decir, se torna ineludible a efectos de evitar una sentencia absurda, imposible de conciliar con dictados elementales de justicia. (Sentencia de 22 de mayo de 1998. Reiterado en sentencias de 11 de noviembre de 1999, 5 de mayo de 2000, 16 de agosto de 2000, 7 de noviembre de 2000, 15 de febrero de 2001)e

> "Recogida en apretada síntesis la posición de la Corte en punto de la configuración del error de derecho cometido por el juzgador a consecuencia de no decretar pruebas de oficio, puede decirse que éste se presenta cuando la necesidad de decretar y practicar esa prueba es impuesta por la ley —como en los juicios de filiación respecto de la prueba antropoheredobiológica, o la inspección judicial en tratándose de procesos de pertenencia—, así como cuando la verificación oficiosa del juez se impone objetivamente por la índole del proceso, es decir, se torna ineludible a efectos de evitar una sentencia "absurda, imposible de conciliar con dictados elementales de justicia", como gráficamente enseña la Corte en providencia ya reproducida, y que concierne al asunto que aquí se dirime".

La contradicción entre el deber y el poder de decretar pruebas de oficio, y la consagración del principio de la carga de la prueba, es solo aparente, puesto que si bien la ley al lado del poder de decretar pruebas de oficio, le impone al fallador el deber de hacerlo; la "carga de la prueba" es una regla de juicio que debe aplicar el juez como sucedáneo ante la falta de pruebas o ante la existencia de un hecho incierto. (Sentencia de 11 de noviembre de 1999).

[24] Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. 28 de junio de 2005.

" Sentencia de 11 de noviembre de 1999. Mag. Pon. Dr. Jorge Santos Ballesteros.

"La contradicción entre el deber y el poder de decretar pruebas de oficio, por una parte, y la consagración del principio de la carga de la prueba, por otra, es sólo aparente. Porque, corno se expresó arriba, la mixtura del sistema procesal civil colombiano determina que el juez emplee sus poderes, dirija el proceso, busque la verdad y se acerque a lo justo, y en fin, no incurra en esa actitud pasiva de la que tanto se ha dolido la Corte y a que hacen alusión las jurisprudencias que cita el casacionista. Pero también corresponde a las partes invocar y probar los hechos que consideran apropiados al reconocimiento del derecho que persiguen, porque no debe perderse de vista que a pesar de otorgarle el Estado una importancia abstracta a las resultas del debate que las partes le han planteado, en consideración al fin suyo de asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (artículo 2° de la Constitución Política), no es menos cierto que esas partes, primeramente, son las más interesadas en la sentencia, como que ésta define sus pretensiones o excepciones.

"Entonces, si al lado del poder de decretar pruebas de oficio, la ley le impone al fallador el deber de hacerlo pero le señala el sendero que debe seguir ante la falta de pruebas, debe concluirse, en principio, que una violación, corno la que pretende ver el casacionista en el fallo impugnado, no puede darse. Porque es precisamente la ley la que ordena al fallador seguir la regla de derecho de la carga de la prueba. Porque es la Ley la que establece, tomando también en cuenta la discrecionalidad o soberanía del juez en la apreciación de las pruebas y la iniciativa oficiosa en la producción de las mismas, la conclusión a la que debe arribar por causa de la existencia de un hecho incierto en el proceso, vale decir, de un hecho cuya duda razonable le impide declarar lo pedido por la parte a cuyo cargo estaba demostrarlo[26].

El juez, ante la falta de pruebas, no debe aplicar sin más el principio de la carga de la prueba. (Sentencia de 11 de noviembre de 1999. Reiterado en sentencia de 16 de agosto de 2000).

Si bien es cierto que estos dos principios (carga de la prueba y decreto oficioso de pruebas) actúan en el proceso, es el juez, en su discreta autonomía, quien debe darle a cada uno la importancia concreta, el peso específico que debe tener uno de ellos en la resolución del debate. A pesar de este aserto, no podrá concluirse, como antaño solía hacerse, que ante la falta de pruebas se deba aplicar sin más el principio de la carga de la prueba, porque entonces de nada servirían las directrices normativas que el Código de Procedimiento Civil contempla en los artículos atrás mencionados, pero particularmente el 37 numeral 4°, normas todas enderezadas a lograr un fallo basado en verdades objetivas".

[26] Ibídem.

[27] Sentencia de 11 de noviembre de 1999. Mag. Pon. Dr. Jorge Santos Ballesteros.

La omisión del decreto oficioso de pruebas debe ser trascendente. No hay trascendencia del error y por consiguiente no es este basamento para el quiebre de la sentencia cuando a pesar de existir, no conduce al fallador a fallar el caso litigado en forma distinta a la que legalmente corresponde. (Sentencia de 11 de noviembre de 1999. Reiterado en sentencia de 16 de agosto de 2000, 7 de noviembre de 2000, 30 de enero de 2001).

> "El omitido deber de verificación oficiosa debe tornarse trascendente, esto es, el error del Tribunal al no decretar las pruebas de oficio debe repercutir o incidir en la resolución del conflicto al punto que si no se hubiese cometido tal yerro, el sentido del fallo hubiese sido otro. Dicho en otras palabras y en sentido contrario, no hay trascendencia del error y por consiguiente no es éste basamento para el quiebre de la sentencia, "cuando a pesar de existir, no conduce al juzgador a fallar el caso litigado en forma distinta a la que legalmente corresponde" (sentencia del 27 de febrero de 1978).
>
> (...)
>
> A pesar de esta falta de esfuerzo del Tribunal, el error de derecho que plantea el cargo debe ser, como se ha indicado líneas arriba, trascendente o, por mejor decir, tan determinante en el sentido de la sentencia, que sin su comisión otra habría sido la solución dada al caso. Y en las presentes diligencias, ni por asomo se da. Porque, pensar que de haber el Tribunal decretado las pruebas de oficio, inexorablemente habría concluido que el señor Marco Tulio López padecía para la época de los actos jurídicos atacados de nulos, de enfermedad mental que le impedía contratar por sí mismo, no deja de ser una simple conjetura, una hipótesis dentro de varias posibles. En consecuencia, esa omisión de decretar pruebas de oficio no configura un error de derecho trascendente. En otras palabras, no se destaca que ese fallo hubiese sido diferente de mediar la actividad oficiosa del Tribunal, con lo cual quiere la Corte resaltar que, aun en el evento de existir error de derecho, su intrascendencia sería tan notoria que no se podría, a priori, aducir de entrada que con el decreto oficioso de las pruebas indefectiblemente quedaba demostrada la incapacidad por demencia de Marco Tulio López Muñoz".

El carácter netamente dispositivo del proceso civil ha perdido vigencia dada la aparición de principios tales como el de la cooperación procesal, la adquisición de la prueba, el compromiso de los jueces con la verdad jurídica objetiva y el ejercicio responsable de la jurisdicción. (Sentencia de 24 de noviembre de 1999).

> "En suma, la visión que ofrece el recurrente de las pruebas del proceso civil, como impregnadas netamente del carácter dispositivo, tan apreciada en otros tiempos y en la cual quizá podrían encontrar asidero los argumentos

[2$] Sentencia de 11 de noviembre de 1999. Mag. Pon. Dr. Jorge Santos Ballesteros.

en que se apoyan los dos cargos formulados, ha perdido toda vigencia por fuerza de principios como los de la cooperación procesal, la adquisición de la prueba, el compromiso de los jueces con la verdad jurídica objetiva y el ejercicio responsable de la jurisdicción, principios todos estos de los que, según queda explicado, se desprenden motivos suficientes para rechazar los referidos cargos"".

El ejercicio de la acción reivindicatoria encierra explícita o implícitamente la afirmación de que el reivindicante ostenta un título válido para reclamar la posesión, por ende, el juez puede incorporar oficiosamente la prueba para destruir la presunción que ampara al poseedor, sin que por ello se rebase el foco litigioso. (Sentencia de 24 de noviembre de 1999).

Significa lo anterior que el ejercicio de la referida acción encierra necesariamente, explícita o implícitamente, junto con la afirmación de que el demandado es poseedor material de la cosa sobre la cual recae el derecho real de dominio del que el reivindicante es titular, aquella otra en el sentido de que éste ostenta un título válido para reclamar la posesión que le ha sido rehusada; y es precisamente esta circunstancia, que evidentemente pasan por alto los dos cargos en estudio, la que lleva a concluir que en esta clase de procesos, ese mejor derecho a poseer derivado de la propiedad, llamado por los romanistas "jus possidendi" para diferenciarlo del "jus possessionis", entendido como el conjunto de ventajas que resultan del simple hecho de la posesión material autónoma y separada de la propiedad, siempre se halla implícito en la dialéctica que en defensa de sus intereses hace valer quien demanda a otro en reivindicación.

Luego si con el fin de verificar la existencia del señalado derecho, en busca por lo tanto de la verdad y en procura de otorgar efectiva y justa tutela jurídica a los intereses en conflicto, *y* acatando las exigencias de principio sobre el particular consagradas en el Art. 37 numeral 4^0 del Código de Procedimiento Civil leído hoy en concordancia con el Art. 1° de la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia), los órganos jurisdiccionales de instancia, del modo y con el alcance que en la especie en estudio ocurrió, hacen uso, ex officio iudicis, de la autoridad e iniciativa probatoria que les otorga la ley, con semejante proceder no se modifica la relación controvertida tal y como ella se delimita en la pretensión reivindicatoria y en la resistencia que a ésta opone el poseedor demandado, en cuanto hace a la causa y al objeto que la identifican.

Antes bien, providencias de la especie de las que critica la acusación, lejos de rebasar arbitrariamente el foco litigioso y de introducir nuevas fuentes de prueba con desprecio del ámbito concreto que demarca la demanda y su contestación, lo que se proponen, con laudable espíritu de activa dirección del proceso, no es

[29] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 24 de noviembre de 1999. Mag. Pon. Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno. Exp. 5.339.

otra cosa que incorporar, por el medio instrumental adecuado, las que se revelan existentes en actuaciones de las mismas partes y que son relevantes para la composición final del litigio, con el fin de hacer prevalecer la verdad jurídica objetiva y de evitar que el dicho proceso termine desarrollándose como un mero juego formal librado a la habilidad o maña de los contendientes.

3. En consecuencia, la decisión del juez a quo por la cual, de oficio (C. 1, folio 82), solicitó a la parte actora que aportara "al proceso copia auténtica junto con la reproducción de sello de registro de los siguientes títulos escriturarios: No. 363 del 28 de octubre de 1938 Notaría Única de Ventaquemada; No. 312 del 5 de octubre de 1972 Notaría Única de Turmequé y 322 del 3 de mayo de 1965 Notaría de Turmequé", halla sólido respaldo en el artículo 179 del Código de Procedimiento Civil que otorga a los jueces de instancia la facultad-deber de decretar pruebas de oficio cuando las considera indispensables para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes; disposición que, valga reiterarlo, se funda en la "lógica y obvia razón de que a pesar de que en el común de los procesos se controvierten intereses privados, la justicia no puede volverle la espalda al establecimiento de la verdad material enfrente de los intereses en pugna, asumiendo una posición eminentemente pasiva, si encuentra que decretando pruebas de oficio puede a la postre mediante ellas verificar los hechos alegados por las partes y lograr que en definitiva brille la verdad y, por tanto, se imponga la justicia. Fundado en este criterio, no es facultativo del juzgador decretar pruebas de oficio, sino que en toda ocasión, en la debida oportunidad legal, en que los hechos alegados por las partes requieren ser demostrados, así la parte que los alega hubiese sido desidiosa en esa labor, es un deber del juzgador utilizar los poderes oficiosos que le concede la ley en materia de pruebas, pues es éste el verdadero sentido y alcance que exteriorizan los artículos 37-4, 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil" (G.J. T. CXCII, pág. 233)[30].

Las autoridades jurisdiccionales deben hacer uso de la posibilidad de decretar pruebas de oficio a fin de lograr la comprobación de los supuestos fácticos del proceso, obedeciendo así el mandato constitucional por virtud del cual debe buscarse la prevalencia del derecho sustancial (art. 228) (Sentencia de 10 de diciembre de 1999).

"No obstante lo anterior, al margen de las consideraciones jurídicas ya anotadas –inmersas en la argumentación inherente al recurso extraordinario de casación–, encuentra la Corte que frente a la situación probatoria del proceso oportunamente descrita, la labor del juez –predicable del Tribunal en el caso concreto– no puede contraerse, como en veces desventuradamente acontece, a una actitud pasiva o de mero espectador, así su actuación, 'prima facie', esté

[30] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 24 de noviembre de 1999. Mag. Pon. Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno. Exp. 5.339.

formalmente en consonancia con lo dispuesto por una determinada norma. No, de conformidad con las disposiciones legales (arts. 2, 37, 38 y 179 del C.P.C., entre varias), aunadas al mandato constitucional por virtud del cual debe buscarse la prevalencia del derecho sustancial (art. 228 C.P.), las autoridades jurisdiccionales deben en cada caso y de acuerdo con las circunstancias pertinentes, hacer uso de las facultades consagradas por el Código de Procedimiento Civil —y demás disposiciones concordantes y aplicables— para lograr, no solo el impulso del proceso sino la comprobación de los supuestos fácticos dentro del mismo, para lo cual gozan, entre otras alternativas, de la posibilidad de decretar pruebas de oficio"[31].

El juzgador de instancia no incurre en irregularidad alguna cuando no se atiene a las pruebas ya practicadas sino que juzga pertinente decretar oficiosamente otras diferentes, así el resultado de estas sea contrario al de aquellas. (Sentencia de 21 de enero de 2000).

En la sentencia cuyo aparte transcribimos a continuación, la Corte resuelve el recurso de casación interpuesto por la parte demandada, contra el fallo proferido por el Tribunal en proceso de declaración de pertenencia. El recurrente acusa el fallo de violación indirecta del artículo 946 del C.C., a consecuencia de error de hecho manifiesto en la "apreciación de la prueba", y manifiesta que con las pruebas practicadas en primera instancia se concluía que "no era posible la identificación" del inmueble sobre el cual el actor alega dominio y dentro de cuyos confines se encontraba comprendido el lote del cual se pide la restitución. Precisa que no se discute la pertinencia del decreto de dicha prueba oficiosa, sino que se "pone de presente el ánimo de probar en contrario de lo ya demostrado", pues el sentenciador no consideró "la inspección judicial practicada por la Sala pero tampoco la realizada por el señor juez de primera instancia y la peritación de primera instancia, pruebas todas que, en forma palmar por lo demás, proclamaban la falta de identificación del inmueble". Con ocasión del cargo aquí resumido la Corte sostuvo:

"Todo parece entonces indicar que lo que es materia de acusación como error de hecho en el cargo, consiste en que existiendo pruebas en el proceso sobre la falta de identidad entre los predios ya aludida (inspección judicial *y* dictamen pericial de primera instancia), el Tribunal no tenía porqué decretar prueba oficiosa alguna adicional en relación con lo mismo, sino estarse a lo ya demostrado.

[31] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 10 de diciembre de 1999, Mag. Pon. Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

"Prescindiendo el aspecto técnico de la acusación, ésta tampoco, está llamada a abrirse paso por el alcance de su contenido, pues si la contraevidencia de la decisión es lo que constituye el fundamento legal del error probatorio de hecho, el juzgador de instancia no incurre en él ni en ninguna otra irregularidad cuando en procura de establecer la verdad histórica del proceso, no se atiene a las pruebas ya practicadas sino que juzga pertinente decretar oficiosamente otras diferentes, así el resultado de éstas sea contrario al de aquellas, ni cuando se aparta de estas últimas para formar su convicción solo con respaldo en las oficiosas, pues en tal circunstancia su conclusión sobre los hechos jamás es arbitraria o inconsulta de la realidad de los acontecimientos[32].

El juez puede apartarse de las pruebas ya practicadas, para formar su convicción solo con respaldo en las oficiosas, puesto que en tal circunstancia su conclusión sobre los hechos jamás es arbitraria o inconsulta de la realidad de los acontecimientos. (Sentencia de 21 de enero de 2000).

"... el juzgador de instancia no incurre en el (error probatorio de hecho) ni en ninguna otra irregularidad cuando en procura de establecer la verdad histórica del proceso (...) cuando se aparta de estas últimas para formar su convicción solo con respaldo en las oficiosas, pues en tal circunstancia su conclusión sobre los hechos jamás es arbitraria o inconsulta de la realidad de los acontecimientos".

No existe vulneración del deber de decretar pruebas de oficio cuando en el proceso existían elementos que informaban sobre el hecho investigado, máxime cuando la prueba que se pretende debió decretarse, no era la única apta para generar convicción sobre tal hecho. (Sentencia de 5 de mayo de 2000),

"Además de advertirse que la prueba fue solicitada extemporáneamente, tampoco se verifica la comisión del error de derecho que el recurrente por tal aspecto denuncia, porque si con esos documentos se buscaba demostrar las circunstancias de tiempo y modo como la demandada asumió la posesión de los lotes perseguidos, lo cierto es que además de no tratarse de una prueba de práctica forzada en términos legales, lo cierto es que no era la única prueba que pudiera generar convicción sobre el hecho investigado, pues en el proceso aparecían otras que al fin de cuentas informaban sobre la situación fáctica

[32] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, Sentencia de enero 21 de 2000, Mag. Pon. Dr. Nicolás Bechara Simancas. Exp. 5.346.

[33] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de enero 21 de 2000, Mag. Pon. Dr. Nicolás Bechara Simancas. Exp. 5.346.

objeto de investigación. De manera que si la respuesta se hallaba en esos elementos probatorios, razonablemente se puede concluir que ningún deber legal vulneró el sentenciador cuando no dispuso el decreto oficioso mencionado. Otro sería el raciocinio, si como ya se dijo, la utilidad y necesidad de la prueba, surgiera de la misma ley, por ésta exigirla imperativamente, o de las circunstancias propias del proceso respectivo, como cuando indubitablemente conduce al hallazgo de la verdad real y a determinar la decisión final, con independencia de los demás elementos que obran en el proceso, que no sería el caso".

No existe error de derecho en la omisión del decreto oficioso de pruebas tendientes a demostrar la cuantía del perjuicio, cuando no está probada la existencia misma del perjuicio (incluso contra la afirmación explícita del Tribunal). (Sentencia de 7 de noviembre de 2000).

"Así las cosas, no pueden tildarse de caprichosas las reflexiones que condujeron al Tribunal a abstenerse de decretar oficiosamente la experticia pedida por la actora, ni que su actitud encarne rebelión contra la disposición contenida en el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil, pues, como ha quedado dicho, no se demostró la certidumbre del daño, ello no obstante que el fallador hubiese afirmado, en contradicción con sus propias reflexiones y de espaldas al acervo probatorio que aunque estaba probado el perjuicio, no era posible su cuantificación; por supuesto que de ser ello cierto, estaba impelido, por mandato del citado precepto a decretar las pruebas que considerase pertinentes para proferir sentencia condenatoria en concreto".

Los medios de prueba que obren en el expediente interesan al esclarecimiento de los hechos sin importar la fuente de donde provienen. (Sentencia de 8 de noviembre de 2000).

"De otro lado, se objeta que el Tribunal haya decretado pruebas de oficio a raíz de las cuales se incorporaron al expediente varias escrituras públicas que, según el censor, no debieron ser apreciadas; sin embargo, por ese motivo no se da el error de derecho denunciado, puesto que los, medios de prueba que obran en el expediente interesan al esclarecimiento de los hechos sin importar la fuente de donde provienen; antes bien, constituye deber del juzgador establecer la verdad y hacer uso de los amplios poderes de verificación que el legislador le ha otorgado".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 5 de mayo de 2000. Mag. Pon. Dr. José Fernando Ramírez Gómez. Exp. 5.165.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 7 de noviembre de 2000. Mag. Pon. Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles. Exp. 5.606.

[36] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 8 de noviembre de 2000. Mag. Pon. Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno. Exp. 4.390.

3. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES REFERIDOS A LAS PRUEBAS DE OFICIO EN MATERIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

En materia contencioso administrativa ha dicho el Consejo de Estado[37]:

El auto para mejor proveer permite además de decretar oficiosamente pruebas, tener como tales las que aún no han sido debidamente incorporadas al proceso.

"Corno en este proceso se llenan los requisitos que la ley exige (artículo 90 del Código Contencioso Administrativo) a fin de que pueda acudirse al auto para mejor proveer, pues existen puntos dudosos y oscuros de la controversia que deben aclararse mediante algunas pruebas documentales que fueron aportadas al expediente, mas no decretados, se resuelve tener como pruebas..."[38].

"Con todo, la Sala observando que el señor apoderado aduce que el 12 de agosto de 1994 se dictó innecesariamente un auto para mejor proveer mediante el cual fue solicitado a la oficina correspondiente un ejemplar de la gaceta de Cundinamarca en la cual constara la publicación del Decreto Departamental No. 295, de 15 de febrero de 1994, y que según su parecer ya se encontraba aportada legalmente al expediente visible a los folios 49 a 54 del cuaderno principal, aprovecha la oportunidad para señalarle que tal documento obrante a los folios 49 a 54 del cuaderno principal, presentado como prueba por la coadyuvante M. C., fue rechazado por extemporáneo por auto de fecha 25 de mayo de 1994. Y la falta de esta prueba esencial, que no se encontraba debidamente incorporada al proceso, fue precisamente lo que se tuvo en cuenta para pronunciar, el 12 de agosto de 1994, el auto para mejor proveer"".

La facultad de decretar pruebas de oficio puede ser inducida por las partes mediante el señalamiento o sugerencia al juez sobre su importancia e incidencia en la definición del asunto. (Pronunciado en materia tributaria).

"El artículo 169 C.C.A. otorga al juez, ponente del proceso, la facultad de decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para llegar a la verdad material de los hechos que son objeto de la controversia bajo su conocimiento. Tal facultad puede ser, por supuesto, desarrollada con base en su iniciativa

[37] DEBIDO A QUE LA MULTIPLICIDAD DE MATERIAS CUYO CONOCIMIENTO CORRESPONDE AL CONSEJO DE ESTADO IMPIDE IIACER UN TRATAMIENTO INDISTINTO DE SUS PRONUNCIAMIENTOS, SE RECOMIENDA TENER EN CUENTA LA MATERIA, SECCIÓN Y ACCIÓN QUE ORIGINÓ CADA UNA DE LAS PROVIDENCIAS A FIN DE COMPRENDER CABALMENTE EL ALCANCE DE CADA PRINCIPIO.

[38] CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto para mejor proveer de febrero 22 de 1984. Consejera Ponente: Aydeé Anzola Linares. Exp. 11.015.

[39] CONSEJO DE ESTADO. Sección Quinta. Auto de 20 de enero de 1995. Consejero Ponente: Miguel Viana Patiño. Expediente 1.107.

propia y exclusiva, o inducida por las partes mediante el señalamiento o la sugerencia al juez sobre su importancia en incidencia en la definición del asunto"".

Los poderes inquisitivos del juez no autorizan a las partes a pretender que el funcionario supla su negligencia probatoria".

"Aunque en Derecho Procesal Administrativo el juez tiene amplias facultades para decretar la prueba de oficio, con miras a buscar la verdad real, las partes no podrán pretender que por ese sendero de posibilidad se supla por el funcionario la negligencia, desidia o desinterés con que éstas puedan atender, en un momento dado, los intereses que les han sido confiados".

"Bien sabido es que las pruebas de oficio, si bien van orientadas a buscar la verdad real, no pueden suplir la negligencia de los apoderados en el manejo de los medios probatorio?".

"De otro lado, sumo cuidado ha de tener el juez en la materia, no sea que aparezca, voluntaria o involuntariamente, mejorada la situación probatoria de las partes, con rompimiento del equilibrio procesal. La facultad judicial no podría mudarse en discrecional protección al descuido, olvido o negligencia de las partes".

La facultad oficiosa atribuida al juez contencioso administrativo no tiene un carácter supletivo.

"Tampoco puede considerarse que la prueba oficiosa atribuida ahora al juez de lo contencioso administrativo tenga un carácter supletorio o apenas complementario de la señalada a las partes, sino que ella es tan amplia que bien puede ser ejercitada por el magistrado aun en ausencia de petición probatoria de parte, pues lo que se pretende con la consagración de la iniciativa oficial. de la prueba es lograr el conocimiento de la llamada verdad real a fin de satisfacer la finalidad del proceso , que es la de determinar si la actividad administrativa juzgada estuvo o no viciada de ilegalidad".

[40] CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Auto de 3 de agosto de 1990. Consejero Ponente: Guillermo Chahín Lizcano. Rad. 2.739.

[41] A tal regla se establece la excepción de los procesos de pérdida de investidura, como se precisará más adelante.

[12] CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de 30 de octubre de 1986. Consejero Ponente: Julio César Uribe Acosta. Rad. 4.098.

[43] CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de 21 de enero de 1987. Consejero Ponente: Julio César Uribe Acosta. Rad. 4.993.

[44] CONSEJO DE ESTADO. Sala Contenciosa Electoral. Sentencia de 12 de mayo de 1987. Consejero Ponente: Hernán Guillermo Aldana Duque.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Auto de 12 de diciembre de 1984. Consejero Ponente: Gustavo Humberto Rodríguez. Exp. 0168.

La omisión del decreto oficioso de pruebas que de haberse solicitado habrían evitado el proferimiento de una sentencia inhibitoria, no constituye una vía de hecho que haga procedente la acción de tutela contra tal providencia judicial. (Acción de tutela).

"Pretende el accionante por medio de la acción de tutela, se proceda a la reapertura del proceso en el cual se dictó sentencia inhibitoria, las razones de su inconformidad las resume en el hecho de que el funcionario judicial omitió un deber ineludible el cual fue decretar pruebas de oficio, puesto que después de presentada la demanda surgió la falta de legitimación en la causa por activa, lo cual condujo al fallo inhibitorio.

No se encuentra que la accionada esté incursa en alguno de los anteriores elementos [46] para que proceda la vía de hecho, puesto que el accionante tuvo las correspondientes oportunidades procesales alegar el hecho mencionado en el transcurso del proceso, ya que al mismo correspondía la carga de la prueba en virtud de las afirmaciones esgrimidas, y en cuanto a que el juez goza de facultad oficiosa en materia probatoria cuando se presentan dudas en el transcurso del proceso, no es excusa para que con dicha facultad se supla la negligencia de los sujetos procesales, observando el principio de la carga de la prueba, según el cual, "incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen'.

El articulo 214 del C.C.A. se refiere a las pruebas solicitadas por las partes, por lo que no resulta limitativo de las facultades inquisitivas del juez.

"Ahora bien, en el ejercicio de la facultad oficiosa para decretar pruebas en segunda instancia, el juez no encuentra más que un limite temporal o de oportunidad, de allí que no se encuentra sujeto a los requisitos de procedencia establecidos en el artículo 214 del C.C.A., norma que se refiere, do forma clara, a los casos en que las pruebas sean solicitadas por las partes"[48].

El juez puede decretar pruebas de oficio para demostrar asuntos no planteados en la demanda si se trata de proteger un derecho fundamental de aplicación inmediata o se evidencia una incompatibilidad manifiesta

[46] Tales elementos son: a) Una operación material o un acto que supere el simple ámbito de la decisión; b) Un juicio sobre la actuación que desnaturaliza su carácter jurídico, lo cual implica una mayor gravedad que la que se deriva del simple juicio de legalidad; y, c) Una grave lesión o amenaza de un derecho fundamental.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Sentencia de 3 de marzo de 2000. Consejero Ponente: Julio E. Correa Restrepo, Exp: AC-9.574.

[48] CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto de 29 de junio de 2000. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Rad. 14.936.

entre una norma de inferior categoría y la Constitución, y debe aplicarse la excepción de inconstitucionalidad, (Providencia referida a materia electoral).

> "El proceso contencioso electoral tiene por finalidad juzgar las controversias que se susciten en relación con la legalidad de un acto administrativo de contenido electoral. En otras palabras, este proceso busca decidir las demandas que intentan desvirtuar la presunción de legalidad que ampara todas las decisiones de la administración. En tal virtud, por regla general, el marco de competencia del juez administrativo está limitado a la existencia de una demanda y a los cargos que allí se exponen, por lo que se encuentra impedido para pronunciarse en relación con puntos que no han sido acusados y sustentados por el demandante. Ello significa, entonces, que por regla general el fallo en materia electoral está limitado a la causa petendi y no puede ser extrapetita. Sin embargo, excepcionalmente la sentencia en materia electoral puede decidir un asunto que no fue invocad.; en la demanda, pero única y exclusivamente cuando se trata de proteger un derecho fundamental de aplicación inmediata o cuando se evidencia una incompatibilidad manifiesta entre una norma de inferior jerarquía y la Constitución, esto es, cuando debe aplicarse la excepción de inconstitucionalidad. De hecho, estas dos excepciones se derivan de la declaratoria de exequibilidad condicionada del artículo 137, numeral 4, del Código Contencioso Administrativo. Ahora bien, la excepcionalidad del fallo extrapetita y la exigencia de los cargos como requisito sustancial de la demanda no puede confundirse con la facultad del juez para decretar pruebas de oficio. Así las cosas, se tiene que el Tribunal Administrativo de La Guajira no podía solicitar pruebas de oficio para demostrar asuntos no planteados en la demanda ni tampoco podía estudiar ni declarar la nulidad de los votos depositados en las mesas de votación que no fueron impugnadas en la demanda, en tanto que no se vislumbra que con ese hecho se presenten cualquiera de las dos excepciones"".

Es deber del juez administrativo buscar la verdad real -de los asuntos sometidos a su juzgamiento. (Reiterado en Sentencia de 2 de marzo de 1.982, Sala Plena; Auto de 9 de julio de 1982, Sección Tercera; Sentencia de 9 de noviembre de 1984, Sección Tercera; Auto de 12 de diciembre de 1984, Sección Cuarta; Auto de 3 de agosto de 1990, Rad. 2.739, Sección Cuarta; Sentencia de 5 de octubre de 1993, Sala Plena, Exp. AC-500; Sentencia de 1° de febrero de 2000, Rad. AC-7494, Sala Plena; Sentencia de 16 de noviembre de 2001, Sección Primera; Sentencia de 12 de febrero de 2002).

a' DE ESTADO. Sección Quinta. Sentencia de 14 de diciembre de 2001. Consejero Ponente: Darío Quiñonez Pinilla.

"Al respecto observa esta Corporación: la carencia de conocimientos del Tallador no es disculpa de recibo para negarse a decidir la controversia mediante un fallo que no sea debidamente ilustrado y justo. El juez está obligado a utilizar los poderes que le otorgan las leyes procedimentales para allegar al proceso las pruebas técnicas necesarias a fin de darle suficiente claridad e inteligencia al asunto debatido y encontrar la verdad real sobre la apariencia que deja el exagerado culto al ropaje procedimental"[50].

"Así, pues, el Juez como director del proceso, puede apartarse de los conceptos presentados por el demandante, pues tiene el deber en todos los casos de esclarecer la verdad real, sin que tal posición desconozca la congruencia de la sentencia"[51].

"En cuanto al fundamento de la providencia del Tribunal a quo, la Sala observa que si bien es cierto que la carga de la prueba o la "... carga procesal es una situación jurídica, instituida en la ley consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él"; también lo es que los artículos 37, numeral 4, 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil, aplicables en materia contencioso administrativa por mandato expreso del artículo 267 del C.C.A., muestran que la actuación del juez en el campo de la prueba debe tener presente el principio inquisitivo, el cual le impone a dicho funcionario el deber de esclarecer oficiosamente la realidad fáctica en litigio, para garantizar de esa manera que sus decisiones de fondo sean adoptadas en forma justa. Resulta así que el cometido del juez no puede quedarse en la simple aplicación de las leyes ante un material probatorio dado, sin posibilidad alguna, ***moto proprio,*** de adelantar inquisiciones propias que lo lleven a formar su conciencia y a adquirir el grado de convicción necesario para el litigio planteado. El juez tiene, pues, la misma iniciativa, o incluso una más amplia, frente al debate probatorio que la propia de los extremos en litigio, pues a él no lo mueven intereses privados, como a las partes, sino uno público, de mayor jerarquía, cual es la realización de la justicia, como fin esencial del Estado. La legislación contencioso administrativa le impone al juez el deber de solicitar en el auto admisorio de la demanda los antecedentes administrativos del acto acusado, los cuales están representados en el sub lite por el expediente administrativo que condujo a-la imposición de la sanción".

[50] CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de 9 de noviembre de 1984. Consejero Ponente: Jorge Valencia Arengo. Exp. 3.743.

CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Consejero Ponente: Germán Ayala Mantilla. Rad. AC-10.528 y AC-10.967.

[52] CONSEJO DE ESTADO. Sección Primera. Sentencia de 16 de noviembre de 2001. Consejero Ponente: Manuel Santiago Urueta Ayola.

En lo referido a los procesos de pérdida de la investidura, debido a que el Consejo de Estado ha acogido algunos criterios particulares entratándose de estos procesos, hemos de examinarlos de manera diferencial:

El juez tiene el deber de decretar pruebas de oficio así las partes hayan obrado de manera negligente en el aporte o solicitud de las mismas.

"La facultad de decretar de oficio en las acciones de pérdida de investidura se deriva del carácter inquisitivo del proceso en el derecho colombiano que obliga al juez a asumir una conducta activa en todo momento, así las partes hayan obrado de manera negligente en el aporte o solicitud de las mismas. Deber que se torna aún más imperativo tratándose de un asunto disciplinario y en particular en casos como el que se examina, en el cual se encuentra comprometido sensiblemente el interés general por la alta misión que desempeña el servidor público acusado. En síntesis, el principio de la carga de la prueba no es incompatible en el derecho colombiano con la facultad oficiosa del juez de decretar pruebas para esclarecer la verdad al margen de la actividad de las partes.

Si el decreto de pruebas de oficio no se discute en los procesos en los cuales solo entran en juego los intereses particulares de los demandantes, mucho menos puede serlo cuando se trata de asuntos que involucran el interés general. En consecuencia, la Sala sí estaba facultada para decretar pruebas de oficio"".

Es posible decretar pruebas de oficio con posterioridad a la audiencia, aunque la Ley 144 de 1994 no lo contemple (Reiterado en Sentencia de 1° de febrero de 2000, Sala **Plena,** Rad. **7974).**

"Si bien en el texto de la Ley 144 de 1994 no aparece prevista la facultad de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo para proferir auto para mejor proveer regulado en el artículo 163 del C.C.A., no por ello tal trámite procesal resulta ajeno al proceso de Pérdida de Investidura de congresistas, no solo por la filosofía misma que conlleva el ejercicio de la mencionada acción y la obligación que genera para el juez su aplicación, sino porque la naturaleza de tal proceso no resulta incompatible con el cumplimiento de los fines que debe desarrollar el fallador en la búsqueda de la verdad real"[54].

CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena. Sentencia de I° de febrero de 2000. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Rad. AC-7974.

CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena. Sentencia de 12 de febrero de 2002. Consejera Ponente: Olga Inés Navarrete. Rad. REVPI-002.

Adicionalmente, es importante mencionar dos fallos, que habiendo sido proferidos para casos específicos, difieren de los criterios que anteriormente se han expuesto:

El decreto de pruebas de oficio en la segunda instancia es excepcional y solo procede en los casos contemplados en el artículo 214 del C.C.A. (Pronunciado en materia contractual).

> "El decreto de pruebas de oficio en la segunda instancia es excepcional y procede únicamente en los casos contemplados en el art. 214 del ordenamiento procesal administrativo, esto es, respecto de las dejadas de practicar en la primera instancia pese a que fueron decretadas; las que versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas, pero solamente para demostrar o desvirtuar los hechos, la prueba documental no aducida en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria y las que traten de desvirtuar el hecho anterior,
>
> La prueba pericial en la que insistió la parte actora, no se solicitó en la demanda ni en las oportunidades procesales subsiguientes, pese a la importancia que le atribuye. Tampoco se enmarcó en alguno de los eventos señalados por el art. 214 del C.C.A. De tal manera que no obstante los amplios poderes de investigación que posee el juez, entre ellos el de decretar pruebas de oficio, no pueden los demandantes so pretexto de los vacíos probatorios que perciben en el transcurso del proceso y que pudieron prever al momento de preparar las demandas, esperar a que el juzgador utilice esos poderes y llene esos vacíos y menos en esta instancia"[55].

El juez administrativo no tiene el deber de decretar pruebas de oficio para condenar en concreto, puesto que el artículo 172 del C.C.A. permite la condena in genere.

> "En lo que hace a la apreciación del apoderado de la parte actora de que el Consejo de Estado debió decretar de oficio, de conformidad con el artículo 307 del C. de P.C., las pruebas necesarias tendientes a condenar en concreto, es de observar que dicha norma no es aplicable al proceso contencioso administrativo, pues existe norma expresa en el C.C.A. respecto de la atribución potestativa que tiene el juez administrativo para decretar pruebas de oficio. Además, de acuerdo con el artículo 172 ibídem, en el proceso contencioso administrativo procede la condena in genere, cuando la condena de la cuantía al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios y otros semejantes, no hubiere sido establecida en el proceso"".

n CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de 10 de mayo de 2001. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Rad. 13.347.

[56] CONSEJO DE ESTADO. Sección Primera. Auto de 13 de marzo de 1997. Consejero Ponente: Libardo Rodríguez Rodríguez.

4, JURISPRUDENCIA. DE LA CORTE SOBRE LA INVESTIGACIÓN INTEGRAL

La Corte dice:

> "Es una realidad que para los funcionarios es un imperativo realizar la investigación integral, esto es, todo lo tendiente a la demostración de la infracción y de la responsabilidad penal, conjuntamente con aquello que pueda llevar a la absolución del procesado o al reconocimiento de atenuantes de cualquier género que en un momento determinado pudieran significar una disminución de la punibilidad".

Pero hay que entender que ese imperativo se debe cumplir cuando sea posible hacerlo y tenga sustento en razones serias y atendibles.

Veamos el siguiente ejemplo: La señorita X afirma, cuando se le encontró cocaína camuflada en la cubierta inferior de su maleta, que: "Después de ocho o nueve años de haber dejado a guardar su maleta en poder de una amiga de nombre G, ésta se la entrega para que pudiera viajar. Que ella no sabía la dirección exacta y que el papelito donde tenía anotado el número se le había perdido" (no se le perdió en el curso de nueve años, pero sí en ese momento). La Corte con relación a esta explicación afirma:

> "Igualmente causa asombro a la Sala la inverosímil versión de la procesada conforme a la cual, después de ocho o nueve años de tener guardada la maleta donde una amiga, la llama y ésta de manera inopinada establece los contactos con la mafia tan rápidamente que le suministran la droga, consigue los técnicos para que con la misma celeridad le realicen el camuflaje de la sustancia, para enviarla hacia Nueva York, sin saber el destino final de la ignorante transportadora, ni la manera como irían a recuperar la maleta para sacar de allí su contenido".

Es bien sabido que normalmente en este tipo de delitos, los infractores crean un hombre de paja, a quien sindican de haberlos engañado. Ese hombre o mujer utilizado a título de disculpa es descrito en forma abstracta, correspondiendo al hombre medio colombiano y sin ningún dato que permita localizarlos. El Estado no puede, como en una especie de frenesí buscar una aguja en un pajar, sino que n ese caso, el inculpado debe colaborar y prácticamente tiene la carga de la prueba de suministrar los datos que le permitan al Estado lograr su ubicación.

La Corte agrega:

> "Pero el mandato de la investigación integral no quiere decir que el juez, ante una coartada del procesado, tenga que disponer del aparato investigativo del Estado para la búsqueda y cacería de brujas y fantasmas; como ocurre

con cierta clase de procesados que para tratar de eludir la responsabilidad penal, acusan a personas sin individualizarlas, o en muchas ocasiones dan una filiación que corresponde al prototipo medio del colombiano, lo que hace imposible su identificación. Ese deber oficial tampoco implica que el juez esté obligado a realizar esfuerzos investigativos irracionales, como tratar de localizar a una persona inidentificada en un populoso sector de una ciudad tan grande como Bogotá; puesto que esas labores realmente escapan a las posibilidades del más cuidadoso investigador; o de llegar a adelantarse tal esfuerzo sería inútil y se habrían gastado ingentes recursos humanos, económicos y de tiempo sin probabilidad alguna de lograr resultados positivos"".

5. MANERAS DE RECLAMAR LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA INVESTIGACIÓN INTEGRAL

Hay que empezar por decir que este principio, se encuentra consagrado en los artículos 29 y 250 de la Constitución Política y en los artículos 20, 234,338 del C. de P.P.

Se puede reclamar en últimas utilizando la causal 3 del recurso de casación, pero lo que se pueda predicar de él, se puede tener como guía para hacer reclamaciones en las instancias.

La jurisprudencia se ha encargado de señalar los requisitos que se requieren para la eficacia de la censura y ellos son:

1. Se deben citar en concreto (en forma juiciosa) las pruebas que se dejaron de practicar.
2. Se debe indicar cuál es la aptitud probatoria de las mismas. Acreditación de su pertinencia, conducencia y utilidad.
3. Demostrar de manera específica la trascendencia de los medios probatorios y, obsérvese cuidadosamente lo que dice la Corte:

"Trascendencia cuya medida no es la prueba en sí misma considerada, sino la que viene de su oposición a la lógica del fallo pues si lo desquicia imponiendo una orientación distinta le la que el mismo contiene el cargo puede prosperar".

Indicar la trascendencia no es "la mera enunciación de lo que el censor cree que ellas demuestran para oponerlo al contenido general de la sentencia, sino

[57] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Mag. Pon. Dr. Edgar Saavedra Rojas. Acta 017, 25 de febrero de 1993.

> que es menester demostrar a partir del contenido objetivo de las mismas que de haberse tenido en cuenta, el resultado de la sentencia hubiera sido otro'.

Si se hacen ponderadamente esas explicaciones, se cumple con lo que ordena el numeral 2 del artículo 310 del C. de P.P.

El inciso final del artículo 250 de la Constitución Nacional reza: "La Fiscalía General de la Nación está obligada a investigar tanto lo favorable corno lo desfavorable al imputado, y a respetar sus derechos fundamentales y las garantías procesales quo le asisten". Dice la Corte Constitucional:

> "La función que cumple la Fiscalía durante la etapa investigativa del proceso no se reduce a la inculpación, tal como se establece en los sistemas acusatorios de otros paises. Durante la investigación el fiscal cumple una labor eminentemente judicial, con todas las exigencias que de ellas se derivan en términos de imparcialidad. Está por lo tanto obligando a investigar tanto lo favorable como desfavorable al imputado (C.P.P. art. 250 inc. último) y, en términos generales, a respetar en sus actuaciones los derechos fundamentales y las garantías procesales consagradas en la Constitución Política y en la ley penal".

Téngase en cuenta el siguiente caso: Se sostiene por la policía que X y sus amigos eran propietarios de un cargamento de marihuana. O, quien es arquitecto, afirma que él se encontraba en la casa donde estuvo la marihuana, pero que nada tiene que ver con eso. Él estaba —según su dicho— por asuntos profesionales, en razón de una cita que se concertó con unos terceros no inculpados en el caso. Esos terceros Z y la señora LN no fueron citados por la fiscalía. Como se puede observar en virtud del principio de la investigación integral, debieron ser citados para que declararan, ya que ellos podrían corroborar lo dicho por el arquitecto O. Como la fiscalía no lo había hecho, la Corte Constitucional tuteló a fin de que se recibieran las declaraciones".

[58] Providencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Mag. Pon. Dr. Carlos E. Mejía, julio 18 de 2000.

Se cita providencia de 4 de mayo de 2000, radicación No. 14.867, donde se dice: "Si el ataque se vierte fundamentalmente sobre una falta de investigación integral, porque se dejaron de practicar pruebas capaces de hacer variar la decisión condenatoria, es apenas lógico que respecto de cada uno de los elementos de convicción echados de menos se requiera su confrontación con los tenidos en cuenta por el juzgador, para a partir de dicho contraste poder observar cómo los extrañados por el casacionista, sin hesitación alguna, harían sucumbir los otros, dejándolos sin fuerza para sostener el juicio de responsabilidad penal". (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Jurisprudencia Penal. Segundo semestre 2000. Editora Jurídica de Colombia Ltda., pág. 30).

[59] Ver sentencia de la CORTE CONSTITUCIONAL. No. de Radicación T-055/1994. Mag. Pon. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Capítulo IX

SISTEMAS PARA LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

SISTEMA DE LA TARIFA LEGAL Y EL DE LA LIBRE VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS POR EL JUEZ

1. ENUNCIACIÓN

Si el juez puede y debe libremente valorar la prueba, estamos frente al sistema de la libre valoración (o libre convicción); cuando el legislador señala el valor de la prueba estamos frente al sistema de la tarifa legal.

2. VENTAJAS DEL SISTEMA DE LA TARIFA LEGAL

Algunos autores sostienen que el sistema de la tarifa legal tiene las siguientes ventajas:

a. Que le permite a las partes saber de antemano, cuál es el valor que se le debe dar a las pruebas que se aportan o que se practican en el proceso.

b. Que habrá uniformidad en las decisiones judiciales.

e Evita que el juez por cuestiones personales favorezca a alguna de las partes, ya que, basándose en el valor preestablecido por el legislador, no habrá lugar a subjetividades.

d. Que suple la ignorancia y falta de experiencia de los jueces, ya que las normas redactadas por el legislador son hechas por personas doctas en el derecho.

Sobre lo anterior podemos afirmar: no es posible, aun en el sistema de la tarifa legal, saber cuál es el valor que se le va a dar a la prueba antes de su valoración, pues puede suceder que los presupuestos que deben tenerse en cuenta para que sea plena no se den y, por tanto, otro sea el valor que resulte de la probanza recaudada. Así, por ejemplo, el artículo 697 del hoy derogado C.J. (Ley 105 de 1931) decía: "Dos testigos hábiles que concuerden en el

hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, forman plena prueba en los casos en que este medio es admisible conforme a la ley".

Tener los dos testigos no significa saber cuál es el valor de la prueba, pues puede acontecer que no concuerden en el hecho o en sus circunstancias. La uniformidad puede ser un criterio de orden y presentación, pero nunca el móvil de la administración de justicia, la que debe darle la razón a quien la tiene.

El funcionario de mala fe tendría mayores oportunidades para delinquir si puede escudarse en la tarifa legal; ésta, digámoslo así, le serviría de celestina para justificar sus providencias. En cambio, con el sistema de libre convicción, el juez no tiene escudo protector, sino que directamente, tiene que responder por la valoración que hizo. El mal juzgador lo será con cualquiera de los dos sistemas, pero es con la libre convicción como se puede llegar al grado óptimo.

Los jueces en la mayoría de nuestros países son preparados en las Universidades (en Colombia, el derecho probatorio se estudia en las facultades durante un año), luego justificar la tarifa legal, con el argumento de la impreparación de aquellos, no tiene sentido.

3. DESVENTAJAS DE LA TARIFA LEGAL

a. Relega la función del juez sobre todo en las pruebas personales, ya que, al preestablecerse su valor, se desvirtúa, prácticamente, la función del proceso. La prueba testimonial, por ejemplo, debe ser analizada en cada caso concreto, a fin de que el juez, al valorarla, pueda tener en cuenta la edad del testigo, su capacidad memorativa, su grado de instrucción y todos los aspectos necesarios para la mejor apreciación de aquella.

b. El juez negligente encuentra acomodo fácil en este sistema; en cambio, en el de la libre convicción, tiene necesariamente que ser activo, sobre todo en la producción de la prueba. La tarifa legal, termina por mecanizar y domesticar al juez, lo envuelve en la rutina; por el contrario, la libre convicción exigirá del juez cada vez más estudio, sobre todo de las ciencias que contribuyen a una mejor apreciación de la prueba. Se puede decir que dentro del sistema de la tarifa legal, basta que el juez sea abogado; en el sistema de la libre convicción se requiere ser más que eso.

4. VENTAJAS DEL SISTEMA DE LA LIBRE CONVICCIÓN

No existen sino dos sistemas para valorar la prueba: El sistema de la tarifa legal y el sistema de la libre convicción. En el campo penal, los vocales

(como se les llama en el procedimiento penal militar) no están obligados a motivar su veredicto desde el punto de vista de la prueba, pero el sistema es el de la libre convicción. Hecha esta aclaración, miremos cuáles son las ventajas de este último, las que, en parte, ya se dijeron:

a. La crítica razonada de las pruebas la debe hacer el juez, lo que significa que no se trata de consagrar la arbitrariedad, sino de obligarlo al empleo de las reglas de la experiencia, de la lógica, de la historia, de la sicología, de la sociología, de la imaginación (la que también tiene sus reglas, para el caso del juzgador), para que en cada proceso administre justicia con más acierto, ya que valorará la prueba de acuerdo con lo dicho y para el caso concreto.

b. El juez debe explicar, en la parte motiva, los razonamientos que hace sobre la prueba para cumplir con los principios de contradicción y de debida defensa.

c. En el procedimiento penal militar, el presidente del consejo de guerra (juez de derecho) puede declarar contraevidente el veredicto del jurado, cuando no tiene respaldo en las pruebas recaudadas en el proceso. Esa contraevidencia es el control que ejerce la jurisdicción sobre la apreciación que hacen los vocales; ésta solo puede declararse por una sola vez respecto de un mismo procesado, mediante providencia que es susceptible de los recursos ordinarios.

No abrigamos duda alguna sobre el hecho de que el mejor sistema de valorar la prueba es el de la libre convicción, por las razones que ya se adujeron; pero además, el juez cuando administra justicia con este sistema, adquiere toda la dimensión que debe .tener el juzgador cuando tiene un respaldo intelectual y moral que le permite sentir, esto es, dictar sentencia de acuerdo con lo probado en el proceso.

En materia penal, es claro que se consagra el sistema de la libre convicción. Los artículos 237 y 238 del C. de P.P. hablan, respectivamente, de la apreciación de las pruebas y de la libertad de prueba; el 277 de la misma codificación, sobre la apreciación del testimonio; el 282 también de la misma codificación, habla de los criterios para apreciar la confesión.

El artículo 401 del C.P.M. dice que las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. El art. 426 de la misma codificación alude a la apreciación del dictamen; el art. 441 ibídem hace referencia a la apreciación del testimonio; el 445 a la apreciación de la confesión y el 450 a la apreciación de los indicios.

En lo laboral, el artículo 61 del C.P.L. preceptúa: **"Libre formación del convencimiento.** El juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas, y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes. Sin embargo, cuando la ley exija determinada solemnidad **ad substantiam actos,** no se podrá admitir su prueba por otro medio.

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

En la jurisdicción contencioso administrativa, igualmente, rige el sistema de la libre convicción, de conformidad con el artículo 168 del C.C.A. En el Código de Derecho Canónico, se puede decir que se establece para unos medios de prueba el de la tarifa legal y para otros el de la libre convicción. El canon 1537 preceptúa: "Respecto de la confesión extrajudicial aportada al juicio, corresponde al juez, sopesadas todas las circunstancias, estimar qué valor debe atribuírsele". El 1542 por su parte dice: "El documento privado, tanto el admitido por la parte corno el reconocido por el juez, tiene la misma fuerza probatoria que la confesión extrajudicial contra su autor o quien lo firmó, es decir, que se aprecia libremente por el juez". Con todo, existen manifestaciones del principio de la tarifa legal; después de decir en el canon 1572 qué debe considerar el juez para valorar el testimonio, el 1573 con relación a la prueba testimonial, prescribe: "La declaración de un solo testigo no tiene fuerza probatoria plena, a no ser que se trate de un testigo cualificado que deponga sobre lo que ha realizado en razón de su oficio, o que las circunstancias objetivas o subjetivas persuadan de otra cosa".

Capítulo X

CARGA DE LA PRUEBA

1. INTRODUCCIÓN

Es bien importante reflexionar sobre las respuestas que se deben dar a las preguntas: ¿A quién le corresponde probar un supuesto hecho? ¿Quién resulta afectado en el proceso por no aparecer probado determinado hecho? ¿Tiene legitimidad una sentencia favorable a una parte que se justifica porque la otra, a pesar de existir el hecho que hubiera variado la decisión, no pudo probarlo por lo difícil que le resultaba? Si hoy en día afirmamos que el conocimiento de la verdad que capturamos para el proceso, lo fundamos en la observación directa y crítica de los hechos ¿Cómo explicar que renunciemos al conocimiento de un hecho y nos contentemos con utilizar el sucedáneo de prueba (que es precisamente la carga de la prueba), para dictar una sentencia que puede no corresponder a la verdad?

2. COLABORACIÓN INTELIGENTE Y ACTIVA ENTRE EL JUEZ Y LAS PARTES

La inteligencia y si se quiere la 'astucia', deben ser utilizadas para descubrir la verdad. Y sobre ellas solucionar el conflicto. Aquéllas no deben ser bien miradas cuando se 'agazapan' para proteger un interés individual y egoísta, sino por el contrario, cuando se utilizan con criterio solidario para que se pueda cumplir con el servicio de justicia'.

Con ese criterio de colaboración inteligente (jalonado hacia el campo de la obligación) se muestra la vía para exigir solidaridad en la consecución de la prueba, para que se pueda cumplir, corno ya se dijo, con la prestación del servicio de justicia.

Ver la magnífica obra de MORELLO M. AUGUSTO. *Tendencias modernas*. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires (Argentina), págs. 13 y ss.

Dentro de ese mundo, con exigencias precisas de colaboración inteligente y solidaria, se pueden hacer afirmaciones corno: "... Sin duda, resultaría más beneficioso para la administración de justicia en general, al resolver esta clase de conflictos, si en lugar de someter al paciente, normalmente el actor o sus familiares, a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueren **estos, los que** por encontrarse **en las** mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional **quienes** satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan..." (las negrillas son nuestras). En esta sentencia del Consejo de Estado[2] radica la carga de la prueba no en cabeza de quien le conviene la prueba del hecho, sino que dentro del universo señalado, la impone con criterio de solidaridad, al más inteligente, al más cualificado cuando dice: "... los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico...".

Podrán así los médicos exonerarse de responsabilidad y con ello los centros clínicos oficiales que sirven al paciente, mediante la comprobación, que para ellos, se repite, es más fácil y práctica, de haber actuado con

Al señor R. M. se le debía realizar una cirugía encaminada a conseguir la reparación de unas lesiones auditivas, y resultó, corno consecuencia de la intervención aludida, con afectación del nervio facial. Y dice el CONSEJO **DE ESTADO** de Colombia, con ponencia del Dr. Daniel Suárez Hernández, lo siguiente: "Estima la Sala que para cirugía de esta naturaleza, en las que pueda resultar comprometido el nervio facial, se _requiere una especial conducta quirúrgica, complementarla con un instrumental y equipo especial de cirugía que le facilite la labor al cirujano y, por consiguiente, le garantice en alto porcentaje un resultado favorable para el paciente.

"Al respecto, se infiere del acervo probatorio la aludida talla, pues lo cierto es que de una operación proyectada hacia determinado objetivo, se pasa inconsulta e intempestivamente a un campo no previsto expresamente en [a estrategia quirúrgica y del cual el mayor interesado y afectado nada sabía, pues así mismo, enseña el proceso que dentro de los exámenes preparatorios no se atendió el estado del nervio facial pues sobre el particular se omitieron los estudios necesarios, lo cual generó, como era apenas natural, que la lesión de dicho nervio tomara al cirujano desprevenido y lo llevara a cumplir su labor en torno del facial sin los aditamentos, sin la preparación y sin los estudios previos para enfrentar las complicaciones quirúrgicas que surgieren, corno en efecto surgieron al seccionarse totalmente el facial derecho con los resultados conocidos, frutos de una conducta imprudente y contraria al buen sentido que debe regir el ejercicio de la medicina, esto sin contar con la situación sicofísica del paciente cuya confianza no sólo en el cirujano, sino en los servicios médicos oficiales, se vio burlada e irrespetada al someterla a un riesgo quirúrgico para el cual no había sido examinado, ni preparado, mucho menos advertido". (Sentencia de julio 30 de 1992. Expediente 687. Consejero Ponente Daniel Suárez Hernández).

eficiencia, prudencia o idoneidad requeridas por las circunstancias propias al caso concreto, permitiéndole al juzgador un mejor conocimiento de las causas, procedimientos, técnicas y motivos que llevaron al profesional a asumir determinada conducta o tratamiento..." (las negrillas son nuestras).

El Consejo de Estado (Sección Tercera), ha abandonado el anterior criterio jurisprudencial y ha dicho:

> "Un primer momento en la evolución jurisprudencial sobre la responsabilidad por el servicio médico asistencial, exigía el actor aportar la prueba de la falla para la prosperidad de sus pretensiones, por considerar que se trataba de una obligación de medio *y* por lo tanto, de la sola existencia del daño no había lugar a presumir la falla del servicio.
>
> "En la década anterior se introdujeron algunos criterios con el objeto de morigerar la carga de la prueba de la falla del servicio, aunque siempre sobre la noción de que dicha falla era el fundamento de la responsabilidad de la administración por la prestación del servicio médico".
>
> "Así, en Sentencia de 24 de octubre de 1990, expediente No. 5.902, se empezó a introducir el principio de la presunción de la falla del servicio médico, que posteriormente fue adoptado de manera explícita por la Sección. En esta providencia se consideró que el artículo 1604 del Código Civil debía ser aplicado también en relación con la responsabilidad extracontractual *y* en consecuencia, la prueba de la diligencia y cuidado correspondía al demandado en los casos de responsabilidad médica.
>
> "La presunción de falla del servicio médico que con esta posición jurisprudencial se acogió, fue reiterada en decisión del 30 de julio de 1992, expediente No. 6.897, pero con un fundamento jurídico diferente, el cual hacía referencia a la mejor posibilidad en que se encontraban los profesionales de explicar y demostrar el tratamiento que aplicaron al paciente, dado su "conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta", lo cual les permite satisfacer las inquietudes y los cuestionamientos que pudieran formularse contra sus procedimientos.
>
> "Esa regla de juicio había sido tratada desde antes en la doctrina y jurisprudencia foráneas. Así por ejemplo, en los años ochentas había una fuerte tendencia entre los autores y jueces argentinos de considerar que el médico era quien se encontraba en mejores condiciones probatorias, porque era quien poseía la prueba y tenía explicación posible de lo sucedido. En sentido contrario, Mazeaud y Tune, consideraban desde tiempo atrás que quien se encontraba en mejores condiciones de probar era el paciente y no el médico, pues a éste le resultaba extremadamente dificil demostrar su diligencia permanente. "Tan solo una persona del oficio, al menos tan perita como él y que hubiera seguido todos sus actos, podría declarar que el médico ha prestado cuidados concienzudos, solícitos y conformes con los resultados conseguidos por la ciencia".
>
> "Posteriormente, la Sala cuestionó la aplicación generalizada de la presunción de la falla del servicio y señaló que dicha presunción no debía ser aplicada de

manera general sino que en cada caso el juez debía establecer cuál de las partes estaba en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia".

Dijo la Sala:

"No todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas y científicas. Habrá que valorar en cada caso, si estas se encuentren presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio.

"Sin embargo, se advirtió en la práctica jurisprudencial que la aplicación de esa regla probatoria traía mayores dificultades de las que podría ayudar a solucionar, pues la definición de cuál era la parte que estaba en mejores condiciones de probar determinados hechos relacionados con la actuación médica, solo podía definirse en el auto que decretara las pruebas y nunca en la sentencia. Lo contrario implicaría sorprender a las partes atribuyéndoles los efectos de las deficiencias probatorias, con fundamento en una regla diferente a la prevista en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, en un momento procesal en el que ya no tenían oportunidad de ejercer su derecho de defensa aportando nuevas pruebas.

"Pero, señalar en el auto de decreto de pruebas la distribución de las cargas probatorias es en la práctica sumamente difícil, dado que para ese momento el juez sólo cuenta con la información que se suministra en la demanda y su contestación, la que regularmente es muy incipiente:

"Los reparos anteriores han sido controvertidos por los defensores de la teoría de las cargas dinámicas de las pruebas, con fundamento en la existencia del deber de lealtad que asiste a las partes en el proceso, el cual les obliga a suministrar todos los medios de que disponen para acreditar la veracidad de los hechos y, en consecuencia, que bien puede el juez en la sentencia hacer correr a la parte negligente con los efectos adversos de su omisión probatoria.

"Sin embargo, no es necesario modificar las reglas probatorias señaladas en la ley para hacer efectivas las consecuencias que se derivan de la violación del deber de lealtad de las partes, dado que el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, establece que el juez podrá deducir indicios de su conducta procesal.

"Así, por ejemplo, de la renuencia a suministrar la historia clínica, o hacerlo de manera incompleta, no documentar datos relevantes de la prestación médica, puede inferirse el interés de la parte de ocultar un hecho que le resulta adverso a sus intereses; como puede ser también en contra de la parte demandante, el negarse a la práctica de un examen médico con el fin de establecer la veracidad de las secuelas que hubiera podido derivarse de una intervención, o el ocultar información sobre los antecedentes congénitos, que por ejemplo, pudieran tener incidencia sobre la causa del daño aparentemente derivado de la intervención médica.

"Por eso, de manera reciente la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba judiciaria que puede construirse con las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y cl daño.

"Se acoge dicho criterio porque además de ajustarse a la normatividad vigente (art. 90 de la Constitución y 177 del Código de Procedimiento Civil), resulta más equitativa. La presunción de la falla del servicio margina del debate probatorio asuntos muy relevantes, como el de la distinción entre los hechos que pueden calificarse de omisiones, retardos o deficiencias y los que constituyen efectos de la misma enfermedad que sufra el paciente. La presunción traslada al Estado la carga de desvirtuar una presunción que falló, en una materia tan compleja, donde el alea constituye un factor inevitable y donde el paso del tiempo y las condiciones de masa (impersonales) en las que se presta el servicio en las instituciones públicas hacen muy compleja la demostración de todos los actos en los que éste se materializa.

"En efecto, no debe perderse de vista que el solo transcurso del tiempo entre el momento en que se presta el servicio y aquél en el que la entidad debe ejercer su defensa, aunado además a la imposibilidad de establecer una relación más estrecha entre los médicos y sus pacientes, hace a veces más dificil para la entidad que para el paciente acreditar las circunstancias en las que se prestó el servicio. Por eso, el énfasis debe centrarse en la exigencia institucional de llevar las historias clínicas de manera tan completa y clara que su solo estudio permita al juez, con la ayuda de peritos idóneos si es necesario establecer si hubo no responsabilidad estatal en los daños que aduzcan sufrir los pacientes como consecuencia de la prestación del servicio médico.

"La desigualdad que se presume del paciente o sus familiares para aportar la prueba de la falla, por la falta de conocimientos técnicos, o por las dificultades de acceso a la prueba, o su carencia de recursos para la práctica de un dictamen técnico, encuentran su solución en materia de responsabilidad estatal, gracias a una mejor valoración del juez de los medios probatorios que obran en el proceso, en particular la prueba indiciaria, que en esta materia es sumamente relevante, con la historia clínica y los indicios que puedan construirse de la renuencia de la entidad a aportarla o de sus deficiencias y con los dictámenes que rindan las entidades oficiales que no representan costos para las partes.

"En materia de la prueba de la existencia de fallas en la prestación del servicio valga señalar el valor de las reglas de la experiencia, como aquella que señala que en condiciones normales un daño sólo puede explicarse por las actuaciones negligentes como el olvido de objetos en el cuerpo del paciente, daños a partes del cuerpo del paciente cercanas al área de tratamiento, quemaduras con rayos infrarrojos, rotura de un diente al paciente anestesiado, fractura de mandíbula

durante la extracción de un diente, lesión de un nervio durante la aplicación de una inyección hipodérmica.

"El volver a la exigencia de la prueba de la falla del servicio, como regla general, no debe llamar a desaliento y considerarse como una actitud retrógrada. Si se observan los casos concretos, se advierte que aunque se parta del criterio teórico de la presunción de la falla del servicio, las decisiones en la generalidad, sino en todos los casos, ha estado fundado en prueba de la existencia de los errores, omisiones o negligencias que causaron daños a los pacientes"[1].

NUESTRA OPINIÓN,

i) No cabe duda, inclusive con los mismos argumentos que expone el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (Sección Tercera), que hay un desequilibrio entre las entidades prestadoras del servicio médico y las víctimas,

ii) Que frente a ésos desequilibrios, la mejor manera de hacerlos menos abruptos es estableciendo presunciones (como sucede con las actividades peligrosas), que obliga a quien la soporta por la parte pasiva, a realizar con toda la honradez una actividad probatoria que le permita desvirtuarla y por ello se muestran pruebas y se logran conclusiones que de otra forma permanecerán ocultas. La prueba indiciaria, siempre ha estado ahí, ya que en esta materia no estaba excluida y, además, se debe tener en cuenta que si se hacen ocultaciones de ciertos procedimientos, no existirá hecho base probado que permita hacer la inferencia. **Luego afirmamos que esa desigualdad que es real y que muchas veces linda con actos de proeza para aportar la prueba de la falla por la falta de conocimientos y que soportaran las víctimas y sus familiares, no desaparece con la utilización de la prueba indiciaria que siempre ha estado ahí como se dijo.**

iii) Luego sin exagerar, y sin que haya ruptura de la racionalidad, el. sustento de la presunción de la falla, para exigir la prueba de la diligencia y cuidado a los profesionales de la medicina, logra un equilibrio. Que ofrece dificultades ese manejo no cabe dudas, pero si los jueces han asumido la valoración de la prueba con el sistema

[1] Sentencia del CONSEJO DE ESTADO –Sala de lo Contencioso Administrativo–Sección Tercera. Consejera. Ponente Ruth Stella Correa Palacio. Radicación 680123310009610-01 (15.772). ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.

de las reglas de la sana crítica, que plantea grandes desafíos, no vernos porqué no pueden asumir el reto que venían asumiendo, claro que con la dificultad que supone administrar las "cargas dinámicas".

iv) Es buen ejemplo, de lo que estamos sosteniendo, el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española (transcribimos totalmente) que dice:

Carga de la prueba:

1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimará las pretensiones del actor y del reconvincente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.

2. Corresponde al actor y al demandado reconvincente 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 de la demanda y de la reconvención.

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 la eficacia de los hechos a que se refiere el apartado anterior.

4. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente.

5. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes.

6. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio. (Las negrillas son nuestras).

La anterior transcripción nos muestra que siempre habrá dificultades, para aplicar las cargas dinámicas, pero que el juez siempre ha logrado obviarlas y enriquecerlas. El Consejo de Estado debe volver por la noción de las cargas dinámicas, pero sin tanta exhuberancia como en el pasado, pero sin ser tan avaro como en el presente.

3. EL DERECHO A LA PRUEBA Y LA CARGA DE LA PRUEBA

El artículo 29 de la Constitución Política de Colombia establece que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Se lee textualmente: "a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra...". Lo anterior significa que en forma natural, sin un esfuerzo sobrehumano, la persona tiene derecho a conseguir la prueba que le permita demostrar la bondad de su pretensión.

La Corte Suprema de Justicia hablando de la simulación ha dicho:

"Por contraste, dado el sigilo en que están empecinados, procurarán que la luz no invada lo secreto, no dejar huella de su intención, abocando a los terceros a una prueba de difícil obtención, con tintes de proeza', Esa expresión de la Corte 'con tintes de proeza', no debiera ser una realidad frente al texto constitucional; sin embargo lo es; por ello en este tema de la simulación y otros como lo diremos adelante hay que hablar de **'qué hecho le queda más fácil probar a determinada parte',** para que ella desahogue la 'carga' y haga posible que el derecho a la prueba de la otra parte no sea retórica, sino realidad. Exigir **proezas,** para que una parte consiga la prueba, es negarle el derecho a la prueba".

Debe entonces reiterarse este derecho a presentar pruebas; implica igualmente el derecho a conseguirlas, todo ello dentro de las valoraciones comunitarias. Sostiene Morello: "Si la Constitución Italiana estampa corno emblema que es inherente al derecho de las partes 'defenderse probando' (art. 24), va de suyo que no se accederá a una protección judicial cabal, adecuada, eficaz, de esa garantía fundamental, si no se la desplaza de lo `rabiosamente' formal, para reacomodarla al tenor de los ostensibles cambios de la política jurídica y de lo que de ella hoy se espera, según las valoraciones comunitarias que, respecto del servicio de justicia modernamente, le está asignado al derecho de la prueba"'.

El artículo 24 de la Constitución Española dice: "... a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa..."[6].

Sentencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Mag, Pon. Dr. Rafael Romero Sierra, 11 de junio de 1991.

MORELLO M., AUGUSTO. ***La prueba. Tendencias modernas.*** Abeledo-Perrot. Buenos Aires (Argentina), 1991, pág. 15.

[6] Dice el art. 24 de la Constitución italiana: "Todos pueden actuar en juicio para la tutela de sus propios derechos e intereses legítimos.

"La defensa es un derecho inviolable en cualquier estado o fase del proceso.

"Mediante instituciones adecuadas se garantizarán a los pobres los medios para actuar y defenderse ante todas las jurisdicciones.

"La ley determinará las condiciones y los procedimientos para la reparación de los errores judiciales".

El art. 24 de la Constitución española dice: "1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

"2. Asimismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar

El derecho a la prueba significa muchas veces que a pesar de que a una parte le interesa (incumbe probar un hecho) probar un determinado hecho, la carga de demostrarlo debe soportarla la otra, **"por resultarle más fácil desahogarla".**

4. LA IGUALDAD DE LAS PARTES EN EL PROCESO Y LA CARGA DE LA PRUEBA

La reacción contra la igualdad formal permitió acuñar la frase: "Tratar como 'iguales' a sujetos que económica y socialmente están en desventaja, no es otra cosa que una ulterior forma de desigualdad y de injusticia".

Pues bien, hay otra forma de desigualdad más vedada como es la de imponer la carga de la prueba a una parte a quien le resulta muy dificil conseguirla hasta el punto que se le exige como hemos visto que realice actividades que lindan con el heroísmo para conseguirla, o las más de la veces, esa noción de carga sirve de Celestina para legitimar el triunfo de una parte que administró la astucia a fin de que a la otra le resultara imposible probar un hecho toral para el proceso.

La verdadera igualdad, en el marco de un proceso y con relación a la carga de la prueba, es la que tiene en cuenta en determinados casos, a quién le queda más fácil probar un hecho determinado, para que ella la desahogue. Esto fue lo que hizo el Consejo de Estado de Colombia, en la jurisprudencia multicitada.

Puede intuirse, en muchas contrucciones jurisprudenciales, aplicación larvada del que puede llamarse principio, de poner en cabeza de quien le queda más fácil la carga de la prueba.

Ha dicho el Consejo de Estado:

> "Cuando un agente de los cuerpos armados del Estado infiere un daño con su arma de fuego, se presume que ésta es de dotación oficial; la prueba en contrario es de cargo de la entidad demandada.
>
> "Sobre la anterior presunción se monta otra, el daño causado con arma de dotación oficial se presume cometido por una falla del servicio; es lo que se ha denominado el régimen de la falla presunta" [7].

---

los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

"La ley regalará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos".

Sentencia de abril 21 de 1994. Expediente 6.991. Consejero Ponente Dr. Juan de Dios Montes Hernández.

Obsérvese el siguiente caso concreto:

"Cuando una gran empresa tiene un sistema centralizado en ordenador de todas las operaciones *y* es demandada por un pequeño suministrador, cuyo único documento y prueba es un albarán que dice firmado por un ex empleado de aquélla que se encuentra ilocalizable, si aplicáramos los criterios anteriores y la gran empresa se hubiera limitado a negar la recepción de la mercancía, tendríamos que llegar normalmente a la absolución de la demanda por falta de pruebas. El criterio de la facilidad supondría, en este caso, que sería muy sencillo para la demandada no limitarse a negar y a adoptar una actitud procesal negativa, sino actuar positivamente presentando la 'sábana' diaria del ordenador para acreditar que en aquel día no se realizó esa operación. Si para la empresa demandada es más fácil que la del demandante realizar contra prueba, *a* ella debe incumbirle la carga"[8].

La Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en cierta forma ha dejado entrever un respaldo al criterio de que la prueba debe ser suministrada en determinados casos por la parte a quien le queda más fácil, en efecto en una acción de tutela dijo:

"Secundariza los derechos fundamentales y excluye criterios de dinámica probatoria que abogan por un delicado equilibrio de la carga habida consideración de la posibilidad *y* facilidad probatoria"[9].

5. LA LEALTAD Y LA CARGA DE LA PRUEBA

Lealtad significa: "Que guarda a las personas o cosas la debida fidelidad".

La lealtad con el proceso es permitir y ayudar para que la sentencia que se dicte a fin de resolver el asunto, se construya sobre la verdad.

La Corte Suprema de Justicia de Colombia ha dicho:

"Para ello es conveniente recordar que los procedimientos, ya judiciales, ora administrativos, sólo se justifican en la medida en que constituyan un instrumento idóneo para la búsqueda de la verdad, porque ésta corresponde a un principio de justicia que legitima las instituciones y purifica la democracia. La crisis de la justicia, entendida como órgano del Estado, dimana del fracaso en la averiguación de la verdad, al aparejar iniquidad:s, impunidad, ineficacia y desorden".

MONTERO AROCA, JUAN. ORTELLIS RAMOS, MANUEL. GÓMEZ COLOMBER, JUAN LUIS. *Derecho jurisdiccional, Proceso civil.* Torno 11, 2' edición, Librería Bosch, Barcelona (España), 1989, pág. 221.

[9] Sentencia de Tutela, 4 de mayo de 1999. Expediente 6.206. Mag. Pon. Dr. José Fernando Ramírez Gómez.

[8] Sentencia de Tutela, ya citada de mayo 4 de 1999. Expediente 6.208. Mag. Pon. Dr. José. Fernando Ramírez Gómez.

El artículo 83 de la Constitución Política de Colombia establece: "Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas".

Por su parte, el art. 71 del Código de Procedimiento Civil, que se encuentra titulado **"Deberes de las partes y sus apoderados"** regla en el numeral 1: `Proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos'.

Es entonces un deber de las partes obrar con lealtad. Esto supone confiar en la lealtad de la otra parte, y al contrario. Esa lealtad —creencia-deber- permite que el juez aplique la noción de carga de la prueba en determinados casos residenciándola en la parte a quien le resulta más fácil y con menor desgaste suministrarla.

6. BREVE HISTORIA IDEOLÓGICA DE LA CARGA DE LA PRUEBA

La naturaleza de la presente obra no permite hacer una historia completa de la carga de la prueba, pero sí encontrar la ideología que justificó en un momento dado ciertas posiciones:

1. La ideología liberal informó la redacción del artículo 177 del C. de P.C. que regla: **"Carga de la prueba.** Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

"Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba".

Obsérvese cómo se hace objetiva la ideología liberal que anida la norma transcrita:

A la parte se le recomienda (pero ella tiene necesidad) que pruebe el hecho que sirve de sustento a la norma que invoca como fundamento de su pretensión, de su excepción y en general de su defensa. Casi que explicada la norma, pareciera decir: "no se exceda en hacer aportes que muestren la verdad, si esta no le conviene para el despacho de su aspiración". Esta manera de entender la carga de la prueba obedece a un rabioso egoísmo a que conduce la ideología liberal, cuando no se armoniza con criterios de solidaridad.

Estamos de acuerdo con Morello, la norma transcrita permite resguardar el egoísmo, el individualismo y porqué no, la astucia. Si no se interpreta bien, pareciera decir: "Usted, litigante dedíquese a probar lo que le interesa. Sea cauto y no pruebe más que lo que le incumbe. Guarde silencios

prudenciales. Administre las omisiones y las dificultades probatorias en su propio beneficio, etc. Esta interpretación no se diferencia en nada de la que surgió de la época del duelo judicial, mirado literalmente".

Si reclamamos legitimidad para el proceso judicial, fundados en la racionalidad de la sentencia, no parece hoy en día que se pueda fundar en la administración de los silencios, argucias y sobre todo del individualismo y del egoísmo de una parte.

Se hace necesario interpretar la norma de la carga de la prueba, con el principio de solidaridad que, como dice Morello: "Obliga —dicho esto en su sabor propio dentro del cuadrante del proceso, es decir, como carga técnica de un más acentuado rigor— a aquella parte que se encuentra en mejores condiciones de suministrar la prueba"[11].

2. El art. 1° de la Constitución Política de Colombia hace referencia a la **solidaridad de las personas que la integran** (se refiere a la República).

Pues bien, el servicio público de administrar justicia, en parte se sustenta en la solidaridad de las partes, para que surja en forma palpable la verdad. Por ello debe imponerse, en determinados casos que suponen una gran dificultad probatoria, que sea la parte a quien le resulta más fácil la prueba, como ya se dijo, desahogarla, sin tener en cuenta si es el supuesto o no de su pretensión, etc.[12].

[11] Oh. citada, pág. 58.

[12] Dice el proyecto de Código de Procedimiento Civil - Provincia de Buenos Aires, lo siguiente:

"Art. 366 (Carga de la prueba - Deberes del juez). Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Si la ley extranjera e invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez deberá investigar su existencia, *y* aplicarla a la relación jurídica materia del litigio.

"En los casos en que el interés comprometido lo requiera, por su gravedad, tutela especial o prioritaria, los jueces dispondrán de amplios poderes de investigación, sin perjuicio del respeto al principio de contradicción y de los propios del debido proceso legal".

Las directivas para el juez contenidas en esta norma se adecuarán, asimismo, a una mayor exigencia del deber de colaboración de las partes, según les sea a éstas más cómodo aportar las evidencias o esclarecer las circunstancias de los hechos controvertidos o si, por razón de la habitualidad, especialización u otras condiciones, la atención de la carga ha de entenderse que es a esa parte a quien corresponde, según las particularidades del caso.

La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del Tribunal, ni a la apreciación, conforme con las reglas de la sana crítica, de las omisiones, deficiencias de la prueba, o ausencia de la colaboración debida,

7, PUEDE EL JUEZ EXIGIR QUE UNA PARTE COLABORE PARA AVERIGUAR UN HECHO, AUN CUANDO NO SEA EL SUPUESTO DE SU PRETENSIÓN, EXCEPCIÓN O DE SU DEFENSA EN GENERAL

No solamente el juez civil colombiano tiene la facultad-deber de decretar pruebas de oficio para esclarecer la verdad de los hechos objeto de la controversia, sino que además puede exigir que una determinada parte colabore de una manera especial para el esclarecimiento de los mismos, por ejemplo, en aquellos casos de: simulación, fraude, vicios del consentimiento, responsabilidad médica, responsabilidad en general de los profesionales, etc.

El artículo 71, al reglar los deberes de las partes y sus apoderados, en el numeral primero dice: **Proceder con lealtad** y **buena fe en todos sus actos.**

Lealtad: Según el diccionario de autoridades, viene del latín legalitas, atis, cumplimiento de lo que exigen las leyes de fidelidad y las del honor y hombría de bien. Legalidad, verdad, realidad.

La lealtad y buena fe, ambas apuntan a la consecución de la verdad en el proceso; y si esa lealtad y buena fe son deberes, pueden ser exigidos por el juez para conseguir el fin indicado.

8. PRUEBA DE DIFÍCIL OBTENCIÓN, CON TINTES DE PROEZA

Como lo hemos dicho, cuando estarnos frente a pruebas de dificil obtención a cargo de una parte, que para lograrla tiene que realizar proezas, tenernos que imponer la carga a quien le queda más fácil. En efecto, dice la Corte Suprema de Justicia en un caso de simulación: "... Por contraste, dado el sigilo en que están empecinados, procurarán que la luz no invada lo secreto, no dejar huella de su intención, abocando a los terceros a una prueba de di ícil obtención, con tintes de proeza. De ahí que acudan, lo más, a la prueba judiciaria, **como única vía para satisfacer la carga probatoria que de cualquier manera pesa sobre sus hombros; verdaderamente, con todo y que son terceros, están en el** deber **de aducir la prueba con que** pręten **infirmar lo que se presume:**

El juez o tribunal indicarán, concretamente, en cuáles medios de prueba relevantes o de significación fundan principalmente su decisión.

A -falta de reglas generales expresas, el juez o Tribunal aplicarán las de la experiencia común extraídas de su propia cultura, conocimiento y observación de lo que normalmente acaece.

Los jueces o tribunales deberán obrar de manera activa a fin de acceder a la verdad jurídica material y al debido esclarecimiento de la causa.

la seriedad y sinceridad con que se conducen los sujetos de derechos. Necesidades de interés social así lo reclaman" (el subrayado es nuestro)[13].

De conformidad con la cita anterior tenemos:

A) Que la Corte reconoce la dificultad para probar la simulación, porque se trata de infirmar lo que se presume: **"la seriedad y sinceridad con que se conducen los sujetos de derechos".**

B) Y que con todo, ser terceros, están en el deber de aducir la prueba para probar la simulación.

En este caso que sirve de ejemplo: No cabe duda que a quienes les queda más fácil probar que el negocio fue real es a los contratantes y no a los terceros acreedores, o herederos, etc. No cabe la menor duda que si se celebra un negocio realmente y se paga el precio, a los contratantes, es decir, al vendedor y comprador les quedará mucho más fácil que a cualquier otro probar el pago del precio y en qué forma se hizo y cuándo se hizo. Ellos fueron protagonistas, y eso muestra la facilidad que tienen, si realmente el negocio se celebró, de probar la seriedad del mismo.

En el ejemplo anterior no estamos siendo arbitrarios, sino que utilizamos las reglas de la experiencia que nos muestran esa facilidad.

Como de antemano la jurisprudencia y la doctrina han venido señalando criterios, que podríamos llamar generales, sobre las dificultades probatorias en algunos procesos, el juez en estos casos debe ser muy acucioso para que se investigue la verdad. Por ello en el ejemplo que hemos utilizado, puede en la audiencia del art. 101 cumplir con el deber de interrogar sobre todo a los demandados sobre cómo se pagó el precio, etc., y solicitar los documentos y demás pruebas a quienes supuestamente celebraron un negocio serio, todo ello con el fin de averiguar la verdad. Si se responde, por ejemplo, que el dinero con el cual se pagó el precio lo tenía en el banco, el juez podrá solicitarle que aporte los extractos de los últimos meses y así sucesivamente, todo con sustento en el hecho de que si realmente se celebró el negocio, á esa parte le queda más fácil la prueba, por lo menos de los hechos que hemos utilizado corno ejemplo, lo cual permite su generalización para los demás casos ya nombrados.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 11 de junio de 1991. Mag. Pon. Dr. Rafael Romero Sierra. *Jurisprudencia y Doctrina.* Tomo XX. No. 236. Agosto de 1991, Bogotá (Colombia), pág. 651.

El juez, cuando encuentre que determinada parte le queda más fácil probar determinado hecho, puede utilizar el expediente de llamarlo de oficio a interrogatorio, y según las respuestas, exigirle presentación de pruebas o exigirle explicaciones para facilitar el acceso a la prueba, todo con base en lo explicado anteriormente,

9. QUÉ ES CARGA DE LA PRUEBA Y PARA QUÉ SIRVE

La carga de la prueba es una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos.

Utilizamos la palabra autorresponsabilidad para significar que no es la carga una obligación ni un deber, por no existir sujeto o entidad legitimada para exigir su cumplimiento. Tiene necesidad que aparezca probado el hecho la parte que soporta la carga, pero su prueba puede lograrse por la actividad oficiosa del juez o de la contraparte. Por ello se dice: **"La jurisprudencia española lo ha entendido correctamente al estimar que la doctrina de los onus probandi tiene el alcance principal de señalar las consecuencias de la falta de** prueba"[14].

La necesidad surge de la representación que hace la parte, de conseguir un resultado adverso si un determinado hecho no aparece probado. En la simulación, por ejemplo, el que demanda tiene interés que aparezca probado el no pago del precio. No es esa parte libre, porque tiene una necesidad de que el hecho aparezca probado, pero no que necesariamente ella tenga que probarlo como ya lo hemos indicado. Pero en todo caso no hay libertad, porque hay necesidad y ésta la niega.

Quien prepara la demanda, sabe de antemano cuáles hechos le interesa que aparezcan demostrados en el proceso y, por tanto, sabe de la necesidad que aparezcan demostrados.

La carga de la prueba le permite al juez fallar, cuando el hecho no aparece demostrado, en contra de quien la incumplió.

El juez debe procurar, con el decreto oficioso de pruebas, investigar los hechos; pero si ello no es posible, por inercia de la parte a quien le interesaba

[14] MONTERO AROCA, JUAN y otros. Obra cit., pág. 218.

que el hecho apareciera demostrado, debe utilizar el sucedáneo de prueba y aplicar la regla de la carga.

Ejemplo: La señora A demanda al señor B (su legítimo esposo), en proceso de separación de cuerpos.

Causal: Los ultrajes y malos tratos, de parte del demandado, han hecho imposible la paz y el sosiego domésticos. Inclusive en varias ocasiones le ha causado lesiones en el cuerpo y la ha amenazado de muerte, tanto que teme por su vida; que debido a las continuas peleas y al miedo tuvo que acudir a la comisaría.

La señora, al formular su demanda, sabe que los hechos que alegó como causal, son los que le interesa que aparezcan acreditados y que necesita de ello para triunfar en el proceso, es decir, para que el juez dé aplicación al numeral 3 del art. 154 del C.C., en concordancia con el 165 del mismo.

A no probó los hechos que alegó. Si no existiera el sucedáneo de prueba: la carga de la prueba, el juez tendría que dictar sentencia **non liquet** (no resolver), pero como ello no es posible, y si por lo demás no encuentra la prueba de los hechos, se pregunta ¿Quién soportaba la carga de probarlos? Respuesta: La señora A. Como no los probó, la sanción consiste en la pérdida del proceso.

La jurisprudencia ha dicho que si el interesado en suministrar la prueba no lo hace, o la allega imperfecta, se descuida o equivoca en su papel de probador, necesariamente ha de esperar un resultado adverso a sus pretensiones.

10. NORMAS SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA EN COLOMBIA

El art. 1757 del C.C. que se aplica a obligaciones y que regla: **"Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta".**

El art. 177 del C. de P.C., pero con las observaciones que se hicieron cuando para conseguir la prueba que soporta su carga tiene que realizar actividades que lindan con proezas,

11. EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

La pregunta a formular es: ¿en materia penal es aplicable el concepto de carga de la prueba?

11.1. CONCEPTO DE DEVIS ECHANDÍA

Dice el tratadista: "En materia penal, como hemos dicho, la regla sobre la carga de la prueba tiene aplicación, aunque se sustituye, en lo fundamental,

por el principio **in dubio pro reo,** conforme al cual debe absolverse al procesado si no existe plena prueba que demuestre su responsabilidad y por tanto también de la existencia del hecho ilícito, la cual corre a cargo del Estado (representado por el juez en el sistema nuestro por el Ministerio Público en el sistema acusatorio de otros países) y de la parte civil, y también cuando haya duda respecto al derecho sustancial.

Este principio, y por tanto la regla sobre la carga de la prueba, están consagrados en el artículo 234 del C. de P.P. Pero el procesado tiene interés en que aparezca en el proceso la prueba de los hechos atenuantes o exculpativos de su responsabilidad, por lo cual debe colaborar en su práctica, aunque en principio tanto el juez como el Ministerio Público tienen el deber procesal de procurar que esas pruebas lleguen al proceso, pues les corresponde investigar tanto los aspectos desfavorables como los favorables al procesado. Por esto puede decirse que la regla sobre la carga de la prueba tiene cierta relativa aplicación a cargo del procesado; porque sufre las consecuencias adversas de la falta de esas pruebas, si el hecho ilícito y su autoría se encuentran plenamente demostrados'.

No creemos que el artículo 232 del C. de P.P. consagre la noción de carga de la prueba en esta materia. Esta disposición establece que no se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba (legalmente producida, expresa el art. 232 del mismo ordenamiento) que conduzca a la certeza del hecho punible y de la responsabilidad del sindicado.

11.2. CONCEPTO DE GIOVANNI LEONE

"De la presunción de inocencia del imputado se puede hablar en dos sentidos:

"A) En relación con el terna de las pruebas; *y* B) En relación con el status del imputado.

"En relación con el terna de las pruebas, la presunción de inocencia sirve para llevarnos de nuevo aun principio que circula en todo el proceso; el principio del favor libertatis, en virtud del cual todas las normas restrictivas de la libertad no pueden constituir objeto de aplicación analógica. En lo que más particularmente concierne al sistema probatorio, se concreta dicho principio en

[15] DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Compendio de...* Cit., pág. 163. (El art. 215 del C. de P.P. es actualmente el art. 247).

la máxima 'in dubio pro reo', que no sólo da lugar a una de las fórmulas de absolución (insuficiencia de pruebas), sino que alimenta toda la indagación judicial penal. Una aplicación de la máxima **in dubio pro reo** puede encontrarse en el caso de exclusión del delito o de la punibilidad, que se aplican también en caso de duda (en el sentido que se concretará más adelante).

"A ese significado se referían, evidentemente, los escritores del tiempo medio, cuando afirmaban: **innocens praesumitur cuius innocentia non probatur** (se presume inocente aquél de quien no se prueba la inocencia)".

Al Status del imputado se refirió, en cambio, la XIII Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, cuando anunció: **"Debiéndose presumir inocente a todo hombre mientras no se le haya declarado culpable, si su arresto es declarado indispensable, debe ser severamente reprimido por la ley con todo rigor, fuera del necesario para asegurarse de su persona",** Inclusive, como el mismo autor lo sostiene, ni siquiera el régimen fascista se atrevió a desconocer la presunción de inocencia, sino que consideró, como lo estudiaremos adelante, que era un concepto inútil ya que, según decía, mientras se adelanta el proceso, la persona ni es culpable ni es inocente.

En la relación del proyecto de Código de 1930 se dijo: "Sagrado e inviolable sin duda el derecho de defensa, cierto e indiscutible el principio de que al imputado no se le puede considerar culpable antes de la sentencia irrevocable de condena; pero que se lo haya de conceptuar inocente mientras se procede contra él por serle imputable el delito, es una tal enormidad, una tan patente inversión del sentido lógico y jurídico, que no se puede admitir ni aun como forma retórica. Mientras hay un proceso en curso, no hay ni culpable ni inocente sino únicamente indiciado; solo en el momento en que recaiga en la sentencia se sabrá si el indiciado es culpable o inocente"[16].

11.3, OPINIÓN DE GIAN ANTONIO MICHELI

Considera este autor **"fracasada la tentativa de transportar al proceso penal la noción de carga de la prueba",**

La carga, según él, no la puede soportar el juez (penal), ya que éste no está obligado a seguir determinado comportamiento al objeto de **"evitar consecuencias** desfavorables". Otros, según el mismo tratadista, hablan de la carga de la prueba, que incumbiría a la acusación pública. Sin embargo,

[16] LEONE, GIOVANNI. *Tratado de...* Ob. citada, pág. 464.

éste dice: "Limitándome por ahora al Ministerio Público, no creo que el problema pueda plantearse últimamente, si no se pone de relieve preliminarmente que el poder del órgano de la acusación pública está vinculado a un deber, inherente al oficio revestido. En el curso del proceso, verdaderamente, el Ministerio Público tiene solamente poderes, puesto que el deber no es propiamente procesal, sino de naturaleza administrativa, dependiendo de su cualidad de funcionario público".

Más adelante agrega: "Es que en este último proceso la carga no tiene la eficacia de estímulo de la actividad de las partes, puesto que no puede decirse que el Ministerio Público sea titular de un interés interno en antagonismo con el del imputado; creo, en efecto, que no se puede decir nunca que el órgano de la acusación pública resulta vencido, porque el interés de la sociedad está en el castigo del culpable y en la represión del delito precisamente en cuanto exista un delito y, por consiguiente, un culpable".

11.4. NUESTRO CONCEPTO

Consideramos que la introducción del concepto de carga de la prueba, es contrario a la organización del proceso penal y no solo eso, sino peligroso para los asociados.

Cuando quiera que el sistema que informe a un Código de Procedimiento Penal sea el inquisitivo, no podrá decirse que el juez resulta estimulado por la carga de la prueba para ganar el proceso, y ni siquiera para que la sentencia le resulte como lo previó en el auto de llamamiento a juicio, ya que, de ser cierto esto, estada delinquiendo. Si el Código está informado por el sistema acusatorio o es un sistema mixto con tendencia acusatoria, no podría afirmarse que la fiscalía resulte estimulada por la carga de la prueba para demostrar determinados hechos que, de no aparecer probados, le causarían perjuicio procesal a esa parte. La actividad de mal o descuidado probador, no la sufre la fiscalía, como sí la parte en el proceso civil. Cuando en materia civil existe duda sobre la existencia de un hecho, el juez recurre al sucedáneo de la prueba: la carga; en cambio, en materia penal, la duda la resuelve a favor del reo. ¿De dónde, entonces, puede salir la aplicación de la carga de la prueba en Materia penal?

Reiteramos nuestra afirmación: es muy peligroso para los asociados el introducir el concepto de carga de la prueba en lo penal. Es mejor hablar de la presunción de inocencia, y mientras en el proceso no se demuestre la responsabilidad de la persona, ésta es inocente, sin que soporte ninguna carga, lo que no impide, y a veces con calidad de exigencia, que colabore para esclarecer los hechos.

En razón de lo dicho, es inadecuada la redacción del inciso 2 del art. 234 del C. de P.P., el cual es del siguiente tenor: "Durante la actuación, la carga de la prueba de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado corresponde a la fiscalía".

Y es inadecuada, porque la palabra 'carga' no se utilizó con todo lo que ella significa, sino simplemente para indicar que debe existir un trabajo de la fiscalía en el sentido indicado.

En el sistema acusatorio de la Ley 906 de 2004, otro es el criterio sobre la carga de la prueba.

12. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

12.1. TEXTO CONSTITUCIONAL

El inciso 4 del art. 29 de la Constitución Nacional establece: "Toda persona se presume inocente mientras no se haya declarado judicialmente culpable".

Está consagrado en nuestra Constitución como un derecho fundamental.

12.2. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA "DECLARACIÓN DE DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO"

La declaración de derechos francesa viene a cristalizar las ideas defendidas por los pensadores de la ilustración.

En el año de 1764, César Beccaria, publica su libro *De los delitos y de las penas,* que recoge todo lo que pensaba sobre tan delicado tema. "Parte en su libro de una visión muy crítica del proceso de tipo inquisitivo, dentro del cual, el imputado es tratado como culpable de tal manera, que si quiere eludir la condena, se verá en la necesidad de probar su inocencia"[17].

No acepta Beccaria que a una persona se le pueda tener como culpable sin haberse establecido la misma[18].

[17] VEGAS TORRES, JAIME. ***Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal.*** Editorial La Ley, Madrid (España), 1993, pág. 15, número 2.

[18] Escribe BECCARIA: "... Una crueldad consagrada por el uso en casi todas las naciones es la tortura del reo mientras se forma el proceso, ya para obligarle a confesar un delito, ya por las contradicciones en que incurra, ya para el descubrimiento de los cómplices, ya porque no sé qué metafisica e incomprensible purgación de infamia, ya finalmente por otros delitos de que podría ser autor, pero de los que no es acusado".

De cara al terna que nos ocupa, el libro de Beccaria causó un profundo impacto en toda Europa. Sus planteamientos ejercieron gran influencia. El filósofo Voltaire, igual que Beccaria, consideraba "que el proceso penal de tipo inquisitivo trataba al inculpado como si hubiera sido juzgado culpable".

"De la misma manera, el filósofo francés ve en el tormento y en la prisión provisional las dos más importantes manifestaciones del fenómeno consistente en tratar al inculpado como si ya se hubiera declarado su culpabilidad. Voltaire recoge el argumento de Beccaria según el cual, el tormento es rechazable, porque supone la imposición de una terrible pena a quien todavía no ha sido declarado culpable. También Voltaire concibe la prisión provisional como pena anticipada y reclama que se reduzcan al mínimo sus rigores'. Todo el ambiente creado por la obra de Beccaria, inclusive obligó a la Monarquía a realizar reformas y Luis XVI suprime el empleo del tormento en el año de 1780. En 1788, un edicto aborda una reforma urgente del procedimiento criminal".

La Revolución Francesa culmina el empuje iniciado con anterioridad y sobre todo enriquecido por los pensadores de la ilustración. En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en el art. IX, se hace referencia expresa a la presunción de inocencia.

12.3. LAS ESCUELAS ITALIANAS EN TORNO AL MISMO

El artículo 27.2. de la Constitución Italiana, reza: "I' imputato non é considerado colpevole sino alla condanna definitiva".

No hay, en la frase transcrita, una referencia expresa á la presunción de inocencia.

Es necesario, para mostrar toda la importancia de la presunción, hacer un buceo con algún detenimiento en las Escuelas Penales. Procederemos a ello:

"Un hombre no puede llamarse reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando está decidido que él ha violado los pactos con que dicha protección le fue acordada. ¿Cuál es, por tanto, sino el derecho de la fuerza, el que le da a un juez la potestad de aplicar una pena a un ciudadano mientras se duda si será reo o inocente? No es nuevo este dilema: o el delito es cierto o incierto: si es cierto, no le corresponde más pena que la establecida por las leyes, y son inútiles los tormentos porque es inútil la confesión del reo; si es incierto no se debe atormentar a un inocente, porque tal es según las leyes un hombre cuyos delitos no se han probado. (Capítulo XII, de *El tormento*. Versión castellana por Pascal Vincent. Madrid, 1879, pág. 71)". VEGAS TORRES, JAIME. Ob. citada, pág. 18.

VEGAS TORRES, JAIME. Ob. citada, pág. 18.

123.1, Escuela clásica

Giovanni Carmignani sostiene que "corno los juicios públicos tienen por objeto que se inflijan las penas establecidas en la ley, no debe existir mayor arbitrio para el que juzga. Al establecer las formas el legislador debe con ellas tratar de proteger más la inocencia que la represión del delito. Se debe tener más en cuenta la defensa de la inocencia que el castigo del delito"[21].

12.12. Carrara

El planteamiento de Carmignani logra mayor desarrollo con Carrara, con el planteamiento llamado 'dualista'. Castigar a los delincuentes, por un lado, y evitar que sean castigados los inocentes, por otro.

Carrara amplía en forma fundamental el campo de acción de la presunción de inocencia. La presunción de inocencia se convierte "en un principio. estructurador que extiende su eficacia sobre el proceso penal en su conjunto. Todo el proceso penal se pone al servicio de la presunción de inocencia". En efecto dice Carraca:

> "El procedimiento penal tiene como impulso y fundamento una sospecha; una sospecha que, al anunciarse que se ha consumado un delito, designa verosímilmente a un individuo como autor o partícipe de él; y de este modo autoriza a los funcionarios de la acusación a adelantar investigaciones para la comprobación del hecho material, y para dirigir sus averiguaciones contra ese individuo.
>
> "Pero frente a esta sospecha se alza en favor del acusado la presunción de inocencia que asiste a todo ciudadano; y esta presunción se toma de la ciencia

[21] CARMIGNANI, GIOVANNI. *Elementos de derecho criminal.* Editorial Temis, 1979, Bogotá (Colombia), pág. 180.
En el título 11. Naturaleza de los Juicios Criminales. Consecuencias generales de la definición de juicios públicos. "Los juicios públicos tienen por objeto el que se inflija la sola pena conminada por la ley. Por lo cual se necesita que los juicios criminales sean de tal naturaleza, que concedan el menor arbitrio posible a quien debe juzgar. Puesto que el fin de los juicios públicos es descubrir no solo los delitos sino también la inocencia, conviene que el legislador, al establecer los métodos, no conceda más a la represión del delito que a la protección de la inocencia. Al contrario, puesto que los derechos naturales, en lo que no toca con el orden esencial de la sociedad, prevalecen con mucho sobre los derechos políticos, se debe en todos los casos tener más en cuenta la defensa de la inocencia que el castigo del delito. La base de los juicios públicos es la imputación criminal, y como está es un juicio alrededor de cosa de hecho, los juicios criminales, para que correspondan plenamente a su objeto, deben admitir solo aquellas clases de prueba aptas para suministrar un criterio de verdad histórica".

penal, que de ella ha hecho su bandera, para oponerla al acusador y al investigador, no con el fin de detener sus actividades en su legítimo curso, sino con el objeto de restringir su acción, encadenándola a una serie de preceptos que sirvan de freno al arbitrio, de obstáculo al error, y, por consiguiente, de protección a aquel individuo.

"Este es el fin del procedimiento penal, que constituye el objeto de la segunda - parte de la ciencia penal. Pero el postulado del cual parte la ciencia en esta segunda serie de estudios, es la presunción de inocencia, que es como quien dice la negación de la culpa. Ella, como en la primera parte, no le permite a la autoridad que esté ante un culpable; ya no dice: 'protejo a este culpable para que no lo castiguéis más allá de la justa medida, violando los principios y criterios que ha establecido sobre dogmas racionales, para determinar esa medida'. Aquí la ciencia dice lo contrario, y con frente levantada afirma: 'protejo a este hombre porque es inocente, y como tal lo proclamo mientras no hayáis probado su culpabilidad; y esta culpabilidad debéis probarla en los modos y con las formalidades que yo os prescribo y que vosotros debéis respetar, porque también proceden de dogmas racionales absolutos' (las negrillas son nuestras). "Es tan evidente como real esta antítesis de las dos situaciones en que se encuentra la doctrina criminal con respecto a esas dos partes de sus elucubraciones. Cuando prescribe estricta adhesión a la competencia; leal, completa y oportuna intimación de los cargos; moderación en la custodia preventiva; plenitud de prueba; prudencia en cuanto a la veracidad de los testigos; condiciones para la legalidad de las confesiones; exclusión de toda sugerencia, de todo fraude, de todo artificio doloso que pueda darle a lo falso aspecto de verdad; crítica imparcial en la apreciación de los indicios; libérrimo campo para el ejercicio de la defensa; amplio trato para los abogados; formas sacramentales para la sentencia; - recursos de apelación y de revisión; en una palabra, cuando prescribe todo cuanto ella ordena como condición absoluta para la legitimidad del procedimiento y del juicio, no pronuncia sino estas solas palabras: 'haced esto, porque el hombre de quien vosotros sospecháis es inocente, y no podéis negarle su inocencia mientras no hayais demostrado su culpabilidad, y no podéis llegar a esa demostración, si no marcháis por el camino que os señalo' " [22] (las negrillas son nuestras).

[22] CARRARA, FRANCESCO. ***Opúsculos de** derecho criminal.* Vol. V, 2ª edición revisada. Editorial Temis, Librería. Bogotá-Colombia. 1980, ersión al castellano de JOSÉ J. ORTEGA TORRES y JORGE GUERRERO.

Y agrega Carrara:

"El procedimiento penal es, pues, la salvaguardia de los hombres de bien; y la ciencia penal en esta parte ejerce la protección de los hombres honrados. Y esta segunda proposición es incontrastable. No vale decir que de las protecciones de la inocencia pueden sacar provecho a veces aun los culpables. Es esta una frívola objeción frente a mi tesis, porque esta circunstancia no cambia el fin de la institución, lo mismo que cuando, por un error judicial, se verifica la condena de un inocente y una teoría del derecho penal surge en beneficio de este, no se cambia el

A título simplemente de pincelada (sólo con relación a determinadas pruebas) podemos extractar de los anteriores planteamientos de Carrara, que para que se pueda hablar de haber sido desvirtuada la presunción de inocencia se requiere:

A) Leal, completa y oportuna intimación de los cargos. Es decir, mostrados los cargos de tal manera, que la persona pueda orientar toda su actividad probatoria sin incertidumbre, y sin recurrir a adivinanzas.

B) Plenitud de prueba. Todo lo que se enrostra debe aparecer probado, y no intuido, sospechado, etc.

C) Prudencia en la veracidad de los testigos. Es decir un juicioso y aplicado estudio de los testimonios.

---

fin de la institución ni se autoriza a negar que la doctrina, pongamos por ejemplo, de la edad, del ímpetu o de la cantidad de delitos esté dirigida a la protección de los delincuentes.

Creo, pues, ciertísimas las dos proposiciones que he expuesto:

"La metafísica del derecho penal propiamente dicho está destinada a proteger a los culpables contra los excesos de la autoridad pública; la metafísica del derecho procesal tiene por misión proteger a todos los ciudadanos inocentes y honrados contra los abusos y los errores de la autoridad.

Pero ¿cuál es la utilidad que se saca de estas, mis observaciones? ¿Son acaso puramente especulativas, o conducen a conclusiones prácticas e importantes? Si esto no fuera así, carecería de toda utilidad mi discurso. Mas de lo dicho hasta aquí se derivan conclusiones prácticas, ...".

Y más adelante agrega algo que debe ser reflexionado en Colombia por aquellos que defienden justicias secretas. Que siempre han sido el nido de la corrupción y de la violencia.

"Los testigos sin rostro son una verdadera vergüenza. Hay que proteger a los testigos en otra forma. No se nos diga, que porque en otros países los han utilizado, eso es bueno para Colombia; quienes así piensan no tienen un concepto claro del contenido ideológico de un procedimiento penal democrático".

Veamos que dice Carrara:

"Niego, pues, abiertamente que pueda llamarse protectores del delito o de los delincuentes a los defensores de las libertades civiles que arremeten contra, l empleo inútil e insensato de la detención preventiva, contra la mala fe y contra el fanatismo de los investigadores; contra las viles artes policíacas, disfrazadas de formalidades procesales y saludadas como prodigios de crítica judicial; contra los testigos anónimos u ocultos entre bambalinas, o contra los testimonios pagados o recogidos sin suficientes precauciones; contra las confesiones arrancadas mediante engaño o felonía, o mediante torturas malignamente prolongadas en los calabozos; contra las coartaciones de la defensa, o contra una defensa mutilada, atormentada, perseguida, o tardíamente concedida; contra las infamias de los confidentes y de los delatores premiados; contra la infidelidad de las actas; contra la falta de control de la investigación y la falta de sanciones suficientes que protejan la observancia sacramental del procedimiento; en una palabra, contra toda esa selva salvaje de vejámenes y de sistemas tiránicos, que sin hacer más cierto el castigo de los delincuentes, exponen a los hombres de bien a perennes molestias y a tremendos peligros".

D) Condiciones, para que se pueda hablar de una confesión legal.

E) Crítica imparcial en la apreciación de los indicios. El hecho (base) debe afectar al funcionario, hasta el punto que el hecho mismo imponga, en forma natural, la regla de la experiencia, que permita desplazar la racionalidad de aquel del hecho probado (base) al hecho mostrado que es el que realmente interesa para la investigación. Si el funcionario, por torpeza o mala fe, va al encuentro del hecho (base) a impregnarle subjetividades, le quitará o agregará colorido al indicio y reinará la subjetividad (parcializada) en vez de la objetividad (imparcialidad), de tal manera que un indicio que es grave en su objetividad, será presentado como leve (por la subjetividad errónea o de mala fe) y viceversa.

12.3.3. Ferri

Ferri sostiene" que así corno desde Beccaria se han disminuido las penas como reacción "contra la severidad empírica y exagerada de las represiones de la Edad Media", igualmente el procedimiento penal de nuestro siglo se ha caracterizado por arremeter contra los abusos del sistema inquisitorial de la Edad Media "en la dirección de un aumento incesante de las garantías individuales contra el poder social",

Afirma que se ha exagerado en la defensa de los derechos del individuo en perjuicio de la defensa social". Dice también que la presunción de inocencia y con ella la regla general —**in dubio pro reo**— tiene un fondo de verdad y hasta es obligatoria "cuando se trata del período preparatorio del juicio, o sea

[23] FERRI. *Sociología criminal.* Madrid, Centro Editorial de Góngora, tomo 2, págs. 193 y 194.

[24] Y en este caso, del propio modo que el derecho penal, aceptando de lleno los progresos realizados por la Escuela Clásica en la fijación de los límites del equilibrio entre el individuo y la sociedad, creemos, sin embargo, preciso borrar las exageraciones, poco razonables y contrarias a la necesidad suprema de la defensa social; en el procedimiento penal, afirmando como conquistas irrevocables de la libertad individual las justas garantías aseguradas por el predominio del sistema acusatorio en la organización judicial, estimamos necesario no obstante cumplir de nuevo nuestra misión de equilibrio entre los derechos del individuo y los de la sociedad, poniendo coto a inaceptables exageraciones; estas proceden de que la escuela clásica no ha distinguido la criminalidad atávica de la evolutiva, llevando por tanto al juicio de todas las formas de delicuencia de extensión de este individualismo.

del procedimiento de instrucción, y no existen todavía contra el que es objeto de información más que simples **suposiciones** o indicios".

La presunción de inocencia tiene una base positiva innegable: "Esta presunción, derivada de la necesidad de considerar a todo ciudadano como honrado mientras no se pruebe lo contrario, goza por ello de una base positiva incontestable (comprendiendo entre ellos a los que no son descubiertos), no son más que una escasa minoría en comparación con el número total de gente honrada".

La presunción debe "valer sólo en que lo que se refiere a la prueba material del hecho perseguido, para la responsabilidad física del procesado que niega ser el autor del acto incriminado", y agrega "... pero cuando se trata de flagrante delito o de una confesión del procesado, confirmada por otros datos, esta presunción, que le es favorable", no me parece tener la misma fuerza lógica o jurídica. "La presunción tiene todavía menos fuerza cuando el procesado no es un delincuente ocasional que sucumbe por primera vez, o el autor supuesto de un acto ilícito ocasional, quien, hablando con más precisión entre los casos de delincuencia evolutiva, sino que es un reincidente, un delincuente de profesión, p bien el hecho en sí mismo, en sus motivos y circunstancias, revela un criminal nato o loco, y, para ser más preciso, el autor de una forma de criminalidad atávica"".

12.3.4. Crítica a los planteamientos de Ferri sin hacer referencia a la delincuencia atávica o a la ocasional

Se debe afirmar que hay inconsistencias en el planteamiento del maestro italiano. En efecto, afirmar que la presunción es válida cuando sólo hay indicios, significa negarle al indicio la calidad de prueba y colocarla en una

[25] La presunción de inocencia, ilógica cuando es absoluta y no hace distinción alguna, es sólo un aforismo jurídico que está bastante lejos de la realidad primitiva, de donde surgió en su origen por el procedimiento de momificación y de degeneración de las regulae juris' que ha señalado Salvioli, y no es más que un caso especial de aquel juicio ideo-emotivo que Ferrero ponía en la base psicológica de los fenómenos de simbolismo, resolución por la cual el signo y la fórmula, al inmovilizarse, sustituyen a la cosa y a la idea que contenían primitivamente. Por esta razón, eliminando esta presunción ilógica, en todos los casos y en todos los períodos del juicio en que esté en contradicción con la realidad misma de las cosas, se suprimirá todo fundamento a las demás disposiciones procesales que en ellas se inspiran y que son verdaderamente contrarias a las razones más ciaras de justicia y de utilidad social.

hermandad peligrosa con la sospecha. Estrecha la noción de presunción de inocencia cuando la pone al servicio de un casuismo que le hace perder la carnadura filosófica que indudablemente tiene. Aun *en* la flagrancia, la presunción tiene labor que cumplir para justificar el decreto de pruebas, por ejemplo, para saber sobre la normalidad o no de quien se encontraba realizando el hecho; igual acontece con la confesión, etc.

Tampoco es la presunción de inocencia —como dice Ferri— "... es sólo un aforismo jurídico que está bastante lejos de la realidad primitiva, de donde surgió, por el procedimiento de momificación y de degeneración de las **regulae iuris** que ha señalado Salvioli, y no es más que un caso especial de aquel juicio ideo-emotivo que Ferrero ponía en la base psicológica de los fenómenos de simbolismo, resolución por la cual el signo y la fórmula, al inmovilizarse, sustituyen a la cosa y la idea que contenían primitivamente". Todo lo contrario, la presunción de inocencia surge de la realidad, que nos enseña que la regla general es la inocencia, pero además, esa experiencia evita que se "fabrique mentalmente la sospecha" e impulsa a investigar si realmente se cometió el delito. Pero esa investigación estará informada por la anticipación de que la persona es inocente, inclusive cuando hacemos operaciones hipotetizadoras, anticipatorias, de muestreo, almacenadoras e integradoras.

12.3.5. Criterio de Manzini

"El interés fundamental que determina el proceso penal, es el de llegar a la punibilidad del culpable, es decir, el de hacer realizable la pretensión punitiva del Estado contra el imputado, en cuanto resulte culpable; no ya el interés de llegar a la proclamación de la inocencia o de la moralidad del inculpado".

Afirma que como la declaración de certeza sobre la culpabilidad de una persona se debe hacer frente a un individuo reconocido como culpable, igualmente esa declaración puede ser negativa, pero ello no "siempre equivale a la declaración de certeza de la inculpabilidad del imputado" (ejemplo: insuficiencia de pruebas). Afirma Manzini: "De ello se sigue que el proceso penal queda doblemente caracterizado, como medio de tutela del interés social de represión de la delincuencia, y como medio de tutela del interés individual y social de libertad".

Afirma que las normas procesales penales tutelan principalmente el interés social relativo a la represión de los delincuentes. Este interés domina naturalmente sobre el que es una consecuencia de él, el relativo a la libertad individual.

Considera un error afirmar que la finalidad del proceso penal es principalmente la de tutelar la inocencia . Con relación a la tutela de la libertad individual en la concepción de Manzini resulta protegida de contera, y en efecto escribe: "Ahora bien, puesto que la finalidad del proceso penal es la de comprobar el fundamento de la pretensión punitiva del Estado, en el caso concreto, y no de hacerla a toda costa realizable, es natural que junto a los medios encaminados a declarar la certeza de la culpabilidad, se dispongan otros para evitar el error y la arbitrariedad, y que por tal camino, junto al interés represivo, encuentre tutela en el Estado Libre, también el interés, eventualmente en peligro, de la libertad individual.

"No es verdad que el proceso penal certifique siempre la inocencia, si no afirma la culpabilidad", por ejemplo, entre otros cuando la culpabilidad queda en duda y se absuelve por insuficiencia de pruebas.

Con relación a la presunción de inocencia, afirma: "Si es erróneo, por tanto, el criterio de que las normas procesales penales estén esencialmente dirigidas a la tutela de la inocencia, más inexacta es aún la opinión de que en el procedimiento penal valga (más aún: 'milite' como se dice en jerga forense), a favor del imputado, una presunción de inocencia, por la que ese mismo imputado deberá ser considerado como inocente mientras no haya mediado la sentencia irrevocable de condena".

"Nada más burdamente paradójico e irracional".

Baste pensar en los casos de custodia preventiva, en el secreto de la instructoria y en el hecho mismo de la imputación. Puesto que esta última tiene por presupuesto unos suficientes indicios de delincuencia (arts. 74, segundo parágrafo, 78, 252 y 374) debería ella constituir, por lo menos, una presunción de culpabilidad. ¿Cómo admitir entonces que equivalga, en cambio, a lo contrario, esto es, a una presunción de inocencia? Por lo demás, la práctica de los juicios ha hecho y va haciendo justicia sumaria de tan extraño absurdo excogitado en Francia, donde, a la aparente genialidad o perspicuidad

[26] Escribe: "La pseudo democracia de tipo francés, superficial, gárrula y confusionista en todo, ha cometido también aquí el desacierto de enturbiar los conceptos afirmando que la finalidad del proceso penal es principalmente la de tutelar la inocencia o que ella se asocia a la represión de la delincuencia (finalidades jurídicas), agregando también la intención (la finalidad política) de dar al pueblo la garantía de la exclusión del error y de la arbitrariedad. Pero de este modo, se confunde la finalidad con los medios suministrados para conseguirla".

de una frase expresiva se sacrifica gustosamente la exacta noción de la esencia íntima de las cosas.

Si se presume la inocencia del imputado, pregunta el buen sentido: ¿Por qué entonces proceder contra él? Dice: "Ahora bien, ¿se querrá admitir que la experiencia histórica colectiva enseñe que la mayor parte de los imputados sean inocentes?, y además ¿de qué inocencia se trata? ¿se presume acaso que el imputado no haya cometido el hecho material, o no sea imputable moralmente a él? ¿o lo uno o lo otro a la vez? Y entonces ¿por qué no se aplica el principio en todas sus lógicas consecuencias? ¿por qué no abolir la detención preventiva? ¿por qué no se admite al imputado que se constituya en parte civil contra el querellante o el denunciante, injustos perseguidores presuntos de un presunto inocente?

Afirma que "las presunciones, por lo demás, son medios de prueba indirecta por los que se llega a un determinado convencimiento, absoluto o relativo, sobre la base de la experiencia común".

Afirma finalmente, con relación a la presunción de inocencia: "... La indicada presunción de inocencia no es justificable siquiera ni aun como correlativo de la obligación de probar la acusación que incumbe al acusador, ya porque de esta obligación no se sigue necesariamente que el imputado deba presumirse inocente, toda vez que la acusación misma está ya en parte probada por indicios, que determinaron la imputación, ya porque la prueba de la delincuencia puede adquirirse por iniciativa del juez, ya, en fin, porque normalmente ocurre que el imputado mismo trata de probar su propia inocencia a fin de destruir precisamente los elementos de prueba de la culpabilidad sobre los que se levanta la imputación".

Finalmente, se le pregunta a Manzini cuál es la verdadera condición del imputado, entonces nos diría:

"Nuestro derecho procesal penal tutela el interés relativo a la libertad del imputado sin ninguna presunción o ficción.

"Es de sentido común que mientras no quede definitivamente declarada la certeza de las condiciones que hacen realizable la pretensión punitiva del Estado no se puede considerar el imputado como penalmente responsable y, por tanto, se lo debe tratar como juzgable, o sea, como persona indiciada sin duda, pero cuya responsabilidad no ha sido aún declarada cierta. Y esto no equivale precisamente a decir que, antes de la condena, se haya de presumir su inocencia hasta prueba en contrario. El no estar ciertos de la

culpabilidad de una persona indiciada significa necesariamente dudar de su inocencia y, por tanto, no puede equivaler a presumir en él la inocencia". Lo que hemos dicho está consagrado en el artículo 27 de nuestra Constitución, el cual no establece presunción alguna de inocencia, sino que se limita a declarar, como es natural "el imputado no es considerado culpable hasta la Condena definitiva".

12.3.6. Crítica a los planteamientos de Manzini

Es cierto que, durante el trámite del proceso, debe señorear una presunción de inocencia a favor del vinculado. Este señorío evita por ejemplo que el fiscal, el juez o el Ministerio Público, según sea el caso, "capturen una prueba" y se dejen seducir sin que se cumpla el derecho de contradicción por considerar inútil tal formalidad frente a la aparente evidencia del hecho que muestra la prueba y que frente a ese criterio petrificado ni siquiera decretan las pruebas pedidas por el encartado.

El planteamiento: "Si se presume la inocencia del imputado, pregunta el buen sentido, ¿por qué entonces proceder contra él?". Precisamente porque esa presunción admite prueba en contrario. Sería absurdo proceder, si el razonamiento del legislador fuere indestructible.

Por otra parte, se puede decir que la doctrina mayoritaria se inclina por sostener que de ninguna manera las presunciones son medios de prueba, sino razonamientos.

Cuando Manzini pregunta: Ahora bien, ¿se querrá admitir que la experiencia histórica colectiva enseñe que la mayor parte de los imputados sean inocentes? La pregunta de Manzini hay que hacerla con respecto a todos los individuos'. ¿Todos los hombres delinquen? ¿La mayoría de los hombres delinquen? Como la respuesta es negativa, eso significa que la presunción está construida sobre una realidad.

[27] En su extraordinaria obra *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal,* (Bosch, Asa Editorial, S.A., Barcelona, 1984), sostiene VÁZQUEZ SOTELO, JOSÉ LUIS: En contra de Bettiol, hay que señalar que cuando en una norma constitucional o en un pacto internacional se establece que "se presume a los ciudadanos como inocentes, mientras no se demuestre lo contrario" (que eso es lo que en definitiva supone la llamada presunción de inocencia), la realidad que se toma en cuenta no es el círculo (reducido) de. los ciudadanos procesados acusados ante los órganos jurisdiccionales (la mayoría de los cuales –dice-Bettiol– acaban siendo culpables, por donde habría que presumir lo contrario de la inocencia), sino que la realidad es la que contempla a todos los ciudadanos, la

13. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA SEGÚN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

En resumen la Corte sostiene:

A) Es una garantía de **"toda persona no se considera culpable mientras no se la declara judicialmente como tal a través de sentencia definitiva".**

B) El planteamiento anterior no impide que en ciertos **"estadios del trámite procesal y de manera provisional la inocencia se vea desvirtuada a partir de pruebas legalmente aportadas y suficientes según sea la exigencia de la etapa por la cual atraviese el proceso.** Es lo que sucede con la imposición de medida de aseguramiento al procesado, con la formulación de acusación y con el proferimiento de la sentencia condenatoria antes de convertirse en definitiva".

C) En el evento de la medida de aseguramiento y la resolución de acusación, según la Corte Suprema de Justicia, es posible hablar de responsabilidad presunta del imputado; y agrega la Corte: "No se trata, sin embargo, de la eliminación del principio en sí mismo considerado, ya que él sigue incólume dentro del proceso, y prueba de ello es que ante una duda insalvable sobre la responsabilidad penal del prócesado, su aplicación conduce a resolverla en su favor. **De lo que se trata es que la presunción, en cuanto como tal, admite prueba en contrario'.**

14. NUESTRO CRITERIO

La presunción de inocencia se encuentra consagrada: En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (art. 9), en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 11), en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (art. 8), en el Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades

---

inmensa mayoría de los cuales es inocente, siendo los culpables de algún hecho delictivo una parte insignificante y mínima del conjunto o comunidad de ciudadanos.

"A esta, es la realidad a que se refiere y en la que piensa el autor de la Constitución o de la Convención Europea de Derechos Humanos, lo que explica que no haya inconveniente en atribuir inicialmente la inocencia al ciudadano sospechoso y acusado de un delito, porque la inmensa mayoría de sus conciudadanos son efectivamente inocentes" (pág. 270):

[28] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Mag. Pon. Dr. Carlos E. Mejía Escobar. Febrero 3 de 1998. Tomado de *Jurisprudencia penal.* Primer semestre, Editora Jurídica de Colombia, págs. 135 a 137.

Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (art. 6.2), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 16 de diciembre de 1966 (art. 14.2) y en el acta final de Helsinki de 1° de agosto de 1975.

Definimos la presunción de inocencia como aquella por medio de la cual se ordena tener a toda persona como inocente, hasta que no se acredite el hecho punible (conducta punible) y la responsabilidad mediante un proceso celebrado con todas las garantías.

Es una verdadera presunción y se construyó:

a) Empleando el método inductivo (experimental), se observa lo que casi siempre ocurre. En el caso que nos ocupa, la experiencia, la observación, muestran, indican, que la mayoría de los hombres no delinquen.

b) El hombre, como lo hemos sostenido en el capítulo de las reglas de la experiencia, termina su formación física fuera del vientre materno en relación con el ambiente y con los demás hombres, que por regla general no delinquen; eso significa que recibe una formación de la mayoría para no delinquir.

c) Luego resulta fácil concluir que si lo normal es que el hombre no delinca, se debe tener como construida 'la inocencia', en vez de construida la `sospecha', 'la culpabilidad'.

d) No existe una sola presunción que no tenga un contenido ideológico. Algunas de ellas por razones de equilibrio social, como en las actividades peligrosas, etc., pero todas obedecen y deben obedecer a una tiranía ideológica. La presunción de inocencia, si bien se puede argumentar que existía en el derecho romano, cuando realmente logra su concreción es bajo el imperio de la ideología liberal con el fin de detener los 'vértigos' represivos en general de las autoridades, justificados en una supuesta defensa del interés social en perseguir al delincuente.

e) Es una verdadera presunción (y sobre esto no puede haber duda, y tiene todos los elementos que la estructuran) juris tantum, es decir que admite prueba en contrario, a veces en forma provisional y otras en forma definitiva.

f) Es una presunción que ejerce regencia, como lo dice Carrara en todo el trámite del proceso. Un juez podría utilizar el conocimiento privado que tiene sobre un hecho y enrostrarlo al vinculado al proceso penal, pero no lo puede hacer, no porque probatoria y lógicamente no sea posible, inclusive más económico, sino por la **presunción de inocencia,** que en términos del maestro italiano, señorea y reina y pronuncia estas palabras: **"haced esto,**

porque el hombre de quien vosotros sospecháis es inocente, y no podéis negarle su inocencia mientras no hayáis demostrado su culpabilidad, y no podéis llegar a esa demostración, si no marcháis por el camino que os señalo".

g) Momentos estático y dinámico de la presunción de inocencia.

Momento estático.

El hombre se ha creado un mundo aparte del resto de los animales, y una de las múltiples consecuencias de esa creación es la de exigir que se le tenga como inocente, que se le repute como tal. Merece ser mirado como hombre sin mácula. Parte del talante y 'autoestima' del hombre se finca en la creencia de ser mirado en esa forma.

El hombre, antes de ser encartado, goza de su presunción de inocencia como una especie de trono no disputado. No se requiere darle tonalidad a la presunción, porque sería innecesaria. Es decir, la **presunción de inocencia no solamente es una regla de juicio,** es un derecho fundamental (art. 29 de la C.P. de Colombia: "Toda persona se presume inocente mientras no se haya declarado judicialmente culpable").

Momento dinámico.

Cuando cualquier persona es encartada, la presunción de inocencia 'se revela', 'toma tonalidad', es regla de juicio. Con ese sustento, el encartado tiene derecho a: Presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra; asistencia letrada; no ser obligado a declarar contra sí mismo (art. 33); que se aplique el art. 28 de la C.P; con relación al recaudo de la prueba se debe tener en cuenta el art. 12 de la C.P.

h) Ya hemos indicado que la presunción de inocencia es una verdadera presunción *iuris tantum,* esto es, que admite prueba en contrario, y que puede ser desvirtuada provisionalmente o en forma definitiva, pero siempre con base en pruebas que, no sobra. resaltar, han de ser lícitas, por cuanto que, como lo ha dicho el Tribunal Constitucional Español:

> "El derecho a la presunción de inocencia exige, en último término, que la prueba se realice a través de medios que sean constitucionalmente legítimos, lo que supone que en su obtención se hayan respetado los derechos fundamentales, pues solo la prueba regularmente obtenida *y* practicada, con estricto respeto a la Constitución, puede ser considerada por los Tribunales penales como fundamento de la sentencia condenatoria". (Sentencias 86/1995 y 127/1996).

Para desvirtuarla en forma definitiva, y que por tanto se pueda dictar sentencia condenatoria, se requiere que exista prueba (externalizada) que conduzca a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado.[29]

El art. 232 del C. de P.P. regla: "Prueba **para condenar.** No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y la responsabilidad del sindicado".

El código se alinea en la certeza objetiva, es decir que se debe explicar el fundamento de la misma. Ese fundamento debe ser: las pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación (art. 232 del C. de P.P.).

1.5, IN DUBIO PRO REO

15.1. IN DUBIO

Carecer de certeza. El término 'duda' significa Primariamente 'vacilación', `irresolución', 'perplejidad'. Estas significaciones se encuentran ya en el vocablo latino **dubitatis.** En la dubitatio hay siempre, por lo menos dos proposiciones o tesis entre las cuales la mente se siente 'fluctuante; va, en efecto, de una a otra sin detenerse. Por ese motivo, la duda no significa falta de creencia, sino indecisión con respecto a las creencias".

El in dubio pro reo, le impone al juzgador la absolución, en caso de que las pruebas lo conduzcan precisamente a ese estado. Lo que se acostumbra expresar: **"si no llegara al convencimiento más allá de toda duda".**

Dice la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal:

> "Por su parte, el principio del 'in dubio pro reo', hace referencia a la duda que se le presenta al funcionario judicial, sobre la responsabilidad del sujeto con base en el material probatorio recaudado en el proceso y opera siempre que no haya forma de eliminarla razonablemente'.

15.2. ¿CUÁL ES LA DIFERENCIA, ENTRE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL IN DUBIO PRO REO?

Hay que partir de que tienen una estrecha relación. Sin embargo, la presunción de inocencia rige en todo el curso del proceso y en el aspecto

[29] FERRATER MORA, J. *Diccionario de filosofía.* Barcelona, Editorial Ariel, 1994, pág. 526.
[30] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Diciembre 10 de 1997. Mag. Pon. Dr. Carlos E. Mejía Escobar. Editora Jurídica de Colombia, segundo semestre de 1997, pág. 584.

probatorio, así: "Si no hay prueba de la existencia del hecho punible o de la responsabilidad del sindicado, hay que absolver, la persona es inocente (obra la presunción de inocencia)".

Pero si hay actividad probatoria encaminada a probar los hechos constitutivos de la infracción y de la responsabilidad del sindicado y hay pruebas tendientes a desvirtuar esos hechos constitutivos, y objetivamente le crean esas circunstancias al juez, duda, debe absolver; por ello es que la duda (probatoriamente) aparece ligada a 'favor del reo'.

15.3. ¿A QUÉ HECHOS SE LES APLICA EL IN DUBIO PRO REO?

Hay una parte de la doctrina que sostiene que a todos, es decir tanto a los constitutivos como a los impeditivos,

Existe otra que sostiene que sólo a los constitutivos de la infracción penal, pero de ninguna manera a los impeditivos o extintivos.

Entendemos por hechos impeditivos aquellos que se producen antes o concomitantes con la realización del comportamiento que impiden el nacimiento de un hecho punible.

En otras palabras, en casos prácticos no se aplicaría a las causales del art. 40, ni a las del art. 29 del C.P. Dice la Corte Suprema de Justicia: "De un lado las causales contenidas en el art. 40 del Código Penal impiden el nacimiento del hecho punible por ausencia del elemento culpabilidad, que por su carácter netamente subjetivo, operan únicamente en relación con el sujeto agente; en el sentido de que le impiden tener conciencia de la ilicitud de su acción, o descartan la intención de realizar el tipo", Aplicable en lo pertinente a lo previsto en el art. 32 del C.P. (art. 32 del C.P., Ley 599 de 2000).

El mismo criterio se aplicaría a las causales del art. 32 del C.P. hasta el punto que la Corte ha dicho, —predicado de la legítima defensa—. "Para acoger la legítima defensa como causal de exclusión de la antijuridicidad, debe estar plenamente demostrada en todos sus elementos conformantes y no debe existir reparo probatorio de ninguna naturaleza que ponga en duda su existencia", Lo anterior significa que si hay duda sobre ella, sencillamente no se reconoce, es decir que no se aplica el in dubio pro reo, que conduciría a que se reconociera si existiera ese estado (art. 32).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Mag. Pon. Dr. Carlos E. Mejía. Diciembre 10 de 1997, ya citada.

Y continúa la Corte diciendo:

"Y ello tiene plena razón de ser, puesto que se trata de una causal de irresponsabilidad penal, en la que se encuentra demostrada la realización de la conducta, y en tales condiciones bastaría que cualquiera que hubiese afectado la vida o la integridad de otro ciudadano la alegase para quedar relevado de responsabilidad penal y ello no es, ni puede ser así; porque establecida la tipicidad del hecho, en este caso el homicidio, es menester que la causal de justificación alegada se encuentre, como se dijo, cabalmente comprobada con la misma claridad"".

El anterior criterio puede servir de ejemplo para otras latitudes ya que fue abandonado por la Corte Suprema de Justicia mediante Sentencia de Casación de 26 de enero de 2005, Mag. Pon. Dr. Yesid Ramírez Bastidas, en virtud de que la presunción de inocencia se encuentra constitucionalizada y como tal, si hay duda sobre la legítima defensa esa duda también se aplica a favor del sindicado.

15.4. LA DUDA QUE GENERA LA APLICACIÓN DEL IN DUBIO PRO REO DEBE SER OBJETIVA

El art. 232 del C. de P.P. consagra una certeza objetiva, para poder condenar. Otro tanto debe ocurrir con la duda que conduzca a la aplicación del **in dubio pro reo.**

Ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

"Para llegar a una declaración de duda, el juzgador no puede recurrir a la suposición propia o simplemente emanada de su subjetividad, ni tampoco lo puede hacer a través del eco arbitrario a una expresión aislada, mentirosa y oportunista del procesado. Como las pruebas deben recaudarse por medio del rito legal, después el funcionario judicial le otorgará a cada ítem informativo el valor que le corresponde, y finalmente se aquilatarán todos los medios de información integrados (en conjunto); además, será la prueba la que conduzca a la certeza o al estado de duda sobre el hecho punible y la responsabilidad del acusado, de conformidad con los artículos 246 y siguientes del. Código de Procedimiento Penal, la convicción en uno u otro sentido debe surgir de un proceso de racionalización basado en los datos de información y no en la conjetura del juzgador. Por ello, tanto de la certeza como del 'in dubio' se pregona que no puede reposar en una pura subjetividad ni se compadecen meramente con la íntima convicción del juez, sino que habrán

[32] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Enero 24 de 1996. No. Rad. S-9380-96. Mag. Pon. Dr. Jorge E. Córdoba Poveda.

de derivarse de la racional y objetiva valoración de las constancias procesales..."[33].

Una vez que la prueba es adquirida para el proceso, ésta ejerce regencia sobre la mente del juez en virtud de la certeza objetiva consagrada y le indica el camino hacia la certeza o la duda. No se trata de un estado subjetivo del juez surgido de sus creencias, sino surgido de lo que la prueba muestra".

Si se tratara la persuación del juez (dejarse llevar), de un estado subjetivo surgido de sus reflexiones, sin tener ellas basamento en las pruebas recaudadas, se habría consagrado un sistema arbitrario y el juez podría fallar con las pruebas del expediente, contra las pruebas del expediente o sin pruebas.

El juez debe pensar las pruebas, escrutarlas juiciosamente, debe ser buen discípulo de los hechos mostrados por las pruebas, y con base en ellas llegar al estado de certeza, pero no debe acomodar los hechos a sus aspiraciones mentales, ni mucho menos moldearlos, tiene que tomarlos en bruto e interpretarlos con aplicación de las reglas de la experiencia, el sentido común, de la lógica común, de las reglas de las ciencia, etc.

Al juez se le puede decir: "Mire y escrute bien el hecho que le ha sido transportado al proceso por los medios probatorios. El hecho lo debe afectar, antes que usted lo impregne de subjetividades. El hecho le empezará a 'indicar el camino que debe seguir'. El hecho bien 'rumiado' lo obligará a emplear el talento. No suponga, escrute".

El juez sobre todo debe explicar 'su certeza' o su 'duda' (los componentes objetivos de certeza o duda), para que externalizada pueda ser controlada

[33] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de fecha 5 de agosto de 1997. Mag. Pon. Dr. Jorge Aníbal Gómez. Acta No. 92.

[34] MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. ***"Determinación de los hechos, libre valoración de la prueba y búsqueda de la verdad en el proceso penal"***, en ***Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas.*** Universidad Externado de Colombia. Volumen XXI, número 6. Enero-abril 1999, pág. 115. Dice: "La vinculación del juez a la ley es, pues, en el plano de los principios, algo que nadie discute, aunque luego, en el plano de la realidad práctica, deje mucho que desear. Por muy estrictas que sean las reglas y preceptos legales, nadie puede negar al juzgador que las aplica un margen de libertad en su interpretación, una proyección de su subjetividad y, con ella, toda la carga emocional de sentimientos que le despierta el hecho que ha de juzgar. Nada extraño por lo demás, ya que el acto de juzgar, como todo acto valorativo, es un acto emocional, en el que no pueden excluirse de un modo absoluto los sentimientos y las valoraciones que necesariamente acompañan a la operación –en principio, puramente técnica y por ello, lógica-- de aplicar los preceptos legales".

guardar un maletín y una caja contentiva de dos chivitas: entre las once y media y doce de la noche le pidió el maletín y se retiró anunciando que iría a dormir. A la madrugada, cuando se desarrollaba una riña entre borrachos a unos veinte metros de su negocio, K volvió, dejó el maletín a la entrada del negocio, luego de haber sacado algo de allí, y se fue a ver la riña. Medio minuto o un minuto después el testigo oyó dos disparos, se asustó pero fue a verificar lo sucedido. Vio a una persona caída (X) y observé al tal K que venía para el lado de mi negocio con un arma en la mano, pasó por el frente con el arma en la mano, dio la vuelta por detrás, sacó el maletín y se dirigió hacia la calle 7 por el lado de la galería. A las cinco y media o seis volvió a reclamar la caja. Conocía a K por ser ambos de la población de O. Al mes se lo encontró en la calle y le preguntó sobre comentarios de lo sucedido.

"Manifiesta temor ante posibles represalias de K. No recuerda cómo vestía éste, excepto que iba de civil.

"Ante el instructor, J ratificó haber visto al cabo K con un arma en la mano. Momentos después de la muerte del joven panadero (X)".

2) K era cabo de la policía, perteneciente al grupo operativo 'Las Cobras', salió en franquicia el día 21 de julio de 1989, a las 6:30 horas de la mañana, y sólo se volvió a registrar su presencia en el servicio el día 25 de julio siguiente cuando aparece una salida del mencionado escuadrón policíaco, al mando del cabo K, a las 9 horas de la mañana para cumplir el servicio del "Plan Bancario N". El cabo K prestaba sus servicios en la ciudad de Bogotá (debe retenerse por el lector, que el hecho sucedió a las 4:00 horas de la madrugada del día 25 de julio de 1989 en una población del Departamento del Huila). Los anteriores hechos fueron constatados en la diligencia de inspección practicada sobre el libro de registro de servicios.

El sindicado K desconoció en la indagatoria al testigo J, pero en la audiencia pública decidió admitir que era un paisano, aunque habilidosamente matizó en el sentido de que éste estaba confundido en las fechas, pues la última vez que se entrevistaron en P fue entre el 27 y 29 de diciembre de 1988, fechas en las cuales él sí le confió en guarda un maletín y una caja.

Obsérvese cómo el Tribunal supone. Crea su duda subjetiva, con desconocimiento de lo que las pruebas le indican. Se extravía del camino que le señala la inspección judicial.

El *a quo* ha dado por probado que dicho retorno se produjo el 25 de julio subsiguiente, por haberse encontrado anotación en el sentido de que dicho día, a las 9 horas, el entonces cabo K salió a comandar una "patrulla de vigilancia bancaria". Obsérvese ahora la suposición, la divagación, sin tener en cuenta lo que el expediente muestra, la autocreación de la duda en la

utilizando los excedentes extralegales de la valoración de la prueba son los indicados, es decir, las reglas de la experiencia, la lógica, etc.

La duda debe surgir de las pruebas; por ello ha dicho la Corte Suprema de Justicia de Colombia:

> "De esta manera, la Corte ha estimado que la separación drástica del juez del método de la sana crítica, al punto de llegar a suponer o pretextar un fundamento empírico, lógico o científico que no surge del material probatorio, es un despróposito directamente relacionado con los hechos y no con las normas, razón por la cual el error configurado es también de hecho y no de derecho. Atribuir a la conclusión silogística una fundamentación apriorística, en lugar de la real o empírica que se exige por tributo de las pruebas, o pretextar verdades lógicas o científicas que corresponden a otros contextos o que apenas son válidas en abstracto, no es más que distorsionar el contenido y valor del acervo demostrativo"".

El estado de suspensión, para escoger o la certeza o la duda, debe surgir de las pruebas y no del encuentro mental del juzgador con los hechos, ya cargado de prejuicios.

Intentaremos, 'rumiando' un caso, mostrar cómo el camino señalado por las pruebas conducía a la certeza del hecho punible *y la* responsabilidad del sindicado. Sin embargo el juzgador se creó (válgase la expresión) el 'estado de duda', se extravió del camino.

Hechos

En una población se suscitó una discusión dentro de una cantina. En el Momento en que X salía con un machete en la mano para ahuyentar a dos pelafustanes, apareció de improviso K, que, sin advertencia ni reproche de ninguna índole, accionó un anua de fuego *y* percutó dos proyectiles causándole la muerte a X quien estaba acompañado de Y. Inicialmente no estaba identificado K. Los hechos ocurrieron a las 4 de la madrugada del día 24 de julio de 1989.

B. Prueba recaudada

1) *Testimonio de J:* **Es** propietario, por la época de los hechos, de una elba (caseta), donde vende dulces, gaseosas, cigarrillos, y contó:

> "En la madrugada del 24 de julio de 1989 se encontraba en su negocio. En las Ultimas del 23, entre diez y media y once de la noche, el policía K. le dio a

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de fecha 5 de agosto de 1997. Acta No. 92. Mag. Pon. Dr. Aníbal Gómez Gallego,

mente de los magistrados, **sin que surja de los hechos ya relatados, con** sustento en esa "creación", en **esa certeza subjetiva (arbitrariedad) dicen:**

"Es un hecho la ausencia de anotación expresa sobre el retorno del oficial, ante lo cual cabe la posibilidad de que ese regreso se produjera en la fecha y hora de esa misión. Pero también pudo producirse (suponen, divagan) antes (frente a **un hecho demostrado, enfrentan una divagación, un diseño en abstracto)** dada fa costumbre referida por el procesado y confirmada en otros expedientes, de anotar en las misiones de patrullas policiales sólo el nombre de su comandante, reduciendo a los integrantes a simples guarismos aritméticos, según su rango. El por entonces cabo K era, subcomandante del grupo `Las Cobras', comandado por un oficial del rango de teniente. De modo que cuando ese oficial actuaba al frente de su grupo, el suboficial que le seguía en jerarquía no aparecía identificado en la patrulla. Esto ha podido verificarse en las inspecciones judiciales a los libros, en los cuales faltó asesoría especializada al voluntarioso instructor que quiso enmendar las fallas del averiguamiento tan desidiosamente llevado por sus antecesores.

"Una diligente investigación hubiera podido acopiar la declaración del oficial que otorgó la franquicia del procesado, con posible establecimiento de su -duración, por medio de los libros de control a que hace referencia el jefe de sección de suboficiales de la Policía Nacional, quien define las franquicias como 'tiempos de descanso que se conceden dentro de la guarnición al personal que presta determinados servicios',

"Esta duda sobre la permanencia del cabo K en sitio diferente *y* muy distante al escenario de los hechos, resta fuerza a la incriminación del testigo J de haberlo visto portando un arma, a corta distancia del cadáver de X, instantes después de su deceso".

En la forma como el Tribunal narra los hechos, no puede haber **duda** objetivamente hablando; seguramente pretermitiendo las pruebas pueda existir. Cuando ocurrieron los hechos, efectivamente el cabo K estaba en franquicia (como consta en el libro de anotaciones) y qué 'casualidad' que sea observado y visto en otro lugar por quien lo conoce bien por **ser amigo** y además paisano. No hay resquicio objetivo por donde pueda deslizarse la duda, por el contrario, apuntó en forma inequívoca a la presencia de K, en el lugar de los hechos[36].

Dice la Corte con juicio de pedagogo: "Inexplicablemente, el Tribunal trastoca la lógica del desenvolvimiento probatorio, No le pareció muy elocuente a esa corporación el señalamiento acusador de una persona que conoce al procesado desde la infancia porque son coterráneos (oriundos del municipio de O); no le suscitó ningún comentario la delación de un testigo que, sin expresadas ni conocidas razones de malquerencia —por el contrario cultivaban la amistad en la población de con sin igual valor civil pone en evidencia a

3) En forma sistemática el Tribunal igualmente plantea dudas por no recordar el testigo J la manera como iba vestido K (ya que sólo dijo que iba vestido de civil). Dice la Corte Suprema de Justicia en la sentencia mencionada y acogiendo las observaciones de la delegada:

> "En efecto, resulta posible que el testigo no haya captado o no recuerde las características del atuendo que llevaba puesto el acusado, como concretamente lo refiere en su declaración, a pesar de la particular atracción del color negro como vestimenta completa, pues aquél estaba observando los movimientos de una persona harto conocida para él con anterioridad y que recientemente había estado en su expendio, no a un extraño que irrumpe en el escenario, y ese condicionamiento, por una suerte de sicología paradojal, puede descargar a la persona de la expectativa y la responsabilidad del detalle en la individualización de quien tiene frente a sí pero le es suficientemente conocido".

4) Como el compañero de quien resultara muerto, J dice que el homicida era mono y que tenía "barba pero no larga". El Tribunal afirma que la barba por reglamento "es de imposible uso" para un agente de la policía. Obsérvese, que el agente estaba, según se constató en la diligencia de inspección judicial, en franquicia, lo que explicaría la incipiente barba.

5) Igualmente el testimonio de J es como dice la Corte:

---

su paisano y amigo, no le interesó al Tribunal que quien de esta manera incrimina percibió lo narrado porque era dueño de una de las casetas situadas en el sector y, a la hora de los hechos, se hallaba a escasos 20 metros de distancia; tampoco le preocupó al fallador que el testimoniante, a pesar de que observó y puso de presente al investigador las actitudes reveladoras de quien sin duda fue el autor de los disparos mortales, con mesura y honestidad características ni siquiera se atrevió a decir que lo vio cuando accionaba el arma en contra de la víctima y, finalmente, mucho menos llamó la atención del juzgador de segundo grado el hecho de que, en armonía con los elementos racionales de credibilidad que se acaban de resaltar, los datos objetivamente acopiados en la diligencia de inspección judicial, aun sin la 'asesoría especializada' que en el desespero de la especulación supone necesaria el fallador, confirmaban pacíficamente la presencia del acusado en el lugar del crimen, tal como lo había expuesto el testigo ático.

"A pesar de que el procesado siempre ha acudido a la mentira para defenderse de la grave imputación que se le hizo a través del testigo J, en cambio éste en todo momento reveló ecuanimidad en sus señalamientos, el Tribunal como por encanto le cree al primero su pretexto amañado de que en el libro de registro de servicios bien podía él figurar con una clave numérica y no con su propio nombre, dato que de existir no sería fácil de ignorar por su destacamiento, máxime que ello por experiencia lo sabía el policía M, adjunto primero encargado del archivo, quien estuvo presente en la diligencia de inspección judicial y estaba informado del motivo de la misma".

> "... la fuente prístina de establecimiento del indicio material de la presencia antecedente, concomitante y posterior del procesado en relación con el lesionamiento mortal de la víctima, así como el hecho indiciario personal de las manifestaciones ulteriores del delito, según el cual el acusado se cuidó de preguntarle interesadamente, un mes después de los hechos, qué comentarios había escuchado en torno de la muerte de X, 'qué se comentaba del muerto de esa mañana', fue la expresión utilizada por el requirente".

Las siguientes pruebas: A) El testimonio de J, que vio al sujeto K en las circunstancias que aparecen relatadas anteriormente; B) Encontrarse el cabo K en franquicia; C) La diligencia de inspección judicial, donde se pudo constar la fecha en que salió en franquicia y cuándo regresó y la fecha en que ocurrieron los hechos; D) La mentira de afirmar no conocer al testigo J y después aceptar que sí y que además en otra época le había dado a guardar unas cosas, etc., mueven la racionalidad de cualquier persona hacia la certeza de que el autor del homicidio fue el señor K, y por lo tanto la duda en los magistrados es especulación, es divagación.

15,5. CUANDO SE DECRETAN PRUEBAS EN MATERIA PENAL, QUE NO SE PRACTICAN, NO SE PUEDE PREGONAR QUE EL FUNCIONARIO TENÍA DUDAS Y QUE AL DEJARLAS DE PRACTICAR DEBE RECONOCER EL IN DUBIO PRO REO

Como se ha dicho, el **in** dubio **pro reo** se plantea al juzgador en el momento de tornar la decisión definitiva. No se puede recurrir con ese argumento, porque ello implicaría como se ha dicho: "Una inexcusable restricción de la función judicial y un desconocimiento del fenómeno de la duda como condicionante de una decisión favorable para el procesado, el que solamente se plantea el juzgador en el momento de la toma de la decisión definitiva"".

Se pretendía sostener que como el juez había decretado pruebas, las cuales no se practicaron, era porque tenía dudas y como consecuencia era viable recurrir en casación, porque se había violado directamente la . ley sustancial, corno producto de la inaplicación de la norma que prevé el "in dubio pro reo".

-" CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Marzo 25 de 1999. Mag. Pon. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Editora Jurídica de Colombia, primer semestre de 1999, pág. 306.

Decretar pruebas no es anticipar la duda, sólo se trata de averiguar la verdad, en todo lo que resulte posible. Con relación a lo anterior ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

> "Corno su nombre lo indica, el proceso está formado por distintas etapas que en una congruente secuencia permite el desenvolvimiento de la acción penal hasta el momento culminante de la sentencia, en cuyo ejercicio los funcionarios judiciales, con la debida observancia de las garantías debidas a todos los sujetos que intervienen, procuran mediante el método reconstructivo el establecimiento de la verdad acerca del hecho histórico que se reputa delictuoso, sin que en cada una de las fases del diligenciamiento deban festinar el grado de conocimiento que el material probatorio les pueda forjar hasta ese momento, pues tratándose de la etapa de la causa, el examen de conjunto del material probatorio y por consiguiente la declaración de certeza o duda está deferida a la sentencia"[38].

15.6. CON RELACIÓN A LA CASACIÓN (EL CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN)

Estamos de acuerdo con lo que sostiene la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal:

> "Será violación directa, si el juzgador reconoce en el fallo que existe duda probatoria sobre la existencia del hecho o la responsabilidad del procesado, y sin embargo condena; será indirecta, si, por el contrario, niega su presencia, existiendo, y en consecuencia condena, o si la admite, inexistiendo, y absuelve'.

16. CONCLUSIÓN

Consideramos que la noción de carga de la prueba debe ser predicada en materia civil. Este sucedáneo de la prueba obra cuando no aparece la prueba de un hecho que le interesaba a una parte que apareciera probado. En el ejemplo

[38] Obsérvese esto que dice la Corte *y* que es bien atinado: "El principio de investigación integral muchas veces impone la actividad probatoria en los distintos períodos dispuestos para ello, no obstante haber adquirido ya el funcionario judicial virtual certeza sobre la existencia de los hechos investigados y de la responsabilidad del procesado, por lo que resulta equivocado suponer que **si en el juicio el** juez ordena pruebas es porque aún no tiene certeza acerca de lo que es materia de juzgamiento". Prov. cit. Marzo 25 de 1999. Mag. Pon. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

[39] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Septiembre 25 de 1997. Mag. Pon. Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll. Editora Jurídica de Colombia, *Jurisprudencia penal,* segundo semestre 1997, pág. 539.

propuesto con anterioridad, de la señora A, a ella le interesaba que apareciera la prueba de los malos tratos; corno no aparece la prueba, la consecuencia es que pierde el proceso, por cuanto se absuelve al demandado. Si existiera duda sobre los malos tratos, igualmente aplicaríamos la carga de la prueba con el mismo resultado. Se debe tener en cuenta que habrá veces, labor que la doctrina y la jurisprudencia seguirán realizando, que la carga de la prueba es enrostrable a quien le queda más fácil probar el hecho, con sustento en criterios de solidaridad.

La carga de la prueba en materia civil, evita que el juez llegue a lo que se podría decir en términos deportivos un empate, a un "non liquet". De este estado de incertidumbre sale el juez con la ayuda de la ley: pregúntese a quién le interesaba probar el hecho, en el ejemplo propuesto a la señora A; como no probó con certeza los malos tratos, debe absolver al demandado (art. 177 del C. de P.C.). En materia penal (en el aspecto puramente probatorio), si no se probó la responsabilidad de la persona o la existencia del hecho punible, la persona es inocente (patrimonio con el cual empezó y que no fue desvirtuado). Se llega al estado de duda, sobre los elementos que estructuran el hecho punible o sobre la responsabilidad (duda, como ya se dijo, surgida de las pruebas); se podría igualmente pensar en términos deportivos, como en una especie de empate, pero viene la ley (y antes los principios, art. 7 del C. de P.P.) y dice "toda duda debe resolverse a favor del procesado", y eso permite dictar sentencia absolviendo, donde el patrimonio de la inocencia quedó incólume. El in dubio pro reo, se aplica a los hechos constitutivos de la infracción penal y a la responsabilidad, pero no a las causales del artículo 32 las cuales deben aparecer probadas para su reconocimiento con grado de certeza (eso sí, teniendo en cuenta que para su demostración rige el principio de la investigación integral: art. 250 de la C.P., art. 20 del C. de P.P. y el art. 234 que **regula la imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la prueba).**

Titulo II

LOS MEDIOS PRO ATORIOS

INTRODUCCIÓN

Son medios de prueba los instrumentos y órganos que le suministran al juez el conocimiento de los hechos que integran el tema de la prueba: La declaración de parte (confesión o testimonio de parte, según se narren los hechos que le causen perjuicio al confesante o que por lo menos favorezcan a la contraparte y aun cuando no se presente la anterior circunstancia), el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos y los indicios.

Son objeto de estudio en el presente MANUAL los medios probatorios que serán considerados individualmente en los capítulos siguientes.

Capítulo 1

EL TESTIMONIO

1. NOCIÓN

El testimonio es un medio de prueba que consiste en el relato que un tercero le hace al juez sobre el conocimiento que tiene de hechos en general.

De la anterior definición, y con relación a ella, podemos deducir las siguientes notas que la precisan:

1. La persona (el tercero) que rinde el testimonio debe ser una persona física (que es la que tiene capacidad para percibir hechos, acontecimientos en general); por tanto, no puede ser testigo la persona jurídica. Los representantes (personas físicas) de las personas jurídicas sí pueden ser llamados a rendir testimonio.

2. En sentido estricto, no puede rendir testimonio quien tenga la calidad de parte en cualquiera de sus modalidades. Sin embargo, es importante tener en cuenta lo establecido en el artículo 50 del Código de Procedimiento Civil, respecto del litisconsorcio facultativo, pues es admisible que uno de sus componentes, con, el fin de probar un hecho propio, ofrezca en calidad de testigo a una de las personas que intervienen en el proceso, en su misma posición de parte demandante o demandada, porque en tal supuesto se configuraría parcialmente la nota de extraneidad que caracteriza al testigo[1].

En nuestro medio, el coadyuvante en su condición de parte, y al tenor del artículo 52 del C. de P.C., que lo faculta para realizar todos los actos que le están permitidos a la parte principal (en cuanto no estén en oposición con los de ésta y no impliquen disposición del derecho litigioso), no puede ser testigo.

[1] PALACIO, LINO ENRIQUE. *Derecho procesal civil.* T. IV. *(Actos procesales).* Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1972, pág. 563, num. 2. En el mismo sentido el artículo 50 del C. de P.C.: "... Serán considerados en sus relaciones con la contraparte, como litigantes separados".

3. Debe versar sobre hechos en general, teniendo en cuenta que el juez vigilará lo referente a la conducencia y la pertinencia de la prueba, pero esto tiene que ver con la eficacia del testimonio y jamás con la existencia; por ello, en la definición se habla de hechos en general, coincidiendo lo expuesto con lo sostenido por Tulio Enrique Liebman : "Testimonio es la narración que una persona hace de los hechos por ella conocidos, para dar conocimiento de los mismos a otros".

En el mismo sentido Dev s Echandía: "Es un medio de prueba que consiste en la declaración representativa que una persona, que no es parte en el proceso en que se aduce, hace a un juez con fines procesales, sobre lo que dice saber respecto de hechos de cualquier naturaleza".

No es necesario que el testigo sea extraño a los hechos sobre los cuales declara. Es admisible, y así lo considera la doctrina dominante, que pueda declarar sobre hechos que ha realizado personalmente. Puede, por ejemplo, relatar que el contrato que celebró con una persona, inicialmente pensaba celebrarlo con otra, o que sirvió de contacto para la realización de éste, etc.

El testimonio de terceros puede versar sobre hechos que ellos oyeron: relatar a otras personas, este es el llamado testimonio de oídas.

4. Al rendir su declaración, puede sostener que no le constan los hechos, que no sabe lo que se pregunta; en ese caso, la persona habrá sido testigo, es decir, hubo órgano de la prueba, pero no habrá testimonio, por cuanto no ha habido representación de los hechos solicitados.

Por último, es importante tener en cuenta que el deponente puede haber presenciado u oído los hechos, en virtud de encargo especial que haya recibido de cualquier persona o entidad, que no sea autoridad judicial[3].

LIEBMAN, TULIO ENRIQUE. *Manual de derecho procesal civil.* Ejea, Buenos Aires, 1980, pág. 359.

"Los testigos que pertenecen a una agencia de investigaciones a la que se le encomendó la vigilancia de una persona, 'no son terceros' en sentido estricto, pues fueron contratados para acreditar la existencia del hecho sobre el cual se pregunta. Tales declaraciones no son idóneas pues no revisten imparcialidad suficiente (en el caso, se trata de la vigilancia de la esposa, encargada por su marido) (C.N. Civ. Sala A, la Ley, T. 102, pág. 878); en otro fallo, la misma Sala expresó, sin embargo, que la declaración debe ser apreciada con suma prudencia, pues la misión encomendada al testigo de sorprender en falta a uno de los cónyuges supone una especie de parcialidad

Sostiene la doctrina que el testigo que recibió encargo para presenciar u oír los hechos pierde su característica de imparcial, y por ello debe restársele eficacia probatoria. Este criterio no puede predominar, y en cada caso hay que mirar y estudiar si quienes declaran lo hacen con veracidad, objetividad y seriedad. Consideremos el seguimiento que hace la policía judicial en el evento de sospecha de narcotráfico respecto de alguien y que, en el proceso, restemos eficacia a los testimonios de los agentes, con el argumento de que ellos declaran con parcialidad para el éxito de su pesquisa; o que, en un proceso de divorcio, el marido presuntamente ofendido vigile a su esposa por medio de amigos de él o por una agencia que se dedique a tal actividad; **a priori,** y sin estudiar el caso en concreto, no se puede restar credibilidad a estos testigos. Además, porque parece de elemental prudencia que el marido presuntamente ofendido utilice a sus amigos y no a otras personas, ya que si el resultado de la pesquisa o del seguimiento es que la esposa es una mujer fiel, nadie más que sus conocidos se enterarán de la desconfianza que se tuvo de su fidelidad como cónyuge.

2. TESTIGO TÉCNICO

2.1. GENERALIDADES

Técnico: del latín Technicus. Perteneciente o relativo a las aplicaciones de las ciencias y las artes. Aplícase en particular a las palabras o expresiones empleadas exclusivamente y con sentido distinto del vulgar en el lenguaje propio de un arte, ciencia, oficio, etc. El que posee los conocimientos especiales de una ciencia o arte.

(El derecho. T. VI, pág. 742); en los juicios de divorcio, las informaciones aportadas por pesquisas particulares sólo deben admitirse excepcionalmente *y* en cuanto revistan la indispensable objetividad y corroboren hechos concretos, resultantes de otras pruebas testimoniales o indiciarias" (cita tomada de PALACIO, LINO ENRIQUE. *Derecho...* Cit., pág. 566, cita al pie de pág. número 15).

En México no se aceptan las declaraciones de los testigos presentados por el esposo para probar el adulterio de su cónyuge, en causa de divorcio, porque la circunstancia de haber sido pagados por aquél, afecta su credibilidad. (Quinta época, T. CXXVII, pág. 810. A.D.5152/55, Rufino Fernández ()caña - Mayoría tres votos - Apéndice de jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación –Cuarta parte– Tercera Sala, pág. 491 (cita tomada de MATEOS ALARCÓN, MANUEL. ***Estudios sobre las pruebas en materia civil, mercantil.*** México, 1971, pág. 307).

2.2. DEFINICIÓN

Podernos definir al testigo técnico corno aquella persona que posee los conocimientos especiales de una ciencia o arte y que al narrar unos hechos se vale de aquellos para explicarlos.

2.3. ¿CUÁNDO EXISTE TESTIGO TÉCNICO?

Se han ensayado distintas respuestas:

2.3.1. Recurrir a una experiencia especifica del declarante'

Es tanto como sostener que el hecho únicamente se hubiera podido' percibir en toda su dimensión en razón de la capacidad científica, técnica o artistica especial que posee quien observa el hecho. Expliquémoslo con un ejemplo: Un testigo que presencia las convulsiones de una persona y su fallecimiento, si no tiene la calidad de médico, utilizará en la descripción del acontecimiento un lenguaje vulgar o cotidiano; en cambio, un médico que presenció el mismo hecho puede decir que la persona ha fallecido del corazón. No es el lenguaje científico lo que identifica al testigo técnico, sino su especial dotación de conocimientos.

2.3.2. Es el lenguaje el que identifica al testigo técnico

Vittorio Denti sostiene: "Por consiguiente, queda solamente la posibilidad de distinguir, en la declaración testimonial, el uso del lenguaje ordinario o común del uso del lenguaje técnico o científico; en este plano puede plantearse

A propósito sostiene STEIN, FRIEDRICH. *Conocimiento privado del juez,* Edic. Universidad de Navarra, Pamplona, España, 1973, págs. 15 y ss., lo siguiente: "... la diferencia entre el testigo técnico y sus semejantes (testigo no técnico) posiblemente sea una agudizada capacidad de sus sentidos, fruto de unos especiales conocimientos técnicos, capacidad que le hace perceptibles objetos que otros no hubieran visto u oído aun cuando se hubieran encontrado en su misma situación. En cualquier caso, se trata de su particular capacidad, resultado de una singular pericia para elaborar en un juicio lo percibido y repetirlo como tal allí donde otros no podrían dar cuenta más que de la desnuda impresión sensorial. **El testigo normal ve *y*** da cuenta **de los síntomas; el testigo pe icial, en cambio, expone el resultado de su** diagnóstico. Sin embargo, lo mismo hace el testigo no perito en todos los casos en que la elaboración de la sensación 'no requiere especiales conocimientos técnicos', y por ello no sin razón se ha calificado de completamente superflua la construcción de este subtipo de testigo que además no tiene ninguna importancia práctica para el procedimiento".

efectivamente una diversa modalidad del testimonio. Se trata, por otra parte, de una distinción bien conocida y que constituye uno de los puntos de referencia esenciales en la construcción de las modernas teorías lógicas; para los fines de la presente investigación, podernos mantener que el lenguaje común es aquél que trae el propio significado de la experiencia cotidiana y se caracteriza por su 'inmediación pragmática', estando 'ligado a estándares y a medios de comunicación inmediatos y de origen y naturaleza sociales'. Y no debe olvidarse que el discurso técnico o científico que se vale de un lenguaje reflejo y convencional y que trata de construirse autónomamente respecto del discurso común, aparece constantemente vinculado —excepción hecha en cuanto a los lenguajes puramente simbólicos— con el lenguaje ordinario, puesto que no sólo utiliza de hecho casi todas sus expresiones cognoscitivas, sino que aparece respecto de él dialéctica e históricamente abierto. En esta perspectiva es, pues, posible distinguir el testimonio común del testimonio técnico, el cual se verifica cuando en la narración de los hechos el testigo hace uso de un lenguaje especializado, formulando 'sus percepciones' y `deducciones' en los modos del discurso técnico o científico'".

Realmente, para nosotros, no es el lenguaje que se emplea el que identifica al testigo técnico o científico, pues a menudo nos encontramos con personas que manejan un lenguaje técnico o científico sin conocer su significado y mucho menos poseer los conocimientos de la ciencia a que se refiere. Por ejemplo, quien suministra los elementos químicos a un laboratorio universitario, durante varios años, se familiariza con los nombres de los elementos, pero no sabe qué significa su denominación y mucho menos conoce la química. Es decir, no por el uso aparentemente apropiado de los términos de una ciencia, arte o técnica, se alcanza la calidad de especialista en el respectivo campo; por el contrario, quien es técnico o científico posee vocabulario especializado en la materia respectiva. Como la ciencia da la explicación objetiva y racional de los fenómenos sometidos a su estudio, testimonio técnico es el de aquella persona que puede dar, con fundamentos, este tipo de explicaciones y las podrá hacer porque efectivamente tiene las calidades requeridas.

Al respecto ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

"Ahora bien, con respaldo en el anterior Código de Procedimiento Civil, venía sosteniendo la Corte que la demostración de la demencia de una persona, en todo

DENTI, VITTORIO. *Estudios de derecho probatorio.* Breviarios de derecho. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1974, págs. 40 *y* ss.

género de procesos, requería la prueba de peritos versados en la ciencia de la psiquiatría. Con todo, a partir de la vigencia del nuevo Código de Procedimiento Civil, no tratándose de procesos de interdicción (artículo 659) puede lograrse por otros medios de prueba. Claro que no subestima la Corte que el medio más idóneo para establecer las perturbaciones mentales de las personas, es la prueba de peritos, con conocimientos éstos en la ciencia de la psiquiatría. Porque según el moderno derecho probatorio, el testimonio técnico puede servir para demostrar, en determinados eventos, las anomalías psíquicas de que adolece una persona, como ocurre cuando el médico psiquiatra ha tratado al enfermo y **declara sobre el hecho de haber observado en** él, *el* estado psicopático que padecía en determinada época y la gravedad del mismo que **le limitaba o suprimía la libre determinación de la voluntad"** (las negritas son nuestras).

Abordando la Corte el tema de los medios de prueba adecuados para establecer la demencia de la persona en procesos distintos del de interdicción, hizo doctrina en la mencionada sentencia:

"Ahora bien, sin que haya mediado dictamen pericial practicado dentro del proceso sobre la enfermedad psíquica que padece o que sufrió una persona, la prueba testimonial legalmente producida y debidamente apreciada es admisible para establecerla, si proviene 'de persona o personas especialmente calificadas' en la materia por sus conocimientos científicos, a las cuales por serlo, la ley les permite (artículo 227, inciso final, y numeral segundo del artículo 228 del C. de P.C.), que expongan conceptos, como una excepción al principio de que los declarantes deben limitarse a relatar los hechos percibidos por ellos y que les está vedado emitir opiniones o juicios personales. Son los llamados 'testimonios técnicos'; tal sería el evento de los 'médicos que trataron al paciente' y que al testimoniar sobre éste conceptúan que padecía una enfermedad mental cuanto testó o celebró el contrato o acto cuya validez se discute.

"Lo anteriormente expuesto conduce a poner de presente que las dolencias psíquicas que se presentan en las personas, no sólo se pueden establecer con prueba pericial sino con otros medios, como ocurre con el testimonio del médico o médicos tratantes del enfermo mental. Empero, si el litigio versa sobre interdicción por demencia, en ese evento es imprescindible la prueba de peritos médicos para determinar el estado del paciente y su capacidad para administrar bienes y disponer de ellos, pues tanto en la legislación procedimental anterior, como en la actual, esta prueba constituye una exigencia en este linaje de procesos (artículo 659, numeral 4^0, del C. de PC.).

"De suerte que le asiste razón al censor cuando le imputa al Tribunal yerros en la apreciación de las pruebas, especialmente cuando el sentenciador parte de la base sin hacer distinciones de procesos, de que la demencia se establece mediante la prueba científica de peritos, siendo que en litigios diferentes del de interdicción, las perturbaciones mentales pueden probarse por otros medios de prueba, como la declaración o declaraciones de testigos técnicos. Y también, tiene razón el recurrente cuando afirma que el sentenciador **ad quem,** cayó en falencia al apreciar los testimonios de los médicos psiquiatras tratantes del

demandante, doctores X y Y, porque mediante éstos se establece la dolencia psíquica grave que aquél padecía por la época de la celebración del contrato de compraventa con el demandado..." a.

Del texto de la anterior jurisprudencia, se llega fácilmente a la conclusión de que nuestra Corte acoge el criterio de que el testigo técnico es la persona idónea, experta, en una determinada ciencia o arte. Al hablar de los médicos psiquiatras la Corte parte no del discurso técnico que ellos puedan emitir sino de la formación científica que les permite producirlo.

El Código de Procedimiento Civil, en el párrafo 3° de su artículo 227, consagra expresamente la figura del testigo técnico cuando estatuye: "Rechazará también las preguntas que tiendan a provocar conceptos del declarante que no sean necesarios para precisar o aclarar sus percepciones, excepto cuando se trate de una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia". De la misma manera el C. de P.P., en el inciso 3°, ordinal 2°, del artículo 276 hace referencia al testigo técnico cuando regla: "Se permitirá provocar conceptos del declarante cuando sea una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia".

La redacción de los artículos mencionados, que contienen los términos que analizamos enseguida, nos da a entender que lo que interesa al legislador son los conocimientos del testigo y no el vocabulario que emplea:

1) "Percepción (del latín, perceptio). Sensación interior que resulta de una impresión material hecha en nuestros sentidos".

2) "Especialmente (adverbio, con especialidad). Especialidad (del latín specialitas, átis). Particularidad, singularidad, caso particular".

3) "Calificado. Dícese de la persona de autoridad, mérito o respeto".

4) "Conocimiento (Acción y efecto de conocer). Entendimiento, inteligencia, razón natural"[6].

Advirtiendo que lo importante no es la significación gramatical de los términos que se empleen, para sacar conclusiones de una norma jurídica, en el caso presente, se puede con esta interpretación sostener, como lo hemos

[6] Casación Civil. 10 de octubre de 1978. Mag. Pon. Dr. Alberto Ospina Botero. Tomada de *Jurisprudencia civil 1977-1978.* JAIRO LÓPEZ MORALES. T. II, págs. 507-508. Lex. Bogotá, Colombia.

Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. Consultar las voces respectivas.

dicho, que el criterio del legislador fue el de identificar al testigo técnico con la persona que tiene conocimientos sobre una ciencia o arte.

Aparentemente el ordinal 2° del artículo 276 del C. de P.P. no permite que se provoquen conceptos del testigo, salvo que se trate de testigo técnico; sin embargo, debe entenderse que cuando sea necesario para precisar o aclarar sus percepciones, el testigo no técnico puede emitir conceptos relacionados con los hechos objeto de investigación; esta conclusión se apoya en la parte final del artículo 276 del C. de P.P.

La norma del Código de Procedimiento Civil exegéticamente puede ser explicada así: Al decir que "el juez rechazará las preguntas que tiendan a provocar conceptos del declarante, que no sean necesarios para precisar o aclarar sus percepciones, excepto...", está dando a entender, con la expresión "excepto", que al testigo técnico se le pueden hacer preguntas no sólo para aclarar sus percepciones sino también para que haga deducciones técnicas y para que las explique, sobre lo que ha percibido; esa persona que hace las deducciones debe ser idónea, por conocer (saber) la técnica, la ciencia o el arte sobre el cual conceptúa. Lo anterior es válido también para lo reglado en el Código de Procedimiento Penal.

2.4, IMPORTANCIA DEL TESTIGO TÉCNICO

Como se puede apreciar, fundamentalmente en la jurisprudencia de la Corte transcrita atrás, el testimonio técnico no es solamente posible, sino que muchas veces es necesario e imprescindible. Piénsese en la persona que sufre transitoria enajenación mental y que en ese estado celebra un contrato y que, con posterioridad, desaparece la situación patológica; en este caso, no podríamos valemos de la prueba pericial para que los peritos dictaminaran sobre si esa persona que está cuerda hoy, sufrió enajenación mental en algún período pasado; en cambio, los médicos psiquiatras que atendieron al enfermo en la época de la celebración del contrato son quienes están en capacidad de emitir conceptos científicos sobre lo que observaron en el examen practicado al enfermo. Por ejemplo, si en un proceso de filiación extramatrimonial se alega que el demandado es infértil, se puede acreditar la infecundidad con el testimonio del médico o médicos que lo examinaron en una época anterior, para deducir desde cuándo existe la deficiencia. Los médicos (testigos técnicos) podrán narrar los hechos que les consten y las deducciones que sacaron en esa época, e incluso emitir concepto en cuanto a si esa incapacidad para procrear era irreversible o no. Si empleáramos la pericia, los peritos sólo podrían conceptuar sobre si en el presente es infértil o no, pero no desde

cuándo. Desde qué tiempo es infecunda la persona, sólo lo podrán decir los testigos técnicos, es decir, los médicos que la examinaron en la época en que se presentó la anomalía.

2,5, TESTIGO QUE EMPLEA UN LENGUAJE TÉCNICO, SIN TENER LOS CONOCIMIENTOS CIENTÍFICOS, TÉCNICOS O ARTÍSTICOS

Como ya se ha dicho, el testigo no es técnico por el vocabulario que emplee sino por la experiencia, el conocimiento o preparación; para ello es necesario que de acuerdo con las reglamentaciones que existan en cada país, se acredite el título de idoneidad, ya que no podríamos convertir el proceso en escenario para examinar a determinadas personas a fin de saber si cuentan o no esas habilidades. Si un testigo no es experto en la materia (verbigracia, no tiene título médico reconocido por el Estado) y sin embargo emite juicios científicos, se tratará de testimonio si nana lo percibido y no emite juicios de valor.

¿Se requiere o no un texto legal que consagre expresamente el testimonio técnico, para que sea admisible?

Consideramos que a pesar de que la ley no contemple expresamente la figura del testigo técnico siempre que concurran los requisitos y condiciones que hemos indicado, no existen razones valederas para que se prive al proceso del conocimiento de determinados hechos. narrados por quien está especialmente calificado para observarlos de preferencia con relación a una persona común y corriente, pues la capacitación técnica del testigo lo habilita para describir con mayor precisión los hechos que trata.

Hay códigos que lo consagran expresamente, como el C. de P.C., en su artículo 227, y el C. de P.P. en el artículo 276, en Colombia, otros no lo hacen, pero no es necesario que lo hagan[8].

[8] El Código de Procedimiento Civil venezolano no lo consagra expresamente, pero la Corte de Casación lo ha aceptado: "El testimonio con conocimientos especiales o técnicos: `No entra en la prohibición legal el que un testigo que tenga conocimientos especiales o técnicos con relación a los hechos que ha captado por los sentidos y declarado, de consiguiente, como tal testigo puede rodear sus declaraciones de algunas explicaciones que las corroboren y aclaren, debiendo por ello, ser apreciada por el juzgador tal prueba así instituida . (Casación, Sentencia 26-7-45, memoria! 1945, T. II.). Cita tomada de PIERRE TAPIA, ÓSCAR R. *La prueba en el proceso venezolan* . T. III, 2 edición, Producciones Editoriales, Barcelona (España), 1977, pág. 69.

3. DIFERENCIAS ENTRE EL PERITO Y EL TESTIGO

Se ha dicho que las diferencias entre el perito y el testigo son:

1. El testigo aporta al proceso su percepción individual, el perito su saber no individual, ya que la opinión que emite debe sustentarse o basarse en las adquisiciones de la ciencia, de la técnica o del arte[9].

2. El testigo de referencia o de oídas es de escaso valor; el perito, que sabe sólo lo que otros han descubierto, es de gran valor, con la condición de que emita su propia opinión, como lo establece el numeral 2° del artículo 237 del C. de P.C.

3. Los acontecimientos preprocesales determinan que una persona sea testigo o no, y que haya de tener una relación histórica con el asunto de que se trate[10], de tal manera que es necesario por no poder ser reemplazado para el descubrimiento de la verdad; el perito es fungible, en el sentido de que está a disposición del juez y de que éste lo selecciona a discreción. Al juez lo que le interesa, al escoger los peritos, es saber si tienen los conocimientos que se desean.

4. Es improcedente que un testimonio verse únicamente sobre el conocimiento que el testigo tiene de principios abstractos[11]; en cambio, el perito puede cumplir suficientemente su tarea emitiendo conceptos de esta índole, sin relacionarlos con el caso que se le presente.

5. El testigo declara sobre hechos pasados o presentes que percibió antes[12] del proceso; en cambio, el perito lo hace sobre hechos pasados, presentes o futuros; es decir, informa de lo percibido durante el proceso en virtud de encargo judicial. En el testimonio se trata de percepciones contingentes y en la pericia de percepciones intencionadas[13].

6. El testigo nana hechos; sólo por excepción puede formular conceptos técnicos o científicos, limitados a la aclaración de sus percepciones, cuando es un testigo técnico, como lo sostienen los artículos 276 (inciso 3°, ordinal 2°) del C. de P.P. y 227 (párrafo 3°) del C. de P.C.; el perito emite siempre juicios de valor que pueden ser de cualquier naturaleza, excepto los puramente

9 STEIN, FRIEDRICH. *El conocimiento...* Cit., pág. 74.

10 STEIN, FRIEDRICH. Ob. cit., pág. 75.

11 STEIN, FRIEDRICH. Ob. cit., pág. 71.

12 DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Tratado de derecho procesal civil.* T. VI *(De la prueba en particular).* Bogotá, Temis, 1969, pág. 397.

jurídicos (véase parte final del artículo 251 del C. de P.P., y ordinal 1°, del artículo 236 del C. de P.C.)[13].

4. DEBER DE TESTIMONIAR

Es un derecho del Estado poder exigir a las personas que se encuentran en su territorio, que rindan testimonio. Como generalmente ocurre, sobre todo en materia penal, los hechos no pueden ser comprobados sin testigos, y teniendo el Estado la obligación de prestar el servicio jurisdiccional, no cumpliría cabalmente con ella si no pudiera exigir, a quienes saben de los hechos, su comparecencia y declaración.

El artículo 430 del C.P.M. establece la obligación que tiene toda persona de rendir testimonio; lo mismo disponen los artículos 266 del C. do P.P. y el 213 del C. de P.C. El canon 1547 establece la admisibilidad de la prueba testimonial en todas las causas bajo la dirección del juez. El **jus vetus** imponía obligación a los testigos, aún coactivamente, bajo la amenaza de penas, de deponer, considerando público el oficio de declarar judicialmente. Este carácter público se encuentra implícito en el canon 1547, teniendo en cuenta que redunda en favor del bien público el descubrimiento de la verdad, no sólo en las causas criminales sino en las contenciosas.

De esta publicidad u oficio público de los testigos, trata el canon 1548; así mismo el 1557 que recoge la obligación de rendir testimonio por ser de interés público".

4.1. CONTENIDO DEL DEBER DE RENDIR TESTIMONIO

a. En primer lugar el testigo tiene la obligación de comparecer ante el juez, después de ser citado legalmente. Comparecer no significa, de ninguna manera, que el testigo emita una declaración de carácter representativo, por cuanto puede manifestar que no conoce o nada sabe sobre los hechos que son objeto de investigación.

b. El testigo tiene la obligación de prestar juramento, en el sentido de afirmar que dirá la verdad de lo que sabe, pues debe ser consciente do que incumple un deber que tiene si no dice la verdad, la oculta o la deforma.

[13] DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Tratado de...* Cit., pág. 330.

" MORENO HERNÁNDEZ, MIGUEL. *Derecho procesal canónico.* Bosch S.A. Barcelona. 1975, pág. 273.

c. Tiene la obligación de decir al juez todo lo que sabe, incluso las dudas que pueda tener sobre determinado hecho.

d. El testigo, si es del caso, puede ser sometido a examen con el fin de que el juez llegue a valorar en mejor forma el testimonio. Además, puede ser objeto de inspección judicial, fotografía, examen pericial, etc.

e. Si el testigo posee documentos, que tengan relación con los hechos que son objeto de la investigación, debe aportarlos. Al respecto se ha discutido[15] si debe existir disposición expresa que le imponga este deber o si, por el contrario, puede considerarse existente esta obligación sin precepto legal que específicamente la establezca.

Consideramos que no se requiere una norma que expresamente lo diga, ya que si existe a cargo del testigo el deber de decir la verdad, los documentos que tiendan a demostrarla deben aportarse para mejor sostén de sus afirmaciones.

f. Tiene la obligación de investigar precisando determinados hechos, si así lo ordena el juez, como sucede en el caso específico del numeral 5°, del artículo 228 del C. de P.C.

g. También debe trasladarse al lugar donde ocurrieron los hechos si así lo ordena el juez, a fin de ser examinados allí y poner en su presencia los objetos sobre los cuales hubiere de versar la declaración; si el interrogatorio se inicia en el juzgado y el juez considera que debe continuar el examen al deponente en un lugar en donde éste deba reconocer personas, lugares, cosas, le ordenará trasladarse con él al lugar señalado para continuar la diligencia[16].

h. Está igualmente obligado a describir circunstancialmente los objetos sobre los cuales verse su declaración; esto es aplicable en la jurisdicción penal militar; lo mismo que en materia civil y contencioso administrativa.

i. También está compelido a describir personas y a reconocerlas, si así lo ordena el respectivo funcionario.

FLORIÁN, EUGENIO. *De las pruebas penales.* T. II, *De las pruebas en particular.* Temis, Bogotá, 1969, número 38, pág. 93.

[16] PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, L. *y* G. DE CABIEDES, EDUARDO. *Derecho procesal penal.* Editorial Tecnos, Madrid, 1976, pág. 233.

4.2. EL DEBER DE COMPARECER Y SU EFECTIVIDAD

Uno de los poderes de la jurisdicción es precisamente el poder de coerción; en virtud de él, el juez tiene la capacidad para remover los obstáculos que se opongan a la recta administración de justicia, y en uso de ella está facultado para ordenar la comparecencia del testigo, así:

El artículo 224 del C. de P.C., establece:

"Cuando la declaración de los testigos se decrete de oficio o la parte que solicitó la prueba lo requiera, el secretario los citará mediante telegrama, si en la sede del despacho existe este servicio, y en su defecto mediante boleta de citación; en ambos se harán las prevenciones de que trata el artículo siguiente.

"Cuando el testigo fuere dependiente de otra persona, se librará también telegrama o boleta de citación, según el caso, al empleador o superior para los efectos del permiso que éste deba darle, con la prevención de que trata el numeral 5° del artículo 39".

En el evento de que el testigo desatienda la citación, el artículo 225 del C. de P.C., establece:

"1. Si dentro de los tres días siguientes a la audiencia, no acredita siquiera sumariamente causa justificativa, se le impondrá una multa de dos a cinco salarios mínimos mensuales, quedando siempre con la obligación de rendir el testimonio, para lo cual se señalará nueva audiencia.

"2. Si en el término mencionado el testigo acredita siquiera sumariamente un hecho justificativo de su inasistencia, el juez lo exonerará de sanción y señalará audiencia para oírlo, sin que sea necesaria nueva citación.

"3. El interesado podrá pedir que se ordene a la policía la conducción del testigo a la nueva audiencia igual medida puede adoptar el juez de oficio, cuando lo considere conveniente.

"4. Cuando se trate de alguna de las personas mencionadas en el artículo 222, la desobediencia la hará incurrir en la misma sanción, que será impuesta por el funcionario encargado de juzgarla disciplinariamente, a solicitud del juez"[17].

El artículo 431 del C.P.N. (Argentina) tras exigir el señalamiento de dos audiencias (una principal y otra supletoria) para que declaren los testigos que faltaron a la primera, agrega que al citar al testigo se le notificarán ambas audiencias, con la advertencia de que si faltare a la primera sin causa justificada, se lo hará comparecer a la segunda por medio de la fuerza pública y se le impondrá una multa de mil a cinco mil pesos moneda nacional. El 433 del mismo código prescribe, por su parte, que en la cédula de notificación "se transcribirá la parte del artículo 243 del C. de P.P.". "Sanción al testigo renuente: Al testigo que citado no comparezca a declarar, o que no permanezca en su casa de habitación a la hora señalada para ese fin, sin causa que justifique su no asistencia, o la ausencia de su morada, o al que no rinda la declaración que de él se solicita, se le impondrá por el

Se utilizan varios medios para obtener la comparecencia del testigo: a) Multas, que son aplicables en materia civil y laboral; b) Orden de conducción por la policía (fundamentalmente para materias civil y laboral); e) Arresto inconmutable (art. 279 y num. 3 del art. 144 del C. de P.P.). Se puede emplear, entonces, la coerción (no la coacción) para que el testigo cumpla con la obligación que tiene de comparecer. Pero una vez que lo hace, o que accede a rendir la declaración si se encuentra arrestado, no puede ser forzado a dar una versión en uno u otro sentido; inclusive puede declarar sosteniendo que no le consta nada de lo que se le pregunta. Se debe observar que la obligación de comparecer la persona surge con la citación, pero bien puede afirmar que no observó nada sobre lo que se le interroga. Debe responder a los cuestionamientos, así sea en la forma que hemos indicado. Emplear la violencia, la amenaza o medios ilícitos, hacen que la prueba sea nula (a lo sumo, se le puede conminar a que conteste, pero no mediante amenazas, por leves que éstas sean, so pena de sanciones de tipo legal). La Constitución Nacional prevé esta nulidad cuando regla en la parte final del artículo 29: "Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso".

En el derecho canónico el canon 1557 preceptúa: "El testigo debidamente citado debe comparecer o comunicar al juez el motivo de su ausencia".

4.3. EL JURAMENTO

4.3,1. Oportunidad

El juramento es promisorio cuando se presta antes de una declaración; consiste en la promesa de decir la verdad en las manifestaciones que se harán luego. El juramento confirmatorio es posterior a la declaración y tiene lugar cuando se pregunta al declarante si expresó la verdad.

---

funcionario de instrucción o por el juez de la causa, previo informe de la secretaría y mediante resolución motivada contra la cual no procederá otro recurso que el de reposición, arresto de uno a treinta días".

"El arresto a que se refiere el inciso anterior, cesará en el momento en que el testigo rinda su declaración, la que se recibirá tan pronto como éste manifieste al funcionario su voluntad de testimoniar".

El artículo 465 del C. de J.P.M.: "Los testigos serán llamados por medio de boletas, o verbalmente en caso de urgencia, pudiendo recibirse su testimonio en la casa. Si no comparecen o no esperan la citación domiciliaria, el funcionario impondrá multas hasta de cincuenta pesos convertibles en arresto, quedando la persona con la obligación de declarar".

Si entendemos por acto procesal el acto de voluntad humana manifestado en el proceso, es innegable que el juramento es un acto procesal que comprende tres partes:

1) Amonestación, o manifestación del juez hecha al testigo respecto de la obligación de decir la verdad frente al Estado (órgano jurisdiccional), a fin de que éste pueda administrar justicia;

2) Toma del juramento, que es la expresión, por parte del juez, de la fórmula del juramento, sea con las palabras laicas que establecen algunos códigos o con la fórmula religiosa que todavía se conserva;

3) La manifestación, por parte del testigo, de que jura, expresada así: "Sí juro", "juro" o "prometo".

43.2. Fórmulas para prestarlo

Ha existido en la doctrina gran discusión no sólo sobre la fórmula del juramento, sino también sobre su real importancia "que haga que el testigo sea más sincero en su versión"[1] . Se puede afirmar que, inicialmente, el juramento

[18] Hay códigos que establecen la promesa de decir la verdad; otros utilizan la forma religiosa de decir la verdad; y algunos dejan a opción del testigo, según sus convicciones, jurar o prometer decir la verdad. Código de Procedimiento Penal para el Distrito Federal (México), artículo 248: "Después de tomarle la protesta de decir verdad..."; Código de Procedimientos Civiles del Estado de Morelos (México), artículo 286, IV: "... se exigirá a los testigos antes de que declaren, la protesta de decir verdad haciéndoles saber las penas en que incurren si se producen con falsedad"; Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (México), artículo 363: "Después de tomarle al testigo la protesta de conducirse con verdad y de advertirle de las penas en que incurren los testigos falsos..."; Código de Procedimiento Civil para Bolivia, artículo 458: "(Juramento o promesa de decir verdad). Antes de declarar; los testigos prestarán, según sus convicciones, juramento o promesa de decir la verdad y serán informados de las consecuencias penales a que darán lugar las declaraciones falsas"; Código de Procedimiento Penal para la República de Chile, artículo 203: "Todo testigo antes de ser interrogado, prestará juramento de decir la verdad sobre lo que le fuere preguntado, sin añadir ni ocultar nada de lo que conduzca al esclarecimiento de los hechos"; Código Procesal Civil y Mercantil para la República de Guatemala, artículo 134: "Práctica de la diligencia. El obligado a declarar lo hará con arreglo a la siguiente fórmula: ¿Prometéis, bajo juramento, decir la verdad en lo que fuereis preguntado?; y contestará 'Sí, bajo juramento prometo decir la verdad'. A continuación se le hará saber la pena relativa al perjurio"; Código de Procedimientos Civiles para la República del Perú, artículo 469: "Antes de la declaración, el juez tomará juramento a los testigos en la forma siguiente: ¿Juráis por Dios contestar con verdad a lo que se os pregunte? El testigo responderá:

tenía por objeto hacer que el declarante dijera la verdad por temor a Dios, por sujeción o subordinación a su creencia religiosa. En la época actual, el deponente debe saber que rinde su declaración por el compromiso que tiene con el Estado de decir la verdad; en caso de que falte a la verdad o la oculte incurrirá en delito tipificado en la ley penal. Es mejor el empleo de la fórmula laica; no se trata de negar la influencia que la religión ejerce sobre determinadas personas, sino simplemente de adoptar una fórmula más acorde con los tiempos modernos. Cuando se abandona la fórmula religiosa se es más consecuente con la persona humana; así podrán prometer y así deben hacerlo, decir la verdad quienes no profesen, en el caso de Colombia, la religión católica o cualquier otra religión.

El artículo 227 del C. de P.C., establece: "... el juez le exigirá juramento de decir lo que le conste sobre los hechos que se le pregunten y de que tenga conocimiento, previniéndole sobre la responsabilidad penal en que incurre quien jura en falso". Es esta una buena fórmula por cuanto no se le hace prometer al testigo que dirá la verdad por temor a Dios, sino sencillamente porque incumple un deber e incurre en delito, si omite o deforma algo de lo que sabe.

Es una fórmula aceptable de juramento la que contiene el. Código Penal Militar[19].

Sí juro"; El artículo 486 del C. de Procedimiento Civil Venezolano, establece: "El testigo antes de contestar prestará juramento de decir verdad...".

[19] El artículo 332 del Código Penal Militar, en concordancia con el artículo 331 del mismo, preceptúa: "Fórmulas de la promesa o juramento. La fórmula de la promesa o juramento según los casos, será la siguiente:

"Para los oficiales testigos: `¿Promete usted por su honor militar, decir la verdad, toda la verdad, y nada más que la verdad en la declaración que va a rendir?'.

"Para los oficiales peritos: '¿Promete usted por su honor militar, proceder fielmente en las investigaciones que se le confíen, hacer lo posible para llegar al conocimiento de la verdad y para declarar ésta sin exageraciones ni reticencias, sin ambigüedades ni eufemismos?'.

"Para los vocales de consejos de guerra: '¿Prometéis, por vuestro honor militar, examinar con la más minuciosa atención tanto los cargos como la defensa que del acusado se hagan en este juicio; no traicionar ni los intereses de éste, ni los de la sociedad que lo juzga; no escuchar en el desempeño de vuestra misión ni el odio, ni el temor, ni el afecto; decidir con la imparcialidad y firmeza, sin atender a nada distinto de vuestra personal conciencia y no hacerlo jamás sin convicción íntima sobre los hechos; no comunicaros con nadie sobre la causa sometida a vuestro veredicto y no olvidar que la misión que se os ha confiado es la muy sagrada de administrar justicia sobre los hombres?'.

"Para otros testigos: 'A sabiendas de la responsabilidad que asuma con el juramento, ¿jura decir la verdad, toda la verdad, y nada más que la verdad en la declaración que va a rendir?'.

En materia penal no existe ninguna norma que consagre fórmulas para tomar juramento al testigo: sólo se hace mención a él en el artículo 269 del C. de P.P., de la siguiente manera: "AMONESTACIÓN PREVIA AL JURAMENTO, Toda autoridad a quien corresponda tornar juramento, amonestará previamente a quien debe prestarle acerca de la importancia moral y legal del acto y las sanciones penales establecidas contra los que declaren falsamente e incumplan lo prometido, para lo cual se leerán las respectivas disposiciones. Acto seguido se tomará el juramento". Es evidente que la fórmula del juramento no debe contener expresiones religiosas como ya lo hemos indicado, sino sencillamente una que le indique al testigo que incurre en delito por incumplir la obligación que tiene de informar al Estado lo que éste necesite saber sobre un hecho determinado, para realizar los altos intereses de la administración de justicia.

4.4. OBJETO DEL TESTIMONIO

De conformidad con el artículo 228 del C. de P.C., el testigo deberá deponer "... 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". El artículo 227 del mismo dice: (El juez) "... rechazará también las preguntas que tiendan a provocar conceptos del declarante que no sean necesarios para precisar o aclarar sus percepciones...".

El artículo 439 ordinal 2°, del C.P.M., establece: "El juez 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...".

El artículo 277 del C. de P.P., al referirse a la apreciación del testimonio, implícitamente está indicando que se debe preguntar, sobre "... las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió (el hecho)..." (lo indicado en paréntesis es nuestro).

"Para los intérpretes: 'A sabiendas de la responsabilidad que asume con el juramento, jura explicar y traducir fielmente las preguntas a la persona que va a ser interrogada por su conducta y trasmitir exactamente las respuestas?'.

"Para los defensores: 'A sabiendas de la responsabilidad que asume con el juramento, jura cumplir bien y fielmente con los deberes de su cargo?'.

"Para los fiscales, asesores y secretarias: 'A sabiendas de la responsabilidad que asuma con el juramento, jura cumplir bien y fielmente con los deberes de su cargo?'.

De la misma manera cabe citar la parte final del artículo 276 del C. de P.P., que regla: "... el funcionario deberá requerir al testigo para que sus respuestas se limiten a los hechos que tengan relación con el objeto de la investigación".

De acuerdo, entonces, con las transcripciones anteriores, se puede afirmar que no están prohibidas las apreciaciones que pueda hacer el testigo siempre y cuando sean necesarias para precisar la razón de la ciencia de su dicho, lo mismo que se permiten preguntas que provoquen conceptos del deponente cuando éstos sean indispensables para precisar o aclarar sus percepciones. Igualmente, es válido decir aquí que muchas veces para que la narración del hecho sea completa debe estar integrada con apreciaciones y opiniones, o que el hecho mismo pueda compendiarse en una apreciación".

Todo lo dicho y transcrito se refiere a la fuente psicológica de la prueba y la estructura lógica de ella, así como a su finalidad. "Las condiciones y circunstancias... que puedan ser conducentes para apreciar la credibilidad del testigo, se harán constar en el acta", dice el artículo 441 del Código Penal Militar, el artículo 277 del C. de P.P, y, con mayor razón, en el C. de P.C., los artículos 227 y 228, aplicables en materia laboral, sin duda alguna.

Se aviene a nuestro medio, y con relación a nuestros códigos, el comentario siguiente de Eugenio Florián : "... se habla de hechos, pero, además de las consideraciones formuladas antes, la palabra hecho es bastante amplia y sería absurdo atribuirle al legislador la intención de excluir aquellos juicios que, precisamente para configurar completamente el hecho, se imponen como necesarios".

Tomando los comentarios de Florián y las normas transcritas anteriormente, podernos decir que el legislador no habló aquí, ni podía hacerlo, sino genéricamente de hechos, ya que sólo nuestro C. de P.C., por decirlo de alguna manera, tuvo por primera vez la audacia, con respecto al objeto de la prueba testimonial, de permitir (artículo 227) que a los testigos con conocimientos técnicos se les pregunte con el fin de provocar conceptos que sean necesarios para precisar o aclarar sus percepciones, lo cual es aplicable a todos nuestros procedimientos; pero, aunque no se acepte ese criterio, hay que entender que cuando se habla de hechos, en ellos está implícito el

[20] FLORIÁN, EUGENIO. *De las pruebas...* Cit., número 91, pág. 193.

[21] FLORIÁN, EUGENIO. *De las pruebas...* Cit., pág. 193.

verdadero e íntimo objeto de la prueba testimonial, esto es, la reconstrucción psíquica del acontecimiento".

4.5. MOMENTO EN QUE SE ADQUIERE LA CALIDAD DE TESTIGO

De conformidad con el artículo 220 del C. de P.C., la calidad de testigo se adquiere cuando el juez decreta la práctica de la prueba, a petición de parte o de oficio (artículo 179 del C.P.C.). Significa, entonces, lo anterior, que no se adquiere por la simple circunstancia de que una persona presencie unos hechos, pues puede suceder que no sea llamada a declarar, o sencillamente que no se tramite un proceso que exija la prueba de esos hechos presenciados o conocidos (la noción se acepta en el campo extraprocesal).

No hay calidad de testigo, tampoco, por el hecho de que la parte interesada postule el nombre de la persona, en las oportunidades que tiene para pedir pruebas, ya que el juez puede negar su práctica, ni tampoco por la citación, ya que ésta es el llamado para la comparecencia.

No aceptamos que se adquiera tal calidad con la comparecencia, ni con el juramento, ni con el hecho de que rinda la declaración, ya que estos supuestos son invocados. Si una persona sólo es testigo cuando rinde su versión, entonces ¿cómo es posible que se le conduzca por la fuerza, etc.?

La calidad de testigo no es una noción teleológica, sino que encuentra su razón de ser en sí misma, para permitir al Estado tomar unas medidas, como la imposición de deberes y el reconocimiento de una esfera de protección.

La noción de testigo no satisface interés alguno, sino que es el presupuesto para imponer al individuo una serie de deberes y darle protección, si es del caso. Ejemplo: El testigo por sí mismo no satisface ningún interés ni siquiera procesal, hasta el punto que puede comparecer y manifestar que no conoce los hechos por los cuales se le pregunta.

El artículo 266 del C. de P.P., establece que: "Toda persona está en la obligación de rendir, bajo juramento, el testimonio que se le solicita en la actuación procesal, salvo las excepciones constitucionales y legales..."; de su redacción se desprende que el testigo adquiere la calidad de tal cuando el juez decreta la recepción de su declaración, ya sea de oficio, o a petición de parte. En el mismo sentido se expresa el artículo 430 del C.P.M.

22 FLORIÁN, EUGENIO. *De las pruebas...* Cit., números 91 y 94.

Lo dicho no obsta para que, en materia penal, una persona se presente a declarar voluntariamente y el juez la acepte como testigo. En conclusión, no hay que mirar al testigo en función del testimonio, sino desde el punto de vista del decreto del juez, que ordena tenerlo como tal.

La calidad de testigo puede perderse, porque se decrete la nulidad o porque sea revocada la providencia que decreta la prueba.

La parte que postuló la prueba testimonial puede desistir antes de que sea practicada, pero en ese evento, en aplicación del artículo 179 del C. de P.C., el juez puede decretarla de oficio.

En el evento previsto en el parágrafo 2° del artículo 219 del C. de P.C., por no ser un límite al decreto, sino a la recepción, no se pierde la calidad del testigo, aun cuando nunca se rinda testimonio.

4.6. EXCEPCIONES AL DEBER DE TESTIMONIAR

4.6,1. El secreto profesional

4.6.1.1. Antecedentes

Guardar reserva, callar lo que un sujeto ha confiado a otro es una cuestión de moral, de lealtad, de grandeza. Desafortunadamente, en los tiempos que corren, quien confia algo se convierte en esclavo de su confidencia. El dicho popular "uno es dueño de su silencio y esclavo de sus palabras", donde más tiene vigencia es en las confidencias.

Santo Tomás sostenía que todos estaban obligados a guardar secreto, corno quiera que lo hayan sabido, no sólo del secreto de que se hizo confianza, en que cabe la obligación tácita o expresa, sino también en el secreto que se supo de persona diferente de la del interesado, pues el mismo derecho natural prohibe el perjuicio y daño al prójimo".

Pero al lado de ese principio de lealtad, que debe inspirar el comportamiento humano en general, existe uno que se ha perfeccionado, generando obligaciones y deberes: el secreto profesional.

La obligación o el deber de secreto profesional tiene fundamento en el hecho de que existen determinadas necesidades, en el amplio sentido del

" PÉREZ, ALFONSO DE PAULA. *La prueba de testigos en el proceso civil español.* Reus S.A., Madrid, 1968, pág. 69.

vocablo, que no le es permitido o que no puede satisfacer el individuo por sí mismo, teniendo que buscar a otro para que se las satisfaga, para lo cual debe revelar algo de su propia intimidad.

El que confía algo en virtud del secreto profesional, no lo hace libremente, sino apremiado por un estado de necesidad, por ejemplo, al médico que conoce la ciencia y puede curarlo o al abogado para poder hacer actos de postulación en el proceso, por no permitírsele hacerlo directamente.

En síntesis, no se es libre cuando se confía algo en virtud del secreto profesional.

4.6.1.2. Legislación

Puede legislarse sobre el secreto profesional así:

a) Como derecho del profesional a abstenerse de declarar. En realidad el profesional puede sustraerse al deber general que existe de rendir testimonio y privar al órgano jurisdiccional de este medio probatorio. Si lo desea puede rendirlo y será válido, sin menoscabo de las acciones civiles que surgen para que el interesado pueda reclamar los perjuicios causados por el hecho de revelar lo confiado bajo la reserva del secreto profesional.

b) Como un deber u obligación del profesional, pero que puede relevar el cliente.

c) Como una obligación no relevable y, consecuencialmente, prohibición absoluta de recibir el testimonio del profesional. Los artículos 214 del C. de P.C., 268 del C. de P.P. y 432 del C.P.M. (aplicable el criterio del C. de P.C. a materias laboral y contencioso administrativa), acogen el primer sistema cuando preceptúan:

"No están obligados a declarar..." (idéntica frase en materia penal) "toda persona está obligada a declarar, excepto...". Es importante observar que la redacción de los tres artículos citados, nos están indicando que el secreto profesional comprende, no sólo lo que el cliente ha confiado, sino también lo que ha sido descubierto por causa o en razón de la confidencia".

Artículo 214 del C. de P.C. preceptúa: "Excepciones al deber de testimoniar. No están obligados a declarar sobre aquello que se les ha confiado o ha llegado a su conocimiento por razón de su ministerio, oficio o profesión:
"1. Los ministros de cualquier culto admitido en la República.

4.6.1.3. Criterio de la Corte sobre quien declara sin levantársele la reserva profesional

Según el artículo 214, ordinal 2°, del C. de P.C., no están obligadas a declarar determinadas personas, pero si declaran sin levantárseles la reserva profesional, esa circunstancia, que merece reparo, no le resta sin embargo su fuerza legal"25.

En aras del secreto profesional, se estableció el artículo 214 del C. de P.C., desarrollando el artículo 213 ibídem: "Los preceptos nombrados no establecen que carezca de valor, el testimonio rendido en desmedro de ese secreto"[26].

4.6.1.4. El artículo 74 de la Constitución Política de Colombia y la posición de la Corte Constitucional

El artículo 74 de la Constitución Política prevé: "El secreto profesional es inviolable"; en esta norma se basó la Corte Constitucional para declarar la inexequibilidad de una parte del artículo 284 del Código de Procedimiento Penal que consagraba una excepción a la inviolabilidad del secreto

---

"2. Los abogados, médicos, enfermeros, laboratoristas, contadores, con relación a hechos amparados legalmente por el secreto profesional.

"3. Cualquiera otra persona que por disposición de la ley pueda o deba guardar secreto".

C. de P.P., artículo 268: "Excepciones por oficio **o profesión.** No están obligados a declarar sobre aquello que se les ha confiado o ha llegado a su conocimiento por razón de su ministerio, profesión u oficio:

"1. Los ministros de cualquier culto admitido en la República.

"2. Los abogados.

"3. Cualquier otra persona que por disposición legal pueda o deba guardar secreto".

C.P.M., artículo 432: "Excepciones por ministerio, oficio o profesión. No están obligados a declarar sobre aquello que se les ha confiado o ha llegado a su conocimiento por razón de su ministerio, profesión u oficio:

"1. Los ministros de cualquier culto admitido en la República.

"2. Los abogados.

"Cualquier persona que por disposición legal deba guardar secreto".

[25] Sentencia de 28 de septiembre de 1977, proceso de separación de cuerpos promovido por Martiniano Montoya contra Ligia Sierra de Montoya. Mag. Pon. Dr. Ricardo Uribe Holguín.

[26] Sentencia de 14 de septiembre de 1976, proceso ordinario de Lilia Jhons de Acosta y otros contra Ricardo Acosta González. Mag. Pon. Dr. José María Esguerra Samper.

profesional del siguiente tenor: "... salvo que se trate de circunstancias que evitarían la consumación de un delito futuro". Dijo la Corte Constitucional, en Sentencia C-411 del 28 de septiembre de 1993, con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Gaviria Díaz, lo siguiente: "Como en el caso del derecho a la vida, en el del secreto profesional la Carta no dejó margen alguno para que el legislador señalara bajo qué condiciones puede legítimamente violarse un derecho rotulado "inviolable". Esa calidad de inviolable que atribuye la Carta al secreto profesional determina que no sea siquiera optativo para el profesional vinculado por él, revelarlo o abstenerse a hacerlo. Está obligado a guardarlo. Claro que en situaciones extremas en las que la revelación del secreto tuviera sin duda la virtualidad de evitar la consumación de un delito grave, podría inscribirse el comportamiento del profesional infractor en alguna de las causas justificativas del hecho (C.P., art. 29)".

4.6,1 Los ministros de cualquier culto admitido en la República

No se trata propiamente de un secreto profesional y por ello hemos preferido darle entidad propia.

El artículo 432 del C.P.M., el artículo 214 del C. de P.C., y el 268 del C. de P.P., establecen: "a los ministros cíe cualquier culto admitido en la República".

El numeral 2° parágrafo 2° del canon 1550 reza: "Se consideran incapaces: Los sacerdotes, respecto a todo lo que conocen por confesión sacramental, aunque el penitente pida que lo manifiesten; más aún, lo que de cualquier modo haya oído alguien con motivo de confesión no puede ser aceptado ni siquiera como indicio de la verdad".

De tal manera que en el caso de los ministros de la Religión Católica, desde el punto de vista de los códigos de procedimiento civil, penal y penal militar, aplicable el primero a lo laboral y a lo contencioso administrativo, no están obligados a declarar en lo que se les ha confiado por razón de su ministerio, mientras que desde el punto de vista del derecho canónico, son incapaces para testimoniar sobre lo que se les ha confiado en la confesión; pero sobre lo que han sabido por razón de su ministerio, fuera de confesión, tienen derecho a excusarse para rendir declaración, lo cual nos está indicando que, en este último caso, es facultativa la decisión de deponer.

4.6.3. Excepciones al deber de comparecer, pero no al de rendir testimonio

4.6.3.1. Por la dignidad del cargo

Los artículos 222, 223, del C. de P.C., 271 y 272 del C. de P.P. y 434 y 435 del C.P.M. (disposiciones aplicables, las primeras, a materias laboral y contencioso administrativa) establecen los casos en que determinados funcionarios declaran mediante certificación o en la casa que habitan.

En el derecho canónico, "los Cardenales, Patriarcas, Obispos y aquéllos que según el derecho de su Nación gozan de ese favor, pueden elegir lugar para rendir testimonio" (Canon 1558, parágrafo 20).

4.6.3.2. Por enfermedad o impedimento físico

Es una excusa para comparecer al despacho del juez y no para rendir la declaración a la cual se está obligado; cuando la persona se encuentra enferma, se trata de un caso de fuerza mayor. El juez señalará fecha y hora para la recepción del testimonio en la casa de habitación o en el lugar en donde se encuentre el enfermo. Los artículos 220 del C. de P.C., 270 del C. de P.P. y el 433 del C.P.M., regulan el caso. Las disposiciones en materia procesal civil son aplicables a lo contencioso administrativo y a lo laboral". Igualmente, en el derecho canónico a los que, por enfermedad u otro impedimento, les sea imposible o dificil acudir a la sede del Tribunal; v.gr. los enfermos, ancianos impedidos (canon 1558, parágrafo 3°).

Es importante observar que en el procedimiento civil basta que se acredite sumariamente el hecho de que el testigo se encuentra enfermo o impedido para que el juez ordene recibir el testimonio en el sitio donde se encuentre la persona enferma.

No es necesario abrir un debate sobre el grado de enfermedad de la persona, basta que se den las hipótesis que hemos indicado anteriormente.

4.6.3.3. Por el lugar de la residencia del testigo

Cuando el testigo resida en lugar diferente a donde se adelanta el proceso, el juez debe comisionar al del sitio de la residencia del testigo para que se le reciba el testimonio.

[27] El artículo 433 del C.P.M., dice: **"Testigo impedido para concurrir.** Si el testigo estuviera físicamente impedido para concurrir al despacho de juez, será interrogado en el lugar en que se encuentre".

El artículo 113 del C. de P.P., regla que el Fiscal General de la Nación y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional; incluso pueden investigar, calificar y acusar por delitos realizados fuera de su sede; esto significa que el fiscal durante la instrucción podrá desplazarse hasta el lugar de residencia del testigo, con el fin de recepcionar su declaración. De la misma manera el C. de P.P., permite que el fiscal o el juez (en el juzgamiento) comisionen a cualquier funcionario que ejerza facultades de policía judicial, con el objeto de que practique diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos, entre las cuales puede estar la de recepcionar el testimonio de la persona que reside fuera del lugar donde se está adelantando el proceso (art. 316 C. de P.P.). Todo lo anterior es posible, sin perjuicio de que los funcionarios judiciales (juez y fiscal) puedan comisionar a cualquier autoridad judicial del país de igual o inferior categoría (art. 84 C. de P.P.).

Si bien en principio el testigo que reside en lugar distinto al del adelantamiento del proceso no está obligado a concurrir al sitio donde éste se prosigue, puede el juez (civil, penal, laboral o penal militar) ordenar la comparecencia del declarante si la parte que pidió la prueba, o la interesada en que se reciba, consigna oportunamente la suma fijada a título de indemnización, para gastos de viaje del testigo (artículo 231 del C. de P.C.)[28].

Lo dispuesto en materia procesal civil, como se sabe, es aplicable a los procedimientos laboral y contencioso administrativo. Ordenar comparecer al testigo al lugar en donde se surte el proceso es a veces aconsejable ya que el juez de conocimiento es quien está en mejores condiciones de interrogarlo. Además, para nadie es un secreto que los jueces comisionados son, en muchos casos, descuidados en la práctica de las pruebas que no corresponden a los procesos de su conocimiento.

Las personas residentes en otro país, bajo ningún pretexto pueden ser obligadas a comparecer a Colombia a rendir su testimonio. En el evento de tener que recibírseles declaración en el extranjero, se procederá así:

[28] Artículo 231 del C. de P.C.: "Declaración de testigos residentes fuera de la sede del Juzgado. El juez, de oficio o a petición de cualquiera de las partes, podrá ordenar que testigos residentes fuera de la sede del juzgado comparezcan a éste. Para tal efecto, el juez señalará los gastos de transporte y permanencia, que serán consignados por cualquiera de las partes, dentro de la ejecutoria del respectivo auto, salvo que los testigos asuman el gasto. Si no se hiciere la consignación o no comparecieren en el día y la hora señalados, librará despacho comisorio al juez correspondiente sin necesidad de auto que así lo disponga".

a) Se envía carta rogatoria, por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, a las autoridades judiciales del país en cuestión, para que se reciban las deposiciones.

En este caso las reglas para la recepción del testimonio son las del respectivo país, pero el acta debe ser autenticada en la forma prevista en el artículo 259 del C. de P.C. (artículos 505 del C. de P.P. y 403 del C.P.M.).

b) Esas declaraciones también pueden ser tomadas por un agente diplomático o consular de Colombia o un fiscal colombiano. En este evento todo se regula por la ley colombiana, porque efectivamente se está rindiendo el testimonio ante funcionarios y en territorio colombiano (artículos 505 del C. de P.P. y 403 del C.P.M.).

4.6.3.4. Por incapacidad

Si la declaración de los incapaces carece de valor no tiene objeto que comparezcan a declarar (artículos 215 y 216 del C. de P.C.).

Las personas mayores de doce años son idóneas para declarar en materia civil. En lo penal es idónea para declarar toda persona, no importa la edad; no obstante, los menores de doce años, aunque están exonerados de prestar juramento, deben estar asistidos en lo posible por su representante legal o por un pariente mayor de edad (art. 266 C. de P.P.).

En el Procedimiento Penal Militar no existe límite en cuanto a la edad, y considerarnos que es al juez, lo mismo que sucede en el penal ordinario, a quien le corresponde calificar la credibilidad del testimonio del incapaz.

4.6.4. Excepción propiamente dicha al deber de declarar

El artículo 267 del C. de PR, establece esta excepción:

> "Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañera o compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.
>
> Este derecho se le hará saber por el funcionario respectivo a todo imputado que vaya a ser interrogado, y a toda persona que vaya a rendir testimonio".

Aquí se ve la importancia de los generales de ley. El deponente tiene el deber de comparecer; una vez que el juez lo interroga sobre los generales de ley, le hace saber que, si así lo desea, puede abstenerse de declarar. La persona citada que se encuentra en las condiciones anteriores, puede optar entonces:

a) Por no declarar, b) Por declarar. c) Por declarar, pero negándose a responder las preguntas que se encuadren en el caso que la norma transcrita contempla.

El artículo 431 del C.P.M., establece igualmente las excepciones al deber de testimoniar, por las mismas razones o motivos expuestos en el C. de P.P.

En lo civil, laboral y contencioso administrativo, existen por este concepto los testigos sospechosos. El artículo 217 del C. de P.C., afirma que "Son sospechosas para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco...". El juez recibirá el testimonio de todas maneras, pero podrá restarle credibilidad, examinadas las circunstancias del caso. Por ejemplo, en un proceso de filiación extramatrimonial, indudablemente que los familiares y parientes en general, son las personas que están más enteradas de lo que sucedió en la intimidad, lo que comúnmente no trasciende a las amistades y al dominio público.

4.6.5. Testimonios de los eclesiásticos en materia penal

Si bien desde el punto de vista del derecho canónico, bajo ningún aspecto el Sacerdote puede revelar lo que conoce por causa o razón de la confesión, en materia penal, de conformidad con el artículo 268 del C. de P.P., tampoco está obligado a declarar, pero si declara, su testimonio será válido, independientemente del reproche que se le pueda hacer por esa conducta. Nos parece que sigue siendo una buena regla la contenida en el artículo 258 del C. de P.P. (Decreto 409 de 1971), especialmente en lo referente a que sea testigo único y su testimonio favorezca al procesado. Igual criterio debe ser aplicado a los ministros de cualquier otro culto admitido en la República.

5. CAPACIDAD PARA TESTIMONIAR

5.1. GENERALIDADES

Las legislaciones de todos los pueblos, en todos los tiempos, han establecido reglas que limitan el derecho que tiene todo ciudadano a ser testigo y la facultad que tiene la justicia de utilizar a las personas para averiguar la verdad. La existencia de causales de incapacidad es propia del sistema de la prueba legal. El derecho moderno, entre tanto, adopta el principio de la soberanía judicial en la apreciación de la prueba. Actualmente las causales inhabilitan para testimoniar; otras permiten poner en duda la veracidad de las declaraciones.

5.2. SISTEMAS

Los sistemas que se conocen son los siguientes:

5.2.1. Sistema tradicional

Se establecen innumerables motivos de incapacidad. Es el propio del derecho Justinianeo. Son incapaces para testimoniar: los infames, los condenados en juicio público, los apóstatas, los heréticos, los esclavos, etc.

El canon 1550 del Código de Derecho Canónico establece:

"Parágrafo 1. No se admitan como testigos los menores de catorce años y los débiles mentales, pero podrán ser oídos si el juez por decreto manifiesta que es conveniente.

"Parágrafo 2. Se consideran incapaces:

"1. Los que son partes en la causa o comparecen en juicio en nombre de las partes, el juez y sus ayudantes, el abogado y aquellos otros que prestan o han prestado asistencia a las partes en la misma causa;

"2, Los sacerdotes, respecto a todo lo que conocen por confesión sacramental, aunque el penitente pida que lo manifiesten; más aún, lo que de cualquier modo haya oído alguien con motivo de confesión no puede ser aceptado ni siquiera como indicio de la verdad".

5.2.2. Sistema que propugna porque se eliminen todos los motivos de incapacidad e inhabilidad

Según este sistema, todas las personas pueden ser testigos, correspondiendo al órgano jurisdiccional juzgar y valorar las declaraciones en cada caso, esto es, en concreto.

Es la doctrina defendida por Bentham, Gorphe, Jaime Guasp y, entre los autores nacionales, por Devis Echandía; sostiene este último: "Es mejor dejar al juez en libertad para recibir o rechazar el testimonio y, en el primer caso, para determinar su mérito corno medio de prueba, tal como se hace en nuestro proceso penal" (C.P.P., artículo 277 pero sostiene que los artículos 215 y 216 del C. de P.C. son una guía)".

Cardoso Isaza se pronuncia en el mismo sentido, o sea dejar que el juez en cada caso resuelva si acepta o rechaza el testimonio[30].

[29] DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Compendio de derecho procesal.* T. II. *Pruebas judiciales.* Editorial ABC, Bogotá, 1982, pág. 296, num. 194.

CARDOZO ISAZA, JORGE. *Pruebas judiciales.* Librería Jurídica Wilches, Bogotá, 1985. Lecciones 41 a 43.

5.2.3. Sistema que no establece en principio personas incapaces de declarar

Existen en este sistema personas que pueden excusarse de prestar o rendir la declaración, como el parágrafo 383 del Código Procesal alemán de 30 de enero de 1877, determina:

> "Tendrán derecho a negarse a declarar: 1. El prometido de una parte. 2. El cónyuge de una parte, aunque el matrimonio no subsista. 3. Los parientes de una parte en línea directa de consanguinidad, afinidad o por adopción y los colaterales en tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad aunque, en el último caso, no subsista el matrimonio causa del parentesco. 4. Los ministros del culto, sobre lo que se les hubiere confiado en el ejercicio de la cura de almas. 5. Las personas a las que por su cargo, profesión u oficio, se confíen hechos sobre los que estén obligados a guardar secreto por la naturaleza de los mismos o por disposición legal, respecto de los hechos sometidos al secreto profesional".

5.2.4. Sistema latino

Las incapacidades establecidas por el derecho tradicional se transforman en motivos de sospecha, como claramente lo establecen los artículos 217 y 218 del C. de P.C. colombiano",

[31] El Código de Guatemala sólo establece inhabilidades, artículo 144: "No podrán ser presentados como testigos los parientes, consanguíneos o afines, de las partes, ni el cónyuge, aunque esté separado legalmente.

"No obstante, podrá recibirse la declaración de tales testigos si es propuesta por ambas partes, así como en los procesos sobre edad, filiación, estado, parentesco o derechos de familia que se litiguen entre parientes". La realidad ha obligado al legislador a establecer estas excepciones para dar la oportunidad de probar determinados hechos que, supuestamente, las personas allegadas son las que están en mejor posibilidad de conocer y que escapan al conocimiento de las demás, generalmente (en el mismo sentido la jurisprudencia nacional colombiana; al respecto consúltese nuestro *Tratado* ***de la prueba judicial. El testimonio.*** Tomo I, volumen II, ***Jurisprudencia.*** Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1982).

En el Código chileno se establecen como causales de inhabilidad los motivos de sospecha (artículo 358): "Son también inhábiles para declarar: 1. El cónyuge y los parientes legítimos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de la parte que los presenta como testigos. 2. Los ascendientes, descendientes y hermanos ilegítimos, cuando haya reconocimiento del parentesco que produzca efectos civiles respecto de la parte que solicite su declaración. 3. Los pupilos por sus guardadores y viceversa. 4. Los criados domésticos

La Ley 105 de 1931 establecía inhabilidades que en el actual Código de Procedimiento Civil se transformaron en motivos de sospecha, quedando ubicadas dentro de esta última tendencia.

En un sistema de prueba libre es, por lo menos, contradictorio que el código establezca inhabilidades para testimoniar; lo lógico debió ser consagrar el segundo de los sistemas estudiados. Si el juez es quien aprecia las pruebas (artículo 187 del C. de P.C.), como en verdad se dispone, es natural que toda persona pueda y deba declarar como testigo, ya que cualquier deposición puede ayudar a formar la convicción del juez, así sea únicamente en contraste con lo declarado por otra persona y teniendo en cuenta las circunstancias específicas.

6. INHABILIDADES PARA TESTIMONIAR EN EL ACTUAL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

6.1. INHABILIDADES ABSOLUTAS

6.1.1. Consideración previa

Ya hemos sentado nuestra discordancia con el establecimiento de inhabilidades para testimoniar, por ser una inconsecuencia en donde quiera que se consagre el sistema de libre valoración de la prueba, pues aquellas no son más, en el fondo, que limitaciones a la prueba testimonial.

---

o dependientes de la parte que los presenta. Se entenderá por dependiente, para los efectos de este artículo, el que preste habitualmente servicios retribuidos al que lo haya presentado por testigo, aunque no viva en su casa. 5. Los trabajadores y labradores dependientes de la persona que exige su testimonio. 6. Los que a juicio del tribunal carezcan de la imparcialidad necesaria para declarar por tener en el pleito interés directo o indirecto; y 7. Los que tengan íntima amistad con la persona que los presenta o enemistad respecto de la persona contra quien declaren. La amistad o enemistad deberán ser manifestadas por hechos graves que el Tribunal calificará según las circunstancias".

El. Código de Procedimiento del Perú, artículo 450, establece: "Se prohibe que declaren corno testigos: 1. Los menores de 18 años. Pueden, sin embargo, aceptarse sus declaraciones sin juramento y estimarse como principio de prueba, cuando tienen discernimiento suficiente, 2. Los interdictos por causa de incapacidad mental. 3. Los privados del uso de la razón por embriaguez u otra causa al tiempo de realizarse los hechos en el momento de declarar. 4. Los que estaban privados del sentido necesario para percibir los hechos al tiempo de verificarse éstos. 5. Los sordomudos que no saben leer ni escribir. 6. Las personas indignas de fe por razón de malas costumbres notorias o de vagancia. 7. Los condenados por falso testimonio; los que están sujetos a mandamiento de prisión".

6.1.2. Los casos contemplados en nuestra legislación

El artículo 215 del C. de P.C. establece tres:

6.1.2.1. Los menores de doce años

Disposición que resulta burlada cuando, por ejemplo, el testigo puede narrar y referir hechos que supuestamente ocurrieron cuando tenía menos de doce años; tal disposición se justifica en un sistema de tarifa legal pero señalando claramente los efectos, como lo hace el Código de Procedimiento del Perú, en el artículo 451: "No tiene valor la declaración sobre hechos acaecidos antes de que el testigo cumpliera catorce años"; lo cierto es que se establece un límite en razón de la edad para que se rinda declaración, y cuando el testigo narre los hechos que presenció cuando tenía menos de doce años queda al libre arbitrio del juez hacer la valoración de ese testimonio, sin que le sea permitido desecharlo sin juzgarlo. No resulta clara esta limitación; además, el testimonio del niño es hoy día aceptado en casi todas las legislaciones modernas, al igual que entre nosotros.

6.1.2.2. Los que se hallen bajo interdicción por causa de demencia

No debió establecerse este tipo de inhabilidad ya que, al decir de Gorphe, quien ha hecho un exhaustivo análisis del estado psíquico del sujeto en torno al testimonio, "la capacidad para testimoniar de un alienado es extremadamente variable según la forma y el grado de perturbación mental. Es muy difícil proponer a este respecto orientaciones generales sin caer en el vacío'. Sin embargo, la declaración judicial de incapacidad dictada con anterioridad al testimonio, en nuestra legislación es causal de inhabilidad absoluta para testimoniar, puesto que, en tal caso, la sanidad mental del sujeto ha sido objeto de adecuado examen. Si el legislador no la hubiera elevado a esa calidad, el juez ante quien se pretendiese formalizar tal declaración, tendría que abstenerse de recibirla, por cuanto se ha desarrollado todo un proceso dedicado a estudiar y juzgar el estado mental de la persona —testigo-- para llegar a la conclusión de que es demente. Cuando se declara a una persona interdicta por demencia, su estado mental, reiteramos, ha sido estudiado en su totalidad y, por tanto, se puede decir que es inhábil absoluto para testimoniar.

[32] GORPHE, FRANÇOIS. *La crítica del testimonio.* Trad. de la 2ª edición francesa de Mariano Ruíz Fúñez, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1962, pág. 182.

Una cosa es que propugnemos por la desaparición de las inhabilidades para testimoniar (labor que correspondería al juzgador en cada caso), y otra, que la testificación del interdicto por demencia tenga alguna eficacia probatoria. No compartimos el criterio del profesor Jorge Cardoso Isaza[33] quien sostiene:

> "Lo mismo que en lo referente a la edad, tampoco nos explicamos la razón por la cual se consagró esta inhabilidad, porque si bien es cierto que los interdictos por demencia son incapaces para administrar sus bienes y disponer de ellos libremente, no todos son inhábiles para servir como testigos". Pensamos que lo que crea la incapacidad, señalada por el autor citado, es el resultado del estado mental, que hace a la persona objeto del proceso, inidónea mentalmente y una de las consecuencias de este estado es la no habilidad para administrar sus bienes, pero ella no es la única ya que se trata de una persona "privada de la razón y de la conciencia".

La crítica que se puede formular al artículo 215 del C. de P.C., es que no todos los dementes son interdictos; por tanto, de todas maneras, el juez tendrá que juzgar los testimonios de las personas dementes, pero cuyo estado no ha sido declarado judicialmente.

6.1.2.3. Los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito o por lenguaje convencional de signos traducibles por intérprete

En realidad no existiendo un medio de comunicación que permita conocer lo que la persona sabe, no puede haber testimonio, esto es, no se puede producir el medio probatorio. En cambio, si el sordomudo puede comunicarse, dará su versión sobre los hechos por medio de escrito o valiéndose de señas o signos traducibles por intérprete; es decir, existirá testimonio y se tendrá como medio probatorio.

Como el artículo 215 del C. de P.C. habla de "por lenguaje convencional de signos traducibles por intérprete", éste (el intérprete) debe nombrarse, para la recepción del testimonio, teniendo en cuenta lo prescrito por el artículo 192 del C. de P.C.

6.2. INHABILIDADES RELATIVAS

Preceptúa el artículo 216 del C. de P.C.:

[33] CARDOZO ISAZA, JORGE. *Pruebas judiciales.* Cit., pág. 308.

"Son inhábiles para testimoniar en un proceso determinado:

"1. Los que al momento de declarar 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.

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

No compartimos la crítica que el profesor Jorge Cardoso Isaza hace a la norma transcrita cuando sostiene[1]: "Nos parece que todas las inhabilidades contempladas por esta disposición son absolutas y no relativas, pues lo cierto es que quien padece una alteración mental o psíquica grave, o se encuentra embriagado o bajo sugestión hipnótica, o en los demás casos enunciados, no sólo está impedido o incapacitado en el momento de declarar para rendir testimonio en el proceso donde debe hacerlo, sino en todo proceso. Cosa diferente es que su incapacidad sea transitoria y no permanente, pues no por transitoria deja en ese momento de ser absoluta para todos los procesos". El legislador estableció claramente que se trata de inhabilidades para un "proceso determinado" y al "momento de declarar". Si por ejemplo, un testigo se traslada de un despacho judicial, en donde no se le ha recibido testimonio por embriaguez, a otro con el fin de declarar, habrá que examinar en el momento, si se encuentra embriagado o no.

El artículo 216 citado enuncia en el numeral primero algunas inhabilidades relativas; en el segundo, deja al juez que decida, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, en qué otros casos, y para un proceso determinado, existen inhabilidades, verbigracia: por cansancio, insomnio, dolor agudo al rendir el testimonio, etc.

7. TESTIGOS SOSPECHOSOS

El artículo 217 del C. de P.C. dice: "Son sospechosas para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes .o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas".

Los llamados impedimentos para testimoniar dan lugar a los testigos sospechosos, porque en realidad no se impide que se les reciba el testimonio,

[1] CARDOZO ISAZA, JORGE. *Pruebas judiciales*. Cit., pág. 310.

pero la razón y la crítica de éste aconsejan que se les aprecie con mayor severidad".

Es importante tener en cuenta que el juez, de conformidad con lo establecido en el numeral 1° del artículo 228 del C. de P.C., debe indagar al testigo sobre si existe algún motivo de sospecha en relación con él.

Si existe un motivo de sospecha, respecto del testigo, se pone en duda que esté diciendo la verdad", "pero no por ello cabe su rechazo, sino que se impone de todos modos escrutar si ciertamente los motivos que afectan su credibilidad los han impelido a romper la imparcialidad"".

Los motivos de sospecha, genéricamente, pueden basarse en el interés presunto que el testigo tenga en el proceso por razón del parentesco, la enemistad grave, la amistad íntima o la dependencia económica del testigo respecto de una de las partes; en el carácter de apoderado o defensor de éstas; en los antecedentes de deshonestidad, de simulaciones, en la habitualidad en declarar, etc. El artículo 217 del C. de P.C. ha establecido, con otras palabras, la existencia de los motivos para dudar sobre la veracidad de los dichos de una persona; pero no prohibe que se le reciba el testimonio, sólo que se juzgará con mayor severidad, pero puede resistir este riguroso enjuiciamiento y merecer plena credibilidad. Se puede decir, por ejemplo, que el pariente de una de las partes es testigo sospechoso y que su declaración la debemos juzgar con mayor rigor para merecer credibilidad; al respecto ha dicho la Corte: "No puede considerarse **a priori** que un testigo, ligado por vínculos de consanguinidad con una de las partes, va a faltar deliberadamente a la verdad para favorecer a su pariente. Esa declaración si bien debe ser valorada con mayor rigor, dentro de las normas de la sana critica puede merecer plena credibilidad y con tanta mayor razón si los hechos que relata están respaldados por otras pruebas o al menos con indicios que la hacen verosímil"[38].

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 12 de febrero de 1980, proceso ordinario de los herederos de Ricardo Otálora Alvarado contra Juan Manuel Toro Cardona. Mag. Pon. Dr. José María Esguerra Samper. No publicada.

[36] Ibídem.

[37] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 14 de mayo de 1981, proceso ordinario de Cecilia Castillo de Lamilla contra herederos de Flavio Cabrera Dussán. Mag. Pon. Dr. Héctor Gómez Uribe. No publicada.

[38] Sentencia de 1 de febrero de 1979, proceso ordinario de Margarita Vélez Castañeda contra Bertha Judith Lasso Prado. Mag. Pon. Dr. Héctor Gómez Uribe. No publicada.

En múltiples oportunidades nuestra Corte ha sostenido que en cada casi se debe juzgar el testimonio de los llamados testigos sospechosos: "No se le resta credibilidad al testimonio de parientes en proceso de separación de cuerpos"", se entiende que quienes conocen la intimidad de las relaciones de la pareja son sus parientes; entonces, por este simple hecho no se les resta credibilidad.

A menudo la situación real hace necesario utilizar como testigos a ciertas personas vinculadas a las partes, pero se establece que esos testimonios deben ser juzgados con mayor rigidez. El Código Procesal Civil peruano promulgado en 1993, en su artículo 229, numeral 3° prohibe que declaren como testigos los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o tercero de afinidad, y el cónyuge o concubino, salvo que se trate de asuntos de derecho de familia o que lo proponga la parte contraria.

8. TACHAS

8.1. EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL

El artículo 218 del C. de P.C. preceptúa:

"Cada parte podrá tachar los testigos citados por la otra parte o por el juez. La tacha deberá formularse por escrito antes de la audiencia señalada para la recepción del testimonio u oralmente dentro de ella, presentando documentos probatorios de los hechos alegados o la solicitud de pruebas relativas a éstos, que se practicarán en la misma audiencia. Si el testigo acepta los hechos, se prescindirá de toda otra prueba.

"Cuando se trate de testigos sospechosos, los motivos y pruebas de la tacha se apreciarán en la sentencia, o en el auto que falle el incidente dentro del cual se solicitó el testimonio; en los casos de inhabilidad, el juez resolverá sobre la tacha en la audiencia, y si encuentra probada la causal, se abstendrá de recibir la declaración.

"El juez apreciará los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso".

Del artículo transcrito, podemos deducir:

a) Cada parte puede tachar los testigos que hayan sido postulados por la otra parte o citados de oficio por el juez.

[39] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de 19 de agosto de 1981, proceso abreviado de separación de cuerpos de María Rosa Borja de Quesada contra Erasmo Quesada Trujillo. Mag. Pon. Dr. Alberto Ospina Botero. No publicada.

b) La tacha deberá formularse por escrito, antes de la audiencia señalada para la recepción del testimonio, u oralmente dentro de ella. Uno de los propósitos que cumple el artículo 219 del C. de P.C. con la exigencia del párrafo primero, es precisamente permitir que se investigue al testigo para que la parte no postulante tenga elementos de juicio que le permitan formular, si es del caso, la tacha.

c) Las pruebas de la tacha se practicarán en la misma audiencia señalada para la recepción de la prueba testimonial, teniendo en cuenta lo preceptuado en el artículo 184 del C. de P.C., en el evento en que no sea posible llevarlas a cabo dentro de ella.

d) Si el testigo acepta los hechos que sirven de fundamento a la tacha, se prescindirá de toda otra prueba.

e) Cuando se trate de inhabilidades, sean las absolutas o las relativas, el juez al declarar probada la tacha se abstendrá de recibir el testimonio. En la, inhabilidad relativa, ésta se podrá tomar en otro momento, señalando nueva fecha de conformidad con los artículos 180 y 184 del C. de P.C.

> "El juez apreciará los testimonios sospechosos de acuerdo con las circunstancias de cada caso". "Los parientes de los cónyuges son los que generalmente se encuentren más cerca del desenvolvimiento de la vida conyugal"".

No tiene carácter de enemistad un simple disgusto, ni tampoco llega al extremo que exigía el C.J. "en el enemigo capital contra su enemigo, entendiéndose por tal el que ha amenazado la vida de éste o le ha injuriado o calumniado de modo grave, sin que haya mediado reconciliación entre ellos" (artículo 669 del C.J.). Desde luego que, si la enemistad es de este tipo, hay que restarle eficacia al testimonio. Se debe examinar, consideradas las circunstancias, si se da un grado tal de enemistad que afecte la credibilidad que se le debe dar al deponente. La Corte agrega: "En cambio, el testimonio de X debe ser desechado, en vista de la grave enemistad que existe entre ella y el demandado, de lo cual es prueba la diligencia policiva que tuvieron que firmar para guardar la paz"[41].

[40] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 24 de marzo de 1981, proceso abreviado de separación de cuerpos de Lourdes Ana Clemencia Rivera de Hoyos contra Daniel Jesús Smith Hoyos Restrepo. Mag. Pon. Dr. Alberto Ospina Botero. No publicada.

[41] Sentencia de 5 de febrero de 1980, proceso abreviado de separación de cuerpos de Inés Bonilla de Perilla contra Juan de Dios Perilla. No publicada. Léase análisis del testimonio de María Novoa Cañas.

Como ya lo adelantarnos, al testigo sospechoso, de todas maneras, se le debe recibir y con posterioridad valorar la declaración, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso.

8.2. EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

En materia procesal penal no existen las tachas y el juez resuelve si toma la declaración, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 266 del C. de P.P. y 430 del C.P.M.

Lo anterior significa que si, por ejemplo, a la. justicia penal ordinaria o militar comparece un testigo y se prueba que es interdicto por demencia, su testimonio se le recibe, pues no se establece restricción alguna.

8.3. EN EL PROCEDIMIENTO LABORAL

Consideramos que el artículo 58 del C.P. del T., debe ser interpretado así:

Cuando se trata de testigo sospechoso, el testimonio se le recibe y se juzgará, esto es, se valorará, en el momento de dictarse la sentencia. En los demás casos, es decir, cuando se trate de una inhabilidad, el juez resolverá si lo recibe en ese momento o en otra oportunidad. No creemos, como sostiene un autor", que el testimonio en materia laboral se reciba provisionalmente, ya que no entendernos cómo puede el juez después sostener en la sentencia que no hay testimonio; lo que ocurre, sencillamente, es que se le resta o no se le da credibilidad. Si una persona concurre en estado de embriaguez, por ejemplo, a rendir testimonio en materia laboral, no creemos que "provisionalmente" se le pueda recibir. En el ejemplo propuesto, se le recibe sólo cuando desaparezca la inhabilidad.

9. LIMITACIONES A LA EFICACIA DEL TESTIMONIO

9.1. HISTORIA LEGISLATIVA

En Colombia se consagraba la restricción de que tratamos en los artículos 703 del C.J., 1767 del C.C. y en los artículos .91, 92 y 93 de la Ley 153 de 1887, así:

> Artículo 703, C.J.: "Lo dispuesto en la ley civil sustantiva sobre restricciones para admitir la prueba de testigos con relación a promesas u obligaciones cuya

TATIS ORDOSGOITIA, MARTÍN. *La prueba laboral en el derecho colombiano.* Bogotá, Librería Jurídica Wilches, 1981, pág. 106.

cuantía pase de quinientos pesos, es aplicable tanto para establecer la existencia de esas promesas u obligaciones, como para el modo de extinguirlas".

Artículo 1767, C.C.: "No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito".

Artículo 91, Ley 153 de 1887: "Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de quinientos pesos. No será admisible la prueba de testigos en cuanto adicione o altere de modo alguno lo que se exprese en el acto o contrato, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes o al tiempo o después de su otorgamiento, aun cuando en alguna de estas adiciones o modificaciones se trate de una cosa cuyo valor no alcance a la suma de quinientos pesos. Para el cómputo de la referida suma de quinientos pesos no se incluirá el valor de los frutos, intereses u otros accesorios de la especie o cantidad debida".

Artículo 232, C. **de P.C.:** "Limitaciones **a la** eficacia del testimonio. La prueba de testigos no podrá suplir el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato. Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión".

9.2. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 232 DEL C. DE P.C.

El artículo 232 del C. de P.C., en su párrafo primero, establece la limitación a la prueba testimonial por la naturaleza del hecho o del acto jurídico.

Se trata de aquellos eventos en que la ley exige un medio de prueba solemne o, simplemente, cuando la ley le niega valor probatorio al testimonio. Son los casos, por ejemplo, de la compraventa o hipoteca de inmuebles, en los que se exigen las solemnidades **ad** substantiam **actus** de la escritura pública, el documento para la promesa de contrato, etc. Esta prueba no puede ser suplida por la prueba testimonial, ni por la confesión; así aparece consagrado y establecido en los artículos 187 y 265 del C. de P.C., que, corno es obvio, rigen en materia penal, laboral y contencioso administrativa, e igualmente en lo que hace relación al C. de Co. en el artículo 824.

El artículo 187 del C. de P.C., dice: **"Apreciación de las pruebas.** Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

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

El artículo 265 del C. de P.C., a su vez, preceptúa: **"Instrumento público ad** substantiam actus. La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad, y se mirarán como no celebrados aun cuando se prometa reducirlos a instrumento público".

El artículo 824 del C. de Co., por su parte, informa: "Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, éste no se formará mientras no se llene tal solemnidad".

Lo previsto en materia civil es igualmente aplicable al Procedimiento Penal Militar.

El canon 1547 del Código Canónico estatuye: "En todas las causas se admite la prueba testifical bajo la dirección del juez".

Y el 1290 ordena: "Lo que en cada territorio establece el derecho civil sobre los contratos, tanto en general como en particular, y sobre los pagos, debe observarse con los mismos efectos en virtud del derecho canónico en materias sometidas a la potestad del régimen de la Iglesia, salvo que sea contrario al derecho divino o que el derecho canónico prescriba otra cosa, quedando a salvo el canon 1547".

La transcripción anterior nos permite colegir que lo consignado en el artículo 232 del C. de P.C., es aplicable en las causas canónicas.

El párrafo 2°, del artículo 232 del C. de P.C., como lo sostiene la Corte Suprema de Justicia", "no excluye, explícita o implícitamente, la prueba testimonial o de indicios basados en testimonios, para enervar o desvirtuar la voluntad expresada en el documento público o privado que sí se otorgó; y siendo esto así, no es posible, sin atribuir al texto un alcance que no tiene, pretender encontrar en él una restricción a la prueba testimonial que el legislador de 1970 lejos de haber establecido; hizo desaparecer como se deduce de la derogatoria expresa de los artículos 1767 del C.C., 91, 92 y 93 de la Ley 153 de 1887, y, además, de la persuasión racional en punto a la valoración de las pruebas".

Sentencia de 25 de septiembre de 1973. Mag. Pon. Dr. Humberto Murcia Bailén; publicada en *Derecho Colombiano,* año XI, T. XXVIII. Bogotá, octubre de 1973. No. 142, pág. 397.

La misma Corte sostiene que el referido precepto (párrafo 2° del artículo 232) se limita a establecer un indicio grave de la inexistencia del contrato cuando falta el documento o un principio de prueba por escrito, salvo que las circunstancias hayan impedido obtenerlo, o que el valor del acto o la calidad de las partes justifiquen su omisión; pero este indicio de inexistencia, como indicio que es, es susceptible de prueba en contrario, la que puede surgir de los testimonios puesto que el texto legal no los rechaza. Por consiguiente, si al analizar la prueba testimonial a la luz de la sana crítica el juez la encuentra con mayor fuerza probatoria que aquel indicio grave, nada le impide llegar a la conclusión de que muy a pesar de la falta de documento, el contrato sí existe realmente.

De acuerdo con otra sentencia de la Corte", el párrafo 2° del artículo 232 del C. de P.C. puede ser interpretado así:

a) Se pueden demostrar con la prueba testimonial hechos o actos jurídicos distintos a aquellos que menciona su primer párrafo, es decir, de los que requieren un escrito **ad solemnitatem,** como en los contratos solemnes, o **ad probationem,** como en lo referente al estado civil de las personas.

b) El legislador considera improbable que los contratantes hayan omitido consignar por escrito la celebración de un contrato, las modificaciones que se le hayan introducido o la extinción de las obligaciones respectivas.

c) El párrafo 2° se aplica a la prueba testimonial: Estima que no es. verosímil que los contratantes se hubieran atenido a ella como único medio para demostrar esas relaciones jurídicas.

d) Los testimonios no se rechazan, como sucedía cuando estaban vigentes los artículos 1767 del C.C. y 92 de la Ley 153 de 1887. Es una prevención destinada al juzgador para que los aprecie "con extremada cautela".

e) Las declaraciones testimoniales son admisibles como prueba de "obligaciones originadas en contrato o convención" pero de antemano se les mira con desconfianza en cuanto a la credibilidad que merezcan. Ese es el

Sentencia proferida por EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, dentro del proceso ordinario de Lilia Johns de Acosta en su propio nombre y en representación de sus menores hijos Gladys, Dagoberto y Carlos Eduardo, contra Ricardo Acosta González. Sentencia de Casación de 14 de septiembre de 1976. Mag. Pon. Dr.. José María Esguerra Samper.

sentido del "indicio grave en contra de la inexistencia de lo que con ellas se trate de probar".

f) Esa desconfianza, y como consecuencia el indicio grave, desaparecen cuando se dan las circunstancias que el legislador establece.

g) Esas circunstancias son: "Cuando la falta de documento escrito se justifica razonablemente atendidas las circunstancias en que se celebró el acto jurídico, por la cuantía del mismo o por relaciones personales que existían entre quienes lo celebraron, o cuando existe un principio de prueba por escrito, entendido éste no como prueba, sino como acto escrito del contratante que hace verosímil lo que exponen los testigos".

El legislador colombiano plasmó así los nuevos criterios de la ciencia probatoria al derogar las limitaciones que restringían la eficacia testimonial por razón del valor; pero estableció, con sustento en la prudencia y en la dificultad de recaudar la prueba testimonial, que a quien le incumba demostrar la existencia de un acto o contrato, lo mismo que el pago, soportará contra sí un indicio grave de que no celebró tal acto o que no realizó el pago alegado. Pero ese indicio puede desvirtuarlo la persona valiéndose de la prueba testimonial, acreditando que hubo imposibilidad de documentar el acto o que la calidad de las personas o el valor del objeto justificaban celebrarlo sin acudir al documento. Es éste un logro de incalculable valor, a la luz de la moderna ciencia probatoria.

9.3. LOS FACTORES DETERMINANTES DEL INDICIO GRAVE DE QUE HABLA EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTICULO 232 DEL C. DE P.C., NO PUEDEN SER CONTROLADOS EN CASACIÓN

En virtud de la discreta autonomía de que goza el juzgador para apreciar la prueba en general, y como una aplicación concreta de este criterio, ha dicho la Corte[45]: "La apreciación que haga el juzgador sobre los factores determinantes de la existencia de ese grave indicio en contra de la credibilidad que merezca la prueba de testigos en un caso concreto, salvocontraevidencia manifiesta, escapan al control de la Corte en el recurso de casación. Otro tanto ocurre, como es obvio, sobre los factores excluyentes del indicio en cuestión".

[45] Sentencia de Casación de 14 de septiembre de 1976, pronunciada dentro del proceso ordinario de Lilia Johns de Acosta en su propio nombre y en representación de sus hijos menores Gladys, Dagoberto y Carlos Eduardo, contra Ricardo Acosta González. Mag. Pon. Dr. José María Esguerra Samper.

10. PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO

10.1. CONSIDERACIONES GENERALES

El párrafo primero del artículo 93 de la Ley 153 de 1887 definía el principio de prueba por escrito corno **"un acto escrito del demandado o de su representante que haga verosímil el hecho litigioso"** (las negritas son nuestras).

Antonio Rocha Alvira[46] sostiene respecto del derogado artículo 93 de la Ley 153 de 1887 lo siguiente: "El principio de prueba por escrito, como su nombre lo indica, no es sino un principio de prueba; quiere ello decir que no se puede confundir el principio de prueba por escrito, con el acto mismo o contrato.

"La diferencia entre el acto mismo que solemos llamar contrato y el principio de prueba por escrito, consiste en que el primero es preconstituido y completo en su parte dispositiva, reúne todos los requisitos exigidos por la ley, para que pueda con él invocarse del deudor incumplido o que no ejecuta totalmente su obligación, la prestación a que está obligado.

"Se llama prueba preconstituida, el escrito que se hace en el momento de la formación del contrato, a fin de que las partes, previniendo futuras dificultades en la ejecución y entendimiento de sus obligaciones, se reserven la prueba de sus derechos. En el principio de prueba por escrito no se reúnen todos los elementos que debe reunir el contrato, la falta o la declaración del objeto, o no enuncia completamente la cosa debida; entonces, a diferencia del acto o contrato propiamente dicho, el principio de prueba apenas da margen a la posibilidad de que el contrato se celebró; lo hace verosímil y permite reconstruirlo y complementarlo en sus elementos con testigos, indicios, presunciones y demás medios de prueba.

Hernando Devis Echandía, por su parte, arguye que para hablar de principios de prueba por escrito, es menester que se reúnan los siguientes requisitos: a) Que provenga de la parte a quien se opone o de su representante o causante. b) Que goce de autenticidad o que ésta se pruebe. c) El escrito debe hacer verosímil o probable el hecho alegado".

[46] ROCHA ALVIRA, ANTONIO. *De la prueba en derecho.* 5ª edición, Lerner, Bogotá. 1967, págs. 424 y 425.

DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Teoría general de la prueba.* T. II, Víctor P. de Zavalia, Editor, Buenos Aires, 1974, págs. 204 y ss.

La Corte Suprema de Justicia", al respecto, estableció doctrina al decir:

> "El artículo 93 de la Ley 153 de 1887 inciso 1°, definía el principio de prueba por escrito, como 'un acto escrito del demandado o de su representante que haga verosímil el hecho litigioso'. El actual C. de P.C. al derogar dicho artículo, dejó a la doctrina la definición de ese punto. La jurisprudencia entendió que el principio de prueba por escrito, 'es un documento privado proveniente del obligado, en que hace alusión al hecho que se pretende demostrar, sin que llegue a constituir manifestación clara y expresa de él, pues en tal caso no sería ya un mero principio sino su completa demostración'.
>
> "Tres son los requisitos o condiciones que debe reunir un documento para que puedan atribuírsele legalmente el mérito y efectos que dentro de nuestro derecho probatorio corresponde al principio de prueba por escrito: Que exista un escrito, que no sea el documento mismo, que provenga de la persona a quien se opone o de su representante legítimo y que de él aparezca la verosimilitud del hecho litigioso".

10.2. REQUISITOS

Para nosotros existe principio de prueba por escrito siempre y cuando se den las siguientes condiciones:

10.2.1. Un escrito que provenga de la parte a quien se opone, pero que no sea el contrato mismo

Tampoco debe contener la totalidad de las cláusulas de éste, porque si así fuera, y esto se exigiera legalmente, sería un contrasentido hablar de "principio de prueba por escrito", pues en ese caso lo que se impondría sería la presentación de la prueba de lo que se alega. En realidad, lo que el legislador ha querido establecer como excepción, a falta del propio documento contentivo de la voluntad de los presuntos contratantes, es la posibilidad de introducir en juicio un escrito que indique, que haga ver, así sea en forma deficiente, la verosimilitud del Contrató mismo: No ha deseado el legislador, con la admisibilidad del principio de prueba por escrito, que se adquiera plena certeza sobre la realidad del acto o contrato, sino sencillamente que se vislumbre su existencia.

[48] Sentencia de 16 de febrero de 1973. Sala de Casación Civil. Mag. Pon. Dr. Alfonso Peláez Ocampo. *Jurisprudencia y Doctrina.* T. 11, núm. 14, pág. 104.

10.2.2. Que el escrito provenga de la parte a quien se opone o de su representante o causante

Esto significa que si el escrito proviene de un tercero, o emana de quien lo aduce como prueba, no cumple la finalidad perseguida de suplir el documento que las partes han debido otorgar; por lo demás, tendría, en la primera hipótesis, el carácter de testimonio".

El profesor Devis Echandía considera que si una persona escribe el dictado de otra, y acreditando tal hecho por medio de testigos, puede tenerse ese documento como principio de prueba por escrito contra quien lo dictó, al paso que la doctrina francesa sostiene, igualmente, que así es, pero en contra de quien lo escribió".

10.2.3. Que el escrito goce de autenticidad o que ésta se pruebe

Es interesante examinar si se puede, valiéndonos de la prueba testimonial, establecer o no la autenticidad de un escrito privado; al respecto, existen dos criterios antagónicos: 1) El que sostiene que ello no es posible; y 2) El otro, compartido por el profesor Devis Echandía, que considera que esos testimonios son admisibles y conducentes porque no se trata de probar la convención, sino el hecho de la firma del escrito[51] y, por consiguiente, no rige la limitación legal.

[50] Se puede constituir en principio de prueba escrita un documento redactado y proveniente de un tercero.

La doctrina establece: (Citas tomadas de *Le Prove Civile, Manuali di Casistica Giuridica, Diretto e Coordinato da Mario Longo,* volume primo. Unione Tipo Gráfico - Editrice Torinese, Torino, 1976, págs. 482 y ss.).

1. CONSOLO, CESÁREO *(Tratado de la prueba por testimonio.* Torino, 1909, pág. 288): "Las escrituras que, si bien no redactadas por la persona a la cual se oponen, contienen confesiones o declaraciones, pueden constituir principio de prueba escrita, siempre y cuando el contenido sea una verdadera manifestación de voluntad de quien la efectúa, importando poco si es de un documento escrito por un tercero, el cual, por su función-atribuida por la ley, le imprime carácter de autenticidad a dicha declaración o documento escrito por su representante",

2. BETTI *(Derecho procesal civil italiano.* Roma 1936, pág. 387): "Una escritura idónea para servir de prueba plena pero, en concreto, no tal porque proviene de un tercero o de 'un representante no facultado o por otros defectos, no constituye un principio de prueba, porque requisito indispensable para ser tal, es su proveniencia de la contraparte o de un representante facultado".

[0] DEVIS ECHANDÍA, FERNANDO. *Teoría...* Cit., núm. 224, I A, pág. 204.

[51] Cita de PALACIO, LINO ENRIQUE. *(Derecho procesal...* Cit., pág. 570. Llamado al pie de p. CN. Paz, Sala 1, El Derecho. T. 5, pág. 30): "Una cosa es la prueba del contrato y otra

No hace falta que el escrito esté firmado, cuando proviene de la parte a quien se opone, si está escrito de su puño y letra, como lo reconoció la Corte; lo mismo sucede cuando consta en un anexo de la declaración de renta y patrimonio, y a pesar de que aquél no aparezca firmado y esté escrito a máquina, pues es indudable que proviene del declarante'.

10.2.4. El escrito debe hacer verosímil o probable el hecho alegado

Hacer verosímil no significa crear certeza, hacer cierto, sino, simplemente, fundar razones para creer que el acto se ha efectuado, esto es, que se ha celebrado. El escrito, debe ubicarlo (al acto) en el terreno de la verosimilitud, o, lo que es lo mismo, en el de la no inverosimilitud". De tal manera que valiéndonos de la prueba testimonial logramos pasar del grado de probabilidad al grado de certeza. El legislador no ha querido partir de lo ignorado en

---

muy distinta la de un hecho, como es el referente al estampado de una firma en presencia de testigos cuyos dichos deben recaer exclusivamente sobre el hecho de la firma".

[52] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. C.C. 23 de junio de 1960. G.J. T., XCII, números 2225, 2226, págs. 977 y 978.

PALACIO, LINO ENRIQUE *(Derecho procesal...* Cit., número 468, pág. 571), sostiene: "Es innecesario que el documento aparezca firmado por la persona a la cual se atribuye o que haya sido escrito personalmente por aquélla, bastando que sea la expresión consciente de su voluntad" (las negritas son nuestras). Cita, el autor mencionado, múltiples jurisprudencias de las distintas provincias argentinas, que nos permiten afirmar que es casi unánime el criterio de que no es necesario el documento firmado por la persona a la cual se atribuye. "Tienen valor de principio de prueba por escrito los documentos encontrados entre los papeles del demandado, aunque no escritos, ni firmados por éste, en razón de que concurren ciertas circunstancias demostrativas de que aquél había querido hacerlos suyos" (CN Civ. Sala D. La Ley, T. 90, pág. 124) (Jurisprudencia citada por LINO ENRIQUE PALACIO, en la página indicada).

"La verosimilitud a que alude el artículo 1192 del C.C., argentino, implica por último una relación directa entre el contenido del documento *y* el hecho litigioso.

"El principio de prueba por escrito debe tener una conexión directa *y* necesaria con el contrato que se pretende probar. Lógica *y* jurídicamente uno y otro deben vincularse directamente como los dos términos de una relación" (cita de PALACIO, LINO ENRIQUE. *Derecho procesal...* Cit., pág. 572).

"La verosimilitud que exige el artículo 1192 del C.C. importa un cierto grado de probabilidad. No hasta una vaga sospecha, **podría decirse que el hecho debe** tener más probabilidades de ser que de no ser; debe tener una seria apariencia de verdad". (Las negritas son nuestras). (Cámara de Apelaciones de la Provincia de Rosario, La Ley, T. 28, pág. 48, cita de PALACIO, LINO ENRIQUE, *Derecho procesal...* Cit., pág. 572, pie de pág.).

términos absolutos o de lo desconocido totalmente, para que apoyados en la prueba testimonial lleguemos a la certeza; sino, que partiendo de la probabilidad, de lo verosímil y utilizando la declaración de terceros, consigamos aquella. Puede afirmarse que el presupuesto para utilizar el medio testifical es, en el tema que nos ocupa, la aportación, valiéndonos del "principio de prueba por escrito", de algo que haga verosímil la existencia del acto".

[54] Doctrina (citas tomadas de *Le prove* Ob. cit., págs. 482 *y* ss.).

1. MATTIROLO, LUIGI *(Tratado de derecho judicial civil.* Torino. 1902, 11.352, 355). "Es principio de prueba escrita cualquier escrito manuscrito del adversario o de su autor o representante, sin distinción sobre si lo escrito tiene validez por sí mismo o por otra consideración; cuenta a su vez si es manuscrito por el adversario sólo en parte y no suscrito por él; pueden servir como principio de prueba los manuscritos de un tercero, o también de aquél que debe probar, cuando la parte, contra quien se propone la prueba, ha hecho suyos tales escritos llevándolos al proceso e invocando su resultado; tales escritos deben hacer verosímiles los hechos; pero la verosimilitud resulta de un grupo de circunstancias, que varían al infinito, con relación a condiciones de tiempo, de lugar, de personas, cuya validez es remitida exclusivamente al juez".

2. CONSOLO (Ob. cit., 219): "El principio de prueba escrita no puede provenir de un tercero o basarse en otros elementos del proceso que no sean escritos provenientes de la parte a la cual se oponen, pero, si alguien produce un determinado documento o se sirve de él en juicio, puede tal documento ser invocado contra su autor con el fin de extraer de él el principio de prueba; lo mismo se dice si el documento ha sido elaborado por encargo de la parte que lo produce".

3. LESSONA, CARLOS *(Tratado de las pruebas en materia civil.* Torino 1927. IV, 142): "El principio de prueba por escrito resulta de cualquier escrito que provenga de aquél contra el cual se proponga la demanda o de aquél que lo representa (Questio iuris) y que sea verosímil (Questio facti) (artículo 1347, cpv. c.c. 1865)".

4. BATTAGLINI *(Apuntes sobre el concepto de principio de prueba por escrito.* en Riv. Trim., Dir. y Proc. Civ., 1956, 568): "Para la aplicación del artículo 2724, n. 1., los escritos, sean éstos manuscritos o no, deben provenir siempre del autor de éstos".

5. GENTILE *(La prueba civil.* Roma, 1960, 349): "El escrito debe provenir de la persona contra la cual es invocada la prueba, o de su dador de causa o su representante, o sea de aquél, que por ley o por contrato tiene el poder de efectuar actos jurídicos por cuenta de la persona".

6. ANDRIOLI *(Prueba testimonial,* en Noviss. Dig. It. Torino, 1967, 350): "Principio de prueba escrita es cualquier escrito proveniente de la persona contra la cual es dirigida la demanda o de su representante, que haga parecer verosímil el hecho alegado".

Jurisprudencia.

1. App. Perugia 2-1 1964 (Rep. giur. It. 1965,3248; Rass; giur, umbra, 1965, 108): "El principio de prueba escrita, según el artículo 2724, n. 1. C.C., no consiste en una escritura

La verosimilitud se afinca, pues, en una serie de accidentalidades relacionadas con las personas, los lugares, la época de su presentación, su desarrollo, etc., y cuya confluencia debe examinarse detenidamente por el juez.

10.3. CASOS PRÁCTICOS

Algunos casos de principio de prueba por escrito pueden, por vía de ejemplo, ser los siguientes:

a. Casi nunca se celebra un acto jurídico, como sostiene el profesor Antonio Rocha", sin que quede alguna huella de él, sin que se deje algún rastro de la obligación. La persona que se obliga generalmente deja por escrito, si no el contrato, por lo menos rastros de haberse celebrado en cualquiera de estos momentos: antes de la celebración del contrato (por ejemplo, una carta); al tiempo del contrato (una comunicación, un recibo); o posterior al acto (el recibo de pago, etc.).

Lo anterior significa que el escrito que genera el llamado principio por escrito puede ser anterior, coetáneo, o posterior al contrato.

El mismo autor' estudia una sentencia de la Corte en que aceptó copia de un **anexo de la declaración sobre el patrimonio,** que formó parte de la

---

privada cualquiera que haga verosímil el hecho tratado, sino de un escrito de aquél que niega la existencia del hecho y contra el cual se propone la demanda".

2. Cass. 3-7-1968, n. 2212 (Rep. giur. It., 1968, 3263): "Puede constituir un principio de prueba escrita también una escritura firmada, así sea expresa o tácitamente firmada por el autor y aun el escrito de otro, sea que aquél contra el cual se hace valer, lo haya elaborado o dado en encargo aun verbal, al autor del escrito; por lo tanto, el principio de prueba escrita es un indicio accidental, resultante de cualquier escrito de la parte, no una plena y directa prueba del hecho o negocio objeto de la prueba; suficientes para constituir tal indicio es la proveniencia del escrito de la persona contra la cual está dirigida la demanda o de su representante y la aptitud de hacer verosímil el hecho alegado; para integrar el extremo de la providencia es necesaria su imputabilidad al sujeto de la relación sustancial deducida en juicio, por la cual es suficiente la voluntariedad del acto y por lo tanto la capacidad de entender y de valorar del sujeto, no siendo necesaria la capacidad de demandar".

3. Cass. 12-7-1974, n. 2113 (Mass. giur. 1974, 583): "Por el principio de prueba por escrito, con base en cl artículo 2724, n. 1. C.C., es necesario que exista una conexión lógica entre lo escrito y el hecho controvertido, de modo que éste resulte verosímil, por una razonable relación *y* no sólo por simple conjetura".

[1] ROCHA ALVIRA, ANTONIO. *De la prueba...* Cit., pág. 426.

Ibídem, Cit., pág. 426.

declaración de renta presentada por un contribuyente a la Administración de Impuestos Nacionales en el cual figuraba como pasivo del contribuyente un crédito a favor de un tercero; tal dato se consideró principio de prueba por escrito, por la Sala de Casación de la Corte, en sentencia de 23 de junio de 1960. En ella sostiene que la declaración de renta es un escrito, pues se trata del formulario oficial que llena, suscribe y sobre cuyo contenido jura el contribuyente; y que los anexos son parte integrante de dicha declaración. Esto último, pues, proviene de la parte a quien se opone.

En la misma sentencia dice la Corte que no es necesario, para que el escrito constituya principio de prueba, que aparezca firmado por la persona a quien se opone, ni que su firma figure certificada por quien expide la copia (en la administración) porque basta que el funcionario dé fe, como sucede en el caso que examina, de que el documento pertenece a la declaración del contribuyente.

Dice también que el principio de prueba por escrito **"conjura el riesgo de dejar en libertad el testimonio humano"**. Establecido el enlace, prosigue, ya sea positivo o directo, o sólo negativo o indirecto, al decir de Lessona, se admiten los testimonios para completar la prueba.

Por último la Corte transcribe a Planiol y Ripert: "Cuando existe un principio de prueba por escrito, lo que se demanda del testimonio no es más que un complemento de prueba; los testigos no están solos. El peligro de la prueba testimonial ha desaparecido en mucha parte, porque la convicción del juez se afirma en un documento que no puede mentir. Los dos modos de prueba empleados se prestan un mutuo apoyo: el testigo completa la escritura y ésta, de su parte, da fuerza a la palabra del testigo".

b. Otro ejemplo de principio de prueba por escrito puede extraerse del caso en que, por afirmarse en proceso que alguien ha prestado a la parte que se demanda determinada cantidad de dinero (y por esta razón, el reclamo de su restitución) se presenta una carta emanada del demandado en la cual solicita el préstamo (obsérvese bien, la misiva no prueba el mutuo, es decir, el contrato que da nacimiento a la obligación; pero sí hace verosímil, probable, creíble, el hecho de su existencia).

c. La presentación de un recibo de pago, para hacer verosímil. la celebración de un contrato a plazos, muy usual en Colombia en la compraventa de electrodomésticos y automóviles, no acredita la existencia del contrato, pero hace verosímil su celebración.

d. Un pagaré al que le faltan los requisitos exigidos por el C. de Co. para su eficacia; una letra de cambio en las mismas condiciones; un cheque tachado, con enmendaduras, con contradicciones entre lo consignado en letras y los números, etc., todos estos documentos, si bien no prueban totalmente lo alegado, sí nos dan una idea de su posibilidad.

e. En general las cartas", los telegramas, las anotaciones en libros o cuadernos domésticos, libretas, etc., son ejemplos manejados con un criterio

57 Citas tornadas de *Le prove* Oh. cit., págs. 482 *y* ss.

MATTIROLO: "En los procesos verbales la conciliación, cualquiera que sea el valor del objeto sobre el cual se desarrolla la tentativa de conciliación, aun si no es firmada por la persona contra la cual se propone la prueba testimonial y las declaraciones hechas por las partes y consignadas en el proceso verbal, en ocasión de su comparecencia frente al Tribunal, pueden constituir principio de prueba escrita".

En el mismo sentido:

1. MATTIROLO: "En los procesos verbales de respuestas al interrogatorio dadas por la parte contraria, tanto en las causas civiles como las penales, aunque no hayan sido suscritas, pueden ser principio de prueba escrita".

2. CONSOLO: "Las respuestas de la parte al interrogatorio, en presencia del juez y con la formalidad requerida, puede constituir principio de prueba escrita si se relaciona con el hecho alegado, haciéndolo verosímil; tal principio se cumple si el interrogatorio ha tenido lugar frente a una autoridad judicial distinta a aquella ante quien se tramita el proceso".

3. BIANCO: (Las respuestas al interrogatorio y el principio de prueba escrita, en Riv. dir. proc. civ. 1933, II, 271): "No puede ser ligado con el principio de prueba escrita la prueba testimonial, porque la norma que admite tal principio de prueba va combinada con la regla de que el curso del juicio no puede ejercitar una influencia modificadora del derecho material; en tanto el principio de prueba debe ser tal que haga verosímil el hecho por probar; la confesión debe en cambio, volverlo legalmente cierto; si este último resultado no se consigue, la declaración de la parte no es ni confesión ni principio de prueba, sino simplemente indicio; en la práctica, considerando lo contrario, sería suficiente definir un interrogatorio para procurarse un principio de prueba testimonial de otro modo inadmisible".

4. BATTAGLINI: (ob. cit., 571): "Pueden considerarse principio de prueba escrita los interrogatorios efectuados tanto en sede civil como penal; en este último caso es necesario que el tema sustancial del juicio penal sea idéntico o análogo a aquel civil *y* generalmente que la declaración recogida en el interrogatorio esté en relación lógica con el hecho por probar y lo vuelva verosímil".

5. GENTILE (oh. cit., 351): "Entre el contenido del escrito invocado como principio de prueba y el hecho que se quiere demostrar con los testimonios existe una relación (sea ésta positiva y directa o sólo negativa e indirecta), de modo que lo escrito vuelva verosímil el hecho por probar; el principio de prueba por escrito pertenece al campo de los indicios y las presunciones 'hominis' (Prueba crítica); de lo conocido se induce lo desconocido".

amplio, que creemos es el que debe regir en la jurisprudencia y doctrina colombianas, para admitirlos como principio de prueba por escrito, aclarando que, en el caso de los telegramas, habría que presentar el original entregado a la empresa de telecomunicaciones en Colombia, o a su análoga en el exterior, y vale como principio de prueba, aunque no aparezca firmado por la persona contra la cual se opone, si ha sido manuscrito por ella.

Sin temor de incurrir en exageraciones o errores, siempre y cuando se cumplan los requisitos que hemos indicado al examinar el tema que nos ocupa, todo escrito del cual se infiera, se intuya, la existencia del acto, se debe tener como "principio de prueba por escrito", al tenor del artículo 232 del C. de P.C.

10.4. LA CONFESIÓN JUDICIAL INCOMPLETA HACE LAS VECES DE PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO

Esa confesión judicial incompleta puede completarse con testimonios como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia. En general en cualquier actuación judicial, civil o penal, en que se confiese en forma incompleta pueden suplirse las deficiencias con testimonios". Es innegable que esta posición de la Corte colombiana, responde a la aplicación de los principios

---

6. MICHELI *(Curso de derecho procesal civil,* Milano, 1960. 11, 152): "Pueden constituir principio de prueba escrita las respuestas de las partes al interrogatorio formal, salvo el carácter indivisible de la confesión y siempre que exista un hecho lógico que vuelva verosímil el hecho alegado y que debería ser probado por testigos".

Jurisprudencia.

1. Cass. 23-10-1976, n. 2610 (Rep. Giur. 1968, 3262): "En las respuestas dadas a un interrogatorio *y* reportadas a la parte verbal, efectuada en sede civil por la parte, puede constituir el principio de prueba escrita, relativa al artículo 2724, n. 2. CC que deroga al presente artículo 2722, para admitir la prueba testimonial".

2. Cass. 17-124969, n. 3999 (Rep. giur. It. 1969, 3805): "Las respuestas al interrogatorio de parte pueden constituir principio de prueba escrita solicitado por el artículo 2724, n. I., para enervar la prueba testimonial establecida por el artículo 2722 C.C., porque la verbalización y la sucesiva suscripción confiere certeza absoluta de que la admisión proviene de la parte y tal admisión vuelve verosímiles los hechos que se deberán probar con testimonios".

[58] DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Compendio de derecho procesal.* T. II, Bogotá, ABC, 1973, pág. 290. Citas de la Corte: 5 de octubre de 1954 G.J. T. LXXVIII, núm. 2147, pág. 848; 28 de febrero 1955, T. LXXIX, núm. 2150. págs. 523-524; T. XCV, núm. 2239, pág. 498.

generales del derecho por cuanto, si estamos permitiendo que un principio de prueba por escrito (que se produce extrajudicialmente) se complete con la prueba testimonial, con mayor razón una actuación que se cumple ante el juez civil o penal, sea dentro del proceso o en actuaciones judiciales anticipadas".

Como sostenemos en otra obra", cuando una parte está formada por varias personas (litisconsorcio necesario o voluntario) es suficiente la confesión incompleta de una de ellas para darle cabida, frente a todas, a la prueba testimonial, porque la confesión incompleta de uno de los litisconsortes hace verosímil que el acto o contrato se haya celebrado.

10.5. IMPOSIBILIDAD FÍSICA O MORAL PARA OBTENER EL DOCUMENTO O EL PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO

En nuestra legislación existía hasta el 30 de junio de 1971 la imposibilidad de probar contratos o convenciones que sobrepasaran determinado valor, por medio de testigos; sin embargo, esa prohibición desaparecía cuando existía imposibilidad física o moral para obtener el documento o el principio de prueba por escrito (artículo 93 de la Ley 153 de 1887, ya derogado).

Debe quedar claro que los contratos solemnes no pueden jamás probarse por un medio distinto del que ha sido establecido en la ley; de tal manera que sólo se puede emplear la prueba testimonial, con relación a ellos, cuando se trata de demostrar la simulación, adiciones o alteraciones secundarias convenidas al momento de celebrarse o posteriormente, pero de ninguna manera para suplir el documento ni para probar reformas sustanciales al mismo.

En el artículo 232 del actual C. de P.C. se establece que la no existencia de un documento o de un principio de prueba por escrito, es un indicio grave de la inexistencia del acto, a menos que "por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión".

[59] PALACIO, LINO ENRIQUE *(Derecho procesal...* Cit., Pág. 572): "Una confesión incompleta consignada por escrito, o las respuestas dadas en juicio a un interrogatorio, por la parte o su representante, constituyen principio de prueba escrita, si hacen verosímil el hecho litigioso". (CN. Civ. Sala D. Ley, T. 98, pág. 404; en el mismo sentido Tribunal Superior de la Provincia de Santa Fe, Juris, T. II, pág. 256)".

[60] PARRA QUIJANO, JAIRO. *Los terceros en el proceso civil.* Ediciones Librería del Profesional, 3' edición, Bogotá, 1985, pág. 35.

De acuerdo con el artículo 232 del C. de P.C. la imposibilidad de obtener el escrito puede ser física o moral como lo acepta la doctrina nacional, así:

Herrando Devis Echandía[61]: "La imposibilidad de obtener el escrito puede ser física o moral, como unánimemente lo acepta la jurisprudencia y la doctrina nacional o extranjera, y es importante observar que debe existir y es suficiente que exista en el momento de celebrarse el contrato; por consiguiente, no importa que desaparezca después".

Jorge Cardoso Isaza[62]: "La última excepción contemplada por el artículo 232 del C. de P.C., se refiere a la calidad de las partes. Estimamos que dicha calidad debe ser apreciada en relación con las partes mismas, más que con relación a la generalidad de las personas, por lo cual creemos que hace referencia a los vínculos de parentesco, profesionales, de amistad o de otra índole que justifiquen la omisión del documento. Ejemplo sería la llamada imposibilidad moral".

Corte Suprema de Justicia": "Es clara la imposibilidad moral en que está el hijo para exigir recibos de su padre hospitalizado por grave enfermedad, en situación de conflicto y cuando precisamente había depositado su confianza plena en el hijo administrador... Y la imposibilidad moral pesa en Derecho por lo menos tanto como la imposibilidad física (Ley 153 de 1887, artículo 93)".

Luis Alzate Noreña[64]: "Además de la imposibilidad material, puede haber alguna moral, para hacerse a una prueba escrita. Es evidente que la imposibilidad moral debe ser apreciada inteligentemente por el juez, ya que serán cuestiones de hecho, motivos sociales, relaciones familiares o de dependencia, lo que habrá que tenerse en cuenta para determinar si hubo esa imposibilidad moral. Especialmente será aceptable esa imposibilidad cuando motivos de dependencia o de respeto por parte del acreedor hacia el deudor le vedan hacerse a una prueba escrita". Igualmente acepta la imposibilidad moral el profesor Antonio Rocha al citar a la Corte, cuyos criterios acoge.

Por nuestra parte, encontramos que el artículo 1348 del C.C. italiano de 1865, establecía: "Todo ello según la cualidad de las personas y las

61 DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Compendio...* Ob. cit., número 193, pág. 311.

62 CARDOZO ISAZA, JORGE. *Pruebas...* Cit., pág. 344.

63 G.J., T. LXXXII, núm. 2163-64, pág. 23.

64 ALZATE NOREÑA, LUIS. *Pruebas Judiciales.* Imprenta Departamental, Manizales, 1941, pág. 228.

circunstancias del hecho". El artículo 2724 del actual C.C. italiano sólo habla de la imposibilidad moral o material de procurarse una prueba escrita. El C. de P.C. colombiano en el artículo 232 la subordina a que "la calidad de las partes justifiquen tal omisión" (se refiere a la ausencia de documento o de principio de prueba por escrito).

Como se puede observar, encontramos en el C. de P.C. colombiano empleaba la palabra "calidad" que sustituye a la palabra "cualidad" del C.C. italiano de 1865. Calidad y cualidad son expresiones equivalentes en el caso que nos ocupa. Veamos:

Cualidad": Del latín qualitas, -ãtis. Cada una de las circunstancias o caracteres, naturales o adquiridos que distinguen a las personas o cosas. 2. Manera de ser de una persona o cosa.

Calidad": Del latín qualitas, -ãtis. Propiedad o conjunto de propiedades inherentes a una cosa, que permiten apreciarla como igual, mejor o peor que las restantes de su especie.

De conformidad con lo anterior, hay que entender, sobre todo en el caso de imposibilidad moral para obtener el documento o el principio de prueba por escrito, que ésta debe relacionarse con la calidad que tengan las partes para que se pueda hablar de ella,

La imposibilidad moral surge de comparar el hecho con las personas que contratan o convienen, pero no en abstracto sino en concreto; y lo que permite llevar a cabo ese cotejo es la calidad o cualidad que tienen las partes entre sí. No se trata de una cualidad o calidad genérica, sino específica, concreta, referida a personas o sujetos determinados y emanadas de las relaciones entre ellos".

[65] *Diccionario de la Real Academia Española.* Madrid, 1970; *Voz:* Cualidad, pág. 385.

[66] *Diccionario de la Real Academia Española.* Madrid, 1970; *Voz:* Calidad, pág. 229.

[67] Citas tomadas de *Le prove civili.* Ob. cit., págs. 495 y ss.

MATTIROLO (0b. cit., 372): "Para admitir la prueba testimonial más allá de los límites legales, es suficiente una imposibilidad moral y relativa a la cualidad de la persona, a la circunstancia del hecho que desea probar, a las conveniencias y miramientos sociales".

CONSOLO (01). cit., 345): "La imposibilidad de procurarse la prueba escrita no es absoluta sino relativa incluida en la hipótesis de accidentes imprevistos que no permitieron hacer el acto por escrito".

En forma inapropiada, pero gráfica, podemos sostener que la calidad a que se refiere el artículo 232 del C. de P.C., no es la que se predica de las personas por sí mismas, sino la que se hace de una o unas frente a la otra u otras. No es un predicado subjetivo, sino objetivo, concreto, y relacionado con otras personas, en este caso con la parte contraria, y en determinadas condiciones y circunstancias".

En síntesis, es un concepto necesariamente relativo.

¿Cuál es esa calidad o cualidad?

Ya hemos indicado que se trata de un predicado que se puede hacer de una parte frente a otra (hemos tomado la noción procesal), por ejemplo:

a) Toda situación familiar (no todas las personas son familiares, de tal manera que habrá que mirar la calidad específica de los familiares, padres, hijos, etc.).

b) Relación afectiva o de confianza muy estrecha.

c) Una dependencia económica (cónyuges, concubinos, de padres e hijos, amigos íntimos, empleados, etc.).

d) Urgencia del servicio (corno sucede con los médicos, odontólogos, abogados, etc.).

MESSINEO, FRANCESCO *(Manual de derecho civil y comercial,* Milano 1957, 1650): "La imposibilidad de procurarse la prueba escrita se tiene cuando algunas circunstancias, aun meramente contingentes, tuvieron lugar, necesidad técnica, condiciones de ambiente, relaciones personales entre contratantes u otras circunstancias impidieron la escritura *y* explican la falta de su uso".

Jurisprudencia.

Cas. 25-5-1965. N. 1030 (Re., giur, It. 1965, 3249, Jurisprudencia italiana): "La imposibilidad moral de procurarse la prueba escrita, del artículo 2724 No. 2. CC. para admitir la prueba testimonial sin límites, no puede subsistir en los vínculos de parentela, de urgencia, de convivencia y de armonía familiar, sin el concurso de circunstancias particulares".

[68] Sobre cómo debe ser valorada la imposibilidad de procurarse la prueba escrita en aplicación del artículo 2724 del C.C. italiano:

Doctrina (Citas tomadas de *Le prove* Ob. cit., págs. 495 y ss.).

CONSOLO (01). cit., 343): "La imposibilidad de procurarse la prueba escrita puede ser no solamente física sino también moral *y* resultar de múltiples condiciones de hecho en las cuales una persona puede encontrarse".

MICHELLI (Ob. cit., 152): "La imposibilidad de procurarse la prueba escrita debe valorarse no en abstracto, sino en consideración a condiciones concretas".

e) Por la celeridad y multiplicidad de las operaciones (como las operaciones en ferias y mercados, depósito en hoteles y lugares similares).

Como casos de imposibilidad material podemos citar los convenios que se celebran a raíz de un imprevisto, un accidente, por ejemplo. A las partes que en el momento de un accidente (verbigracia, choque de vehículos) acuerdan un pago, sería por demás ingenuo exigirles la prueba por escrito[69].

RICCI, FRANCISCO. *(Tratado de las pruebas,* T. II, La España Moderna, Madrid, s.f., pág. 43): "Las relaciones de parentesco o de dependencia pueden a veces constituir la imposibilidad moral, por parte del acreedor, de procurarse la prueba escrita. Un criado, por ejemplo, confía a su amo un título de crédito al portador. ¿Puede hacerse culpable de no haberse procurado prueba escrita para no permitírsele la prueba oral, aunque el depósito excediese de las quinientas liras? (No olvidar que Ricci se está refiriendo al artículo 1348 del C.C. italiano de 1865)... La sentencia que se dictó en ese proceso hace ver que la libreta o título sobre que litiga se había dado en custodia al propio amo, Carlos Sebastiani; como ocurre con frecuencia, que la criada confía a sus amos el dinero de sus ahorros o libretas parecidas a la indicada.

"Dado este hecho, resulta ilegítima la aplicación del principio de derecho por el cual se admite que la imposibilidad moral de una prueba escrita equivale a la física, para la admisión de prueba oral (Testimonial). Ciertamente, entre las personas que viven en una misma familia, padres e hijos, amos y criados, como sucede en el caso presente, no es posible exigir un documento, sobre todo de entregas sucesivas y de dinero proveniente de ahorro cotidiano. El caso, pues, cae dentro del artículo 1348 en cuanto de su contexto se desprende que debe siempre calcularse la imposibilidad de la prueba escrita teniendo presente la cualidad de las personas contratantes (esta decisión fue tomada el 21 de marzo de 1887, T. XXXIX, 1. 460, y existen otras muchas decisiones).

"Tambien aparece el caso de un médico que para la época cobró por asistir a un enfermo más de quinientas liras y entonces el Tribunal de Nápoles sostuvo lo siguiente: 'En esta segunda categoría (imposibilidad moral) incluyéronse los médicos en lo referente a la asistencia prestada a los enfermos, por suponerse dificilísimo además de nada conveniente a su dignidad y condiciones, que tuvieran que pedir la prueba escrita de aquellos por quien fuesen requeridos. En relación con estas nociones jurídicas, se desprende clarísimo el concepto, jurídico también, de que las convenciones que se hacen con los médicos para que presten sus servicios a los enfermos, excluyen con frecuencia repetida la posibilidad de los documentos probatorios, por lo que se encuentran bajo la acción de la excepción prevista por el artículo 1345 del C.C. La ley no da, ni podía dar, normas específicas para estos casos. Con gran cordura se ha dejado esto al sano *y* justo criterio de los jueces, que verán si se está o no en el caso de la excepción'.

"Es importante transcribir una sentencia del Tribunal Supremo de Roma: 'La prohibición de la prueba-testifical debe ser interpretada equitativa y razonablemente; así se ve por lo común, admitido que los casos de imposibilidad para procurarse una prueba escrita, aunque indicados por la ley, lo son no de un modo taxativo, sino demostrativo, *y* que la imposibilidad

El caso del depósito necesario, definido en el artículo 2260 del C.C., así:

---

debe entenderse no sólo física, sino moral; no sólo absoluta, sino relativa. Ahora bien, en las ferias y mercados de bestias, la multiplicidad, la rapidez y el movimiento de las contrataciones, que sin cesar suceden; el hecho de que las ventas y compras se hacen casi siempre, no por el propietario, sino por el colono; la triste realidad de que éstos, entre nosotros, son la mayoría de las veces gentes que no saben leer ni escribir, todo esto determina la dificultad, no ya moral, sino hasta material, de tener en el momento preciso, un notario que autorice ese contrato, que de no verificarse inmediatamente, con seguridad se deshace. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que en nuestras ferias no es frecuente que el negocio se termine al contado, entre los propietarios o colonos, en razón de la necesidad de experimentar las reses compradas, y comprobar acaso en ellas la existencia de vicios redhibitorios, que una vez reconocidos, hacen que el contrato se conceptúe como no hecho... Además, no debe olvidarse el uso antiguo y constante, notorio e indudable, y que la misma sentencia recuerda de hecho y admite implícitamente, de comprar y vender las bestias entre toda suerte de personas, en nuestras ferias y mercados, de palabra. Sin duda, pues, hay en las consideraciones hechas indicación de circunstancias tales, unas en la relación directa e inmediata, las otras, las más, de un modo accesorio e indirecto, que ponen bien de manifiesto la imposibilidad moral o relativa con que efectivamente se tropieza, de procurarse el documento inmediatamente, resultando justificada la necesidad y conveniencia de admitir la prueba testifical, no obstante el valor, si no se quiere, exigiendo, en contra de los usos y costumbres, la prueba escrita para los contratos de compra y venta de ganados, promover la desaparición y ruina de las ferias y mercados, con gran daño de la agricultura y del comercio, según ya en otra ocasión lo hizo notar este mismo Tribunal Supremo en sentencia de 29 de enero de 1883. Por tanto, la sentencia examinada, que no cree poder tener en cuenta en el caso de que trata la prueba testifical, en virtud del erróneo concepto jurídico relativo al artículo 1348, debe ser casada'".

MATTIROLO, LUIS (0b. cit., 372): "Para admitir la prueba testimonial no es necesaria una imposibilidad física o absoluta de la prueba escrita, sino que basta una imposibilidad moral o relativa.

"El legislador mismo en los ejemplos que pone en los tres números del artículo 1348, nos demuestra que hasta una imposibilidad moral o relativa a la cualidad de las personas, a las circunstancias del hecho que se quiere probar, a las conveniencias y relaciones sociales; y en otro lugar indica un caso más de imposibilidad moral en que se presume que está la mujer y sus hijos o herederos, de obligar al marido a suministrar prueba escrita respecto de los derechos que adquirieron a título de sucesión o de donación, durante el estado de comunidad de las utilidades del contrato de matrimonio".

ANDRIOLI (Oh. cit., 351): "Sea moral o material, la imposibilidad debe referirse al contratante, que la hace valer y es llamado a suministrar la prueba; por tanto las máximas de experiencia, corrientes en el foro, en virtud de las cuales las relaciones familiares y sociales y las estipulaciones de los contratantes en más o menos sociedades organizadas, integran los extremos de la imposibilidad de procurarse el documento, y deben ser cuidadosamente comprobadas con base en análisis comparativos para el caso concreto".

(Citas, las últimas, tomadas de *Le prove civili.* Oh. cit., pág. 498).

• "El depósito propiamente dicho se llama necesario, cuando la elección del depositario no depende de la libre voluntad del depositante, como en el caso de un incendio, ruina, saqueo u otra calamidad semejante". Agrega el artículo 2261 del mismo estatuto: "Acerca del depósito necesario es admisible toda especie de prueba". Es el caso de imposibilidad material para obtener el documento; surge así, prácticamente, en las legislaciones latinas, el concepto de imposibilidad física para documentar en el evento del depósito necesario, del que nos hemos ocupado.

11, PÉRDIDA O DESTRUCCIÓN DEL DOCUMENTO

MI. TESIS EXISTENTES SOBRE EL TEMA

Puede afirmarse que, con relación a la pérdida o destrucción del documento y su reconstrucción y suplencia por medio de prueba testimonial, se han expuesto tres tesis:

11.1.1. La que exige la prueba de una fuerza mayor o un caso fortuito

En Colombia, ni la Ley 105 de 1931, ni el Decreto 1400 de 1970, previeron la pérdida del documento; el artículo 683 del Código Judicial, que rigió antes de la Ley 105 de 1931, contemplaba el caso, exigiendo la demostración de una u otra de aquellas circunstancias.

Lo referente a la pérdida del documento ha sido estudiado por la jurisprudencia y por la doctrina. La primera, en Colombia, ha seguido las orientaciones de la doctrina francesa y del Código italiano de 1865, es decir, ha exigido la prueba de la fuerza mayor o del caso fortuito".

Alzate Noreña sostiene: "Nuestra ley nada dice al respecto (se está refiriendo a la pérdida del documento). Aunque este principio existió en el Código Judicial derogado (artículo 683) (se refiere al código anterior a la Ley 105 de 1931), al no existir hoy (se está refiriendo a la vigencia de la Ley 105 de 1931) parecería que no es aceptable; pero opinamos que debería admitirse, aunque verdaderamente la prueba sería bastante difícil porque aunque se pruebe la existencia del escrito, y que se perdió por caso fortuito, se tendría que demostrar también que había sido reconocido expresa o tácitamente para que sea auténtico.

G.J., T. XLIII, núm. 1909, pág. 578.

Negando el demandado la existencia del escrito desconoce su autenticidad; y es claro que constando ya la pérdida, no es posible proceder a su reconocimiento"'. (En la última parte, el autor citado pasa por alto que con dos testigos se puede demostrar la autenticidad del documento).

Antonio Rocha', por su parte, dice: "Agregamos otra excepción que consagra la doctrina y que surge de la naturaleza de las cosas; es el caso de la pérdida del acto escrito, debida a fuerza mayor, o a un caso fortuito, caso en el cual lo que procede es reconstruir el acto por todos los medios probatorios posibles".

11.1.2. Tesis que acepta la pérdida no culpable del documento

Es la consagrada en el artículo 2724 del actual C.C. italiano, que dice: "Cuando el contratante ha perdido sin su culpa el documento que le proporcionaba la prueba". Ha sido reiterada la jurisprudencia italiana en el sentido de exigir que la pérdida del documento se haya producido sin culpa del que invoca su existencia, para el intento de su reconstrucción por la vía testimonial.

Vale la pena citar aquí las jurisprudencias de 1968 y de 1970 en las que se repite la exigencia de que la pérdida del documento se haya producido sin culpa del que invoca su existencia (Apelación, Milán, 1968). "Cuando la conducta del contratante referida a la particular contingencia de la pérdida del documento, aparece ésta inmune del elemento imprudencia o negligencia..." (Cas. de 1970, n. 171 "la pérdida se verificó (se sucedió) sin su culpa (senza sua colpa)".

11.1.3. La que se conforma con que la pérdida haya sido involuntaria

Hernando Devis Echandía , después de sostener que existen varias tesis acerca de la causa de la pérdida o destrucción del documento, distingue la que exige la prueba de una fuerza mayor o un caso fortuito, la que acepta la pérdida inculpable del documento, y la que se conforma con que la pérdida haya sido involuntaria. De ellas, acoge la última, sosteniendo que para que se pueda utilizar la prueba testimonial basta que la pérdida del documento haya

71 ALZATE NOREÑA, LUIS. *Pruebas...* Cit., pág. 229.

72 ROCHA ALVIRA, ANTONIO. *De la prueba...* Cit., pág. 429.

73 DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Compendio...* Cit., número 193, pág. 314.

sido ajena a la voluntad de quien la sufrió, sin que importe que haya mediado culpa por negligencia o falta de previsión. Sostiene que no aceptar este criterio equivaldría a sancionar prácticamente con la privación del derecho sustancial la simple culpa en la custodia del documento, lo cual parece ser injurídico. Que, en cambio, destruirlo voluntariamente o ponerlo en un lugar donde necesariamente debe extraviarse, significa el abandono de la prueba y debe presumirse que se renuncia a sus ventajas y al derecho sustancial que sólo así se podía probar, si se tenia capacidad jurídica. Por último, insiste el profesor Devis Echandía, no puede haber duda sobre este punto al tenor del nuevo C. de P.C. y sobre todo aplicando los artículos 261 y 187, lo que permite afirmar que la tesis por él planteada es aplicable en Colombia.

Frente a estas tres tesis, no dudamos en acoger la segunda, esto es, la que demanda que la pérdida del documento haya sido sin culpa del que invoca su existencia. Es innegable que los tiempos modernos exigen que las personas en todos sus actos empleen el mayor cuidado y diligencia posibles. Por tanto, si alguien pretende derivar consecuencias de derecho material, valiéndose de documentos, debe cuidarlos con prudencia, con diligencia, con celo, si se quiere; si a pesar de ello se extravían, hay lugar a utilizar la prueba testimonial. Si, por ejemplo, se tiene un documento en que consta la existencia de una obligación de considerable valor y se procede a depositarlo en una caja o cajilla de seguridad de un banco y ocurre su pérdida, ésta se produce sin culpa del depositante, por lo tanto puede recurrirse a la declaración de terceros; pero si, en el mismo caso, el interesado deja el documento, sin que implique abandono, sobre una mesa de su casa de habitación y es destruido, verbigracia por un infante que lo tuvo a su alcance, o desechado por alguien que aseaba la vivienda, en ese evento se ha perdido por negligencia del propietario, por su culpa, y no podrá valerse de la prueba testimonial para obtener su reconstrucción.

Nos apartamos del criterio del profesor Devis Echandía, el que ya citamos, pues equivale a sostener que sólo existe prohibición para utilizar la prueba de testigos en los casos de pérdida o destrucción, cuando éstas se producen voluntariamente por quien pretende demostrar la existencia del documento.

Es decir, que la destrucción o pérdida deliberada del documento en que consta la existencia de la obligación, verbigracia, su arrojo al cesto de la basura, etc., para luego arrepentirse de tal proceder, es el único caso en que se excluye la vía testifical. Con el criterio del ilustre profesor Devis Echandía se podría redactar una norma que dijera que hay lugar a emplear la prueba

testimonial cuando se ha perdido o destruido el documento, siempre y cuando esa pérdida o destrucción no haya sido realizada voluntariamente por quien pretende demostrar la existencia del mismo.

11.2. PRUEBA DE LA AUSENCIA DE CULPA

La ausencia de culpa se demuestra acreditando un hecho positivo que implique diligencia, cuidado o prudencia, semejante a la exigida por los romanos a un buen padre de familia. En el ejemplo a que nos hemos referido, demostrando que se depositó el documento en la cajilla se seguridad del banco; así se acreditarían la diligencia y el cuidado y por tanto el juez podría inferir la ausencia de culpa (falta) en la pérdida o destrucción del documento.

11.3. HECHOS QUE DEBEN PROBARSE EN CASO DE DESTRUCCIÓN O PÉRDIDA DEL DOCUMENTO

Para allanar el camino hacia la declaración de existencia del documento y, consecuencialmente, de la relación contractual u obligatoria contenida en él, es menester:

a. Acreditar la preexistencia del documento cuya pérdida se alega, y su clase (si es público o privado, si es auténtico o no, como lo sostiene el profesor Devis Echandía). Si el documento exigía su registro, será forzoso establecer que llenaba este requisito. Obsérvese bien, debe probarse la existencia del documento y la formalidad del registro.

b. También el hecho de la pérdida o extravío, con las circunstancias de tiempo, modo y lugar, de las cuales se pueda deducir el menoscabo o destrucción del documento.

c. El profesor Devis Echandía[74] arguye que debe demostrarse la involuntariedad del suceso. Consideramos que esta es una prueba prácticamente imposible de aportar; por otra parte, ya hemos tomado partido por la tesis de la ausencia de culpa del interesado; así, en nuestra opinión, debe acreditarse un hecho positivo que demuestre la diligencia o cuidado; como lo dijimos anteriormente. De acuerdo con la doctrina de la Corte, lo que habría que probar es la fuerza mayor o el caso fortuito.

d. Probar, también, que no es posible obtener otra copia, ya que sobraría todo el procedimiento de que venimos hablando, si se pudiera obtener copia

[74] DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Compendio...* Cit., pág. 315.

del documento en archivos, procesos, en notarías, oficinas de registro o de cualquier otra índole, etc.

e. Acreditar lo sustancial del contenido del documento. Compartimos lo expuesto por el profesor Devis Echandía[75] quien afirma: "Esto es indispensable para que el juez pueda conocerlo con la prueba supletoria que se le aduzca, con una doble finalidad: precisar que el escrito perdido se refería precisamente al derecho cuya existencia o extinción se alega y adoptar su decisión de fondo sobre él. Esto no es posible sin que los testigos digan que conocieron el escrito y que se refería a ese crédito; o si se trata de escritura pública, sin que mencionen al menos su número y la notaría de su procedencia, o digan que se refería a la compraventa de tal inmueble o algo por el estilo que permita relacionar el documento con el derecho o hecho que trata de probarse, pero no es necesario que haya leído todo el documento".

Como se puede observar, lo que se busca aquí es lograr, con la versión de los testigos, el establecimiento, en lo posible, del contenido de las declaraciones que el documento perdido o extraviado recogía; pero sin que esto implique que, necesariamente, los testigos deban relatar todas y cada una de las cláusulas del contrato. Los autores sostienen que se trata, en las más de las veces, de una prueba inductiva e incompleta.

12. COMENTARIO ESPECIAL A LA PRUEBA TESTIMONIAL EN MATERIA LABORAL

En el proceso laboral, aunque parezca un exabrupto jurídico, no rige el principio de la igualdad de las partes, ni el principio del equilibrio procesal; los que no son iguales en la vida real, el trabajador y el patrono, mal pueden resultar iguales en el mundo microscópico del proceso, porque una ley procesal así lo indique; en el proceso se respetarán las diferencias, verbigracia, culturales (vocabulario, coordinación de ideas), en las pruebas que se aduzcan, etc. Si lo anterior es cierto, el proceso laboral debe tratar como desiguales a quienes efectivamente lo son, y por ello el -juez de este ramo debe ser especialmente calificado para emprender la tarea encaminada a que la desigualdad sea menos notoria, decretando, por ejemplo, pruebas de oficio y sobre todo, manejando con muy buen criterio el interrogatorio a los testigos cuando éstos son trabajadores que no tienen la facilidad de expresión, que si

[75] Ibídem.

poseen, generalmente, los que aporta la parte patronal. No hay peor injusticia que tratar como iguales a quienes son desiguales.

Lo anterior para recalcar que el juez laboral debe tener en cuenta y no pasar por alto, además de lo dicho sobre el testimonio en general, el orden del interrogatorio, la clase de preguntas que se pueden hacer, la manera de formularlas, etc.; téngase presente que alguien no es buen testigo por hablar bien, responder elegantemente o coordinar ideas en forma correcta, sino por la veracidad y sinceridad que le asistan. Es factible que si un Juez del Trabajo interroga a un amigo del patrono, éste sobresalga por su fluidez verbal, capacidad de coordinación, etc., todo ello producto de su preparación académica, de las disciplinas que cultiva. En cambio, si pregunta a un obrero, cuya labor consiste en romper planchas de concreto con un taladro, el juez debe, si es preciso y por decirlo así, arrancar las respuestas al deponente que requiera este tratamiento, pues, por lo general, el estrato social a que pertenece, por sus condiciones económicas y su trabajo mecánico, no le permiten formar una mayor capacidad conceptual, y mucho menos un vocabulario rico; a menudo sus respuestas son, aparentemente, ilógicas, las que hacen pensar al juez inexperto o perezoso que el testigo está mintiendo.

En nuestro concepto, la prueba de testigos es la que reviste mayor importancia, pues tiene como órgano al hombre; sin embargo, es la más difícil de recaudar, pues requiere jueces dispuestos a realizar los interrogatorios con sumo cuidado y dedicación, empleando el mayor tiempo posible, cuestiones éstas que se hacen de lado en la práctica laboral, en la que se celebran audiencias supremamente breves, además de que al mismo tiempo se efectúan varias, en perjuicio, generalmente, del asalariado, cuando presenta testigos conceptualmente perezosos, con dificultades en el lenguaje, y que requieren del juez consagración y tiempo suficientes para el planteamiento de los interrogantes de una parte, y de otra, para la emisión de las respuestas y su explicación.

13. INTERROGATORIO

13.1. FORMALIDADES PREVIAS AL INTERROGATORIO

13.1.1. Prohibiciones y juramento

Los testigos no podrán escuchar las declaraciones de quienes les preceden (arts. 227 del C. de P.C., 273 del C. de P.P. y 437 del C.P.M.), estas disposiciones persiguen evitar las recíprocas sugestiones e influencias de unos deponentes a otros. Si se permitiera que los declarantes, en una misma causa,

conocieran las disposiciones de los otros antes de recaudarse la propia, se les restaría gran parte, o toda la espontaneidad a sus dichos. De este asunto nos ocuparemos con más amplitud posteriormente.

Una vez el testigo comparece a la sede del juzgado, o al sitio señalado para la realización de la audiencia (la casa de habitación del deponente en caso de enfermedad, el lugar donde ocurrieron los hechos, etc.), el juez debe proceder a identificarlo, cumplido lo cual le exigirá la prestación del juramento (sobre las fórmulas para tomarlo, en los distintos procedimientos, ver numeral 4.3.2. págs. 297 y ss.).

13.1.2. Pertinencia y utilidad de las preguntas

Como aplicación concreta de los principios generales del derecho probatorio, se ha establecido para la recepción del testimonio lo siguiente: "El juez rechazará las preguntas manifiestamente impertinentes, y las superfluas por ser repetición de una ya respondida, a menos que sean útiles para precisar la razón de la ciencia del testigo sobre el hechó, y las que recaigan sobre hechos que perjudiquen al testigo, caso de que éste se oponga a contestarlas. Rechazará también las preguntas que tiendan a provocar conceptos del declarante que no sean necesarios para precisar o aclarar sus percepciones, excepto cuando se trate de una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia. Estas decisiones no tendrán recurso alguno" (párrafo 3°, artículo 227 del C. de 'P.C.).

El inciso final del artículo 276 del C. de P.P., establece: "... el funcionario deberá requerir al testigo para que sus respuestas se limiten a los hechos que tengan relación con el objeto de la investigación". De la misma manera el ordinal 3^0 del artículo 439 del C.P.M., regla: "El juez pondrá especial empeño en que el testimonio sea exacto y completo...".

Lo anterior nos indica que las preguntas deben ser pertinentes y útiles dentro del proceso de que se trate, lo cual es aplicable a. los procedimientos laboral y contencioso administrativo (sobre testigo técnico, véase num. 2 págs. 285 y ss.).

112. INTERROGATORIO AL TESTIGO

13.2.1. Etapas

El interrogatorio al testigo comprende cuatro etapas así:

1) El juez lo interroga, en primer lugar, acerca de su nombre, edad, domicilio, profesión, ocupación, estudios que haya cursado y demás

circunstancias que sirvan para establecer su personalidad y si existe en relación con él algún motivo de sospecha (artículos 228 del C. de P.C., 439 —ordinal 1°— del C.P.M. y 276 del C. de P.P. —ordinal 1°–)[76].

En los trámites de los procesos penal, civil y militar, una vez cuestionado sobre los aspectos anteriores, debe advertírsele de lo consignado en los artículos 267 del C. de P.P. y 431 del C.P.M. Dice el primero de estos preceptos:

> "Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañera o compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.
>
> El servidor público informará de este derecho a toda persona que vaya a rendir testimonio".

2) A continuación se le ordenará al testigo que haga un relato de los hechos de la declaración. Los artículos 228 del C. de P.C., 439 del C.P.M. y 276 del C. de P.P., consagran lo que se conoce con el nombre de exposición espontánea. El Juez exhortará al testigo para que relate los hechos de que tenga conocimiento; en el evento en que afirme no saber el porqué o para qué se le ha citado, el juez le explicará el objeto del proceso, a fin de que haga un relato lo más concreto posible. Por ejemplo, se le cita, en materia civil, con el propósito de que rinda una declaración en una separación de cuerpos y afirma no saber para qué se ha ordenado su comparecencia; el funcionario, entonces; le pondrá al tanto de lo que trata el proceso: una separación de cuerpos, quiénes son los cónyuges, etc.; luego le solicitará que narre lo que le conste de las relaciones de la pareja protagonista del proceso.

Este sistema o método para averiguar lo que sabe el testigo es el más adecuado y útil. François Gorphe sostiene[77]: "Binet y todos los psicólogos que después de él, han estudiado experimentalmente la cuestión (se refiere a la espontaneidad de las declaraciones), no han dejado de señalar importantes diferencias de conjunto entre el valor de la deposición espontánea (rapport o

[76] El artículo 439 ordinal 1°, del Código Penal Militar cuando dice "El juez interrogará al testigo, en primer lugar acerca de su nombre, apellido, edad, domicilio, profesión,' ocupación, estudios que haya cursado y demás circunstancias que sirvan para establecer su personalidad y si existe en relación con él algún motivo de sospecha; ...", lo hace entre otras razones para saber si el testigo se encuentra en alguna de las situaciones contempladas en el articulo 431 del mismo estatuto y para hacerle, en consecuencia las advertencias de rigor.

[77] GORPRE, FRANÇOIS, ***La crítica del testimonio.*** Ed. Reus, Madrid, 1962.

récit) y el de la provocada por preguntas (interrogatorio). La segunda tiene más extensión, pero menos fidelidad que la primera. Y agrega más adelante (le observamos que, después de demostrar, por ejemplo, que cuando se trata del relato espontáneo, las faltas oscilan entre el 5 y el 10 por ciento en el relato y entre el 20 y 30 por ciento en el interrogatorio, estas cifras se explican fácilmente). Es evidente que el interrogatorio es todo lo contrario de la declaración espontánea. Y agrega más adelante de una manera general, el interrogatorio tiene la ventaja de soltar lenguas, de llamar la atención del testigo sobre puntos de los que no había tenido la idea de hablar, o de ayudarle a evocar sus recuerdos. Es indispensable en la mayor parte de los casos, para completar y precisar la simple audición; la práctica no podría pasar sin él. Pero no hay que perder de vista nunca que presenta peligros para la fidelidad de las respuestas, porque incita al testigo hasta los límites extremos de su saber 'fuerza su memoria', corno dice Binet. Puede provocar errores de varias maneras, o bien la representación contenida en la pregunta, reproduce automáticamente una representación asociada con ella, preferentemente la que ha estado junto a ella más a menudo; o bien la pregunta hace descubrir al testigo una laguna de memoria, que intentará colmar ensayando diferentes posibilidades, o con una conclusión lógica".

En el mismo sentido se pronuncia Enrico Altavilla [78]. La experiencia procesal ha dado como resultado un criterio cierto: que la exposición espontánea es menos extensa que la que se hace en virtud de preguntas, pero en todo caso es mucho más fiel.

El interrogador es un "estímulo amnésico para que el testigo evoque circunstancias que fueron olvidadas, o porque hace decir "circunstancias que no aparecían como importantes".

Los recuerdos vagos que tenía el deponente, se vuelven nítidos, y la incertidumbre se transforma en seguridad, mediante el estímulo de la pregunta. Esta extensión de la declaración que se logra con el interrogatorio, va en perjuicio de la fidelidad si se toman como punto de partida los estudios de Larguier des Baucels, quien pudo establecer que las declaraciones por interrogatorio son fieles en un 75%, al paso que en la espontánea se podría llegar a un 90%; concluye sosteniendo que también ejercen influjo en la fidelidad de las logradas previo interrogatorio, tres razones: a) La extensión:

[78] ALTAVILLA, ENRICO. *Psicología judicial.* Volumen II, Editorial Temis, Bogotá, 1975, pág. 813.

se refiere a elementos "fijados amnésicamente" de modo débil, y al extenderse el testigo sobre ellos comete error; b) Como los nuevos elementos obtenidos en el interrogatorio son a veces inciertos inicialmente, para el testigo adquieren precisamente por ello, una certeza subjetiva (a menudo sobre bases inadecuadas) en el curso del interrogatorio; c) A estos hay que agregar la sujeción que crea la sugerencia (sugestión), a la cual nos vamos a referir más adelante.

Alejandro Malinverni, profesor de procedimiento penal en la Universidad de Florencia, al referirse a la verdad y a la falsedad en el testimonio en su relación al convenio de estudios 'Enrico de Nicola' se expresó así: "La relación espontánea, de parte de un testigo que entiende decir la verdad, permite una narración de los hechos más exacta, pura y viva. Él permite sin duda la exposición más verdadera. Sus defectos residen en el carácter incompleto y en la superficialidad de la narración"".

Agrega: "El carácter incompleto y la superficialidad derivan esencialmente del hecho que el testigo, no siendo un hombre de leyes y no conociendo como no conoce el proceso, no sabe cuáles sean los elementos relievantes (sic) que interesan a los fines del juicio; la irregularidad deriva en la mayoría de los casos del hecho que el testigo por lo regular no está habituado a exponer en público, oralmente y ordenadamente lo que sabe".

Sostiene igualmente: "El interrogatorio presenta esta característica de ser el resultado de un conflicto entre aquello que el individuo recuerda y aquello que las preguntas tienden a hacerle decir. Toda respuesta a una pregunta es una reacción mixta en la cual intervienen factores espontáneos y reacciones provocadas. Factores espontáneos son los recuerdos ya presentes en la mente del testigo y los estados afectivos a ellos asociados. Reacciones provocadas son los recuerdos que el testigo, bajo el estímulo de las preguntas, es inducido a evocar y los estados afectivos que las relativas representaciones suscitan. En otras palabras, el objeto de la observación dado por los recuerdos del testigo, sufre influencias y, en consecuencia, peligros de alteración precisamente por fuerza del medio utilizado para evocarlos".

Nuestros códigos de procedimiento han exigido que este relato espontáneo del testigo se haga como una medida necesaria para que aflore lo que él conoce.

[79] Véase nota del traductor en la obra de TESORO, GIORGIO y BELLAVISTA, GIROLAMO. *El testimonio y la confesión en el proceso penal,* notas concordancias y traducción de Julio Romero Soto, s.p.i. Bogotá, 1975, págs. 131 y ss.

Es muy posible que alguna pregunta pueda determinar asociaciones de ideas, entre las cuales el testigo escoge e indica como verdadera, creyéndola tal, aquella que no lo es. Como generalmente la narración no es completa, se combina el sistema anterior con el estímulo que debe dar el juez al deponente sin preguntarle en concreto; valga el ejemplo: sobre tal hecho usted qué más sabe, y así sucesivamente, procurando obtener todo lo que sabe sin cuestionarlo en forma directa, esto es, en detalle. Esto lo puede ir haciendo a medida que el declarante vaya narrando los hechos. No es necesario que haya terminado de hablar para que el juez intervenga como ya se ha indicado. Si se lee con cuidado el numeral 3° del artículo 228 del C. de P.C., que dice: "El juez 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", se arriba a la conclusión que estamos planteando.

El artículo 277 del C. de P.P., al hablar de la apreciación del testimonio en la frase "... las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que percibió...", tácitamente nos permite concluir que el juez puede y debe interrogar al testigo sobre la ciencia de su dicho.

El ordinal 2° del artículo 439 del C.P.M., también establece esta obligación.

3) Una vez que ha terminado de exponer con el estímulo del juez, sin hacerle preguntas en concreto puede interrogarlo sobre lo que considere necesario".

Se podría objetar, en algún evento, que la narración del testigo es tan completa que el juez no tiene nada qué preguntar. Nada más inexacto; el juez que no interroga al testigo para lograr ciertas precisiones y verificar su sinceridad, está dando paso abierto a las preguntas interesadas de las partes. El funcionario que así procede, piensa en un proceso informado, todavía, por

[80] Artículo 439 ordinal 2° del Código Penal Militar: "El juez 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. Si la declaración versa sobre expresiones que el testigo hubiere oído, o contiene conceptos propios, el juez le ordenará que explique las circunstancias que permiten apreciar su verdadero sentido y alcance".

El artículo 276 del C. de P.P. regla que una vez el testigo concluya su relato: "... procederá el funcionario a interrogarlo si lo considera conveniente".

el principio dispositivo . Este interrogatorio, entonces, le permite al juez conocer con más claridad la fidelidad de lo que ha narrado el testigo.

El numeral 3° del artículo 228 del C. de P.C., con el cual concuerda el articulo 439 num, 3 del C.P.M., establece: "El juez pondrá especial empeño en que el testimonio sea exacto y completo", significando con esto (para todos los procesos, no importa la jurisdicción) que la participación de las partes en el interrogatorio es secundaria, y, más aún, creemos que subsidiaria, ya que, como se ha dicho, las preguntas provenientes de las partes, las más de las veces no son imparciales, y por el contrario, están encaminadas a la satisfacción de los intereses en disputa; es al juez a quien le corresponde morigerar esta situación.

Algunos códigos, seguramente con exceso de celo, prohiben que las partes puedan interrogar directamente a los testigos; al respecto establece el Código de Derecho Canónico en el canon 1561: "El juez, su delegado o un auditor hacen el examen del testigo, al que debe asistir un notario; por tanto, si las partes, el promotor de justicia, el defensor del vínculo, o los abogados que asisten al interrogatorio, quieren formular otras preguntas al testigo, no han de hacérselas directamente a él, sino que deben proponerlas al juez o a quien hace sus veces, para que sea él quien las formule, a no ser que la ley particular establezca otra cosa".

4) Luego del juez, las partes podrán interrogarlo, comenzando por quien solicitó la prueba. Aquél podrá, en cualquier momento, ampliar los interrogatorios y exigir al testigo aclaraciones y explicaciones. El deponente no podrá leer notas o apuntes, a menos que el funcionario lo autorice cuando se trate de cifras, fechas, hechos antiguos y en los demás casos que considere justificados. Si el testigo solicitare plazo para consultar documentos y el juez lo considera procedente, se continuará la recepción del testimonio, en cuanto

[81] Artículo 360 del Código de Procedimientos Civiles para México dice: "Para el examen de los testigos no se presentarán interrogatorios escritos. Las preguntas serán formuladas verbal y directamente por las partes, tendrán relación directa con los puntos controvertidos y no serán contrarias al derecho o a la moral...".

Artículo 145 del Código Procesal Civil y Comercial de Guatemala: "La parte que proponga prueba testimonial, presentará en la solicitud el interrogatorio respectivo, debiendo las preguntas ser claras y precisas. El interrogatorio deberá formularlo la parte de modo que cada pregunta no se refiera sino a un hecho simple al que el testigo debe concretar su respuesta...".

En el mismo sentido el artículo 305 del Código de Procedimientos Civiles de Costa Rica.

a tales preguntas, en otra audiencia, cuya fecha y hora de realización se señalarán en el acto, o en la misma, si fuera posible.

13.2.2. Acta de la audiencia

De todo lo ocurrido se levantará un acta que debe ser firmada por todos los intervinientes (juez, secretario, declarante y por las partes o sus representantes); pero antes debe leerla y aprobarla el declarante (numeral 9° del artículo 228 del C. de P.C., artículo 147 del C. de P.P. y artículo 439 del C.P.M.; aplicable, el primero, a lo laboral y a lo contencioso administrativo).

Criando el acta haya sido grabada o tornada en taquigrafía, el testigo deberá firmar la que registre la versión correspondiente, para lo cual se le citará. "Su renuencia a firmar no hará ineficaz el testimonio, sino dará lugar a la multa de que trata el artículo 225, sin perjuicio de que pueda ordenarse su conducción por la policía para dicho fin" (num. 9°, artículo 228 del C. de P.C.). Esta disposición se aviene a los procedimientos laboral, contencioso administrativo y penal militar, pues en materia penal y como un avance normativo, acorde con la técnica y los descubrimientos modernos, el Nuevo Código de Procedimiento Penal consagra expresamente la utilización de medios técnicos que permiten la agilización del proceso (artículos 148 y 275 del C. de P.P.).

De todas maneras, las preguntas y las respuestas que se den, se consignarán en sus términos originales en las respectivas actas.

El testigo sólo podrá ausentarse cuando el juez lo autorice para ello (numeral 8° del artículo 228, del C. de P.C.); lo cual es aplicable a los demás procedimientos.

13.3. FORMA DEL INTERROGATORIO

13.3.1. Preguntas sugestivas

13.3.1.1. Generalidades

El artículo 226 del C. de P.C. establece:

"Cada pregunta versará sobre un hecho y deberá ser clara y concisa; si no reúne los anteriores requisitos, el juez la formulará de la manera indicada. Cuando la pregunta insinúe la respuesta deberá ser rechazada, sin perjuicio de que una vez finalizado el interrogatorio, el juez la formule eliminando la insinuación, si la considera necesaria. Tales decisiones no tendrán recurso alguno".

El artículo 274 del C. de P.P. preceptúa:

"Prohibición. El funcionario se abstendrá de sugerir respuestas; de formular preguntas capciosas y de ejercer violencia sobre el testigo",

El artículo 438 del C.P.M. regla:

"Prohibición. El juez se abstendrá de sugerir respuestas, de formular preguntas capciosas y de ejercer violencia sobre el testigo".

"Las respuestas se consignarán tal como las suministrare el testigo".

Las disposiciones anteriores son aplicables a procesos ante la jurisdicción contencioso-administrativa y laboral.

Como se dijo anteriormente, la sugestión, y a veces fascinación, que ejerce el que pregunta sobre el interrogatorio, conduce a una respuesta insinuada, y a medida que avanza el interrogado de carácter sugerente, los vacíos o lagunas son llenados por la interacción entre el que pregunta y el preguntado que ha adquirido un nuevo elemento con el cuestionamiento, el cual, a su vez, le sirve de supuesto para la contestación posterior, y así sucesivamente, hasta la alteración de lo que sabe". Para ilustrar lo anterior,

[82] "Por ello la jurisprudencia ha desconocido validez a las declaraciones que se limitan a contestar 'es cierto' a preguntas que contienen la descripción clara, completa y circunstanciada de los hechos que se intenta probar (C. 2ª C.C. La Plata., Sala II. DJBA. T. 58, pág. 53, Cám 1ª apel. de Bahía Blanca. Jur. Arg. 959-11, pág. 503, La Ley, T. 143, pág. 616; CFED. Resistencia, JUR, Arg. 958-11, pág. 312). La prueba testimonial obtenida a tenor, de interrogatorios que se formulan como si fuesen posiciones con la fórmula 'diga cómo es verdad...' es aberrante y carece de valor probatorio. (En sentido similar CN. CIV. Sala A. La Ley T. 100, pág. 757-5681-). Pero también se ha decidido que el hecho de formular preguntas asertivas no es causal de invalidez del testimonio, y sólo justifica que lo dicho por el testigo sea valorado con mayor rigor crítico (CN. Civ. Sala D., La Ley, T., 109, pág. 560, Gaceta El Foro, T. 237, pág. 214 y el Derecho T. 4, pág. 780). Lo propio ocurre en la sola circunstancia de haberse utilizado interrogatorios sugestivos, sin oposición oportuna de la contraria que no enerva la fuerza probatoria de las declaraciones así prestadas, especialmente si de la respuesta de los testigos puede sacarse la conclusión de que a los mismos constaban los hechos sobre que deponen, que habrían sido igualmente expuestos por ellos de no haberse utilizado este tipo de interrogatorio (C. 1ª CC., La Plata, Sala II. La Ley. T, 103, pág. 71). En sentido concordante (C2 CC., La Plata, Sala 11, DJBA, T. 65, pág. 57) (no cabe desechar el valor de las respuestas dadas a interrogatorio sugestivo cuando de la 'declaración se puede colegir el verdadero conocimiento del testigo sobre lo que declara en razón, v.gr. de la explícita referencia hecha a otras circunstancias accesorias), (Citas tornadas de PALACIO, ob. cit., pág. 602).

Preguntas sugestivas. "Si bien una de las principales fuentes de error en la reconstrucción de los hechos radica en datos deliberadamente falsos o en deformaciones inconscientes

de los recuerdos del sujeto, otra no menos fundamental deriva de la técnica viciosa del médico al interrogar. Según la fuerza sugestiva inherente a cada pregunta, distinguimos cuatro variedades de éstas, por ejemplo:

"1. ¿Quiere usted decirme qué lo trae aquí?

"2. ¿Siente usted dolores, o no tiene ninguno?

"3. ¿Le duele algo?

"4. ¿Tiene usted dolores, verdad?

"La primera pregunta no tiene nada de sugestiva; la segunda es alternativa; la tercera, sugestiva pasiva, y la cuarta, sugestiva activa.

"La pregunta no sugestiva tiene la ventaja de engendrar en la persona interrogada un estado psíquico exento de prejuicios, pero hace perder mucho tiempo, pues, muchos pacientes, aprovechando la libertad que se les concede, se pierden en detalles sin importancia, y, a veces, olvidan lo principal. En cambio, la pregunta alternativa deslinda inmediatamente el tema de la conversación, ahorrando tiempo y nos permite llevar al paciente a los plintos de mayor interés para el diagnóstico; además, no incurrimos con ella en sugestión perceptible, con tal de aplicar igual entonación a sus dos partes, sin acentuar una de ellas inclinándole a responder en determinado sentido. Es preferible muchas veces valerse de preguntas alternativas compuestas de varios miembros, por ejemplo: Viene usted dolores sordos, o lancinantes?' Sin embargo, en toda pregunta alternativa se esconde cierto factor de sugestión, en cuanto con ella atraemos la atención del enfermo hacia un punto determinado; un simulador astuto puede caer, así, en cuenta que los dolores son algo esencial en el cuadro morboso discutido, y contestar afirmativamente. Por otra parte, en comparación con preguntas del primer caso, la alternativa presenta el inconveniente de impedir que el enfermo siga el curso espontáneo de sus ideas, de interrumpir una *y* otra vez su ilación con desconcertante imperio. La pregunta tercera adolece de dos grandes inconvenientes: contiene un fuerte factor sugestivo y otro de comodidad, que favorece la inercia mental del interrogado quien, si es persona torpe o un niño, deduce fácilmente de tal pregunta que los dolores son propios de la afección en debate, y que, por complacer al médico, debe contestar en este sentido, aunque no sienta dolores o éstos sean insignificantes; además, por pereza mental o inadvertencia, se inclina a responder simplemente 'Si' a la pregunta '¿Siente usted dolores?' y 'No' a la de '¿No siente usted dolores?'; o bien afirmar o negar, de acuerdo con su respuesta, a las preguntas precedentes, mientras que la pregunta alternativa, sobre todo cuando se formula con la entonación deseada, obliga al enfermo a fijarse .antes de responder. La variedad cuarta, que es la pregunta activamente sugestiva, posee las características psicológicas de la tercera en mayor grado; ante la actitud resueltamente positiva del que interroga; el interpelado necesita oponer cierta resistencia para no responder con un simple 'Sí'.

"En consecuencia, empleamos los diversos tipos de preguntas del siguiente modo: El primero, cuando tenemos ante nosotros a pacientes que saben describir de manera expresiva y concreta, e interesa mucho una relación objetiva, amplia y espontánea que sirve ante todo, de orientación inicial. Al llegar a los pormenores acudimos, para abreviar, a preguntas alternativas y, según el tiempo disponible, dejamos hablar libremente al enfermo en los intervalos. La pregunta sugestiva pasiva (tercer caso) no se utiliza, de ser

puede pensarse en el siguiente ejemplo: El recuerdo sobre los hechos en la mente del testigo es como un cuadro o pintura, cuyos colores están un poco desvanecidos, pero que, con algo de acuarela, se pueden volver nítidos; en este sentido, la pregunta obra como pincel impregnado de barniz, dándole resplandor a los recuerdos; pero a medida que las preguntas van surgiendo o conduciendo las respuestas, los tonos se van haciendo más fuertes y algunos de éstos cambian por la labor del pincel, vale decir, por el cuestionamiento..

La fidelidad del testimonio, en síntesis, dependerá, en buena parte, de la clase de pregunta que se formule ("imparcial" o "sugestiva").

13.3.1.2. Significación

Proviene del latín **suggestus,** acción de sugerir, que significa hacer entrar en el ánimo de alguno una idea o especie, insinuándosela, inspirándosela o haciéndole caer en ella. En otras palabras, la pregunta sugestiva es contraria, en su contenido, a la neutral, por cuanto ésta admite cualquier respuesta, mientras aquélla limita al deponente para conducirlo a una contestación que es buscada por quien formula el cuestionamiento. Suelen denominarse, también, este tipo de interrogantes, **"preguntas conductivas",** porque dejan

---

posible, pues tiene más inconvenientes que ventajas. Y la sugestiva activa nunca se emplea por sistema, sino como ensayo y en casos bien determinados: por ejemplo, para comprobar la exactitud de algún dato, como cuando se sugiere al enfermo que debería tener dolores, en un sitio opuesto a aquél en que los siente de verdad. "Si se trata de falsos dolores ciáticos, preguntamos al enfermo: '¿No es cierto que le duele al doblar tanto la pierna?', y agregamos luego: 'Teniéndola así, alta y extendida sín forzarla, ya no duele'. Cuando, el paciente sufre en realidad vivos dolores, éstos prevalecen frente a la pregunta sugestiva, pero no sucede siempre así cuando se trata de ligeros indicios.

"El médico capaz de recoger una buena anamnesis proporciona a su juicio una base cuyo valor objetivo es a menudo, mucho mayor que el de los resultados equívocos de un reconocimiento. Un interrogatorio mal llevado es tan perjudicial como una técnica: defectuosa de exploración.

"Quedan por decir unas palabras sobre la forma de anotar por escrito la anamnesis. Debe hacerse textualmente, conservando incluso las expresiones dialectales, y, a menos que el, tiempo apremie, no ha de contener términos técnicos. Al escribir, por ejemplo: 'El paciente se queja de dolores lancinantes y trastornos atáxicos de la marcha', puede creerse más tarde que sentamos entonces el diagnóstico de tales; pero transcribiendo algunas de las frases con que el enfermo describe su enfermedad en caso de duda ulterior queda siempre el recurso de revisar todas las posibilidades diagnósticas del caso y preparar así una relación objetiva para los extraños y las autoridades, con una base firme en qué apoyar el:, dictamen".

ver con alguna nitidez lo que quiere el interesado que el declarante conteste. Esta manera de desarrollar la diligencia hace perder la originalidad del testimonio así obtenido, ya que, en la mayoría de los casos, si el testigo es perezoso, poco crítico o indiferente, aceptará, incluso en forma inconsciente, dar la respuesta a la que ha sido llevado. El conductor (insinuador), a medida que pregunta, se va adueñando por así decirlo, paulatinamente del absolvente, para terminar reemplazándole, entera o parcialmente, el recuerdo que tenía de los hechos, hasta llegar a ser **"reemplazante de la percepción".** Sobre un hecho determinado, por ejemplo, no hubo percepción por no haberlo aprehendido el testigo, pero el interrogador, con la clase de pregunta de que tratamos, llena esa laguna que se le presenta al declarante.

Estimamos que este proceder hace perder originalidad a la declaración, la que reviste especial importancia, como adelante se verá.

13.3.1..3. Admisibilidad de las preguntas sugestivas

Sobre este tema se ha escrito mucho; en términos generales se dice que en el proceso jurisdiccional debe prohibirse la introducción de semejante clase de preguntas, aunque no haya un texto legal que expresamente así lo determine, ya que la psicología, y en general las ciencias médicas, se han encargado de demostrar lo inconvenientes que son para la averiguación de la verdad. Sin embargo hay autores que dan algunas reglas para formulación de preguntas sugestivas con algún resultado en el establecimiento de la realidad; veamos unas de ellas:

> "a) Ante todo, la pregunta sugestiva no debe emplearse para abreviar la torna de declaración, por comprensible que sea el deseo de economizar tiempo y energías. Sólo podrá estimársela admisible si parece necesaria para el averiguamiento. b) Tampoco hay que valerse de ellas **'para armonizar'** resultados contradictorios de las distintas probanzas. Aun cuando, la versión que el receptor de la declaración procure hacer decir al declarante, esté respaldada por fuertes presunciones, existe siempre algún peligro cuando quien dirige el interrogatorio persigue, sugestivamente, un resultado determinado. Con estas preguntas se introduce fácilmente en las manifestaciones del declarante aquello que el receptor desea saber confirmado, en la momentánea situación del procedimiento, para lograr un resultado unitario. Debería tenerse en cuenta que la respuesta dada a una pregunta sugestiva pierde **ab origine** parte de su credibilidad y, por lo tanto, tal vez corroborará sólo imperfectamente los resultados hasta ese momento obtenidos. c) Otra regla fundamental es formular las preguntas siempre con **plena consciencia de su efecto sugestivo** y teniendo presente la influencia que su inmanente elemento sugestivo puede ejercer precisamente sobre este testigo. Por eso, el receptor de la declaración

tendrá que ponderar si la pregunta, no obstante su forma sugestiva, puede beneficiar el esclarecimiento del asunto"[83].

Estimamos no convenientes ni aconsejables en ningún caso, las sugestiones al deponente, ya que si lo que se persigue, con el proceso moderno, es la investigación de la verdad, ello será imposible de conseguir con preguntas que sirven como sucedáneas de la percepción.

De la transcripción de los artículos de los Códigos de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil, puede afirmarse que en Colombia están prohibidas las preguntas conductivas, al igual que en los estatutos de Argentina, Italia, Grecia, Hungría y Noruega[84].

Reiteramos que la moderna psicología sostiene que si se quiere, por ejemplo, acertar en el diagnóstico médico, al enfermo hay que permitirle el relato de los síntomas de su enfermedad, sin insinuarle las respuestas, pues en caso contrario, el diagnóstico puede resultar equivocado.

13.3.1.4. ¿Existen preguntas sugestivas inocuas?

a) Con relación al tiempo: Hay quienes sostienen que en la etapa inicial del interrogatorio las preguntas sugestivas pueden conducir a graves adulteraciones, pero que cuando ya se ha hecho un relato extenso sobre los hechos, pueden sin mayor riesgo formularse. Agregan que tal idea informa al sistema angloamericano, el cual permite que en el interrogatorio cruzado del plenario se hagan preguntas muy insinuantes, una vez que quien dirige la prueba ha practicado un cuestionario objetivo y el resultado del mismo consta en las actas[85].

Para la originalidad del testimonio, es peligrosa la pregunta sugerente, sea que se haga al inicio de la declaración; o después de que se hayan narrado los hechos, si bien encierra más peligro en la primera oportunidad. De todos modos, de acuerdo con nuestra legislación vigente, no es posible, lícitamente, proponer preguntas conductivas.

b) Igualmente, se ha sostenido que la pregunta puede ser sugestiva sin que se pierda originalidad "si se le echa en cara al declarante un relato que

[83] DOHRING, ERICH. *La prueba, su práctica y apreciación.* Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1972, pág. 54.

[84] La enumeración no es, ni mucho menos, taxativa, sino en vía de ejemplo.

[85] DOHRING, ERICH. *La prueba...* Cit., pág. *56.*

contradice sus propias manifestaciones, pero que él ya conoce y ha ponderado"[86].

Reiteramos nuestro parecer, pues en modo alguno este proceder deja de lado el efecto nocivo que para la narración tiene la sugestión provocada; con mayor fundamento en las cuestiones que en adelante se planteen.

c) Se recomienda también, para el evento en que el testigo, por cualquier prejuicio, siga una orientación muy unilateral, admitir que el receptor de la declaración le señale, como versión igualmente posible, la contraria a la que sugiere el examen objetivo. Significa, entonces, que en virtud de la pregunta conductiva, se pretende llevar al testigo hacia una hipotética imparcialidad. Considerarnos que tampoco es aconsejable, porque en forma inconsciente y fácil puede el testigo aceptar lo que se le insinúa. Un testigo parcial puede pensar que eludirá un mayor interrogatorio, aceptando lo que se le ha dado a entender y demostrando con ello, según él, su imparcialidad.

d) También se sostiene que se le pueden hacer preguntas sugestivas, sin mayor riesgo, en la búsqueda de la verdad, cuando está mintiendo, para que, por contraste, se le demuestre la inconsistencia del relato que hace. Tampoco compartimos este criterio porque muchas veces la falta de solidez de la narración es inconsciente, dando muestras el testigo de sinceridad, mas no de exactitud. Es preferible un deponente de estas condiciones, a otro cabal, pero falto de puridad en su dicho. En nuestra opinión, aun cuando se sospeche que el declarante está mintiendo, deben desecharse las sugestiones dentro del cuestionario.

13.3.1.5. **Interrogatorio sugestivo (escenario psicológico)**

¿Qué es más fácil: inventar una mentira o aceptar repitiendo la que otro ha fabricado, o elaborado, en virtud de la pregunta? Es innegable que a cualquiera le es más fácil asentir a la afirmación de otro, repitiendo lo que éste le insinúa con la pregunta.

Ensayemos un interrogatorio sugestivo, a fin de que el deponente, por último, sostenga que Z fue concebido dentro de las relaciones que sostuvieron X y B.

a) *Respuesta buscada:* Que el testigo diga que X-B vivieron en una misma casa y que el primero pagaba la renta de arrendamiento.

[86] ERICH. *La prueba...* Cit., pág. 56.

Pregunta sugestiva: ¿Sabe y le consta a usted que X y B vivieron en una misma casa de habitación y que el señor X era quien pagaba la renta de arrendamiento?

Respuesta: Si sé y me consta que X y B vivieron en una misma casa de habitación y que el señor X era quien pagaba el arrendamiento.

b) Respuesta buscada: Que el testigo diga que quien tomó en arrendamiento la casa fue X a Y (arrendadora).

Pregunta sugestiva: Diga el testigo, ¿si le consta, que el señor X tomó en arrendamiento la casa a la señora Y, y era quien le pagaba la renta de arrendamiento?

Respuesta: Sé y me consta que quien pagaba el arrendamiento era el señor X a la señora Y, que fue la persona que se la arrendó,

c) Así preguntado y preparado el testigo viene la "ciencia" de ese conocimiento.

Pregunta: Diga el testigo a este despacho ¿por qué le constan los hechos anteriores?

Respuesta: Porque yo vivía en esa misma casa; era vecino del mismo barrio, o amigo de la arrendadora y al ir a visitarla me daba cuenta de lo anterior; o porque mi hermana trabaja en la casa de la arrendadora y yo iba a visitarla...; o alguna explicación similar.

d) Respuesta buscada: Que el testigo diga que X era quien pagaba la renta y le proporcionaba a B los medios de subsistencia, vestimenta y atención médica, porque dicha señora se encontraba preñada.

Pregunta sugestiva: ¿Diga el testigo al juzgado si le consta y es cierto que el señor X era quien pagaba la renta de arrendamiento, le daba los medios de subsistencia, vestido y atención médica a la señora B, quien se encontraba encinta?

Respuesta: Es cierto y me consta que el señor X era quien pagaba el arrendamiento, le daba los medios de subsistencia, vestido y atención médica, porque la señora B estaba embarazada.

e) Respuesta buscada: Que el deponente diga que la señora B estaba preñada como consecuencia de las relaciones o de la unión con el señor X.

Pregunta sugestiva: ¿Dirá el declarante que la señora B se encontraba embarazada como consecuencia de sus relaciones con X?

Respuesta: Sé y me consta que efectivamente la señora B se encontraba embarazada corno consecuencia de la unión que tenía con el señor X.

f) Respuesta buscada: Se persigue que el testigo diga que los señores B y X vivieron dos años, desde mediados de julio de 1972 hasta la misma época de 1974.

Pregunta sugestiva: ¿Dirá el declarante, cómo es cierto que la señora B y el señor X convivieron por espacio de dos años, desde mediados de julio de 1972 hasta mediados de julio de 1974?

Respuesta: Sé y me consta que la señora B y el señor X convivieron desde mediados de julio de 1972 hasta mediados de julio de 1974.

g) Respuesta buscada: Que el testigo diga que la señora B, como consecuencia de sus relaciones con el señor X, dio a luz un hijo que fue bautizado con el nombre de Z.

Pregunta sugestiva: ¿Diga el testigo al despacho cómo es cierto y le consta que la señora B, como consecuencia de sus relaciones con el señor X, dio a luz un niño que fue bautizado con el nombre de Z?

Respuesta: Nos consta que la señora B dio a luz a un hijo habido de sus relaciones con el señor X y bautizado con el nombre de Z.

Como se puede ver, con un hábil interrogatorio sugestivo, Z resulta siendo hijo de X.

Lo anterior, que ha sido transcrito de un proceso real, llega a ser posible por no exigir el juez al testigo el relato espontáneo, tal corno lo exaltarnos en su lugar (véase num. 13.2, págs. 345 y ss.), y además, por la ausencia de cuestionamiento del funcionario al deponente. Podría argüirse, que ello es consecuencia de la inactividad de la contraparte. Sin embargo si se tiene en cuenta cuál es la verdadera finalidad de la administración de justicia, y quién el destinatario de la prueba, se concluye que lo que interesa no es lo que haga o deje de hacer la otra parte, sino que el juez dé cumplimiento a las formalidades establecidas para la recepción del testimonio y el desarrollo del cuestionario, incluida su intervención para evitar las "respuestas preguntadas" (así deberían denominarse, más propiamente, los interrogantes sugestivos), además de él mismo, preguntar al declarante.

En el caso examinado, las preguntas debieron formularse así:

a) *Pregunta:* ¿Sabe usted, en dónde y en qué forma vivían los señores X-B?

Posibilidades de respuesta: Bueno, la señora B vivía en tal parte y el señor X en tal otra; la señora B y el señor X vivían en un mismo sitio, por cuanto el señor X alquiló una casa para habitarla los dos, por lo tanto él pagaba el arriendo; o no señor juez, yo no sé en donde vivían esos señores; etc.

b) Pregunta: Ya que usted dice saber que el señor X tomó en arrendamiento la casa de que se ha hablado, diga ¿quién le arrendó la casa, si lo sabe?

Posibilidades de respuesta: Sí me consta que el señor X tomó en arrendamiento la casa de la señora Y y a ella la pagaba el arrendamiento.

c) Pregunta: ¿Por qué le constan los hechos que nos ha narrado?

Posibilidades de respuesta: Porque somos muy amigos y los visitábamos continuamente; incluso nosotros recomendamos al señor X para que la señora Y le arrendara el inmueble, ya que aquél nos contó que pensaba irse a vivir con la señora B, y que para ello buscaba una casa. Nos dijo en esa ocasión, que la quería mucho y que deseaba proporcionarle todo el bienestar posible.

Y así sucesivamente.

13.3.1.6. Tesis de la Corte Suprema de Justicia sobre las preguntas sugestivas

"Esa pregunta francamente sugestiva, tenía que dar como resultado, como en efecto lo dio, que los declarantes diesen respuestas reproduciéndolas en forma afirmativa en la frase que la Corte subrayó al transcribirla, indudablemente corno lo dice la censura, el juez ha debido dar cumplimiento a lo que para el caso dispone el artículo 226 del C. de P.C. adecuando la pregunta, pero no procedió así.

"Esta circunstancia motivó que el Tribunal acertadamente le restara credibilidad a unas versiones sospechosamente acordes y que las desestimara como prueba, máxime cuando había otras declaraciones que las contradecían francamente"[87]

"En efecto, si bien es verdad que la ley prohibe preguntar al testigo insinuándole en el interrogatorio la respuesta, no lo es menos que en este caso ninguna de las preguntas es sugerente, pues no corresponden al

[87] Sentencia de 17 de octubre de 1977, pronunciada dentro del proceso de deslinde de Arcadio Niño contra el Municipio de Miraflores. Mag. Pon. Dr. José María Esguerra Samper.

planteamiento de disyuntivas parciales o afirmativas por presunción que hubiera colocado a los testigos en imposibilidad de contestar en términos distintos a los queridos por el preguntante. En punto de interrogatorios es preciso recordar que, en principio, todas las preguntas son sugestivas porque en mayor o menor grado envuelven sugerencias, ilógico resultaría pensar que los interrogatorios sólo pueden ser elaborados a base de preguntas determinantes, las cuales sí no encierran ningún grado de sugestión"".

"... Por esas mismas circunstancias, se debe tolerar cierto margen sugestivo o insinuante en el interrogatorio, como hoy lo acepta la doctrina, máxime cuando es verbal que como norma general no es calculado, no viene hábilmente dirigido..."[89].

13.3.2. La pregunta imparcial

Es aquella que insta al testigo a deponer de una manera neutral. Es la llamada "determinante" que, por lo general, emplea adverbios interrogativos, tales corno: ¿Cómo? ¿Por qué?", pudiéndose afirmar que es la única pregunta verdaderamente imparcial. En cambio, son parciales o sugestivas':

1) Las afirmativas por conjetura: se pregunta un hecho con el deseo de que se admita otro, del cual el primero es predicado; ejemplo: ¿de qué tamaño (hecho preguntado) era la pared? (el hecho que se quiere admita el deponente). El objetivo es que el testigo admita que había una pared (otra cosa es que se haya referido en su declaración a la pared).

2) Las disyuntivas parciales: aquí se mete al testigo dentro de un "micros" evitando cualquier otra posibilidad (¿era la pared de ladrillo o de bloque?). Podría ser de otro material, luego se debió preguntar aceptando que existía una pared; ¿de qué material era la pared? (el testigo se debió referir ya a la existencia de la pared).

Sentencia de 20 de julio de 1980, pronunciada dentro del proceso ordinario de Luis Hernando y Hugo Alberto Guarnizo, contra los herederos de Napoleón Escalante. Mag. Pon. Dr. Humberto Murcia Bailén.

89 Sentencia de 23 de enero de 1981, pronunciada dentro del proceso ordinario de Eduardo Rodríguez contra Mariela Rodríguez. Mag. Pon. Dr. Germán Giraldo Zuluaga.

90 RODRÍGUEZ, GUSTAVO HUMBERTO. *Curso de derecho probatorio. 4ª* ed., Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1983, pág. 166.

91 MALINVERNI. Véase nota del traductor en la obra de TESORO y BELLAVISTA. Ob. cit., pág. 135.

3) La preguntas llamadas condicionales: son aquellas que orientan al testigo hacia una determinada respuesta; ejemplo; ¿acaso no era de ladrillo la pared?

4) La diferencial: donde se indica en forma indiferente la respuesta; por ejemplo: ¿es de ladrillo la pared?

5) Las disyuntivas completas: éstas colocan en alternativa dos hechos, uno de los cuales es verdadero; por ejemplo: ¿es la pared de ladrillo o no? Esta última pregunta tiene muy poco poder sugestivo. Las únicas verdaderamente imparciales son las preguntas determinantes".

14. EL CAREO

14.1. ETIMOLOGÍA Y SIGNIFICACIÓN

Del latín **cara.** Poner una cosa o varias personas en presencia de otra u otras, con el objeto de conocer la verdad sobre algunos dichos o hechos: Ponerse resueltamente cara a cara dos o más personas a fin de resolver algún asunto desagradable.

14.2. SUJETOS ENTRE LOS CUALES SE PUEDE REALIZAR

Se puede realizar el careo entre dos testigos, entre un testigo y una de las partes, o entre las partes, de conformidad con lo previsto en el párrafo 3° del artículo 202 del C. de P.C.; es decir, que en Colombia sólo se puede efectuar entre dos personas; en otras legislaciones se consagra que puede llevarse a cabo con la participación de más de dos individuos.

14.3. IMPORTANCIA

Específicamente nos interesa hablar del careo que se realiza cuando en él interviene por lo menos un testigo y, en este sentido, consideramos importante, desde el punto de vista psicológico, la confrontación no

92 "Tomemos un caso de sospecha de pederastia. Si se toma declaración a una niña de 6 años, se le puede preguntar por ejemplo: ¿Te dijo algo ese hombre o no te dijo nada? Dicho así, la interrelación está equilibrada hacia ambos lados, de modo que la fuerza sugestiva es poca. Es algo mayor cuando se omite la disyuntiva y se pregunta simplemente '¿Te dijo algo ese hombre?'. Otro aumento: '¿Te dijo ese hombre que fueras con él a su habitación?'. Y por último `¿No te dijo ese hombre que fueras con él a su habitación?' ". (Tornado de DOHRING, ERICH. *La prueba...* Cit., pág. 55).

solamente de los deponentes entre sí, sino, sobre todo, de éstos con las partes en el respectivo proceso.

Al respecto sostiene Eugenio Florián : "el juez indaga la actitud, el comportamiento, la expresión y las depresiones de todos ellos (se refiere a los careados), tarea que deberá realizar, no ya con espíritu policíaco, sino con inteligencia de magistrado y con agudeza de observador para deducir-elementos psicológicos de imparcial, honrada y sincera convicción".

Para la más moderna doctrina, el careo es indispensable entre los testigos, entre éstos y las partes, y en el campo penal, entre el procesado y sus sindicadores, cuando quiera que se presenten contradicciones en sus dichos.

14.4. NOCIONES GENERALES

El careo prácticamente tiene su origen y desarrollo en el derecho canónico; después se consagró en el procedimiento penal, y por último, sin que sea exótico, se ha vellido haciendo para el civil".

La Ley 105 del año 1931, o sea el llamado Código Judicial, no consagró el careo; el actual C. de P.C. lo hizo en el artículo 230, aplicable en materia penal. En lo laboral es viable el careo, pero el juez de esta jurisdicción debe manejarlo con suma cautela, teniendo en cuenta las condiciones sociales, culturales y psicológicas, de quienes se enfrentan. Por no ser ésta una obra dedicada a la psicología, no es del caso hablar de todos los temores y trabas psíquicas que aparecen, a manera de lastre, como consecuencia de la subordinación. Habrá temor reverencia) cuando un obrero se oponga, cara a cara, a su patrono; el juez, léase bien, debe disipar al máximo semejante descompensación.

En lo contencioso administrativo también es posible llevar a cabo careos, si es que hay lugar a ello.

En el Derecho Canónico, el canon 1560 dice sobre el tema:

> *"Parágrafo I.* Cada testigo ha de ser examinado por separado.
>
> *"Parágrafo 2.* Si los testigos discrepan entre sí o con la parte en una cuestión grave, el juez puede realizar un careo entre ellos, evitando, en la medida de lo posible, las disensiones y el escándalo".

[93] FLORIÁN, EUGENIO. *De las pruebas...* Cit., pág. 489.

[94] El *Código Judicial,* Ley 105 de 1931, no contemplaba el careo.

14,5. ACTITUD DEL JUEZ

En nuestra opinión el careo es una diligencia que complementa al testimonio, siempre y cuando el juez lo conduzca hábilmente. A continuación sugerimos algunas pautas, que no son, ni mucho menos, rígidas, y que más bien, deben acomodarse a cada caso concreto; veamos:

a. El funcionario debe confeccionar las preguntas y preparar la forma como se desarrollará la diligencia, con anticipación; esto significa que antes de ella debe efectuar un estudio minucioso de las distintas versiones recaudadas, de tal manera que obtenga una visión del proceso, en general, y de las contradicciones, sobre las cuales se va a desenvolver el careo, en particular.

b. Debe desplegar el juez una gran capacidad de iniciativa y de creación que le permitan captar, y como consecuencia percibir directamente la "reconstrucción ante sí de un episodio y que revive su instante fugaz"".

14.6. QUÉ ES, EN EL DERECHO PROBATORIO, EL CAREO

Como ya lo hemos dicho, no es un medio de prueba nuevo, sino sencillamente un método de indagar a los testigos, confrontándolos entre sí o con las partes en el proceso, pues se considera que es más fácil mentir sin la presencia de la persona a la cual puede perjudicar, o sencillamente, frente a la persona que tiene otra versión de los hechos. El careo es, de por sí, una diligencia compleja: pueden relacionarse las declaraciones de las partes, del procesado y de los distintos testigos; reconocer personas, lugares, objetos, capacidad de visión, etc.

Como supuesto de fondo para decretarlo, se requiere que ya se hayan recaudado otras pruebas y que de ese acervo resulten discordancias en relación con los hechos que son objeto del proceso. Lo contrario no sería lógico.

No encontramos acertado el planteamiento de Florián al sostener que no debe estudiarse el careo dentro del testimonio, en razón a que, según él, no solamente puede efectuarse entre testigos (ya hemos visto que se puede realizar entre las partes), y además porque se realiza cierta actividad reconstructiva; en nuestro parecer, no es más que un medio para complementar y enriquecer, para darle movimiento al testimonio, en el amplio sentido del vocablo, mediante una intervención creativa, dinámica y fundamental del juez.

95 FLORIÁN, EUGENIO. *De las pruebas...* Cit., pág. 489.

96 FLORIÁN, EUGENIO. *De las pruebas...* Cit., pág. 489.

14.7. SUPUESTO ESPECÍFICO DEL CAREO

El artículo 230 del C. de P.C. expresa:

"Careos. El juez podrá ordenar, cuando lo considere conveniente, careos de los testigos entre sí y de estos con las partes, en las oportunidades indicadas en el artículo 180".

14.8. FACULTAD OFICIOSA DEL JUEZ PARA DECRETAR EL CAREO

Reiteramos nuestro criterio de que el careo no es un medio de prueba, sino un método para confrontar versiones suministradas en el proceso por los testigos o las partes. El artículo 230 del C. de P.C. aplicable en materia penal, Penal Militar y Contencioso Administrativa, establece la discrecionalidad del juez para el decreto del careo. En el Derecho Canónico, el canon 1560 en su parágrafo 2 establece: "si los testigos discrepan entre sí o con la parte en una cuestión grave, el juez puede realizar un careo entre ellos...".

Las partes pueden "Insinuarle" al juez el decreto del careo, indicándole qué es lo que consideran contradictorio; sin embargo, quedará a discrecionalidad del funcionario decretarlo, es decir, que no existe derecho de las partes para solicitar su decreto.

14.9. EL CAREO Y EL TEMA DEL PROCESO

Consideramos que dos criterios son fundamentales para que el juez tenga en cuenta el decreto de la diligencia:

a. El consagrado en el artículo 230 del C. de P.C.: "... podrá ordenar, cuando lo considere conveniente, careos de los testigos entre sí y de éstos con las partes....".

b. El otro es el consignado en el canon 1560, parágrafo 2: "Si los testigos discrepan entre sí o con la parte en una cuestión grave, ...", lo cual indica que puede existir desacuerdo entre los testigos, entre las partes o entre aquéllas y éstas, respecto de determinados hechos, pero si la desavenencia no se refiere a lo principal del proceso, no habrá lugar a que se decrete el careo.

15. PRÁCTICA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL POR COMISIONADO

15.1. NOCIONES GENERALES

Referentes a la recepción del testimonio del juez comisionado, deben tenerse en cuenta las siguientes disposiciones:

Artículo 31 del C. de P.C.: **"Reglas generales.** La Comisión sólo podrá conferirse para la práctica de pruebas en los casos que se autorizan en el artículo 181 y para la de otras diligencias que deban surtirse fuera de la sede del juez del conocimiento, y para secuestro y entrega de bienes en dicha sede, en cuanto fuere menester".

El juez practicará personalmente todas las pruebas, pero si no lo pudiere hacer por razón del territorio, comisionará a otro para que en la misma forma las practique.

"Es prohibido al juez comisionar para la práctica de pruebas que hayan de producirse en el lugar de su sede, así como para la de inspecciones dentro de su jurisdicción territorial".

"No obstante, cuando se trate de inspección judicial que deba practicar la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, podrá ésta comisionar cuando lo estime conveniente".

Artículo 226 del C. de P.C.: **"Requisitos del interrogatorio.** Las preguntas se formularán oralmente en la audiencia, a menos que prefieran las partes entregar al secretario, antes de la fecha señalada, un pliego que contenga las respectivas preguntas; éstas y el pliego podrán sustituirse como lo autoriza el artículo 207. Dicho pliego podrá entregarse al secretario del comitente para que lo remita con el despacho comisorio, o al del comisionado".

Artículo 33, inciso 2° del C. de P.C.: "Cuando la comisión sea para la práctica de una diligencia, no se señalará término para su cumplimiento; el comisionado fijará para tal efecto el día más próximo posible y la hora para su iniciación, en auto que se notificará por estado".

De lo anterior se deduce lo siguiente:

a) Que el juez comisionado debe recibir los testimonios como lo debe hacer el comitente, es decir, teniendo en cuenta los artículos 226 y 228 del C. de P.C.

b) Para no vulnerar el derecho de contradicción, y como garantía para las partes, el auto que señala la fecha para la recepción de los testimonios, dictado por el comisionado, debe ser notificado a las partes.

e) El despacho que se libra comisionando para la práctica de testimonios dentro de un proceso, debe ser enviado por el correo ordinario, de conformidad con lo previsto en el primer párrafo, del articulo 132 del C. de P.C.".

[97] Artículo 132 del C. de P.C.: "La remisión de expedientes dentro del mismo lugar se hará con un empleado del despacho. La remisión a un lugar diferente se hará por correo ordinario".

Las normas citadas del C. de P.C., aplicables en materia penal permiten establecer:

a) Que cuando los testigos se encuentren en un lugar distinto a donde se viene adelantando el proceso, al igual que en el procedimiento civil, se libra despacho comisorio, respetando las previsiones del artículo 84 del C. de P.P., sobre las comisiones, el cual debe enviarse por el correo ordinario; para los asuntos penales, existe franquicia postal.

b) Que el funcionario judicial penal (fiscal o juez), tanto en la jurisdicción ordinaria como en la militar, puede trasladarse al lugar en donde se encuentren los testigos a fin de tomarles la declaración, facultad que no tiene el juez civil, quien en una situación de esa naturaleza debe comisionar a su colega del lugar en que se hallen los deponentes, de acuerdo con lo dicho sobre el particular.

15.2. TRASLADO DEL TESTIGO AL LUGAR EN DONDE SE VIENE TRAMITANDO EL PROCESO

Examinando lo preceptuado. en el artículo 231 del C. de P.C., (aplicable en materia penal ordinaria), podemos afirmar lo siguiente:

a. El interesado en que los testigos declaren ante el juez del conocimiento debe presentar la solicitud al juez y éste resolverá sobre su procedencia.

b. Caso de que la halle viable, debe, mediante auto, señalar el monto o cantidad que deba consignar el solicitante por concepto de gastos de transporte y permanencia del testigo en la sede del juzgado.

c. El término para consignar será el de la ejecutoria del auto que señale los gastos, salvo que los testigos asuman el gasto.

d. Si la parte deposita dicho resarcimiento, ordenará citar a los declarantes a su despacho, para que procedan el traslado al lugar de su sede.

e. Para señalar la cantidad que debe ser consignada, el juez tendrá en cuenta los gastos necesarios para el transporte, alimentación y alojamiento del citado.

f. La suma que señala el juez es a título de indemnización, y su razón de ser estriba en que no se puede imponer a un particular la obligación de realizar gastos pecuniarios en beneficio de asuntos que no le conciernen.

g. El numeral 107 del artículo 1° del Decreto 2282 de 1989 reformó el artículo 231 del C. de P.C.; allí se acogió la tesis que planteábamos en la edición anterior en el sentido de que debía permitirse que cualquiera de las

partes (y aun los terceros ya admitidos en el proceso) que desee qúe la prueba no la practique un juez comisionado sino el de conocimiento, puede hacer la petición y el juez resolverá lo pertinente. De manera que con la reforma, el juez, de oficio o a petición de cualquiera de las partes, podrá ordenar que testigos residentes fuera de la sede del juzgado comparezcan a éste.

153. IMPORTANCIA DE LA DISPOSICIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 231 DEL C. DE P.C. (APLICABLE A LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR Y PENAL ORDINARIA)

Preferencialmente la prueba testimonial debe ser recaudada directamente por el juez del conocimiento, quien es, en últimas, quien la va a valorar; no escapa a nadie que por cuidadoso que sea el juez comisionado pasará por alto ciertos aspectos del comportamiento de los testigos, y en general de sus deposiciones, de suma importancia en la valoración de la prueba.

Por completos que sean los insertos de un despacho comisorio, para que el encargado reciba la prueba en las mismas condiciones en que lo haría el comitente, tendrían que evitarse los hondos vacíos que hacen siempre imperfecta la recepción testimonial practicada por aquél; no es lo mismo la declaración tomada por el que conoce el proceso en su integridad, que ha oído las versiones de las partes e interpelado a otros testigos, todo lo cual le permite tener, por así decirlo, un buen banco de preguntas basadas en el acervo recaudado, que la recibida por un juez que sólo tiene como elementos de juicio para formular el cuestionario unos simples insertos; y que no se diga que la deficiencia de estos puede ser subsanada por la actividad de las partes, pues este criterio **ius privatista** ha caído en desuso, y hoy día, en las más modernas legislaciones, la prueba está destinada al juez, quien, no obstante resolver un proceso entre particulares, debe responder ante toda la sociedad.

Hay, además, un aspecto psicológico, casi diríamos normal: el descuido o negligencia con que actúan los jueces cuando son comisionados para practicar pruebas; no tienen la responsabilidad del proceso y abunda el exceso de trabajo relacionado con los asuntos de su resorte, de tal manera que es escaso el tiempo que pueden dedicarle a los encargos de sus homólogos.

16. TESTIGO DE OÍDAS

16.1. NOCIÓN

Mediante el testigo de oídas, el juez no logra la representación de los hechos valiéndose directamente del testigo que los presenció, sino de otros

que oyeron a aquél referidos. Si nos valemos de un símil para significar la representación que se logra de los hechos a través del testimonio, podríamos decir que el juez los conoce mirándose en una especie de espejo (testimonio), pero si no se trata del testigo presencial, el juez va a verlos a través de un espejo que refleja a otro, el que sí contiene representados los acontecimientos. De tal manera que en esta modalidad de declaración, por ser una prueba de otra, aparecen dos posibilidades de error: el (posible) de la primera percepción, y el (posible) de quien está oyendo lo que otro percibió, lo que hace patente el principio que dice que la prueba cuanto más se aleja de su fuente original, más disminuye su fuerza y eficacia.

16.2. GRADOS DEL TESTIGO DE OÍDAS

16.2.1. De primer grado

Es el caso de aquella persona que al relatar unos hechos sostiene que los oyó narrar a otra (numeral 3° del artículo 228 del C. de P.C.): "... Si la declaración versa sobre expresiones que el testigo hubiere oído, o contiene conceptos propios, el juez le ordenará que explique las circunstancias que permitan apreciar su verdadero sentido y alcance". Ejemplo: el testigo afirma haber oído, a Juan, decir: "Vi a Pedro hoy, a las diez de la mañana, en la Plaza de Bolívar, lucía un vestido rojo con vivos azules" (art. 277 del C. de P.P. y 439 ordinal 2^0 del C.P.M.).

16.2.2. De grado sucesivo

Se trata de aquella persona que dice haber oído a otra relatar unos hechos que ésta, a su vez, los había oído a otra y así sucesivamente. Ejemplo: el deponente afirma haber oído decir a Juan: "Jorge comentó que vio ayer a Pedro, a las diez de la mañana, en la Plaza de Bolívar, que lucía un vestido rojo con vivos azules".

16.3. EFICACIA PROBATORIA

La pregunta que debe formularse es: ¿el testimonio de oídas puede llegar a ser un medio de persuasión atendible?

La respuesta a este interrogante es positiva. Pero la afirmación está condicionada a los siguientes presupuestos:

1. No es para reemplazar al testigo presencial de los hechos. Si éste existe y puede ser citado hay que hacerlo. Pues como se dice, quizá con un poco de

exageración, pero con algún sentido: "En la generalidad de los casos la prueba de referencia, es poco recomendable, pues supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos y el dar valor a dichos de personas que no han comparecido en el proceso...".

2. Cuando los testigos son todos de oídas, que afirman haber oído decir, o que les dijeron, sin ningún apoyo en otra prueba, sin nada serio que justifique frente a ellos el relato, no se les puede dar credibilidad. Cosa distinta es por ejemplo que una persona moribunda cuente frente a una o varias personas quién la hirió. Entendidas esas circunstancias y la pequeña historia del asunto, es posible darles credibilidad. Pero cuando sin ninguna razón, por ejemplo: en una calle una persona se encuentra casualmente con otra y empieza a contarle unos hechos. El que recibió el relato a su vez le cuenta a otro lo que el anterior le dijo, estos son testimonios sin valor probatorio. Este sería un caso de prueba no recomendable y entre los muchos motivos para no creerle está la circunstancia en que se afirma fue hecho el relato.

3. A los testigos de oídas o de referencia se les da valor o no como testigos. Pero hay que repudiar la tendencia de darle valor de indicio, cuando no son muy creíbles, como si las pruebas "degeneradas", "no pruebas", puedan generar indicios. Se ha dicho: "En el sentido de su valor probatorio es muy reducido" y en ningún caso pueden constituir la única prueba, actuando más bien como indicios corroborantes junto a otro tipo de pruebas de carácter directo o indiciario [99]. Criterio éste que no compartimos de ninguna manera, porque si los testimonios de oídas aparecen apuntalados con otras pruebas atendibles y dentro del universo de un caso determinado, se les puede dar valor. Tampoco se pueden tener como indicios o no atendibles por lo dicho.

4. En nuestro criterio, dictar una medida de aseguramiento, una resolución de acusación o una sentencia, con base en testimonios de referencia, viola en forma franca el derecho de contradicción y el debido proceso, salvo que exista apuntalamiento de lo vertido por los testigos de oídas por otros medios

[98] Tribunal Constitucional Español. Sentencia 217/1989, de 21 de diciembre, cita tomada de RIVES SEVA, ANTONIO PABLO. Ob. cit., pág. 194.

[99] Sentencia del SIC (Sentencia del Tribunal Constitucional) Español. Marzo 5 de 1993. Cita tomada de *La prueba en el proceso penal.* RIVES SEVA, ANTONIO PABLO. Ob. cit., pág. 195.

probatorios. O que las circunstancias en que se dice ocurrió el relato sean lo suficientemente atendibles, según el buen juicio del ser humano"[00].

Con base en la. Jurisprudencia Colombiana elaboremos unos análisis.

1) ***Pequeña historia del proceso.*** El señor K es amante de la señorita J. Ésta pensando que su amante no vendría, se ausenta del apartamento. Habiendo sido visitada por su amante, éste espera su retorno *y* una vez producido, lleno de celos le dispara. Tiempo después y a consecuencia de las heridas fallece la señorita J.

Varios testigos de oídas: Los médicos Z y X, un tío de la occisa y la esposa de este oyeron decir a la señorita J que el autor del disparo había sido K, quien en forma airada descargó el arma dejando únicamente un tiro en la recámara del revólver al tiempo que la amenazaba con darle muerte expresando "gorda, ni para mí, ni para nadie".

La constancia plasmada en el libro de guardia del hospital en donde aparece que la señorita J (la gorda), fue llevada a la casa de salud por el inculpado K, quien dijo haber sido herida "por desconocidos desde un carro que huyó".

En su versión indagatoria, el señor K afirma que cuando él hizo el reclamo por su infidelidad, la señorita J (la gorda) avergonzada, intentó suicidarse con el revólver de él, que estaba en una mesa, y que al tratar de impedirlo, se disparó el revólver.

La versión suministrada por los testigos de oídas aparece corroborada en cierta forma por la versión del sindicado K, que sí estuvo involucrado en la lesión de su amante, si bien alegando que fue suicidio o caso fortuito.

Aparece como indicio de mentira lo consignado en el libro del hospital, de haber sido herida la señorita J, por unos desconocidos.

[00] En conclusión, "el problema que plantean los testigos de referencia, como transmisores de lo que otros ojos y oídos han percibido, no es un problema de legalidad sino una cuestión de credibilidad. Es esa credibilidad la que ha alertado siempre a los jueces para estimar válido ese aporte probatorio siempre que no sea posible la intervención de testigos directos. Así pues, no se debe buscar el apoyo de la referencia en los supuestos en los que pueda oírse a quien presenció el hecho delictivo o a quien percibió el dato probatorio directo. Por eso no ofrece duda nunca la validez del testigo de referencia ***en*** aquellos casos en los que sólo cabe la deposición de los mismos" (STS) Sentencia del Tribunal Supremo Español. Cita tomada de RIVES SEVA, ANTONIO PABLO. Ob. cit., pág. 197.

Lo dicho por los testigos de oídas, aparece apuntalado por prueba indiciaria y las circunstancias en que se hizo el relato son creíbles y explicables"[1].

2) Un oficial dice que encontrándose patrullando ingresó a un lugar de prostitución para hacer una revisión, se encontró con un agente de la policía (K), quien le contó que él había participado en una limpieza social, asesinando a dos indigentes.

Esa versión del oficial aparece corroborada por:

a) La presencia del agente (K) en el centro de prostitución, aceptada por éste y con el arma de dotación oficial. Eso sí, agregando que permaneció por breves minutos y que no se encontró con nadie.

b) El dictamen de balística, en el cual se dice: "... por tratarse de un estudió en el que las conclusiones están precedidas de cuidadosa revisión de las armas y de los plomos y la explicación del procedimiento seguido para, previa observación fisica, empleo del calibrador y balanza digital, obtención de proyectiles patrón en medio acuoso, cotejo de macroscopio de comparación y consulta de catálogos, concluir —con base en las marcas microscópicas que deja el ánima del cañón sobre el cuerpo del proyectil— que el encontrado debajo del cuerpo de M.P. Claremán procedía del revólver No. 2D6226 asignado a K".

Como se puede observar, la versión del oficial aparece lo suficientemente apuntalada, como por ejemplo con la aceptación que el mismo incriminado hizo de haber estado en la casa de citas, con el arma de dotación oficial, y la prueba de balística ya referida[102].

3. La señora G.V., con voz débil pero perfectamente audible y entendible, manifestó ante los médicos del hospital que la atendían NS, MD y la enfermera LM, que se encontraba en esas lamentables condiciones de salud, debido a que la enfermera CR le había colocado una sonda para producirle el aborto. Afirmó que la citada ayudante de enfermería laboraba en ese mismo hospital y ofreció además los rasgos morfológicos que distinguían a la acusada. Pero es más, dicha mujer como se hallaba en esos momentos prestando sus servicios

[1] Como pincelada para elaborar el caso, se utilizó la sentencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Octubre 18 de 1995. Mag. Pon. Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

[102] Ejemplo elaborado en parte con base en la sentencia de fecha 1° de noviembre de 1995. No. de rad. 9.036. Mag. Pon. Dr. Nilson Pinilla Pinilla. José M. Forero B. Ediciones Doctrina y Ley. Julio a diciembre de 1995, pág. 3.

en el centro hospitalario, fue llevada ante la presencia de la ofendida y ésta la señaló de manera inequívoca corno la causante de su grave enfermedad. La versión de G, como el señalamiento que hiciera de CR, fue escuchada no sólo por los ya nombrados, sino por tres agentes de la policía. Todas estas personas rindieron bajo juramento su declaración ante el señor juez de instrucción criminal radicado en la ciudad de Q y ante dicho funcionario manifestaron todo aquello que había sido oído y percibido por ellos[103].

Fuera de lo analizado por la Corte Suprema de Justicia y que aparece en el llamado de pie de página, es importante agregar:

a) Las circunstancias en que tuvo lugar la declaración hacen creíble que efectivamente la versión haya sido suministrada a esas personas. Una persona gravemente enferma.

b) El estado de la enferma en este caso (no en todos los casos, ya que hay que analizar las circunstancias en cada caso concreto), hace pensar que está diciendo la verdad, sobre todo si lo sostuvo frente a quien señala como la causante de su grave enfermedad por haberle colocado la sonda.

[103] la Corte Suprema de Justicia frente a lo transcrito: "La fuerza probatoria y la eficacia de estos testimonios no puede desconocerse como lo pretende el recurrente. El juez apreció razonablemente su credibilidad, teniendo en cuenta las circunstancias personales y sociales de los declarantes, las condiciones en que fueron percibidas y oídas aquellas circunstancias que relatan, y sus versiones fueron recibidas por autoridad competente con el lleno de las formalidades legales.

"El valor del testimonio y su credibilidad, enseña Gorphe, obedece a tres factores: A) Las aptitudes del sujeto (moralidad, capacidad intelectual *y* física); B) Las propiedades del objeto o materia declarada; C) La relación sujeto de acuerdo con las condiciones de percepción, memoria, evocación y reproducción.

"Siguiendo estos lineamientos, el tribunal llegó a la conclusión de que estos grupos testigos de oídas no fueron engañados por la ofendida, que ésta les manifestó la verdad y que ellos además en forma clara y precisa pusieron en conocimiento del juez competente esa verdad, que fue aceptada como fundamento del fallo de condena.

"No puede admitirse que estas declaraciones carezcan de validez simplemente por tratarse de testigos de oídas, corno lo insinúa el recurrente en el curso de su demanda. Este testimonio, que algunos autores denominan indirecto, es perfectamente válido en el sistema procesal penal colombiano *y* es uno de los medios de convicción a que se ven precisados a recurrir los investigadores en su esfuerzo por descubrir la verdad de lo ocurrido. El valor probatorio de esta clase de prueba, como de cualquier otra, queda sometido a la credibilidad que le otorgue el juzgador de acuerdo al sistema de la sana crítica". Sentencia de Casación. Diciembre 2 de 1993. Radicación 8.166. Mag. Pon. Dr. Jorge Carreño Luengas.

c) No hay posibilidad que por la enfermedad se haya equivocado, al señalar la persona que inculpó. La nombró, la describió y la señaló de manera inequívoca.

d) Una persona en ese estado es muy difícil que tuviera interés en mentir (pero no es una regla general, cada caso hay que estudiarlo detenidamente).

e) Quienes transmitieron la noticia en el caso analizado, son dignos de fe y no se vislumbra ningún motivo para dudar que lo que dicen, oyeron y vieron (la presencia de la inculpada) no corresponda a la realidad. Hay siempre que mirar hasta qué punto se puede confiar en quien relata lo que otro le dijo.

16.3.1. Testigo de oídas que no puede o no informa quién le hizo el relato

Si por ejemplo K hace un relato, diciendo que alguien a quien no identifica le contó que Layo era el autor de la muerte de J. Esa versión puede servir para orientar la investigación, y los datos corroborados se podrán apreciar. Pero si sólo se tiene esa declaración, no se le podrá dar ningún valor probatorio, es prácticamente un anónimo.

16.3.2. Testigo de oídas que entra en contradicción con lo narrado por el testigo presencial (el que le hizo el relato)

Si el funcionario judicial le recibe testimonio a un testigo de oídas (K), y a su vez le recibe testimonio a quien narró los hechos (X) y hay contradicciones entre lo que dice K que le contó X, y lo que narra X. El juez podrá valorar estos testimonios de conformidad con las reglas de la sana crítica y darle valor a la versión del testigo de oídas; si su versión sobre lo contado es más coherente, no contradice las reglas de la experiencia, mientras que las del testigo supuestamente actor de los hechos sí las contradice y sobre todo si lo referido por el testigo de oídas aparece apuntalado por otros medios probatorios, como pericias, etc.

El testigo de oídas (K) dice que X le contó que mató a J, cuando lo encontró desarmado y tomado en una tienda. Llamado a rendir versión, X dice que él le contó que encontrándose en la tienda fue agredido por J con un cuchillo y que al observar que iba a ser agredido sacó su navaja y la colocó en la cintura de donde no la movió, y que J venía y se chuzaba y se chuzaba y que prácticamente se suicidó.

En el cadáver de J se observan cuchilladas en los carriles de la cara y en el cuello.

Aquí tenemos que creerle al testigo de oídas, que seguramente lo que le contó X corresponde a la verdad, porque la versión suministrada por el supuesto partícipe en los hechos, contradice las reglas de la experiencia, porque nadie que se apresta a atacar se suicida, y además la versión contradice las reglas de la lógica, porque si no movió la navaja de la cintura, cómo es que hay cuchilladas en los carriles de la cara y el cuello del difunto. Puede ocurrir lo contrario, que la versión del testigo presencial o narrador sea probatoriamente más atendible, porque la del testigo de oídas contradiga las reglas de la experiencia.

16.4. QUÉ PRUEBAN LOS TESTIGOS DE OÍDAS (APUNTANDO A LA FAMA)

Los testigos de oídas prueban la existencia de la fama y no el hecho sobre el cual recae ésta.

Si lo anterior es cierto, entonces, ¿para qué sirven los testimonios de oídas en el caso en que ellos demuestren la fama?

Con los testimonios de oídas se acredita la fama, y logrado esto, el hecho o los hechos a los cuales se refiere ella deben demostrarse en el proceso, aunque ya existe un indicio que admite la existencia de aquellos. Por ejemplo: en el último párrafo del artículo 640 del C. de Co., se consagra lo que se conoce con el nombre de mandato aparente; si se demuestra que dentro del ramo en que desenvuelve su actividad el comerciante tiene fama de negligente o de descuidado en la atención de sus negocios, y fundamentalmente en el otorgamiento de documentos, ello no exime de probar en qué consistió concretamente el acto de omisión o el hecho positivo del cual se pueda deducir un aparente mandato. Es el caso de un comerciante en repuestos de automóvil que acostumbra a comprar a plazos y por esta razón suscribe cotidianamente títulos valores; entre los proveedores puede existir la fama de su descuido, y que, verbigracia, sus empleados, en ocasiones, son los que suscriben los instrumentos de crédito; si se prueban tales circunstancias, al ser compelido al pago y alegue la ausencia de mandato para que otra persona firmara por él, la fama **de ser** descuidado no exime a quien la afirme, de probar en qué consistió la acción y omisión, las que hicieron suponer la existencia de un mandato ejercido por el subalterno; sin embargo, obra un indicio que hace verosímil lo que se afirma.

16.5, TESTIMONIO DE OÍDAS EN MATERIA CIVIL

El numeral 3 del articulo 228 del C. de P.C. consagra expresamente el testimonio de oídas; en efecto dice: **"Si la declaración versa sobre expresiones que el testigo hubiere oído,** o contiene conceptos propios, el juez ordenará que explique las circunstancias que permitan apreciar su verdadero sentido y alcance".

El testigo de oídas es aquél que declara sobre unos hechos, por haberlo oído de otras personas.

Si el testigo de oídas afirma que conoce los hechos, por haberle sido narrado por una de las partes que participan en el proceso. En este caso, y atendidas las circunstancias, sobre todo si aparece corroborado por otras pruebas, y demás si la contraparte no tachó de sospechoso al testigo, el juez puede edificar la sentencia basado en ese testimonio o testimonios. Ejemplo: en los procesos de divorcio, etc. Generalmente los cónyuges cuentan los sucesos de su vida matrimonial a los amigos comunes, hechos que ellos generalmente no presencian por ser de la vida íntima del matrimonio. Pudiéramos decir fuera del alcance visual o auditivo. El testigo dice: "X me contó que el día 28 de determinado mes fue agredido fisicamente cuando llegó a su casa de habitación, por su esposo'. Se podría agregar al ejemplo, que aparece una incapacidad por hematomas en la cara, expedida por un médico, auténtica y con fecha cierta, que coincide con la fecha en que supuestamente fue la agresión relatada por el testigo de oídas.

Debe observarse que si el testigo de oídas, a que nos estarnos refiriendo, relata hechos que perjudican a la parte que lo postuló (quien supuestamente hizo la confidencia), existen, atendidas las circunstancias, mayores motivos para darle credibilidad a su testimonio.

Obsérvese: K demanda la declaratoria de propiedad de un inmueble, por haberlo ganado por prescripción extraordinaria adquisitiva. Demanda a M. La testigo S cuenta que K, en sus conversaciones, reconocía corno propietaria a M (la demandada).

[104] "El intérprete puede y debe otorgar valor a los dichos de referencia cuando se han alegado hechos que por su naturaleza —como son los que ocurren en la vida íntima de un matrimonio—, están fuera del alcance visual y auditivo de la generalidad de las personas y concurren otros elementos de convicción demostrativos de la exactitud de las referencias en que los testigos basan sus declaraciones (C.N. Sala C. *La ley,* tomo 94, pág. 295; tomo 109, pág. 866)". Cita tomada de PALACIOS, LINO ENRIQUE. Ob. cit., pág. 566, num. 467.

La Corte dice sobre el testimonio de oídas: "Es natural que si un testigo basa su exposición en lo que una de las partes contendientes le dice, carece absolutamente de valor demostrativo; de no ser así enrarecer el ámbito probatorio, dado que ello traduciría en la práctica que las partes puedan hacerse su propia prueba, oponiendo a la contraparte no más que sus afirmaciones"[105].

La testigo S cuenta lo que le dijo (K), es decir que no se trata de un testigo que "vierte lo que una parte le manifestó en pro de sus intereses". Todo lo contrario ocurre con el caso planteado aquí.

Si por la parte que hizo la confidencia (K), se acepta tener esa amistad, haber hecho la confidencia pero con otro sentido, si otras pruebas apuntalan lo contado por el testigo de oídas (S), se le puede otorgar valor.

Téngase presente la siguiente jurisprudencia:

> "Tiene dicho, en efecto, la Corte, que 'conforme a los principios que gobiernan la prueba testimonial, en la labor crítica de este medio de prueba el juzgador debe observar, a fin de determinar el grado de credibilidad o de convicción de las declaraciones, si el testigo percibió directamente el hecho sobre el cual depone, o si lo supo a través de otra persona, o si lo afirma por haberlo escuchado de la parte misma, en cuanto esta afirmación favorezca a ésta. Y en cuanto a las dos últimas hipótesis, tiénese dicho que, frente al riesgo de equivocación o mentira' en que pueden incurrir estos deponentes, el vertido en el proceso por haberse oído de interpuesta persona, tiene muy poco o escaso poder de convicción; y que ningún valor demostrativo ostenta el que se rinde cuando la versión proviene de lo que le han expresado al declarante alguna de las partes' (sent. No. 123 de abril 19 de 1988, sin publicar). Luego siguiendo este rumbo de indiscutible valor en la crítica judicial del testimonio, obligado resulta concluir que no cabe atribuirle el grado extremo de credibilidad pretendido por el censor a lo dicho por quienes se limitan a repetir lo que supuestamente les informó la persona a quien se le imputa la paternidad que se investiga, de quien en virtud de su fallecimiento ocurrido con anterioridad al inicio del proceso, nada puede controvertirse, y esto deja por consiguiente sin posibilidad de verificación la versión suministrada por los testigos..." [104]

[104] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil. Sentencia de febrero 9 de 1995. Mag. Pon. Dr. Rafael Romero Sierra. Ediciones Doctrina *y* Ley, 1995, tomo IV, *pág.* 55.

[106] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. 21 de octubre de 1997. Expediente 4.922. Mag. Pon. Dr. Esteban Jaramillo Scholss. Providencias, segundo semestre de 1988, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., pág. 353.

17. TESTIMONIO DEL OFENDIDO

Es tema pacífico que la presunción de inocencia pueda ser desvirtuada por el testimonio, inclusive único, de la víctima[107].

No sería ciencia y mucho menos sería aquella que sólo tiene tino para estudiar determinadas cuestiones, pero que tiene de antemano que rechazar **in limine** algunas, porque no tiene la estructura para juzgarlas y valorarlas, dándoles valor probatorio o negándoselo, pero previo estudio. Las ciencias auxiliares y todos los excedentes extralegales son suficientes para poder afirmar que cualquier medio probatorio puede ser juzgado para saber si de él se puede o no extraer la certeza objetiva que se persigue conseguir con el proceso.

El testimonio de la víctima es por cierto muy especial, porque supone que el funcionario tiene que estudiar una síntesis que requiere ponderación y buen juicio, la que nace entre imparcialidad (testimonio) y parcialidad (la víctima, supuestamente está interesada en que se sancione a quien acusa). Tiene que ser cuidadoso y emplear fundamentalmente todos los logros hechos en materia de testimonios que se suponen parciales (y sirve de fundamento todo lo que se ha escrito sobre el testigo sospechoso en materia civil, institución que no existe en penal). Hay que ser cautelosos para valorar este tipo de testimonios[108].

[107] Dice la Corte: "El recurrente, soslayadamente, trata de revivir la polémica sobre la eficacia del testimonio único o la del valor que corresponde al dicho del ofendido. No es del caso de adentrarse, como lo hace él, en una discusión teórica ya dejada de lado tanto por los que cultivan los goces de la especulación como por los que se mueven en ámbitos de empírico ajetreo judicial. El testimonio único, purgado de sus posibles vicios, defectos o deficiencias, puede y debe ser mejor que varios ajenos a esta purificación.

"El legislador *y* también la doctrina han abandonado aquello de testis **unus testis nullus.** La declaración del ofendido tampoco tiene un definitivo y apriorístico demérito. Si así fuera, la sana crítica del testimonio, que por la variada ciencia que incorpora a la misma y mediante la cual es dable deducir cuándo se miente y cuándo se dice la verdad, tendría validez pero siempre y cuando no se tratase de testimonio de persona interesada o en solitario. Estos son circunstancias, obstáculos pero superables; son motivos de recelo que obligan a profundizar más en la investigación en declaraciones tales, pero nunca pueden llevar al principio de tenerse en menor estima y no de alcanzar nunca el beneficio de ser apoyo de un fallo de condena" (Mag. Pon. Dr. Gustavo Gómez Velásquez. Casación de julio 12 de 1989).

[108] Ya lo había expresado la Corte, que: "La declaración del ofendido es un verdadero testimonio, esto es, una manifestación directa sobre los hechos materia del proceso, suministrada por quien en su calidad de víctima fue parte de los mismos. Si se logra establecer que las condiciones de percepción fueron adecuadas, que no hubo trastornos

A la víctima de un delito no se le puede vender la idea de que por no existir, sino su versión, no es posible investigar el hecho, como si ella fuera la culpable de la poca cantidad de prueba. Inclusive muchas veces la cantidad no significa buena calidad en la prueba recaudada. Debemos valorar su versión para saber si crea la certeza objetiva suficiente para poder condenar al señalado.

Si no se aceptara, la validez de esta especie de testimonio, manifestaríamos casi sin eufemismos cuatro cosas:

A) Lo que se dijo con anterioridad, que lo que llamamos "ciencia de la prueba" o "método probatorio", no sería tal, porque sólo funciona para pruebas estereotipadas, pero no se muestra idóneo para aquellas que requieren estudio y profundidad por parte del intérprete, como es el caso del testimonio de la víctima.

B) Cargamos la ausencia de más pruebas, o por lo menos de otra especie, a la víctima, encostrándole una culpa que no proviene de ella.

C) Proclamamos la impunidad, en forma franca en ciertos delitos, como por ejemplo, todos los que atentan contra la libertad sexual, porque se suelen perpetrar de "forma clandestina, secreta y encubierta, por lo que para su descubrimiento resulta fundamental el testimonio de la víctima"[109].

D) Se crea alarma social, la víctima no puede esperar que sancionen al responsable, porque sólo existe su versión. O se trata de la versión de la víctima y la del inculpado, y hacer realidad la frase popular: "dicho contra dicho", de lo cual no resulta nada. En absoluto: las versiones contrapuestas

---

durante el período de conservación del recuerdo y que no existe interés en perjudicar a una persona, el dicho del ofendido adquiere gran valor probatorio, tanto más si se encuentra apoyado por otras pruebas, como declaraciones, indicios, etc. que inciden sobre los mismos hechos o que muestran la capacidad delictiva de los presuntos autores...".

Este criterio de apreciación probatoria, fue ratificada por la Corporación en sentencia del 25 de agosto de 1987, cuando se dijo: "No es dable, aun en el plano de las hipótesis, admitir como argumento para desacreditar las reflexiones sensatas del Tribunal, señalar que K como ofendido, altera la verdad, que su interés lleva a gratuitas y fantasmagóricas incriminaciones y que nada de lo que dice pudo percibir ni menos puede recordar. Es una generalización tan desmesurada e insólita que en sí misma lleva el germen de su desconocimiento. Con razón se dice que en tales circunstancias, la víctima se constituye en biógrafo de su propia existencia, con un poder de descripción, correlación y agudeza que no se compadece ni con la precaria situación que se le reduce, ni con sus conocidas aptitudes intelectuales ... lejos, pues de ser un testimonio desechable, deteriorado o inseguro, adquiere características valiosas distintas...".

[0] Ver RIVES SEVA, ANTONIO PABLO. Ob. cit., pág. 184.

del agresor y la víctima no son impedimento para que una persona juiciosa y estudiosa pueda extraer conclusiones válidas y utilizables para llegar a una determinada resolución", posibilidad que no hace sino potenciar las facultades y las funciones de quienes recta e imparcialmente administran justicia". Observemos el siguiente caso: Z manifestó que pasada la media noche llegó a la casa de ella su marido K y, al abrirle la puerta, de inmediato la cogió a golpes, diciéndole que tenía que quitarle el embargo al camión y la demanda de separación de cuerpos y bienes, pues de lo contrario la mataría, que colocaría una bomba en su casa e iría a agredir a su familia. Que luego procedió a romperle la ropa interior que llevaba puesta y abusó de ella sexualmente para lo cual utilizó la mano y una linterna. Se dejó constancia que la denunciante presentaba hematomas en las piernas, la cara y el oído izquierdo.

Después de rituado el proceso, K fue condenado por los delitos de lesiones personales, acto sexual violento y constreñimiento ilegal, conforme a los artículos 116, inciso 1, 206 *y 182* del C.P., respectivamente, en concordancia con el 31 ibídem.

Para no hacer muy engorroso y sin utilidad el ejemplo, es suficiente decir que lo dicho por la víctima aparece corroborado por la prueba pericial en cuanto a las lesiones, el móvil de la agresión, es decir el proceso y los embargos, con prueba documental, etc.

La Corte, en muchas determinaciones sobre el particular, ha estimado que cuando esta clase de declarante **ostenta ponderación** (atención, reflexión y cuidado con que se dice o hace una cosa); coherencia: conexión de unas cosas con otras; **razonado** (es decir explicado de acuerdo con la razón); **no vacilante** (es decir sin 'dudar', 'fluctuar', `titubear'); **no confuso** (es decir, lo contrario: con claridad, con precisión y orden; esto último, en cuanto a cómo normalmente ocurren los hechos); **no contradictorio** (entre las distintas partes de lo relatado, ni con el sentido común), resulta suficiente para informar el convencimiento del juzgador sobre la responsabilidad del acusado[111].

[110] La sentencia citada corresponde a: STS (Sentencia del Tribunal Supremo Español, de 14 de abril de 1993, 3268). RIVES SEVA, PABLO ANTONIO. Ob. cit., pág. 184.
S.T.S. (Sentencia del Tribunal Supremo Español, de 15 de diciembre de 1995). Citada por RIVES SEVA, PABLO ANTONIO. Ob. cit., pág. 184.

[111] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de octubre 31 de 1996. No. de Rad. S-9282-96. Mag. Pon. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Ediciones Doctrina y Ley, José María Forero B, Torno IX, 1996, pág. 209.

Utilicemos un ejemplo, para observar cómo estudiando la versión de la víctima con responsabilidad, se puede saber si los hechos efectivamente ocurrieron como los cuenta o por el contrario contradicen las reglas de la experiencia o de la lógica.

Hechos: Se formuló denuncia penal y se afirma que la menor J, cuando se dirigía a comprar pan fue violada por el sujeto K, persona que a viva fuerza la condujo hasta una casa deshabitada para someterla sexualmente mediante violencia física.

J dice que la agresión se inició a eso de las ocho de la noche cuando el procesado en forma violenta la condujo a la puerta de una casa abandonada, en donde permaneció hasta que fue encontrada por sus familiares a eso de la 1:45 de la mañana.

Aquí, se pueden hacer reflexiones: No se explica qué ocurrió en el transcurso de ese largo período de tiempo, esto es, si la acción delictiva se mantuvo o se repitió con esas características de violencia a que se refiere la ofendida, si hubo o no reacción, o por qué causa no abandonó el lugar, **cuando ciertamente lo que la realidad de esos aconteceres delictivos indica es que el agente, consumado el hecho delictivo naturalmente huye...** "[112].

El ejemplo es a título de pincelada, pero así sucesivamente se puede seguir haciendo con toda la versión de la víctima, para saber como ya se dijo, si su versión corresponde a la verdad o no.

La jurisprudencia española ha considerado como elementos que se han de considerar en la crítica de la declaración de la víctima los siguientes:

> "A) Ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las previas relaciones acusado-víctima, que pongan de relieve un posible móvil espurio, de resentimiento o venganza que pueda enturbiar la sinceridad del testimonio, generando una incertidumbre incompatible con la formación de una convicción inculpatoria asentada sobre bases firmes; aunque hay que tener en cuenta, como pone de manifiesto la STS de 11 de mayo de 1994, 'que todo denunciante tiene, por regla, interés en la condena del denuncia" pero ello no elimina en forma categórica el valor de sus dichos'.
>
> "B) Verosimilitud del testimonio que ha de estar en parte corroborado por otros datos objetivos obrantcs en el proceso; con la particularidad de que este elemento

CORTE SUPREMADE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de mayo 21 de 1996. No. de Rad. S-9253-96. Mag. Pon. Dr. Carlos E. Mejía Escobar. Ediciones Doctrina y Ley. *Autos y Sentencias*. Enero a junio de 1996, pág. 133.

habrá de ponderarse adecuadamente cuando se trate de delitos que no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración (art. 330 de la Lecrim). Por ello, como señala la STS de 12 de julio de 1996 'el hecho de que, en ocasiones, el dato corroborante no pueda ser contrastado no desvirtúa el testimonio si la imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de las circunstancias concurrentes en el hecho'.

"C) Persistencia en la incriminación, que ha de ser prolongada en el tiempo, reiteradamente expresada y expuesta sin ambigüedades o contradicciones.

"Aunque tales reservas no son otra cosa que la aplicación de la teoría del valor del testimonio, conforme a las reglas, cada día más elaboradas, de la psicología, que afectan, no sólo a estos sentimientos de odio, rencor, venganza, ánimo de exculpación, etc., sino otros factores igualmente importantes, como facultades de captación del hecho en función de las características del testigo, del tiempo de exposición del hecho, de la forma de producirse, etc,

"Ahora bien, esto es así cuando el testimonio adolezca de alguno de los tres requisitos antes expuestos, en cuyo caso se califica como una cuestión propiamente valorativa, que incumbe al tribunal sentenciador, pero 'cuando la carencia es aplicable a los tres requisitos, ello determina un vacío probatorio o ausencia de prueba, supuesto en el cual la condena viola el derecho constitucional a la presunción de inocencia, cuyo control sí es facultad y obligación del Tribunal de Casación'; lo que ocurrió precisamente en el caso resuelto por la STS de 11 de octubre de 1995, que absolvió al condenado por la audiencia, por un delito de agresión sexual, estimando que el testimonio de la víctima menor, hijo del recurrente, con bajo coeficiente intelectual y muy influenciable, carecía de tales presupuestos"[113].

18. LA RETRACTACIÓN TESTIMONIAL

Retractarse ('de') 'desdecirse'. Forma pronominal, más usual, de `retractarse de una declaración'. Confesar un error y apartarse de él.

Con sustento en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, se puede decir que esta causal debe ser analizada teniendo en cuenta:

A) No es una causal que por sí misma destruya de inmediato lo afirmado por el testigo en sus declaraciones precedentes.

B) El trabajo que debe emprender el intérprete del testimonio debe ser de análisis de las versiones y no de eliminación.

C) Quien se retracta, tiene un motivo, "el cual podrá consistir ordinariamente en un reato de conciencia, que lo induce a relatar las cosas

[113] Tomado y copiado de RIVES SEVA, ANTONIO PABLO. Ob. cit., pág. 185.

tal como sucedieron, o de un interés propio o ajeno que lo lleva a negar lo que sí percibió".

D) La retractación sólo "podrá admitirse cuando obedece a un acto espontáneo y sincero de quien lo hace y siempre que lo expuesto a última hora por el sujeto sea verosímil y acorde con las demás comprobaciones del proceso... (casación de abril 21 de 1955)[114].

Veamos el siguiente caso (transcribimos lo que dijo el Tribunal):

"En el mismo momento que S fue recogida por su padre cuando acababa de ser apuñalada (sic) manifestó claramente que K había sido la persona que la había lesionado. No existió dubitación alguna. 'No hubo ninguna duda porque de haberla tenido de seguro no habría señalado a su amante como el autor del atentado. Es de humano señalar a quien nos ha ofendido. Es la conducta lógica y justa, mas no tratar de señalar a alguien por venganza y mucho menos en un estado grave como el que se encontraba en aquellos momentos S. Pero nuevamente volvió a repetir el señalamiento cuando se encontraba en el hospital, lo que quiere decir que no se había equivocado que estaba en lo cierto...' .

"El hecho de que para la diligencia de audiencia, muchos meses después, ya la ofendida se retracte de su imputación haciendo conocer que su señalamiento se debió a un sentimiento equivocado de temor u odio porque temía por la muerte de sus hijos en manera alguna se puede manifestar un rotundo no en forma simplista a esta situación.

"Para no acertar (sic) esta nueva situación se deben rastrear los antecedentes y el comportamiento de ambas personas, tal como lo examinó la instancia. Desde este punto de vista de ninguna manera podríamos aceptar que S le haya mentido en un principio a las autoridades y podido engañar a la administración de justicia por muchos meses y así poder poner en la cárcel a un hombre inocente.

"No es cierto. Su situación es comprensible pero no se justifica a la luz de las normas vigentes —esta retractación no puede ser tenida en cuenta por la Sala—, como tampoco fue tenida en cuenta por la instancia, porque en manera alguna es fruto de la razón y de la justicia, simple y llanamente la ofendida se ha compadecido del procesado quien por espacio de todo este proceso ha venido insistiendo en que la quiere, la adora y se lamenta de muchas cosas o que no la ha comprendido y por ello la ha tratado mal..."[115].

[114] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal, Noviembre 9 de 1993. Extractos de Jurisprudencia, Cuarto trimestre de 1993, pág. 916.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Junio 15 de 1999. Mag. Pon. Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll. Editora Jurídica de Colombia, Primer semestre de 1999, pág. 653.

La retractación puede ser impulsada por múltiples motivos: amor, miedo, por reproches de tipo moral que "obligan a la persona a decir la verdad". El odio y el amor, que son los verdaderos gigantes del alma, impulsan a muchas cosas, por ello es posible que por odio (surgido por ejemplo del engaño amoroso) se digan cosas contrarias a la realidad, pero que tiempo después el amor logre volverse a imponer (quizá con alguna esperanza) y la persona decida decir la verdad. En el caso reseñado anteriormente no cabe duda que S dijo la verdad en sus declaraciones iniciales, que la retractación puede obedecer a compasión, y se podría decir que al amor por K, sobre todo que, en forma real o simulada, éste hizo manifestaciones de arrepentimiento (en este caso se requiere estudiar "el corazón humano"). Las cuales pueden ser tomadas como mensajes esperanzadores para S y sus hijos.

19. PRUEBA TESTIMONIAL ANTICIPADA

19.1. ANTECEDENTES

Es ésta una institución que ya existía en el Derecho Romano, en el canónico y en el francés; tiene antecedentes en las leyes de partidas (Ley 2a, Título 16, partida 3ª); la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855, también la establece.

El Código Judicial colombiano, en el artículo 695, preceptuaba: "Cuando alguno tema que otro promueva pleito después de que mueran algunas personas ancianas o enfermas, con cuyas declaraciones puede probar aquél sus derechos, está facultado para que el otro le abone la prueba, pidiendo al juez competente por razón de la cuantía, que reciba las declaraciones de tales testigos, con citación del adversario para que sean apreciadas a su tiempo. Esta información se guarda en el archivo del juzgado, en pliego cerrado y sellado, franqueándose antes las copias que pida cualquiera de las partes".

Es evidente que, de conformidad con el C.J. derogado, existía una gran amplitud para recibir los testimonios corno prueba anticipada, excepto cuando se tratara de personas ancianas o enfermas, caso en el cual se exigía la citación de la contraparte.

Esta modalidad, la de permitir sin cortapisas el recaudo de la prueba testimonial como prueba anticipada, condujo a desvirtuar su espontaneidad; por lo mismo, se hizo necesario limitar la posibilidad de su recepción, y en los artículos 298 y 299 del C. de P.C. se establecieron claramente los requisitos para su viabilidad, con el fin de hacerla valer posteriormente, en un proceso.

19.2, PRESUPUESTOS DE SU ADMISIBILIDAD

De conformidad con los artículos 298 y 299 del C. de P.C., la prueba testimonial puede anticiparse en los siguientes casos:

a. Con fines judiciales cuando se trata de "personas' gravemente enfermas", con citación de la contraparte.

b. Con fines judiciales, cuando se exija acompañar prueba sumaria con la demanda. En este evento, queda claro que no se requiere citar a la futura contraparte. Ejemplo: La prueba mínima que se exige acompañar con la demanda de restitución del inmueble arrendado, según lo prescribe el ordinal 1° del parágrafo 1° del artículo 424 del C. de P.C.

c. Sin fines judiciales donde, como es obvio, no se requiere citar a ninguna persona (para registrar una partida; son las declaraciones conocidas en nuestro medio como "de supervivencia", a fin de acreditar determinado supuesto, verbigracia, para probar una eximente de la prestación del servicio militar).

19.3. PRUEBA TESTIMONIAL ANTICIPADA CUANDO SE TRATA DE PERSONAS GRAVEMENTE ENFERMAS

19.3.1. Objeto

El objeto del recaudo de esta clase de probanza es hacerla valer en el futuro proceso.

19,3.2. ¿Quiénes pueden solicitar la prueba testimonial anticipada?

Tanto el que espera demandar como el que tema ser demandado pueden pedirla.

19.3.3. ¿A cuáles personas se les puede recibir este testimonio?

Como lo indica el mismo encabezamiento, pueden rendirlo personas gravemente enfermas, precisamente para asegurar la prueba y evitar que ésta quede sin recaudar.

19.3.4. ¿La edad avanzada no es ya motivo para solicitar la prueba testimonial anticipada?

En la reforma hecha al artículo 298 del C. de P.C., con el numeral 129 del artículo 1° del Decreto 2282 de 1989, se dijo lo siguiente: "„ podrá pedirse que se reciba testimonios anticipados únicamente a personas que estén

gravemente enfermas, con citación de la parte contraria en la forma prevista en el artículo 318 y en los numerales 1, 2 y 3 del 320". A diferencia de lo que sucedía con el artículo reformado, donde se señalaba que procedía la práctica de esta prueba también cuando se trataba de personas 'de edad avanzada' en el actual no se encuentra.

Consideramos que la edad avanzada aún es motivo suficiente para solicitar la prueba testimonial anticipada; la razón de nuestra afirmación es que ésta en algunos casos es equivalente a la enfermedad grave, por ejemplo cuando exista grave peligro de que la persona fallezca y no sea posible obtener su testimonio (como sucede en ciertos casos, en los cuales es imposible demostrar la pretensión en el proceso, por tratarse de hechos muy antiguos y sólo existir testigos presenciales de edad avanzada); y también cuando exista grave riesgo de que se debiliten las facultades mentales del testigo, lo que puede aparejar la pérdida de la memoria; sin duda alguna las situaciones expuestas son igualmente graves. Es preciso recordar que la enfermedad grave supone un análisis por parte del juez, no sólo de las condiciones físicas del testigo, sino de las psíquicas; estas últimas bien pueden presentarse en razón de la edad avanzada[11]; lo anterior para interpretar en forma teleológica la norma del C. de P.C., que no tiene una finalidad distinta a la de evitar la pérdida de una prueba, sea cual fuere la razón de ello, siempre que provenga de la idoneidad física o mental del testigo"[12].

Algunos autores han considerado que hay lugar a recibir la prueba anticipada "para la eventualidad que por obra de sugestiones diversas, el testigo pueda mudar de parecer y no se decida a declarar la verdad, pero en casos especialísimos"[13]; también hay lugar a recaudarla para precaverse del posible olvido del testigo por el paso del tiempo"[14]. Las anteriores disquisiciones se justifican en sistemas donde no hay restricción legal para anticipar la prueba testimonial. Pero en sistemas donde las causas para

[6] DI IORIO, ALFREDO JORGE. *Prueba anticipada.* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, pág. 66.

[11] DI IORIO, ALFREDO JORGE. *Prueba anticipada.* Cit., pág. 66.

[12] FERNÁNDEZ, RAIMUNDO L. *Código de Procedimiento Civil comentado.* T. I, Buenos Aires, 1955, pág. 145 (citado por DI IORIO. Oh. cit., pág. 67).

[13] SCHÖNKE, ADOLFO. *Derecho procesal civil.* Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1950, pág. 212: "El peligro de que se desvanezca el recuerdo al testigo de un accidente de circulación, no es suficiente por el contario (difiere el Tribunal de primera instancia de Altona)".

anticipar el testimonio están taxativamente enumeradas [0] como en Colombia, no es posible su procedencia.

19.3.5. Personas gravemente enfermas

El legislador no ha establecido qué significa "gravemente enfermas"; en cada caso queda al arbitrio del juez calificar la importancia de la enfermedad, así sea en forma implícita, al decretar la recepción del testimonio.

19.3.6. Interpretación teleológica de enfermedad grave

La enfermedad grave no se considera en sí misma, sino con respecto al testimonio, sea porque exista la posibilidad que el ser humano fallezca, o que desaparezca la de relatar los hechos que supuestamente conoce, como consecuencia del deterioro de las facultades mentales o de la memoria. No puede ser otro el criterio para interpretar el artículo, ya que lo que se persigue es que no se pierda el medio probatorio. La disposición citada reza: "... Que se reciban testimonios...", palabras que corroboran nuestro parecer.

19.3.7. Justificación de los presupuestos

En general, podemos decir que la mayor parte de los autores considera que se deben justificar los presupuestos que la ley establece para anticipar la prueba testimonial, por ejemplo, acompañando certificado o registro civil de nacimiento, certificado médico, etc.

En Colombia, con la solicitud de testimonios anticipados no se requiere justificar el presupuesto, y según el artículo 298 del C. de P.C., hay que expresar bajo juramento la existencia de aquella circunstancia.

[120] Artículo 326 del Codigo Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina: **"Prueba anticipada.** Los que sean o vayan a ser parte en un proceso de conocimiento y tuvieren motivos justificados para temer la producción de sus pruebas pudiera resultar imposible o muy dificultosa en el período de prueba, podrán solicitar que se produzcan anticipadamente las siguientes:

"1. Declaración de algún testigo de muy avanzada edad, o que esté gravemente enfermo o próximo a ausentarse del país.

"2. Reconocimiento judicial o dictamen pericial para hacer constar la existencia de documentos, o el estado, calidad o condición de cosas o lugares.

"3. Pedido de informes.

"4. La absolución de posiciones podrá pedirse únicamente en proceso ya iniciado".

Consideramos que es mejor el sistema nuestro, pues exigir la demostración del motivo es inconveniente, difícil y a veces incómodo para el declarante; puede éste negarse a entregar al peticionario la partida de nacimiento o los certificados médicos. Además, quienes conocen la psicología saben que es muy difícil que una persona contribuya a acreditar ante el juez su edad avanzada, que es la que permitirá sustentar que va a perder sus facultades mentales.

A quien pide la prueba testimonial de que tratamos, en Colombia, como ya se dijo, le bastará jurar que se dan los presupuestos para que se decrete y reciba, juramento que no hay necesidad de expresar, ni de rendirlo mediante diligencia en el juzgado, pues, sencillamente, 'se entiende' prestado, con la presentación de la solicitud.

19,3.8. ¿Qué sucede si los presupuestos afirmados por el peticionario no son ciertos?

Para dar respuesta a esta hipótesis, debe recordarse que de conformidad con lo previsto en el artículo 298 del C. de P.C., estos testimonios anticipados de personas gravemente enfermas, sólo pueden ser practicados con citación de la contraparte, a tal punto que los testimonios recibidos con violación de tal previsión "no podrán ser apreciados por el juez".

Al margen del delito en que haya podido incurrirse, cuando los presupuestos afirmados por el peticionario son falsos, la prueba será válida para el proceso y podrá ser apreciada dentro de él, ya que la parte tuvo la posibilidad de controvertirla. Lo anterior no impide que dentro del proceso la contraparte discuta las circunstancias en que fue recibido el testimonio y su contenido mismo, dentro de las oportunidades para controvertir las pruebas; el juez, puesto que puede apreciar esta prueba, le dará mayor o menor credibilidad, según sea el caso.

19.4. NOTIFICACIÓN A LA FUTURA CONTRAPARTE EN LA FORMA PREVISTA EN LOS ORDINALES 1, 2 Y 3 DEL ARTÍCULO 320 DEL C. DE P.C.

La notificación del artículo 320 del C. de P.C. se establece para los casos en que se encuentra trabada la relación jurídico-procesal, es decir, lo que se acostumbra llamar 'cuando las partes están a derecho' y jamás, como es habitual en algunos despachos judiciales, para pruebas anticipadas. Los únicos casos en que el legislador la ha autorizado, tratándose de probanzas que se pretendan recaudar antes del proceso, se

refieren al testimonio, siempre y cuando se trate de personas gravemente enfermas; y cuando se trata del reconocimiento de documentos que con diligencia previa se solicita con la demanda ejecutiva, siempre que no hubiere sido posible notificar personalmente a la contraparte (ordinal 2° del artículo 489, C. de P.C.).

La notificación contenida en los ordinales 1, 2 y 3 del artículo 320 del C. de P.C., se justifica sólo cuando no sea posible notificar en forma personal a la contraparte la práctica de las pruebas anticipadas a que nos hemos referido.

19.5. REQUISITOS PARA SU RECEPCIÓN

19.5.1. Petición

El peticionario, según el artículo 298 del C. de P.C., deberá presentar por escrito la solicitud, en la que expresará "... que el testigo se encuentra en la circunstancia mencionada...", para justificar el anticipo de la prueba. En el escrito, el peticionario debe relatar en qué consiste la enfermedad, su gravedad y todo lo demás, para informar al juez, suficientemente, el presupuesto; también debe señalar el sitio en donde puede citarse a la persona contra la cual pretende hacer valer la prueba, o la afirmación de que lo ignora. Esa solicitud debe formularse en el lugar de residencia del testigo.

La citación de la contraparte es requisito indispensable para la práctica de la prueba, aunque ésta resida fuera de la sede del juzgado; la falta de citación de la parte contraria impide que el juez aprecie la prueba (último inciso artículo 298 C. de P.C.).

19.5.2. Forma de recibir el testimonio anticipado, de personas gravemente enfermas

La prueba debe ser necesariamente practicada en audiencia.

19.5.3. Lugar en donde se debe recibir la prueba testimonial anticipada de personas gravemente enfermas

El artículo 301 del C. de P.C. establece que las pruebas anticipadas se sujetan a las reglas o requisitos que se exigen para las practicadas dentro del proceso; a su vez, el párrafo 3° del 220 prescribe que al testigo impedido para concurrir al despacho por enfermedad, se le recibirá declaración en audiencia que se celebrará en el lugar en donde se encuentre, previo el mismo señalamiento. Conforme con lo anterior, entonces, tenemos:

1) Puede recibirse la declaración en el despacho del juzgado, ya que no son sinónimos necesariamente, la enfermedad grave con la imposibilidad física de moverse.

2) Si la persona no puede concurrir al juzgado por estar impedida físicamente (en el sentido del vocablo), se practica en el lugar en donde se encuentre el testigo; en la citación a la contraparte (presunta), debe indicarse el lugar en donde se llevará a cabo"[121].

19.6. ES POSIBLE LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL ANTICIPADA CON FINES JUDICIALES Y CITACIÓN DE LA FUTURA CONTRAPARTE, POR CAUSAS DISTINTAS A LA ENFERMEDAD GRAVE DEL TESTIGO[122]

El artículo 298 del C. de P.C. establece: "Con el fin de allegarlos a un proceso, podrá pedirse que se reciban testimonios anticipados únicamente a personas que estén gravemente enfermas, con citación de la parte contraria...". Y agrega en los incisos 4° y 5°: "El juez rechazará de plano la recepción de testimonios extraproceso para fines judiciales, cuando la solicitud no cumpla con los requisitos exigidos en los incisos anteriores".

"Los testimonios que se reciban con violación de este artículo no podrán ser apreciados por el juez" (Lo subrayado es nuestro).

De conformidad con lo previsto en la norma antes transcrita, sólo es posible la práctica de la prueba testimonial anticipada cuando se trate de personas gravemente enfermas (interpretando esta circunstancia en la forma como lo hicimos en el numeral 19, págs. 384 y ss.). Lo anterior se justifica si se tiene en cuenta que la morada de las pruebas es el proceso al cual deben servir.

[121] Nos separamos del criterio de CARDOZO ISAZA, para quien la persona de edad avanzada pero que no se encuentre gravemente enferma, debe concurrir al juzgado. Muchas veces la edad avanzada "es por sí sola" suficiente para ser igual o superior a "gravemente enferma" (Véase CARDOZO. Ob. cit., pág. 348).

[122] El artículo 193 del Código cíe Procedimiento Civil para el Distrito Federal de México, acoge un concepto restringido: "VII.- Pidiendo el examen de testigos, cuando éstos sean de edad avanzada o se hallen en peligro inminente de perder la vida o próximos a ausentarse a un lugar con el cual sean tardías o difíciles las comunicaciones, *y* no pueda deducirse aún la acción, por depender su ejercicio de un plazo o de una condición que no se haya cumplido todavía; VIII.- Pidiendo el examen de testigos para probar alguna excepción, siempre que la prueba sea indispensable *y* los testigos se hallen en alguno de los casos señalados en la fracción anterior".

19.7. SANCIÓN EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DE LOS EQUISITOS SEÑALADOS

De conformidad con lo señalado en el artículo 298 del C. de P.C., el testimonio anticipado con fines judiciales sólo procede cuando se trata de personas gravemente enfermas y con citación de la parte contraria; si se practica contraviniendo tales presupuestos, la prueba recaudada no tiene efectos, corno quiera que el juez no podrá apreciarla (artículo 298 del C. de P.C.).

De otra parte, el artículo 301 del C. de P.C. ordena que las pruebas anticipadas se sujeten a las reglas establecidas para cada una de ellas en el curso del proceso. De omitirse cualquiera de los requisitos señalados en la ley para la existencia y validez de la prueba, ésta será nula y el juez podrá declarar este vicio en el proceso en que se aduzca (artículo 29 de la Constitución Nacional —último inciso—). Si así ocurre, es posible recibir nuevamente los testimonios, pero se les restará eficacia si de acuerdo con las reglas de la sana crítica han perdido espontaneidad.

19.8. ANTICIPACIÓN DEL TESTIMONIO CON FINES JUDICIALES, CUANDO SE EXIGE PRESENTAR CON LA DEMANDA UNA PRUEBA SUMARIA

El artículo 299 del C. de P.C., prescribe: "Testimonios ante notarios y alcaldes. Los testimonios para fines no judiciales, se rendirán exclusivamente ante notarios o alcaldes, Igualmente los que tenga fines judiciales y no se pida la citación de la parte contraria; en este caso, el peticionario afirmará bajo juramento, que se considera prestado con la presentación del escrito, que sólo están destinados a servir de prueba sumaria en determinado asunto para el cual la ley autoriza esta clase de prueba, y sólo tendrán valor para dicho fin".

Esta norma se refiere a los casos en que el mismo estatuto exige la presentación de una prueba siquiera sumaria. Es el caso, por ejemplo, del numeral 1° del artículo 424, que ordena acompañar "prueba testimonial siquiera sumaria" que demuestre la existencia del contrato de arrendamiento, para obtener la restitución del inmueble arrendado; en este evento *y* en los demás que se contemplan, se entiende autorizada la recepción testimonial fuera de audiencia y sin citación de la futura contraparte, ante notarios o alcaldes.

19.9. PRUEBA TESTIMONIAL ANTICIPADA SIN FINES JUDICIALES

La prueba, en este caso, se recauda con el propósito de cumplir un cometido extrajudicial, no para hacerla valer en un proceso; se reciben por

los notarios o alcaldes exclusivamente fuera de audiencias y sin citación de contraparte, pues, como es obvio, ella no existe.

19.10. INTERROGATORIO ANTICIPADO AL TESTIGO CON FINES EXTRAJUDICIALES

El interrogatorio al deponente se somete al siguiente orden:

a. Previamente a la diligencia con fines judiciales (salvo el caso previsto en el artículo 299 del C. de P.C.), se habrá indicado en forma genérica sobre lo que debe preguntarse al testigo, tal corno se hace para el proceso. Sobre esa base, el juez exhortará al testigo a que haga una exposición espontánea sobre lo que conozca de los hechos; luego lo cuestionará sobre lo narrado. A continuación intervendrán, si es que lo desea, la parte que solicitó la prueba y enseguida su contraria.

Si no se cumple con la secuencia señalada, o se admiten preguntas sugestivas, la prueba quedará afectada de nulidad.

b. Cuando se trata de testimonio de personas enfermas de gravedad, el trámite es: el funcionario exhortará al testigo a que haga una exposición sobre los hechos que ha indicado sucintamente el peticionario; posteriormente, lo interrogará, se permitirá al solicitante que intervenga, y enseguida a su contraparte.

Es evidente que la forma en que se viene recaudando el testimonio anticipado con fines judiciales, viola las más elementales reglas del derecho probatorio, y concretamente, las prescritas para la recepción de ese medio. El juez debe actuar en la diligencia, tal como si se celebrara en el curso de un proceso, pues tiene las mismas obligaciones y responsabilidades. Reiteramos lo dicho arriba sobre la nulidad, en caso de contravenirse las formalidades relacionadas.

19.11. PELIGROS DE LA RECEPCIÓN ANTICIPADA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

Como peligros de la recepción anticipada de la prueba testimonial, se citan los siguientes:

a. *El interrogatorio repetido.* Por extraño que parezca, la capacidad de reproducir exactamente las percepciones, merma su credibilidad cuando se interroga a un declarante una y otra vez sobre los mismos hechos, forzándolo

a recordar lo vivido[ra]. Así, es fácil que entremezcle sus recuerdos del suceso con las impresiones de las anteriores diligencias, y luego, no sepa distinguir con certeza el origen de los distintos elementos. Las observaciones primitivas, valiosas para la averiguación, no pueden luego separarse de los elementos introducidos con posterioridad en el cuadro. Esto mueve al testigo a acudir inconscientemente, no sólo a la percepción originaria, sino a los interrogatorios a que fue sometido más tarde. Las impresiones de esos actos se asocian, sin que él pueda propiamente evitarlo, a las remembranzas del suceso vivido y adquieren las mismas jerarquías de éstas. El recuerdo del suceso mismo, que con el tiempo se va desvaneciendo, es suplantado así por lo que el testigo recuerda de las tomas de declaración, configurándose una especie de **sucedáneo de la percepción.** Este fenómeno ha sido convincentemente constatado y comprobado experimentalmente por la psicología moderna.

b. La prueba anticipada recibida sin la presencia del juez del proceso donde se pretende hacer valer el testimonio, presenta un escenario psicológico muy distinto para el testigo del que aparece cuando se trata de rendir un testimonio, en audiencia con presencia del juez. Sin la presencia del juez, el testigo no mide las consecuencias de su declaración y puede fácilmente mentir.

Al llegar a este punto no se está asegurando la prueba, sino el compromiso de que el testigo seguirá mintiendo cuando se reciba en el proceso, pues si cambiase su versión, se vería incurso en el delito de falso testimonio. Frente al temor de contradecirse, el testigo se prepara para reproducir lo que dijo, inclusive con más cuidado que la primera vez.

Reiteramos que de este modo se ha adquirido un compromiso para persistir en la mentira y prepararse en mejor forma para no ser descubierto.

c. Al peticionario, en la prueba anticipada, se le da de antemano una ventaja: tiene ya sujetos comprometidos a declarar en un determinado sentido. Todos estos problemas se presentan cuando se recibe el testimonio anticipadamente.

19.12. CONCLUSIÓN

La prueba que examinamos debe recaudarse con citación de la contraparte, salvo en los casos en que se exija como prueba sumaria en las hipótesis contempladas por nuestro Codigo de Procedimiento Civil, y cuando no tenga fines judiciales.

[23] DOURING, ERICH. *La prueba...* Cit., pág. 158.

19.13. PRUEBA TESTIMONIAL ANTICIPADA "AD FUTURAM MEMORIAM" PARA EL DERECHO CANÓNICO

Se entiende que la deposición anticipada, para el derecho canónico, tiene como fin conservar el testimonio, el que podría perderse por la oportunidad o bien por la dificultad que se presentaría para que en el momento del proceso el sujeto declare.

La prueba testimonial **ad futuram memoriam** es una excepción a la regla, establecida en el **Codex** y procedente del **jus decretalium, "lite non contestata non** procedatur **ad** testium receptionem vel **ad** sententiam definitivam". Para recibirla, es competente el juez que conoce del proceso, si éste ya se ha iniciado; o el juez que sería competente en caso de que no se haya iniciado la causa correspondiente.

En esta jurisdicción, la diligencia siempre se practica citando a la otra parte, la cual puede oponerse.

De todas maneras, tiene el juez la facultad para rechazar las declaraciones **ad futuram memoriam,** y las partes la de oponerse a ellas, una vez aportadas al proceso, hasta el punto que el funcionario puede restarles eficacia probatoria.

19.14. DOCTRINA DE LA CORTE SOBRE EL TEMA

"Fase importante en la primera etapa de la actividad probatoria, o sea en la atinente a su producción, es el aseguramiento o defensa de la prueba, que se relaciona íntimamente con su investigación y alude a las medidas encaminadas a impedir que se desvirtúe o se pierda, o que su práctica se haga imposible por otras causas y en ciertos casos a conservar las cosas y las circunstancias de hecho que posteriormente deben ser probadas en el proceso.

"Justamente, rindiendo tributo a esta especial necesidad, el C. de P.C. (artículos 229, 294, 298, 299, 300 y 301) autorizan la recepción de 'pruebas anticipadas', como testimonios, interrogatorio de parte o inspección judicial para futura memoria.

"Desde el punto de vista de su valor de convicción, la ley implícitamente distingue entre pruebas plenas o perfectas o incompletas o imperfectas, según que lleven al juez una convicción plena del hecho o que sólo lo establezcan como susceptible de ser verosímil.

"Y como ya se ha insinuado, por razón del momento en que se producen, las pruebas se llaman procesales o extraprocesales: tienen el primer carácter cuando se aducen o practican en el curso de un proceso; y el segundo, cuando su origen se ubica fuera de éste, como las declaraciones de nudo hecho, las cuales ocasionalmente pueden ser luego llevadas al proceso.

"El carácter de sumaria de una prueba dice relación no tanto a su poder demostrativo, sino a la circunstancia de no haber sido contradicha. Se opone, por tanto, a la **controvertida,** es decir, a la que ha sido practicada con citación y audiencia de la parte contra la cual se pretende hacer valer. De lo cual tiene que seguirse que las pruebas sumarias son siempre extraproceso; pero que éstas no tienen siempre aquel carácter, pues las hay con valor de plena prueba ¿orno ocurre con las anticipadas cuando se practican con citación de la futura parte contraria.

"De acuerdo con la preceptiva que contienen los artículos 229, 298, 299 y 301 del C. de P.C., cabe afirmar que el testimonio puede recibirse anticipadamente sin audiencia de la contraparte, en los siguientes casos:

"a) Cuando quien ha de rendirlo es persona de edad avanzada o gravemente enferma, siempre que el peticionario jure que ignora el lugar donde se encuentra la persona contra quien pretende hacer valer la prueba;

"b) Cuando tratándose de aquellos deponentes, el interesado en la prueba exprese bajo juramento que su futura contraparte reside fuera de la sede del juzgado que deba recibir el testimonio;

"e) En los supuestos en que, por disposición de la ley, como ocurre en los procesos de restitución de inmueble arrendado y posesorios, por ejemplo, para la admisión de la demanda se requiere acompañar la prueba sumaria; y

"d) En todos los casos en que, ya para fines procesales o extraprocesales, necesite o quiera anticipar esta prueba.

"Puesto que si el artículo 229 citado, en forma genérica y sin salvedad alguna, exige la ratificación 'para que puedan apreciarse en un proceso declaraciones de testigos rendidas fuera de él sin audiencia de la contraparte'; y si el artículo 299 ibídem, también discriminación expresa ni implícita, permite pedir 'la recepción de testimonios fuera de audiencia, para fines procesales o extraprocesales', agregando que en tal caso esas declaraciones así recibidas `tendrán el alcance de prueba sumaria', no parece acertado ni resulta congruente con el contenido de estas normas restringir el testimonio anticipado, como aquí lo hace el recurrente, para los tres primeros casos de los cuatro determinados anteriormente y dejar al margen de dicha facultad la última hipótesis. Además, el artículo 301 ejusdem impide la interpretación restringida, pues dicho precepto indica el procedimiento a seguir para la práctica de las pruebas anticipadas de que trata' ese capítulo; por otra parte cabría observar que el mentado artículo 299 dice cuándo se puede pedir el testimonio y como prueba sumaria, sino que los recibidos fuera de audiencia, ya sea para fines procesales o ya extraprocesales, tendrán el alcance de prueba samaria, lo que ciertamente es cosa distinta.

"Contra lo que la censura asevera, cree la Corte que la interpretación que ésta ensaya aquí es la correcta, no solamente porque ninguno de los preceptos legales citados prohibe anticipar la prueba testimonial en alguno o algunos procesos, sino porque más bien ella se aviene y armoniza con la necesidad de aseguramiento

y guarda de la prueba, a más de que su práctica anticipada puede determinar su utilidad para el proceso, evitando de paso el desgaste de actividad en la evacuación de testimonios que a la postre pueden resultar absolutamente inanes o inútiles"[124].

20. RATIFICACIÓN DEL TESTIMONIO

Ratificar (del latín **ratus,** confirmado; y facere, hacer): La acción de aprobar o confirmar actos, palabras o escritos, dándolos por valederos y ciertos.

El artículo 693 del C.f., estatuía: "Salvo disposiciones especiales que permitan aducir meras declaraciones de nudo hecho, para apreciar los testimonios se requiere que éstos o su ratificación se hayan pedido y decretado durante el término probatorio, a fin de que las otras partes intervengan en la diligencia, pregunten y ejerciten su derecho de infirmar la prueba".

Con respecto a la disposición transcrita, y durante su vigencia, nuestra Corte Suprema de Justicia dijo:

"El Código Judicial vigente, lo mismo que el antiguo, no exige más requisitos y por lo tanto, es discrecional para los jueces, elegir la forma como debe recibirse la ratificación de los testimonios. No puede admitirse la tesis de que para la validez de la ratificación del testimonio es esencial, además, llenar los mismos requisitos que para la declaración original volviendo el testigo a repetir punto por punto su declaración primitiva; basta que el testigo, después que le haya sido leída su declaración diga que ratifica, que está de acuerdo con ella, y que tal diligencia sea firmada por el juez, por el testigo y por el secretario; si el testigo no está, en todo o en parte, de acuerdo con la declaración extrajuicio, deberá manifestarlo y hacerlo constar en la diligencia"[125].

El C. de P.C., en el artículo 229 establece la ratificación de los testimonios recibidos fuera del proceso:

"Sólo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos:

"1. Cuando se hayan rendido en otro, sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan en el posterior.

"2. Cuando se hayan recibido fuera del proceso en los casos y con los requisitos previstos en los artículos 298 y 299.

"Se prescindirá de la ratificación cuando las partes lo soliciten de común acuerdo, mediante escrito autenticado como se dispone para la demanda o verbalmente en la audiencia, y el juez no la considera necesaria.

[124] Sentencia de 29 de julio de 1980; pronunciada dentro del proceso ordinario de Luis Hernando y Hugo Alberto Guarnizo, contra los herederos de Napoleón Escalante. Mag. Pon. Dr. Humberto Murcia Bailén. No publicada.

[125] G.J. T. LXV, 523; T. LXXIV, 716.

"Para la ratificación se repetirá el interrogatorio en la forma establecida para la recepción del testimonio en el mismo proceso, sin permitir que el testigo lea su declaración anterior".

En la norma transcrita, ratificar no significa, desde el punto de vista del testimonio, permitirle al testigo, ya en el proceso, que lea lo que dijo en la anterior oportunidad para afirmar que "ratifica" lo allí consignado, sino que debe tomarse la declaración tal como si nunca se hubiera recibido y sin permitirle al compareciente la lectura de sus dichos ya recaudados. El orden que se debe seguir es el establecido en el artículo 228 del C. de P.C.

Con relación al artículo 229 del C. de P.C., que cambió totalmente el sistema imperante en el 693 del C.J., la Corte sostiene:

"... En efecto, en busca de corregir los inconvenientes que se originaban en el C.J. al permitir en su artículo 693 que bastaba que el testigo, al ratificar su dicho dentro del proceso, hiciera llanamente afirmación en tal sentido, ahora, en el nuevo sistema, de acuerdo con el artículo 229 del C. de P.C. se exige, como requisitos **sine** qua non que para que puedan apreciarse en un proceso declaraciones de testigos rendidas fuera de él sin audiencia de la contraparte, es necesaria su ratificación, para lo cual se repetirá el interrogatorio, en la forma establecida para la recepción de testimonios en el mismo proceso; vale decir que el deponente habrá de ser cuestionado conforme a las directrices trazadas en el artículo 228 ejusdem, previsiones legales que indudablemente no marcaron la conducta del juez comisionado que recibió las ratificaciones testimoniales en este proceso, impugnadas en el cargo, ya que ciertamente permitió que los llamados a hacerlo respondieran conforme al modo ya no permitido; 'me ratifico, dijeron, en todas y cada una de las partes **de la** declaración prestada antes'" (las negritas son nuestras)[126].

21. RAZÓN DE LA CIENCIA O CONOCIMIENTO DEL TESTIGO

Hemos indicado, anteriormente, que el testigo debe dar la razón de su dicho [127], es decir, explicar suficientemente al funcionario, cuáles fueron las

[126] Casación Civil, 29 de noviembre de 1979. Mag. Pon. Dr. Héctor Gómez Uribe.

[127] Artículo 228 del C. de P.C., numeral 3º: "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...".

El artículo 439 ordinal 2° del C.P.M. dice: "El juez 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...".

circunstancias de tiempo, modo y lugar en que llegaron a su conocimiento los hechos que está narrando.

Dentro de la ciencia del testigo, es importante que el juez que formula el interrogatorio, por medio de preguntas directas o indirectas, ausculte el grado de curiosidad que tenga aquél.

La curiosidad varía de un sujeto a otro, corno se ha demostrado en los estudios de psicología, y ella nos puede poner de presente, como sostiene Enrico Altavilla[128], la diversidad de intereses, y por consiguiente, la de atención. La percepción consciente supone algo de novedad[129]. La curiosidad es un sustento de la dinámica del pensamiento y nutre a la novedad. Esta última estimula la curiosidad, no porque el sujeto se haga un juicio de utilidad, sino simplemente porque es "novedad"[130], porque, perdónesenos la redundancia, es "nuevo". En el niño, la novedad que estimula su curiosidad es una necesidad de adaptación biológica y social. Se sostiene que la curiosidad en la mujer es frívola; sin embargo, es un criterio que es refutado por las más modernas corrientes de la psicología, por cuanto se ha comprobado que el deseo de saber futilidades puede darse tanto en las mujeres como en los varones.

Existe una tendencia a averiguar, denominada "maligna", que es la estimulada por motivos innobles.

En todo caso, el juez, cuando el testigo explique las circunstancias de tiempo y de lugar, debe preguntarle el por qué de su presencia en el sitio y el de la observación de los hechos. Si el testigo afirma, por ejemplo, que en determinada pared existía un cartel con un dibujo, entonces le averiguará sobre qué fue lo que movió su curiosidad. Esta última debe apreciarse en cada caso; en nuestro ejemplo, si se trata de un artista o de un grabador, se justificaría este tipo de curiosidad, mas sería muy sospechoso si lo afirma, verbigracia, un obrero, salvo que la pintura representara a un trabajador, etc. Sobre todo esto, se repite, debe cuestionarse al deponente para la apreciación racional de sus dichos.

Hay veces en las que el declarante recuerda hechos muy antiguos con absoluta precisión. Este recuerdo fijado en esa forma, puede ser el producto

[129] ALTAVILLA, ENRICO. *Psicología...* Cit., pág. 797.

[129] ALTAVILLA, ENRICO. *Psicología...* Cit., pág. 797.

[130] ALTAVILLA, ENRICO. *Psicología...* Cit., pág. 797.

de una buena memoria, de existir coincidencia entre el hecho narrado y uno especial en el cual se vio involucrado el testigo, o en la mayoría de las ocasiones, de la preparación previa a que se ha sometido.

Si el funcionario pregunta al testigo directamente por qué recuerda el hecho, muy seguramente, si se ha preparado, tendrá la respuesta precisa, verbigracia: "Lo recuerdo bien porque en esa misma época, una hija mía contrajo matrimonio"; por ello es aconsejable que el juez distraiga su atención interrogándolo sobré hechos personales, para poder analizar la calidad de su memoria, y una vez cuestionado sobre ellos —entonces sí— preguntar el por qué del recuerdo. Todo esto hace parte de la ciencia del dicho del testigo.

22. REEXAMEN DE LOS TESTIGOS

Es esta una facultad que se puede ejercer en el curso del proceso cuando, recaudadas algunas declaraciones, resulte necesaria para confrontar contradicciones y exigir al testigo, aclaraciones y explicaciones"[131]. Como lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia, la facultad de decretar pruebas de oficio aparece consagrada en forma genérica en el artículo 180 del C. de P.C.; y en el numeral 4° del 228, ibídem, aparece prescrito específicamente que en cualquier momento, el juez puede volver a interrogar al declarante. Este interrogatorio puede ser necesario cuando en el primero se presentaron omisiones, o sencillamente porque después de haber oído a otros comparecientes[132], se encuentran vacíos y contradicciones que no ameritando el decreto de una diligencia de careo, de todos modos sea menester aclarar.

Sentencia de 22 de enero de 1974, G.J. T., CXVIII, págs. 9 y 10: "... sin embargo como puede acontecer que al rendirse la declaración, el juez no capte inmediatamente las vaguedades, incoherencias y faltas de sentido, que la exposición del tercero puede contener y que por ello quede sentada así la versión dedos hechos investigados, la ley expresamente facultó al rallador para que pueda 'en cualquier momento' ampliar los interrogatorios *y* exigir al testigo aclaraciones y explicaciones (artículo 228-4)".

[132] El artículo 452 del Código Procesal Civil y Comercial para la Argentina estatuye: "Prueba de oficio. El juez podrá disponer de oficio la declaración de testigos mencionados por las partes en los escritos de constitución del proceso. Asimismo, podrá ordenar que sean examinados nuevamente los ya interrogados para proceder al careo o aclarar sus declaraciones".

23, NÚMERO DE TESTIGOS

Existen tres sistemas, en relación con el número de testigos, dentro del ordenamiento procesal colombiano en general, veamos:

1) En el primero no existe límite en cuanto al número que puede ser postulado por las partes en el proceso. Sistema que acogen los Códigos de Procedimiento Penal Ordinario y Penal Militar.

2) El segundo sistema tampoco fija límite al número de testigos, pero otorga al juez la facultad de reducir el propuesto por las partes. El párrafo 2° del artículo 219 del C. de P.C., dice: "El juez podrá limitar la recepción de los testimonios cuando considere suficientemente esclarecidos los hechos materia de esa prueba"[133].

"La providencia que ordena la restricción no es susceptible de recurso alguno, pero el superior podrá citar de oficio a los demás testigos, conforme a lo previsto en los artículos 180 y 361 del C. de P.C."[134].

3) De conformidad con el tercero, la ley establece un número máximo que puede proponer cada una de las partes.

El artículo 53 del C. P. del T. prescribe: "En cuanto a la prueba de testigos, el juez no admitirá más de cuatro para cada hecho"[135].

De los tres sistemas expuestos anteriormente, consideramos al segundo como el más acorde con las modernas orientaciones del derecho probatorio; es el acogido, como ya se anotó, por nuestro C. de P.C., en su articulo 219.

[133] El canon 1553 preceptúa: "Corresponde al juez evitar un número excesivo de testigos".

[134] El artículo 194-11 del Código de la Provincia de Mendoza (Argentina) dispone: "El número de testigos ofrecidos por los litigantes podrá ser limitado prudencialmente por el tribunal atendiendo a los hechos concretos que se pretenden probar por tal medio y que se manifestarán al ofrecer dicha prueba".

[135] C.P.C. para el. Perú, artículo 466: "Para la comprobación de cada uno de los hechos controvertidos en el juicio, no pueden presentarse más de seis testigos, ni para la prueba de tacha más de tres".

El C. de P.C. para Bolivia: "Artículo 466 (Número de declaraciones). El juez recibirá las declaraciones de cinco testigos de los propuestos por cada parte, sobre cada uno de los hechos o puntos sustanciales fijados por él".

El C. de P.C. para Guatemala, en el artículo 142 párrafo 3°, dice: "Cada uno de los litigantes puede presentar hasta cinco testigos sobre cada uno de los hechos que deban ser acreditados".

No consideramos conveniente en materia penal (ordinaria y militar) la limitación del número de testimonios, ya que existiendo en cabeza del Estado la obligación de practicar las pruebas que sirvan para demostrar no sólo la responsabilidad, sino también la inocencia, se correría el riesgo de no oír a un testigo que podría suministrar datos no aportados por los demás deponentes. Siendo la libertad un derecho fundamental de la persona, la limitación, si es que quiere reglamentarse, en materia penal, podría hacerse dejándole al funcionario judicial cuando esté convencido de la inocencia del procesado, la facultad de abstenerse de recibir más testimonios. Cualquier limitante en otro sentido, y para este procedimiento, sería sumamente peligrosa.

24. REQUISITOS

24.1. PARA QUE EXISTA PROCESALMENTE EL TESTIMONIO

Siguiendo de cerca los estudios y la clasificación del profesor Devis Echandía, podernos sostener que los requisitos de existencia del testimonio son:

a. Debe ser un acto dirigido a representar un hecho pasado,

b. Debe ser personal. El órgano de la prueba, en este caso, es el testigo, de tal manera que es él quien debe rendir o suministrar su versión, aunque afirme no constarle nada. No se puede otorgar poder para que otro suministre la declaración.

c. El hecho objeto de la narración debe haber ocurrido con anterioridad al momento de relatarlo y fuera del proceso.

d. El acto de representar el hecho pasado, debe ocurrir dentro del proceso o en una diligencia judicial previa o anticipada.

e. Que la declaración recaiga sobre los hechos y circunstancias pasados, no necesariamente percibidos, sino en algunos casos deducidos, pero de ninguna manera, salvo el testigo técnico, puede versar sobre opiniones o juicios de valor sobre los mismos.

Creemos que no se deben incluir dentro de los requisitos de existencia, como lo sostiene el profesor Devis Echandía, los siguientes:

"Debe ser una declaración de tercero", por cuanto esto se juzgará en el momento de valorar la prueba; además, la parte puede rendir testimonio de tercero, como en el caso del litisconsorte voluntario en la relación de su colitigante.

"Debe tener significación probatoria", pues ésta tiene que ver más bien, con la eficacia de la prueba.

24,2. PARA LA VALIDEZ DEL TESTIMONIO

Las condiciones para la validez de la deposición, sucintamente son:

a) Previo decreto de la prueba testimonial. Dice el artículo 220 del C. de P.C.: "Si la petición reúne los requisitos indicados en el artículo precedente, el juez ordenará la citación de los testigos y señalará fecha y hora, para la audiencia en que deban recibirse las declaraciones, dentro del término para practicar pruebas".

El testimonio debe ser decretado por medio de auto en el cual se indicarán la fecha y la hora en que se recibirá a fin de permitir a la parte no postulante de la prueba, contrainterrogar al testigo. Insistimos en que en el escrito mediante el cual se pide, debe reunir los requisitos del artículo 219 del C. de P.C., con el propósito de que quien va a contrainterrogar pueda investigar quién es el testigo y si es del caso, preparar o asegurar las pruebas que aportará para tacharlo, o para demostrar que no pueden constarle los hechos que está relatando.

b) Legitimación para pedir la prueba. Es decir, que la petición provenga de quien tenga la calidad de parte en el proceso o que se presente a declarar ante el funcionario judicial y este admita recibir el testimonio. Es importante tener en cuenta que la prueba testimonial puede ser decretada de oficio, con la mayor amplitud posible, tanto en lo penal como en lo civil, cuando aparezca mencionado el testigo (artículos 179 y 180 del C. de P.C.).

c) Que el testimonio sea recepcionado en audiencia. En lo civil, laboral y contencioso administrativo, las declaraciones deben ser recibidas en audiencia pública presidida por el juez; en materia penal la declaración debe. ser presenciada y realizada por el funcionario judicial (artículos 220 y 228 del C. de P.C.; artículo 42 del C.P. del T.).

Si la parte interesada logra probar (con certificación del juez, testimonio de los subalternos o de terceros, o de otras autoridades como en las poblaciones pequeñas el alcalde, inspector de policía, tesorero, etc.) que el juez no estuvo presente en la diligencia, debe declararse la nulidad de plano o simplemente ordenarse su repetición'".

[36] DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Compendio...* Ob. cit., pág. 289.

d) Que el testigo sea capaz. (De conformidad con lo dicho anteriormente).

e) Que sea un acto consciente, libre de coacción. La posibilidad o derecho que tiene el Estado de averiguar la verdad por todos los medios a su alcance, en los distintos procesos, tiene una barrera que es el respeto a la dignidad del ser humano. Y, precisamente, una aplicación en concreto de este criterio, consiste en que, salvo el estímulo que se le hace al testigo para que diga la verdad, bajo juramento y con las prevenciones de que incurre en delito si dice lo que no es cierto o calla lo que sabe, es ilícito el empleo de medios de coacción física, psicológica o moral, y de drogas, para obligarlo a declarar y, con mayor razón para que lo haga en determinado sentido. El testimonio que se recibe en las circunstancias anteriores, es nulo[137].

Al respecto, sostiene Devis Echandía: "La prueba de la violencia o uso de drogas o la coacción moral sobre el testigo, sea por el juez o por una de las partes o un tercero, debe ser aducida en las oportunidades ordinarias, porque no existe incidente para ello. No puede proponerse incidente de nulidad por este motivo, pero es un hecho nuevo que da lugar a que se otorgue término probatorio en la segunda instancia y el juez puede usar de las facultades oficiosas para decretar careos y otras pruebas si lo considera conveniente".

f) Debe estar precedido de juramento (véase num. 4.3, pág. 296).

g) Debe cumplir con las formalidades de tiempo, modo y lugar.

24.3. REQUISITOS PARA LA EFICACIA PROBATORIA DEL TESTIMONIO

Miremos siguiendo las orientaciones del profesor Devis Echandía, cuáles son los requisitos para que el testimonio tenga eficacia probatoria. Ellos son:

24.3A. Conducencia del medio probatorio

El hecho de que se haya decretado o admitido una prueba, calificándola como conducente, no vincula como es apenas obvio al juez al momento de fallar. Si se llega a la conclusión que es inconducente, debe negarle todo mérito probatorio (C. de P.C. arts. 187 y 265).

En materia penal debe verse lo estudiado en la prueba pertinente y conducente (art. 235 del C. de P.P.).

[137] DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Compendio...* Ob. cit., pág. 290.

243.2. Capacidad mental en el momento de la percepción de los hechos sobre los cuales versa el testimonio

Cuando los hechos hayan sido presenciados por una persona que tenga deficiencias mentales o que se encuentre embriagada, o bajo los efectos de alucinógenos (en el momento de la percepción), el juez debe valorar esos testimonios, no sólo en sí mismos considerados, relacionando sus distintas partes sino también relacionándolos con los demás medios de prueba. Sin ese estudio no se les puede atribuir valor. Si resultan contradictorias, confusas, rebasando el sentido común o el buen criterio del hombre, hay que negarles valor probatorio.

24.3.3. Ausencia de interés personal o familiar del testigo en el litigio sobre el hecho objeto de su testimonio

En materia civil, si llega a prosperar la tacha por sospecha del testigo, su versión no se apreciará, en caso contrario se estudiará, pero eso no significa que el juez no estudie si existe interés o cualquier otro motivo que desquicie la imparcialidad del testigo.

En materia penal no existe la institución nombrada, como se dijo anteriormente, pero el juez estudiará ese interés y eventualmente podrá restarle mérito probatorio al testimonio, En el evento de la animadversión u odio, deben tener mucha entidad para que rompan el equilibrio de la persona y hagan inservible su testimonio. El testimonio de la víctima, del coimputado, etc.

El Tribunal citado por la Corte dice: "La Sala no desconoce que las relaciones entre el sindicado y sus hijos M.V. y M.S., no eran las mejores, por razones aducidas por el impugnante, pero también considera que tales desavenencias no son de tal magnitud que lleven a descalificar tales testimonios, pues tendría que haber demasiada perversidad para que un hijo le atribuyera a su padre, gratuitamente, un hecho de tanta gravedad. A decir verdad en el proceso no hay prueba de tanto odio, pues los problemas habidos entre ellos apenas si serían motivo suficiente para que los hijos decidieran renunciar al derecho constitucional que los amparaba para no declarar en contra de su padre, pero sin imputarle hechos falsos y ceñidos únicamente a la verdad"[138].

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de abril 7 de 1999. Mag. Pon. Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Editora Jurídica de Colombia, primer semestre de 1999, pág. 471.

243.4. Que exista la llamada "razón del dicho"

El numeral 3 del artículo 228 del C. de P.C. dice: "Exigirá al testigo que exponga la razón de la ciencia de su dicho con explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho y de la forma como llegó a su conocimiento teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 226".

El artículo 277 del C. de P.P., titulado: '**Criterios para la apreciación del testimonio'**, se refiere a las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió.

Se trata de que el testigo explique las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos. ¿Cuándo, dónde y cómo los percibió?

De la explicación que haga el testigo, se puede saber si es por percepción directa o si se trata del testigo de oídas, caso en el cual, tendremos que solicitarle, que explique "las circunstancias que permitan apreciar su verdadero sentido y alcance" (de las expresiones que hubiere oído, numeral 3 del artículo 228 del C. de P.C.).

Al narrar el testigo las circunstancias de tiempo, modo y lugar como ocurrieron los hechos, el funcionario puede representar los hechos y así podrá juzgar si es verosímil o no que los hechos hayan ocurrido en la forma como los narra el testigo; porque contradicen las reglas de la experiencia, o las reglas de la lógica, o lo que comúnmente ocurre o por el contrario se ajustan a estos criterios.

Hagamos un ejemplo muy elemental y ya usado en este trabajo: Si el testigo dijese: K se defendió de las agresiones que le hizo X, y nada más, no se podría propiamente hablar de testimonio y no se podrían utilizar las herramientas de la sana crítica, si no sabemos las circunstancias de tiempo, modo y lugar como ocurrieron los hechos y las circunstancias de tiempo, modo y lugar como las percibió el testigo. Pero si el testigo dijese: "Cuando K percibió que iba a ser atacado por X, se recostó contra el mostrador de la tienda en donde estábamos y sacó una navaja que colocó en la cintura y de allí no la movió y entonces X venía y se chuzaba y se chuzaba y prácticamente se suicidó".

Con base en esa razón del dicho del testigo, en cuanto se refiere a las circunstancias de tiempo, modo y lugar como percibió los hechos, podemos afirmar que esa versión contradice las reglas de la experiencia, porque ¿quién en actitud de ataque se suicida? (el funcionario podrá representarse el hecho como lo narró el testigo, y al hacer esa representación llegar a la conclusión que es inverosímil la versión del testigo).

24.3.5. Que si existen varias declaraciones rendidas por el testigo, no existan contradicciones graves sobre las circunstancias o hechos principales de la versión

Dice la Corte Suprema de Justicia: "Ahora bien, la doctrina ha coincidido en afirmar que las simples contradicciones en las versiones vertidas por determinado testigo no son suficientes para restarles todo mérito, gozando el sentenciador de la facultad de determinar, siguiendo las reglas de la sana crítica, que son verosímiles en parte, o que todas son increíbles o que alguna o algunas de ellas tienen aptitud para mostrar la verdad"[139].

Ejemplo: X rinde varias declaraciones: "Reconociéndose que aunque en principio, sus versiones no son acordes, sí lo son en lo sustancial y, particularmente en el inequívoco señalamiento que hizo del autor del homicidio".

Además, para el fallador el deponente se encontraba en una posición excepcional que le permitía captar lo que a su alrededor ocurría y sin que asomara ningún interés para deformar la verdad'.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Enero 29 de 1988. No. de Rad. 9826-98. Mag. Pon. Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. José M. Forero B. Tomo XII, Primer semestre de 1998, pág. 223,

[140] El Tribunal Superior de Ibagué hizo un buen estudio, sobre el fenómeno que se puede sintetizar así:

1. Se acepta que las versiones del testigo son disímiles.

2. Que el anterior hecho no hace que el juzgador tenga que descalificar esa fuente de afirmación pues en estos eventos debe prevalecer la exposición que más interprete el discurrir histórico, teniendo en cuenta como criterios orientadores, la lógica, la experiencia y la ciencia.

3. Con ese modus operandi, es posible creerle al testigo, que inicialmente no hubiera dicho toda la verdad por temor.

4. Que en ningún momento dudó en señalar explícitamente a K, corno el autor del homicidio.

5. Pero es que, además se pregunta la Sala, cómo descalificar el aporte informativo proveniente de X, si aparece plenamente demostrado que éste se encontraba en el escenario de los hechos, ocupaba una posición excepcional por cuanto compartía la misma mesa con los dos protagonistas, víctima y victimario, y exhibía condiciones físicas y síquicas para captar fielmente lo que ocurría a su alrededor, grabarlo y luego trasmitirlo, como lo hizo, suministrando las explicaciones pertinentes sobre su inicial silencio y accesorias ocurrencias. ¿Cuál la motivación turbia que contamina su inamovible y férrea incriminación? ¿Cuál sería la base para afirmar que se ha urdido o maquinado una

Tendríamos que negarle valor, al testimonio de una persona, que duda sobre el señalamiento de quien fue por ejemplo el autor de un homicidio. Pero no cuando se trata sobre hechos secundarios y explicables, como por ejemplo cómo iba vestido y sobre todo si se trata de una persona conocida"'. Igualmente, pueden presentarse lagunas que no sean sobre los hechos estelares, explicables, por razón de la edad, la ubicación de la persona en el lugar de los acontecimientos, etc.

En todo caso, los testimonios rendidos por una persona deben ser interpretados en conjunto. Lo mismo que cuando sólo se ha rendido un testimonio, No se pueden escoger frases o acontecimientos narrados, para sacarlos de contexto. Hay que tener en cuenta la modalidad de la pregunta. Muchas veces, sin mayor estudio se afirma que hay contradicción en las respuestas a unas preguntas, pero haciendo un estudio más detenido se llega a la conclusión que las preguntas eran distintas y por ello el testigo no entró en contradicción, cuando las respondió.

---

acusación temeraria? ¿Se podrá considerar, entonces, dicha versión, como imaginativa, conjetural o adivinativa, como lo alega la defensa?

De ninguna manera. La validez de un testimonio no depende exclusiva y mecánicamente de su uniformidad sino principalmente de su aptitud para el descubrimiento de la verdad material. Es el proceso lógico crítico que enmarca su valoración lo que determina definitivamente su trascendencia. Y el recuento del señor X reclama acato porque pese a sus fluctuaciones satisfactoriamente explicadas, racionalmente sale avante como prueba de instrumento de autoría y de responsabilidad penal en razón a que, de otro lado, surge diáfano que la agresión que se perpetró sin que mediara ninguna causal excluyente de antijuridicidad o de culpabilidad. La integridad objetiva y subjetiva de este testimonio, no tolera, en fin, su minimización probatoria".

[141] Dice la Corte: "Además del grave reparo hecho al arbitrario método de evaluación probatoria desplegado por el Tribunal en la sentencia atacada, en relación con el testimonio de K, cobran vigor las glosas que el Procurador Delegado hace sobre otras dudas sistemáticamente presentadas por el tallador. En efecto, resulta posible que el testigo no haya captado o no recuerde las características del atuendo que llevaba puesto el acusado, como concretamente lo refiere en su declaración, a pesar de la particular atracción del color negro como vestimenta completa, pues aquél estaba observando los movimientos de una persona harto conocida por él con anterioridad y que recientemente había estado en su expendio, no a un extraño que irrumpe en el escenario, y ese condicionamiento, por una suerte de sicología paradojal, puede descargar a la persona de la expectativa y la responsabilidad del detalle en la individualización de quien tiene frente a sí pero le es suficientemente conocido" (ver sentencia de 5 de agosto de 1997. Mag. Pon. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego).

243.6. Que no haya contradicciones graves, inexplicables, con los testimonios de otras personas

Siempre, que se estudia un conjunto de testimonios. El intérprete, debe imaginar la "pequeña historia del proceso", es decir "el universo de los hechos", ésta o éste, nos suministran los instrumentos para interpretar las diversas versiones y para explicar contradicciones y lagunas entre los distintos deponentes.

Véase este caso: Se trata de identificar un vehículo, que era conducido por K. Este percutó su revólver contra los ocupantes de otro vehículo, causándole la muerte a uno y heridas con deformación permanente a otro.

El conductor y los pasajeros contra los cuales disparó K, no coinciden en la descripción del vehículo donde se transportaba el agresor, hasta el punto que se puede decir "no existe uniformidad entre los distintos testigos que se refirieron a sus características" (no se puede exigir, que parezcan las distintas versiones como vertidas en un mismo molde), pero esas distintas versiones fueron más o menos uniformes en señalar que se trataba de un campero de color verde y blanco, es decir, de características similares a aquél en que se desplazaba el procesado en el momento de la captura.

No se pueden hacer abstracciones y especulaciones, sino tomar el universo indicado, en concreto, para lograr instrumentos para juzgar los testimonios. En todos los casos no hay testigos menores, que además son hijos de los heridos o muertos. Hay personas-testigos que no saben nada de carros. Hay personas-testigos que saben de carros. Hay personas que pueden grabar en su memoria número de placas, etc. Esta atmósfera, es la que debe tener en cuenta como guía al funcionario, cuando valora un conjunto de testimonios.

De tal manera, que si teniendo en cuenta lo anterior, el testimonio de una persona entra en contradicción (no por el número) en lo estelar con un conjunto de testimonios que por su calidad ofrece certeza, hay que restarle eficacia.

24.3.7. El estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción (art. 277 del C. de P.P.)

Resulta obvio, que si el órgano receptor no es idóneo para percibir el hecho, el juez debe restarle eficacia. Pero en cada caso se debe observar la entidad y naturaleza de la falencia. El juez de conformidad con las circunstancias del caso, le otorgará o no credibilidad.

24.3.8. Que no exista mentira sobre los hechos estelares

En general, se piensa que cuando se descubre una mentira del testigo, todo el testimonio rendido por esa persona pierde eficacia, pero ello no es así, habrá que mirar en conjunto el testimonio. El funcionario debe tener la capacidad para poder "escarbar en el testimonio" y separar las partes que le parecen veraces y aquellas que le parecen mendaces. No se puede pregonar una indivisibilidad del testimonio, hay que estudiarlo con gran cuidado y por sobre todo sin prejuicios, teniendo en cuenta que una de las grandes reglas que hay que tener en cuenta en el derecho probatorio, es que la mayoría de los casos no ocurren de conformidad con esa lógica estandar que nos han vendido, muy parecida a las medidas que deben tener las mujeres para ser consideradas bellas. Hay que acercarse a lo relatado por el testigo, para apreciarlo en sí, sin impregnarlo con la lógica indicada.

Un testigo puede en parte haber dicho la verdad y que ella aparezca apuntalada por otras pruebas, como indicios, testimonios, confesión, prueba pericial, etc. No habría un buen manejo de la prueba testimonial, si tuviéramos la irresponsabilidad de afirmar, como en esta parte mintió, mintió en todo, porque puede ser esa afirmación cierta o no, pero debe surgir no de esa generalización sino del estudio del testimonio en concreto y dentro del universo del respectivo proceso.

25. RECEPCIÓN DEL TESTIMONIO

25.1. GENERALIDADES

Como se estudió oportunamente, el testimonio en materia civil, laboral y contencioso administrativa, se recibe en audiencia pública presidida por el juez; el interrogatorio es oral, salvo que la parte haya enviado pliego escrito por no poder comparecer, pero en ese caso el juez lo formulará oralmente y puede, si es necesario, complementarlo.

25.2. ORDEN PARA LA RECEPCIÓN

El orden que debe seguirse es el siguiente:

a. Una vez comparece el testigo al despacho del juez (con las salvedades que se hicieron), se procede a identificarlo. Esta actuación debe ser la primera, pues si no hay manera de identificarlo (con la cédula de ciudadanía) o su nombre no coincide, debe abstenerse de tomarle declaración.

b. Identificado el testigo, el juez procederá a recibirle el juramento que en nuestro medio es promisorio, es decir, que a la persona se le hace prometer que dirá la verdad en la declaración que rendirá. El juramento debe ser tomado antes de los generales de ley, por cuanto éstos son muy importantes para el juzgamiento del testimonio, y con mayor razón, en materia civil, en la que existe el testigo sospechoso.

c. El juez lo cuestionará, en primer lugar, acerca de su nombre, apellido, edad, domicilio, profesión, ocupación, estudios que haya cursado y demás circunstancias que sirvan para establecer su personalidad y si existe en relación con él algún motivo de sospecha.

d. Le ordenará que haga un relato de los hechos objeto de la declaración (véase num. 13.2, pág. 345).

e. Interrogará el juez, exigiendo 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 (véase num. 19, pág. 384). Si la declaración versa sobre expresiones que el testigo hubiere oído o contiene conceptos propios, el juez le ordenará que explique las circunstancias que permitan apreciar su verdadero sentido (véase num. 17, pág. 378).

El funcionario pondrá especial empeño en que el deponente sea exacto y completo. No se admitirá como respuesta la simple expresión de que es cierto el contenido de la pregunta, ni la reproducción del texto de ella.

f. A continuación del juez, las partes podrán interrogar al compareciente, comenzando por quien solicitó la prueba. Aquel podrá, en cualquier momento, ampliar los interrogatorios y exigir al testigo aclaraciones y explicaciones (véase num. 13.2, pág. 345). El orden de la recepción del testimonio previsto. en el artículo 228 del C. de P.C. fue incluido en los artículos 439 del C.P.M. y 276 del C. de P.P.

25.3. OBSERVACIONES

El testigo no podrá leer notas o apuntes a menos que el juez lo autorice cuando se trate de cifras, fechas, hechos antiguos y en los demás casos que considere justificados, siempre que no afecte la espontaneidad del testimonio.

El numeral 7 del artículo 228 del C. de P.C., el cual establecía la posibilidad que el testigo solicitará plazo para consultar documentos, fue derogado por el artículo 23 de la Ley 794 de 2003.

Siendo una realidad la derogatoria, cabría hacer una pregunta: ¿Puede el juez razonablemente y en determinadas condiciones otorgar ese plazo? La respuesta será afirmativa cuando quiera que el juez colocado en las mismas circunstancias del testigo tendría necesidad para poder responder de consultar documentos.

Y también cabría otra pregunta: Si lo anterior es cierto, ¿qué sentido tiene entonces la derogatoria? La derogatoria implica que deja de ser institución la posibilidad de solicitar ese plazo (la ley), pero teniendo el juez el poder-deber de decretar pruebas de oficio, puede otorgar el plazo.

Tal numeral –7 del art. 228 del C. de P.C.–, fue sustituido por lo que está consagrado en el numeral 3 del artículo 10 de la Ley 446 de 1998, que dice:

> "Los testigos podrán presentar documentos relacionados con los hechos sobre los cuales declaran, los cuales se agregarán al expediente y se darán en traslado común por tres (3) días, sin necesidad de auto que lo ordene".

Al respecto, ver el comentario que se hizo sobre estos documentos cuando son presentados por las partes que absuelven interrogatorio, los cuales son pertinentes para el testimonio.

Al testigo que sin causa legal rehusare prestar juramento o declarar, y al que diere respuestas evasivas a pesar de ser requerido por el juez para que conteste categóricamente, se le aplicarán las reglas previstas en el artículo 225 del C. de P.C.

El testigo puede decir, y eso es lo importante, que no recuerda los hechos sobre los cuales se le interroga, y si tiene duda, ésta debe ser comunicada al juez, ya que es preferible la duda a la afirmación categórica cuando mentalmente no existe el grado de certeza que justifique tal comportamiento.

Concluida la declaración el testigo podrá solicitar al juez que lo autorice para retirarse del despacho por cuanto puede suceder que en la misma audiencia, y después de que el juez reciba, las versiones de otros testigos, considere útil interrogar nuevamente a quien ya había sido cuestionado, pues podría aportar nuevas luces sobre la controversia, lo cual justificaría tal indagación adicional (artículo 228 ordinal 10 C. de P.C.; artículo 439 ordinal 8° C.P.M.; aplicable al proceso penal ordinario).

25.4. ACTA

De todo lo ocurrido se dejará constancia en un acta que deberá firmar el deponente, previa lectura 'y aprobación por su parte de lo consignado en ella. También la suscribirán los demás intervinientes.

Cuando el acta haya sido grabada o tomada en taquigrafía, el testigo deberá firmar el acta escrita que registre la versión correspondiente, para lo cual se le citará. Su renuencia a firmar no hará ineficaz el testimonio, pero dará lugar a la multa de que trata el artículo 225 del C. de P.C., sin perjuicio de que pueda ordenarse su conducción por la policía para dicho fin.

El orden y el acta en la forma que hemos indicado se aplica en materia penal ordinaria (artículo 147 C. de P.P.), y penal militar (artículo 439 del C.P.M.) aplicables a lo contencioso administrativo y al procedimental laboral.

26. CAPACIDAD PARA TESTIMONIAR SEGÚN LA EDAD

Existen en los distintos códigos tres tendencias muy marcadas, a fin de establecer la capacidad para testimoniar:

1. No establecer límites de edad y dejar al juzgado para que en cada caso le dé el valor que merezca al testimonio del niño o del joven. Esta tendencia es más marcada en los estatutos de procedimiento penal. Los artículos 266 del C. de P.P., y 430 del C.P.M., siguen esta orientación.

1 Establecer fatalmente un límite de edad, orientación ésta que sigue el actual C. de P.C., en el artículo 215 el cual establece que los menores de doce años son inhábiles absolutos para testimoniar[142].

[142] El artículo 143 del Código Procesal Civil y Mercantil para Guatemala estatuye: **"Aptitud para ser** testigo. Puede ser admitida a declarar como testigo cualquiera persona que haya cumplido dieciséis años de edad".
Canon 1550 parágrafo 1: "No se admiten como testigos los menores de catorce arios".

Capítulo II

LA CONFESIÓN

1. LA CONFESIÓN EN MATERIA PENAL

1.1. DEFINICIÓN

1.1.1. En la doctrina

Sergio García Ramírez[1] define la confesión como: "Relación de hechos propios, por medio de la cual el inculpado reconoce su participación en el delito".

El autor citado explica que puede existir confesión, aunque referida solamente a la participación, ya que puede negarse por la vía confesional la culpabilidad.

Compartimos lo dicho, ya que es posible que se acepte haber realizado un hecho delictivo, pero agregando una disculpa que haga desaparecer la culpabilidad.

Alberto González Blanco[2] la define como: "El acto por el cual el sujeto a quien se le imputa el hecho punible admite ser su autor, y por lo mismo admite también su responsabilidad penal". De la anterior definición debería quitarse la última parte, esto es, la que dice: "y por lo mismo admite también su responsabilidad", por cuanto hay confesión si el sujeto acepta o nana haber participado en un hecho delictuoso, aun cuando se disculpe con el fin de hacer desaparecer su culpabilidad.

Alfonso Ortiz Rodríguez[3], por su parte, define la confesión: "Conforme a lo dispuesto en el artículo 264 del Decreto 409 de 1971, la confesión judicial puede definirse como la declaración del procesado, hecha en forma libre y

[1] GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO. *Curso de derecho procesal penal.* Ed. Porrúa S.A., México 1974, pág. 293.

[2] GONZÁLEZ BLANCO, ALBERTO. *El procedimiento penal mexicano.* 1 edición, Ed. Porrúa S.A. México, 1975, pág. 158.

[3] ORTIZ RODRÍGUEZ, ALFONSO. *Nuevo curso de derecho procesal penal.* Publicación Universidad de Medellín, 1983, pág. 340.

espontánea, ante el juez o el funcionario de instrucción y su respectivo secretario, en la que reconoce la exactitud del hecho delictivo que se le imputa, sea que admita o no su propia responsabilidad penal total o limitada".

En la definición anterior se incluyen requisitos de validez y de eficacia; sin embargo, la compartimos sin reservas cuando dice que "sea que admita o no su propia responsabilidad penal...", ya que hay confesión, según nuestro parecer, aun cuando no se acepte la culpabilidad y, en general, la responsabilidad.

1.1.2. Ejemplo elaborado con base en la jurisprudencia nacional

X (quien ejerce el oficio de enfermera) es acusada de haber causado el aborto a Z (quien falleció). X argumenta que ignoraba que Z estuviera embarazada cuando colocó la sonda.

Sostiene la Corte que no podía la sindicada alegar error esencial de hecho sobre el uso de la sonda, porque, siendo enfermera de profesión, habría sido negligente al no averiguar cuál era su empleo conecto y para qué se usaba. Tampoco podría aceptársele que procedió por ignorancia invencible,' precisamente porque su oficio era de comadrona y tal circunstancia implicaba conocimiento práctico sobre el proceso de gestación, el parto y el puerperio':

Se comprende que X pretendió, al confesar, quitarle a su conducta típica la culpabilidad, alegando que ignoraba que la persona estaba embarazada (es decir, que no obró con dolo; ésta es la forma de culpabilidad en este caso); no se le creyó por lo anotado y fue condenada por el delito de aborto, conducta. delictiva punible conforme al artículo 343 del C.P. de 1936.

José A. Arlas[5] sostiene: "La confesión es justamente el testimonio que presta el imputado de un hecho contrario a su interés. En este rasgo propio de la confesión, de contener la afirmación de un hecho contrario al interés del declarante, se encuentra la esencia de esta figura y lo que la distingue del testimonio genéricamente considerado".

Lo anterior incluye el concepto de interés y niega que éste puede ser, precisamente, el de confesar el hecho delictuoso. Por otra parte, al definir la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de 21 de abril de 1977. Mag. Pon. Dr. Julio Salgado Vásquez.

;IRLAS, JOSÉ A. *Derecho procesal penal.* T. II, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1973, pág. 379.

confesión en la forma indicada, da la sensación de resistencia a confesar por parte de la persona (es decir, no tendría interés en confesar), y sin embargo, confiesa. Consideramos que para el caso de Uruguay, es más afortunada la definición del artículo 235 del C.I.C., que dice: "La confesión es un acto judicial por el que el procesado se reconoce como autor o cómplice del delito o delitos que motivan la causa". Reiteramos nuestro criterio: no siempre que alguien confiesa la comisión de un hecho delictuoso, está actuando en contra de sus propios intereses.

1.1.3. Definición de la Corte Suprema de Justicia

"La confesión en materia penal es el reconocimiento que el acusado hace de su propia culpa por haber participado en el hecho de que se le sindica"[6].

"La confesión en materia penal no viene a ser otra cosa que el reconocimiento de una determinada responsabilidad de quien la hace, aceptando ser el autor de un delito"[7].

"La confesión no es otra cosa que la declaración del sindicado en que reconoce explícitamente su participación en el hecho criminoso, es decir, el reconocimiento de su autoría y por tanto de su responsabilidad penal"[8].

Se reitera el criterio de la Corte: "La confesión en materia penal es el reconocimiento que el acusado hace de su propia culpa por haber participado en el hecho de que se le sindica"[9].

Por confesión ha de entenderse "la voluntaria declaración o admisión, que el imputado hace acerca de la comisión de un delito por parte suya, es decir, la admisión o el reconocimiento de su participación en un hecho ilícito..."[10].

Por confesión se entiende, en materia criminal, "el reconocimiento solemne y expreso que de su propia responsabilidad hace libre y

[6] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de 6 de julio de 1979. Mag. Pon. Dr. Agustín Gómez Prada.

[7] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de 20 de abril de 1961. Mag. Pon. Dr. Ángel Martín Vásquez A.

[8] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sala de Casación Penal. Sentencia de 26 de abril de 1961. Mag. Pon. Dr. Primitivo Vergara Crespo.

[9] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de 27 de abril de 1976. Mag. Pon. Dr. Pedro Elías Serrano Abadía.

[10] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia *de* 10 de febrero de 1977. Mag. Pon. Dr. Jesús Bernal Pinzón.

espontáneamente el sindicado de la comisión de un delito, ya lo haga en forma plena o completa, bien atenuada o restringidamente, lo que quiere decir que, en suma, para que exista realmente confesión ésta debe producir en mayor o menor grado, consecuencias procesales respecto del reconocimiento de la responsabilidad penal del confeso".

Podemos observar que en todas las definiciones que hemos tomado de la Corte, se habla de reconocer la responsabilidad o de reconocer la culpa, excepto en la sentencia de 10 de febrero de 1977, en la que encontramos una buena definición.

La confesión no implica que necesariamente sea en contra del confesante, es decir, que tenga que admitir su culpabilidad o responsabilidad, porque quien admite ser el autor de un hecho descrito corno punible, no necesariamente reconoce su culpabilidad, ya que del total de lo confesado se puede llegar a una causal de justificación.

Entendernos que quien afirma haber matado en legítima defensa, en el fondo no está confesando, por cuanto la disculpa es total; pero formalmente hay una confesión, al aceptar la realización de ese hecho que la ley penal describe como delito.

1.1.4. Definición

Por nuestra parte creemos que, en materia penal, la confesión es la declaración del acusado (en sentido genérico), donde nana o reconoce ser el autor o partícipe de unos hechos que la ley penal describe como delito.

Este criterio puede explicarse así:

1) La confesión no es otra cosa que una especie de la declaración del sindicado, inculpado o acusado.

2) En la crítica que hicimos (le las definiciones de otros autores, sostuvimos que para que exista confesión no se requiere reconocer la responsabilidad, cuestión que se debatirá en el proceso; basta, entonces, que acepte o narre ser autor o partícipe de unos hechos que la ley penal describe como delito y que son precisamente los que han motivado la investigación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de 7 de octubre de 1980. Mag. Pon. Dr. Dante Luis Fiorillo Porras.

1.2. INDIVISIBILIDAD DE LA CONFESIÓN EN MATERIA PENAL

1.2.1. Doctrina

Podemos agrupar a los autores nacionales así:

Antonio Vicente Arenas sostiene:

"La confesión es, por regla general, indivisible. Debe aceptarse tanto en lo favorable corno en lo desfavorable. Cuando se produce en las condiciones ya estudiadas 'se presume verídica', no una parte apenas sino en su totalidad.

"Fiemos dicho 'por regla general', porque excepcionalmente la confesión puede dividirse cuando el procesado la acompaña de circunstancias de justificación, exculpación, atenuación o excusa (confesión calificada), desvirtuadas por otras pruebas. Así lo han establecido nuestros Tribunales: 'En materia criminal —han dicho— la confesión del procesado debe aceptarse tanto en lo favorable como en lo desfavorable, cuando en los autos no milita contra él otra prueba diferente', en otras palabras, cuando es prueba única de la participación del confesante en el hecho investigado y de las circunstancias que rodearon su ejecución. Es el mismo principio que rige en lo civil: 'La confesión deberá aceptarse con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, **excepto cuando exista prueba que las desvirtúen' (C.P.C.,** artículo 200)" (las negritas son del autor citado).

La explicación transcrita es clara, y concordamos en que el principio establecido en materia civil y recogido en el artículo 200 del C. de P.C., rige y con mayor razón en materia penal.

Alfonso Ortiz Rodríguez" sigue, en términos generales, el criterio anterior: "la confesión cualificada es indivisible cuando es única prueba y hay que admitirla en su totalidad y resolver con base en ella".

Gustavo Humberto Rodríguez' hace un planteamiento en el que no fija claramente su posición; sostiene: "En los procesos penales colombianos,... no existe el fenómeno de la obligación probatoria, ni para el sindicado ni para el denunciante, pues el instructor debe investigar los hechos en su totalidad, sean de cargo o de descargo. De otra parte, también es medio probatorio idóneo la confesión, y también en estos procesos impera el sistema de la sana crítica.

[12] ARENAS, ANTONIO VICENTE. *Procedimiento penal.* Ed. ABC, Bogotá, 1971, pág. 175.

[13] ORTIZ RODRÍGUEZ, ALFONSO. *Nuevo curso...* Cit., pág. 344.

[14] RODRÍGUEZ, GUSTAVO HUMBERTO. *Curso de derecho probatorio.* 4ª edición, Ed. Librería del Profesional, Bogotá, 1983, pág. 216.

Habrá que concluir que como el fenómeno de la divisibilidad se genera según sea el sistema de evaluación probatoria, en materia penal se consagra el principio de la indivisibilidad de la confesión, o, mejor dicho, para esa materia es ajeno tal fenómeno. De suerte que si el sindicado confiesa el hecho que se reputa delito, lisa y llanamente, o en forma cualificada, esto es, agregándole circunstancias que produzcan consecuencias jurídicas atenuantes o eximentes deresponsabilidad, la confesión es indivisible, mientras no se presente prueba en contrario, sea del hecho confesado, sea del agregado. El análisis de la prueba, la aplicación de las reglas de la sana crítica, le dirán al juzgador cuáles hechos lo consagran, debe tenerse como una regla para la apreciación de la confesión.

4) Estamos de acuerdo con el autor cuando sostiene que "la confesión (cualificada) es indivisible, mientras no se presente prueba en contrario, sea del hecho confesado, sea del agregado".

1.2.2. Jurisprudencia

1) "La confesión de un procesado es indivisible, de suerte que es necesario admitirla respecto de los descargos cuando es prueba única de la responsabilidad; pero si a más de la confesión obran pruebas acerca de aquella, la declaración del procesado no es indivisible'.

2) "En materia penal la confesión es indivisible, siempre y cuando que el confesante haga por lo menos verosímiles los hechos o

[15] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de 24 de enero de 1945. Mag. Pon. Dr. José Antonio Montalvo.

circunstancias en que funda las causales de justificación o de excusa que alega en descargos'.

3) a) "En materia penal prevalece el criterio de que la confesión es indivisible, cuando a la modalidad agregada nada la contradice".

b) "La indivisibilidad de la confesión obedece, aparte de un sentido de indudable equidad, a que psicológicamente nadie conoce mejor un hecho que quien lo ha ejecutado".

c) "Si acepta y ratifica la ejecución del hecho, pero agrega algo que modifica sus consecuencias debe aceptársele, siempre que por lo menos sea verosímil y esa verosimilitud encuentre amplio respaldo en el proceso".

d) "Puede suceder que la prueba íntegra de la responsabilidad esté tan concretamente establecida, que la confesión calificada de nada sirve para modificar la responsabilidad".

e) "Una confesión calificada carece de importancia cuando el acervo probatorio gravita íntegro contra el procesado, sin medios ningunos para eludir la fuerza de convicción que surge del proceso".

f) "Tiene en cambio importancia, cuando la prueba da margen a la duda, cuando surgen oscilaciones o vacíos en la prueba de cargos que permitan discrepancias en materias fundamentales que se rozan con la responsabilidad o no responsabilidad, entonces la confesión calificada puede recuperar su fundamental importancia, ya que resulta cierto lo que la doctrina admite en el sentido de que tal clase de confesión actúa y sirve para los menesteres de la justicia cuando quiera que esta se encuentra en circunstancias dudosas y exista manifiesta deficiencia probatoria"[17].

4) "La confesión del procesado, artículo 255 del Código de P.P., puede legítimamente dividirse cuando una de sus partes está contradicha por las pruebas y la otra está confirmada por ellas. La confesión solo es indivisible y debe aceptarse, por tanto, así en lo favorable como en lo desfavorable al sindicado, cuando en los autos no obra contra él otra prueba diferente y no aparecen elementos probatorios que la infirmen **en lo que le** es desfavorable"[18].

[16] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de 15 de diciembre de 1950. Mag. Pon. Dr. Ángel Martín Vásquez.

[17] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de 20 de abril de 1961. Mag. Pon. Dr. Ángel Martín Vásquez.

[18] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de 3 de noviembre de 1960. Mag. Pon. Dr. Humberto Barrera Domínguez.

5) "No se puede hablar de confesión cuando se niegan rotundamente los cargos. La indivisibilidad de la confesión exige, obviamente que el acusado haya admitido la imputación'.

Coincidimos, en líneas generales, con la anterior sentencia; sin embargo, se debe decir que la indivisibilidad de la confesión exige que se hayan admitido o narrado hechos que la ley penal define como delito, sin que se tenga que hablar de imputación. Debe quedar claro que la confesión cualificada se compone de dos partes: Una donde propiamente podemos hablar de confesión y otra que es la disculpa que va unida a la primera. Salvo la observación anterior, estamos en un todo de acuerdo con el criterio expuesto por la Corte en la sentencia comentada.

1.2.3. Ejemplos con base *en la jurisprudencia* nacional colombiana

1) Se dice que X se encontraba dentro de una casa robando; al rendir indagatoria y en todas las diligencias, sostiene que él no estaba dentro sino en la calle y que fue amenazado por el dueño del inmueble con un cuchillo y obligado a penetrar a él.

Afirma por otra parte el denunciante, que se encontró al señor X robando dentro de la casa de habitación del primero.

El apoderado del sindicado alega que la confesión que hace X se debe tomar en su conjunto, y que, en consecuencia, no se puede dividir.

Obsérvese que en el caso planteado no podemos hablar de confesión y mucho menos que ésta sea indivisible, por cuanto no la hubo y, si ello es así, mal podríamos hablar de confesión indivisible".

2) X hace vida marital con Z.

X después de haber regresado de una fiesta en compañía de su concubina Z, se entrega al sueño; en medio de la noche se levanta y encuentra a su mujer ejecutando el acceso camal con K; por esto le da muerte.

Confiesa haberle dado muerte por el dolor que le causó su actitud, ya que la quería y la tenía como su esposa; textualmente dice "Maté a mi mujer Z, porque la encontré ejecutando el acceso camal con K y me llené de furia".

[19] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de 13 de marzo de 1968. Mag. Pon. Dr. Humberto Barrera Domínguez.

[20] Elaborado con base en la sentencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. 13 de marzo de 1968. Mag. Pon. Dr. Humberto Barrera Domínguez.

Los testigos que llegaron después de los hechos, manifiestan que lo encontraron gritando que por culpa de K había dado muerte a su cónyuge.

Se le aceptó la confesión corno indivisible, por cuanto no existía prueba que desvirtuara la ira y el intenso dolor causados por grave e injusta provocación y además, porque no era inverosímil lo dicho por el confesante.

Aclaremos que el artículo 28 del C.P. de 1936 decía: "Cuando se comete el hecho en estado de ira e intenso dolor, causado por grave e injusta provocación, se impondrá...".

El artículo 57 del actual C.P. preceptúa: **"Ira e intenso dolor.** El que cometa el hecho en estado de ira e intenso dolor, causado por comportamiento ajeno grave e injusto, incurrirá...".

Se aceptó la atenuante establecida en el artículo 28 del C.P., vigente en la época de los hechos[21].

3) X y Y, que viajaban en bicicleta, y en sentido contrario, chocaron; el primero disparó en contra del segundo, causándole de este modo graves lesiones.

X argumentó, "Entonces enseguida vi que se regresó para el pueblo otra vez hacia mí y pude observar que traía algo en la mano como un arma, entonces ya enseguida me imaginé que se trataba de un atraco que me iban a hacer, entonces fue cuando le grité que qué iba hacer conmigo, pero el sujeto se me abalanzó, entonces fue cuando yo saqué el revólver y le hice un disparo para intimidarlo".

A pesar que otra fue la versión que suministró el lesionado, lo cierto fue que se le aceptó la explicación al sindicado.

Según la Corte, X obró, en el caso de las lesiones que causó a Y, determinado por un error esencial de hecho , no proveniente de negligencia alguna, lo que en verdad lo sitúa en 'las condiciones de inimputabilidad señaladas con respecto a tal error en el ordinal 2° del artículo 23 del C.P.

En el actual C.P. (Ley 599 de 2000) tal causal se encuentra establecida en el numeral 10 del artículo 32, que bajo la denominación de "Ausencia de responsabilidad" contempló las causales de justificación y las causales de

[21] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de 15 de noviembre de 1968. Mag. Pon. Dr. Luis Carlos Zambrano.

inculpabilidad anteriormente contempladas en los artículos 29 y 40 del Decreto 100 de 1980.

1.2.4. Tesis del profesor Antonio Rocha

Sostiene el profesor Antonio Rocha [22]: "Pero el 255 y el 363 de la ley nueva, no la hacen indivisible. Seguir hablando de confesión indivisible como punto de partida dialéctico del intérprete, no deja de ser una demagogia científica, pues el 255 apenas la presume verídica y eso con ciertas condiciones de realidad en cuanto a la existencia del cuerpo del delito; y el 363, que en otra lección comentamos ya, le ordena al funcionario instructor del proceso que, no obstante el franco reconocimiento que el procesado hace de su participación en el hecho, 'continuará practicando las diligencias conducentes para adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y averiguar las circunstancias del hecho' ".

Analiza una sentencia de la Corte.

El caso: González afirma haber dado muerte a Leal, agregando una circunstancia exculpativa: disparé cuando Leal me atacó con un cuchillo. Leal murió sin haber recobrado el conocimiento.

Las pruebas: Como no hubo testigos, la única prueba era la confesión.

La sentencia: Fue condenado y se desechó el agregado: "Le di muerte porque me atacó con un cuchillo". Fue descartada por inverosímil inicialmente, pues el homicida tenía 27 años y la víctima 67; aquél, armado con escopeta y ésta sin nada y en pleno día.

Obsérvese que el profesor Rocha dice inicialmente que "seguir hablando de confesión indivisible como punto de partida dialéctico del intérprete, no deja de ser una demagogia científica".

Sin embargo, con el ejemplo que trae se corrobora lo necesario que es hablar de la indivisibilidad de la confesión como criterio que debe seguir el intérprete. Procedamos así:

Repitamos el ejemplo pero utilizando otros términos:

X da muerte a Y.

[22] ROCHA, ANTONIO. *De la prueba en derecho.* T. 1, Ed. Lerner, Bogotá, 1967, págs. 278-279.

X dice: "Sí lo maté pero fui atacado por Y con un cuchillo".

Conclusión: No le creemos a X, pues no resulta posible que una persona de 67 años y desarmada, ataque a otra que tiene 27, vigorosa, armada con una escopeta y en pleno día.

Observemos el siguiente ejemplo:

El caso: X da muerte a Y. Aquél dice: "Sí lo maté pero en legítima defensa, pues me atacó con un cuchillo".

Conclusión: Sí le creemos a usted porque usted tiene 70 años, fue atacado de noche por un hombre de 30 años armado con un cuchillo.

Es fácil encontrar la diferencia en los ejemplos. El primero es de confesión divisible, porque hay pruebas que desvirtúan lo dicho por el confesante; los indicios desvirtúan lo dicho por el sindicado (pero hubo necesidad de pruebas para desvirtuarla). El segundo es de confesión indivisible porque no existen pruebas que la desvirtúen; incluso, indiciariamente resulta corroborada: la hora, la edad del homicida, la edad de la víctima, etc.

Los ejemplos nos dan las razones para no estar de acuerdo con el profesor Rocha, y en cambio sostener la necesidad de la indivisibilidad de la confesión.

1.2.5. Conclusiones

Las podemos resumir así:

1) El Código de Procedimiento Penal de 1887 (artículo 1664) establecía la divisibilidad: "Si en la confesión agrega el confesante alguna circunstancia que la modifique, de algún modo, tendrá que probar esa circunstancia para destruir o desvirtuar la fuerza de la confesión contra él".

En el año de 1938 (Ley 94) se redactó el artículo 255 igual al 264 del C. de P.P., derogado (Decreto de 1971). En estas normas se estableció la presunción de veracidad de la confesión, sin que expresamente dijera nada sobre la divisibilidad, consagrando en forma clara la indivisibilidad de la confesión.

El Código de Procedimiento Penal derogado (Decreto 50 de 1987), en el artículo 297 hablaba de confesión calificada, pero no se decía nada sobre la divisibilidad o indivisibilidad de la confesión.

El Código de Procedimiento Penal expedido con el Decreto 2700 de 1991, no incluye los conceptos de confesión simple ni calificada, como tampoco hace referencia a la indivisibilidad de la confesión, ni a su divisibilidad; lo anterior significa que el tema ha quedado a criterio de la

doctrina y como consecuencia a la apreciación del juez. (Se mantuvo el mismo criterio en el Código —Ley 600 de 2000—).

2) La confesión en materia penal, con mayor razón por la materia a que se refiere, debe ser indivisible.

3) Nos apartamos de quienes sostienen que es éste un concepto inútil, cuando impera el sistema de la libre convicción, y que sólo es provechoso cuando rige el sistema tarifario. Pasa exactamente todo lo contrario, pues una de las reglas de apreciación de la confesión en el sistema de la libre convicción, debe ser el de su indivisibilidad.

4) No parece equilibrado que un juez condene al sindicado con sustento en su confesión, y que al mismo tiempo no se le crea en la parte que ofrece disculpa, arguyendo la obligación del Estado de castigarlo.

5) Si aparecen pruebas que demuestran que las disculpas del confesante no son ciertas, sí es equilibrado, entonces, que el juez le diga "no creo tus disculpas", porque con base en aquellas pruebas, éstas aparecen desvirtuadas.

6) Hay necesidad de hablar de confesión indivisible en los siguientes casos: a) Cuando es la única prueba de la responsabilidad; b) Cuando a pesar de existir otras pruebas, éstas son confusas; c) Cuando lo dicho en la confesión aparece corroborado por otros medios probatorios; d) Cuando las explicaciones o circunstancias agregadas a la confesión no son inverosímiles.

1.3. CLASES DE CONFESIÓN EN MATERIA PENAL

La doctrina ha reconocido las siguientes clases de confesión.

1.3.1. Confesión simple

Es la declaración que hace una persona en la cual admite haber participado en un hecho punible.

1.3.2. Confesión calificada

Es la declaración que hace una persona en la cual admite su participación en un hecho supuestamente punible, manifestando a la vez que operó alguno de los acontencimientos previstos en el artículo 32 del C.P., o invoque cualquier otro motivo o causal que modifique su grado de participación (art. 30 del Código Penal), inclusive los hechos previstos en los artículos 55, 56 y 57 del C.P.

1.3.3. Confesión procesal

Es la confesión que se hace frente a un funcionario judicial, la cual puede ser simple o calificada. Este tipo de confesión se presenta cuando el fiscal o el juez toman versión, indagatoria o ampliación de indagatoria, al imputado.

1.3.4. Confesión extraprocesal

Es la confesión que se hace frente a persona distinta de un funcionario judicial; aquélla puede ser simple o calificada.

1.3.5. Requisitos que debe cumplir la confesión en el nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000)

El Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000) señala en el artículo 280 los requisitos que debe reunir la confesión:

1) Que sea hecha ante funcionario judicial..
2) Que la persona está asistida por defensor.
3) Que la persona haya sido informada del derecho a no declarar contra sí misma.
4) Que se haga en forma consciente y libre.

1.3.5.1. Que sea hecha ante funcionario judicial

Debe ser hecha ante el juez o fiscal. El artículo 324 del C. de P.P. (refiriéndose a la investigación previa) regla: **"Versión del imputado.** Cuando lo considere necesario el Fiscal General de la Nación o su delegado podrá recibir versión al imputado que no está obligado a declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge, compañero permanente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo civil y primero de afinidad.

La aceptación de la autoría o coparticipación por parte del imputado en la versión rendida dentro de la investigación previa tendrá valor de confesión".

1.3.5.2. La persona debe estar asistida por defensor

El derecho a la asistencia técnica durante la declaración del imputado o procesado, es una garantía de la legalidad del interrogatorio. La presencia del abogado durante la versión o durante la indagatoria, debe ser permanente para que se cumpla su finalidad.

En este punto es pertinente reiterar nuestra posición; no es posible dar valor de confesión a la versión autoincriminatoria del imputado sin la presencia de su defensor, ello viola el artículo 29 de la Constitución Política.

1.3.5.3. La advertencia a la persona del derecho que tiene a no declarar contra si misma

El artículo 33 de la Constitución Nacional protege este derecho; nadie está obligado a autoincriminarse en materia penal. Esta advertencia debe ser hecha por el fiscal o por el juez cuando vayan a interrogar al imputado, o cuando éste voluntariamente rinda declaración; lo mismo debe decirse con relación a la policía judicial, cuando escuche la versión del imputado.

1.3.5.4. La declaración debe ser hecha en forma consciente y libre

Este requisito exige que la persona al rendir la declaración no se encuentre bajo los efectos de narcóticos o hipnotizada; es preciso que se encuentre en plenitud de sus facultades. En este sentido, ha dicho el Tribunal Constitucional Español:

> "La prueba denominada científicamente "narcoanálisis" y vulgarmente como "suero de la verdad", para lograr la deposición de conductas sin frenos inhibitorios, por la ingestión de sustancias químicas, que relajen la voluntad, y que propuso el recurrente ante los Tribunales ordinarios, no fue admitida en razonado juicio de legalidad por el Tribunal Supremo especialmente, al no ser fiables en sus resultados, entrañar eventuales peligros en su aplicación, conculcar el principio de legalidad, pues sería una forma indirecta y torticera de obtener la confesión del reo, y suponer un desprecio por la persona, por aniquilar o deformar los .recursos psíquicos y físicos del ser humano"[23].

No es posible utilizar tampoco ningún mecanismo que obligue a la persona a declarar, coacciones físicas o morales, no está permitido coartarle su libertad de declarar o no hacerlo; durante la indagatoria, por ejemplo, el sindicado puede guardar silencio, pero el funcionario debe advertirle que su actitud le priva de medios de defensa (artículo 337 del C. de P.P.).

El cumplimiento de los requisitos anotados determina el que haya o no confesión; la falta de alguno de ellos trae como consecuencia que la declaración autoincriminatoria del imputado no tenga absolutamente ningún valor probatorio, salvo que constitucional y legalmente se permitan excepciones, caso en el cual se podrá valorar la prueba.

[23] Tribunal Constitucional Español. Auto 21 del 6 de enero de 1985.

2. LA CONFESIÓN EN MATERIA CIVIL

2.1. DEFINICIÓN

2.1.1. En la doctrina

Gustavo Humberto Rodríguez[24] afirma: "Tenemos sentado que la confesión es una declaración de parte, en su sentido procesal, o mejor, una especie de declaración dada por una de las 'partes', en la cual se aceptan hechos que le perjudican o benefician a la contraparte, dicho esto en un concepto general".

En la anterior definición no debería entrar aquello de que aceptan hechos, por cuanto puede suceder que no se acepten éstos, sino que, sencillamente, se narren, aún sin haber sido expuestos por la contraparte, pero que incidan en forma más o menos directa en el objeto concreto del proceso.

2.1.2. Nuestra opinión

La confesión puede definirse como la declaración que hace una parte sobre los hechos propios, o el conocimiento que tiene de hechos ajenos, y que le perjudican o favorecen a la contraparte.

De lo anterior puede deducirse que la confesión:

1) Configura una de las modalidades del testimonio, pero específica, es decir, de quien tiene la calidad de parte en el proceso.

2) Debe versar sobre hechos, aunque se pueden hacer afirmaciones jurídicas que significarán narración simplificada de hechos.

3) Siendo, como es, una especie del testimonio, la confesión debe versar sobre hechos pasados.

4) Puede versar sobre hechos personales del confesante o sobre el conocimiento que tiene de hechos ajenos, pero con la condición de que ellos le causen perjuicio.

2.2. INDIVISIBILIDAD DE LA CONFESIÓN EN MATERIA CIVIL

2.2.1. Generalidades

El Código Judicial de los Estados Unidos de Colombia, sancionado por el Congreso Nacional en 1872, y modificado por la Ley 76 de 19 de mayo de 1873, preceptuaba:

[24] RODRÍGUEZ, GUSTAVO HUMBERTO. Curso de... Cit., pág. 199.

"**Artículo 501:** La confesión puede ser simple o explicada.

"Confesión simple es la que hace la parte afirmando lisa i llanamente el hecho. Confesión explicada es la que se hace reconociendo también el hecho, pero añadiendo circunstancias o modificaciones, que restringen o destruyen la intención de la parte contraria"[25].

"Articulo 502: Cuando la circunstancia o la modificación que se añade en la confesión explicada puede separarse del hecho sobre que recae la pregunta, o más bien, cuando es una verdadera excepción, se llama confesión dividua o divisible i tiene toda la fuerza de una confesión absoluta o simple, a menos que el confesante pruebe la modificación o circunstancia añadida; mas cuando esta circunstancia o modificación es inseparable del hecho preguntado, la confesión se llama individua o indivisible i no se puede admitir en una parte i desechar en otra por el adversario, quien si quiere aprovecharse de ella, tiene que probar ser falsa la modificación".

El artículo 609 del C. de J. (Ley 105 de 1931) preceptuaba:

"La confesión se admite tal como se hace con sus modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al mismo hecho, pero si el confesante agrega hechos distintos *y* separados que no tenga íntima relación con el primero, constituyen verdaderas excepciones que tiene obligación de probar".

El artículo 200 del C. de P.C. (código vigente) preceptúa:

"**indivisibilidad de** la confesión y divisibilidad de la declaración de parte. La confesión deberá aceptarse con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, excepto cuando exista prueba que las desvirtúe.

"Cuando la declaración de parte comprenda hechos distintos que no guarden íntima conexión con el confesado, aquellos se apreciarán separadamente",

En Colombia se ha consagrado como principio general lo que se llama la indivisibilidad de la confesión, para culminar con el actual Código de Procedimiento, en donde se establece que la confesión es indivisible, y lo que viene a ser divisible es la declaración de parte.

Al respecto ha dicho la Corte:

"De suerte que, como norma general, la confesión es de carácter indivisible y sólo ante adiciones desconectadas del hecho principal se puede escindir. Porque según la doctrina moderna y las nuevas orientaciones del régimen probatorio, un factor o distintivo de la confesión en la modalidad de indivisible, es el que las modificaciones, aclaraciones *y* explicaciones dadas por el confesante guarden

Se transcribe tal como aparece en su redacción original *y* como escribía el castellano de la época.

íntima relación con el hecho confesado, o, en otras palabras, exista verdadera conexión jurídica con él, pues en su defecto, vale decir, cuando las modificaciones, aclaraciones o explicaciones aparecen como independientes del hecho principal, la confesión asume entonces la calidad de divisible. Igualmente se ha sostenido que la confesión se torna escindible cuando las modificaciones, aclaraciones o explicaciones concernientes al hecho confesado han sido desvirtuadas con otros elementos de convicción".

"Es imposible determinar si la confesión tal como fue emitida es indivisible o divisible. Si lo primero, como en el evento de ser cualificada, las adiciones o explicaciones hechas por el confesante se deben admitir junto con el hecho principal confesado, y por tanto, quien la invoca debe atenerse por entero a lo favorable y desfavorable que ella exterioriza. Si lo segundo, como en el caso de agregar el confesante un hecho nuevo que no tenga íntima relación o conexidad jurídica con el hecho principal, en tal situación la prueba de las adiciones, aclaraciones, modificaciones o explicaciones corresponde al confesante"".

2.2.2. Ejemplos de confesión indivisible, en materia civil, en la jurisprudencia nacional

1) La señora X demanda al señor Y.

Proceso: Separación de cuerpos, por el trámite del proceso abreviado; se invocan las causales 2ª, 3ª y 7ª del artículo 154 del C.C.; con relación a la causal segunda, afirma que el demandado resolvió dormir en habitación separada.

Sobre los hechos que configuran esta causal (la 2ª), que es la que nos interesa para el caso concreto, el demandado sostuvo 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.

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 artículo 200 del C. de P.C.

Se absolvió al demandado por no haberse probado la causal, como tampoco ninguna de las otras que se alegaron[27].

[26] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencias de 12 de diciembre de 1936, G.J. T. XLV, págs. 10-13; 30 de octubre de 1954, G.J. T. LXXVIII, pág. 1.004; 26 de abril de 1955, G.J. T. LXXX, pág. 56; 28 de julio de 1955, G.J. T. LXXX, pág. 756; 31 de agosto de 1960, G..1. T. XCIII, pág. 155.

[27] Elaborado con base en la sentencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. 24 de junio de 1983, en el proceso de C.M. de B. contra A.B.S. Mag. Pon. Dr. Jorge Salcedo Segura.

2) Banco.

X gira un cheque

contra el banco a favor de Z

X da orden de no pago

Z endosó el cheque a J

(Entre Z y J había relaciones que hicieron que el primero fuera deudor del segundo).

Se dice por parte de X que, a su vez, Z es deudor de ellos.

Y que J es tenedor.

La Corte sostuvo:

"Como la confesión ha de aceptarse con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado (artículo 200 del C. de P.C.), resulta acreditado que J era acreedor de Z por la suma de dos millones de Bolívares, deuda cuyo pago no había podido obtener ni asegurar; en tales circunstancias recibió oferta del representante de la deudora para que recibiera como abono cheque por valor de U.S. $400.000 que X había girado a favor de Z, con la advertencia de que el cobro tendría dificultades. .1, como lo aseguró en su declaración de parte, aceptó la negociación dicha, porque era la primera vez que recibía oferta de pago de su deudora y porque el cheque había sido - librado por un Banco, lo que lo hacía para él 'cheque de gerencia', que era como recibir dinero.

"La seriedad de esta negociación no está infirmada en autos, por lo que debe continuar teniéndose a J como tenedor de buena fe, exenta de culpa, no obstante que conociera la orden vigente de no pagar el cheque *y* supiera que la beneficiaria del cheque Z, era a la sazón deudora *del* banco librador.

"Ninguna limitación de la negociabilidad de un cheque emerge del hecho de que su beneficiario ostente simultáneamente la calidad de deudor de quien libró el título valor. Si éste fue regularmente creado por X y luego emitido a Z, y si posteriormente ésta lo puso en movimiento sin pecar contra la ley de su circulación, síguese que el demandado J, en tales circunstancias, debe ser considerado como tenedor de buena fe, contra quien no caben las excepciones personales que el librador tenía contra la beneficiaria (artículo 784 del C. de Co.), pues la orden de no pago no saca el cheque del cauce de su circulación, no paraliza su negociabilidad.

"Si el creador de un instrumento negociable es el que está facultado por la ley para prefijar la forma de su circulación, desde luego que al tenedor se le prohibe cambiarla sin su consentimiento (artículo 630 del C. de Co.) y, si la negociabilidad del cheque puede limitarse insertando en él una cláusula que así lo indique (artículo 715 ibídem), y si además el librador está facultado para emitir cheques especiales

como los indicados en los artículos 734 y siguientes del C. de Co., resultaría de extremado rigor descalificar al acreedor que recibe en pago de su deuda, un título valor a cargo de quien también es acreedor del endosante.

"Sería absurdo sostener que solamente es tenedor de buena fe el endosatario de un cheque que desconoce que su endosante tenía deudas con librador de aquel título valor, y que no lo es quien negocia el cheque después de estar vigente una orden de no pago del mismo. Si las relaciones jurídicas preexistentes entre el obligado y el endosante fueran oponibles a todo endosatario, se frenaría de una manera pasmosa la negociabilidad de esos instrumentos, restringiendo así la posibilidad de su libre y ágil circulación, de su movilidad peculiar, característica que hizo decir al profesor José Luis López Correa que los títulos valores, por este aspecto, son como la falsa moneda que de mano en mano va, o como las pelotas de baloncesto que se desplazan constantemente en el corro de los jugadores".

Puede observarse que la Corte Suprema de Justicia aceptó la confesión con las explicaciones que dio el señor J, es decir, que si bien había recibido el cheque de parte de Z, lo había hecho como consecuencia del cumplimiento de un negocio serio y que era tenedor de buena fe.

Para mejor comprensión del caso examinado aclaremos lo siguiente:

El señor J inició proceso ejecutivo contra X con base en un cheque que éste giró; ese proceso terminó con sentencia a favor de J.

Con posterioridad X interpuso recurso extraordinario de revisión en contra de la sentencia favorable a J, recurso a cuyo trámite corresponden las consideraciones que se transcribieron".

3) X demanda a la señora Y.

Proceso: Separación de cuerpos. Se alega que la señora Y abandonó el hogar desde hace aproximadamente unos cinco años; los esposos están separados de hecho.

La señora Y, demandada, acepta que está separada de hecho de su marido, pero por culpa exclusiva de éste, "quien abandonó por completo, desde entonces, sus obligaciones de esposo y padre".

No existiendo más pruebas se denegó la separación, pues la confesión de la demandada hay que aceptarla de conformidad con lo preceptuado en el artículo 200 del C. de P.C.

[28] Ejemplo y transcripciones de la sentencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. 11 de abril de 1983, Mag. Pon. Dr. Germán Giraldo Zuluaga.

La Corte sostuvo: "... Si la confesión es indivisible, como ocurre en el caso presente, en que la demandada acepta estar separada de hecho de su marido, pero aseverando que lo fue por culpa de éste y no de ella, la confesión no puede dividirse para admitir el hecho escueto de la separación y negar el de que fue la conducta del cónyuge ahora demandante la que dio origen a ella, como lo establece el artículo 200 citado"[29].

4) X demandó a Y.

Pretensión: Que Y debe pagar al demandante, seis días después de ejecutoriada la sentencia que así lo decida, la suma de cien mil novecientos pesos M/cte. ($100.900.00), valor correspondiente al precio de las mercancías que éste entregó a aquélla para transportarlas de Barranquilla a Maicao.

Igualmente se acumularon otras pretensiones.

Y, en contestación a la demanda, se opuso a las pretensiones de la parte demandante (X).

Punto de análisis: Y, en cuanto a los hechos de la demanda, los reconoció como ciertos, pero agregó, a intento de fundar la oposición, que "el transporte de la mercancía se efectuó en el camión de placas TP 1846 del cual ni la empresa demandada ni su gerente son propietarios, ni arrendatarios, ni tienen sobre él, a ningún título un control efectivo".

Obsérvese bien: Lo que pretende Y es exonerarse afirmando que el vehículo en el que se realizó el transporte no pertenecía a él, y por tanto, no respondía por las mercancías.

La confesión del demandante (Y) se acepta con sus explicaciones, de conformidad con el principio consagrado en el artículo 200 del C. de P.C., y de todas maneras se condena a la entidad demandada al pago de las prestaciones, todo de conformidad con lo previsto en el artículo 984 del C. de Co., puesto que Y encargó legítimamente a un tercero la conducción de la mercancía; pero al desaparecer ésta, no era procedente exonerar de responsabilidad a la demandada, porque no demostró que la pérdida se hubiera debido a fuerza mayor, a vicios de la cosa transportada, o a culpa imputable al remitente o destinatario".

[29] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. 26 de enero de 1983. Mag. Pon. Dr. Germán Giraldo Zuluaga.

[30] Elaborado con base en la sentencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. 12 de noviembre de 1976. Mag. Pon. Dr. Humberto Murcia Bailén. G.J. T. CLII, la parte, págs. 522 a 529.

5) X demanda a Y.

Pretensión: Que se declare resuelto el contrato de compraventa celebrado entre las partes litigantes, respecto de un vehículo automotor, por incumplimiento del comprador demandado de la obligación de pago del precio y los intereses.

Hechos fundamentales: En el mes de julio de 1972, Y le propuso a X la compra de un automotor y efectivamente celebraron el contrato; convinieron como precio la suma de ochenta mil pesos y que "mientras se hacía la carta de traspaso, el comprador reconocería a su vendedor la suma de un mil quinientos pesos ($1.500.00) mensuales por concepto de intereses sobre los ochenta mil pesos".

Que el comprador demandado (Y) no pagó el precio convenido, ni los intereses siguientes al primer mes, no obstante tener el vehículo desde hacía más de ocho meses. Que como quiera que el comprador (Y) no procedió a cancelar la obligación a su cargo, el vendedor demandante (X) se abstuvo de pasar a la oficina *de* transportes y tránsito la carta de propiedad.

Sentencia (le primera instancia: Fue favorable a la parte demandante.

Sentencia de segunda instancia: Confirmó la de primera instancia y además afirma que comparte los criterios en dicha providencia.

Punto de análisis: Téngase en cuenta lo siguiente: El demandante (X) afirma que el precio pactado fue de ochenta mil pesos, y que el comprador (Y) debía pagar mil quinientos mensuales de intereses sobre tal suma.

El demandado (Y) afirma que el precio pactado fue efectivamente ese, pero que el pago se haría sin causar intereses, así: $50.000.00 entre el 27 y el 30 de abril de 1973 y $30.000.00 en instalamentos mensuales de $2.000.00, respecto de los cuales se suscribirían quince letras de cambio.

¿Cuál de las dos versiones debe aceptarse? Miremos lo que dijo la Corte al respecto: "Sin embargo, si de un examen de conjunto se llega a la conclusión de que entre las partes litigantes se celebró un contrato de compraventa de un automotor a que se refiere la demanda, no existe prueba aceptable de que el pago debiera realizarse como lo describe el actor. Porque, si para. demostrar el precio del contrato de compraventa solo obra en el proceso la confesión espontánea y provocada del demandado, por contener ésta una serie de explicaciones, aclaraciones y modificaciones en cuanto a la forma de pago, que guardan perfecta e íntima relación con el hecho confesado, tal prueba debió aceptarse pero en toda su extensión o tal como fue rendida por disponerlo

el artículo 200 del C. de P.C., ya que por no tratarse de una confesión compuesta sino eminentemente calificada, no se podía fraccionar para tomar únicamente de ella lo que beneficiaría al actor".

La sentencia fue casada, corno consecuencia de lo dicho anteriormente[31].

6) X demanda a B

La pretensión: Reivindicatoria.

El caso: La señora B afirmó haber adquirido un inmueble por compra que hizo al Municipio de Florencia.

La sentencia de primera instancia despachó favorablemente la pretensión reivindicatoria y condenó a la parte actora a pagar las mejoras útiles introducidas por la demanda dentro del inmueble reivindicado.

La sentencia de segunda instancia: El juzgador de segunda instancia concluye que "la demandada debe restituir los frutos desde que entró en posesión del inmueble reivindicado y no tiene derecho alguno a que se le abonen mejoras útiles, pudiendo llevarse apenas los materiales de que constan, siempre que pueda separarlos sin detrimento de aquél y el demandante rehúse pagarle el precio que tendrían después de separados".

La demandada, al contestar la demanda, afirmó ser la poseedora del bien reivindicado por haberlo adquirido del Municipio de Florencia mediante la escritura 1310, confesión que es preciso aceptar en su integridad corno indivisible que es, dado lo dispuesto en el artículo 200 del C. de P.C.

La Corte casó la sentencia y condenó a la parte demandante a pagar a la demandada las mejoras útiles, y además fue condenada como poseedora de buena fe".

2.2.3. Ejemplo de confesión divisible en lo civil, en la jurisprudencia nacional

X y otros afirman ser poseedores por más de veinte años de un inmueble, situación que les sirve de base para iniciar el proceso de pertenencia;

[31] Ejemplo y transcripciones de la sentencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. 18 de marzo de 1977. Proceso ordinario de Guillermo Quintero contra Cornelio Roa Ortega. Mag. Pon. Dr. Alberto Ospina Botero. No publicada oficialmente.

[32] Elaborado con base en la sentencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. 28 de enero de 1981. Mag. Pon. Dr. Ricardo Uribe Holguín.

oportunamente, se presenta una sociedad y reconviene en pretensión reivindicatoria.

Los demandantes (ahora demandados), por el hecho de iniciar el proceso de pertenencia y al contestar la revocación, proponen la excepción de prescripción, confesaron ser poseedores del bien por más de veinte años.

La Corte sostuvo:

"Corno quedó dicho en la primera parte de esta providencia, al contestar la demanda de mutua petición, los demandados propusieron la excepción de prescripción extintiva del derecho de dominio de la demandante.

"Pero es lo cierto que este medio defensivo no está llamado a prosperar, pues si bien los demandados son poseedores materiales del predio, también lo es que no se probó que la posesión alegada por ellos tiene el tiempo exigido por la ley para que conduzca a la prescripción extraordinaria, única que en ausencia del título podían invocar".

"No acreditaron los excepcionantes, como les correspondía según el principio de la carga de la prueba consagrado en el artículo 177 del C. de P.C., que su posesión sobre la finca objeto del litigio tenga 20 años, o más, que es el límite temporal exigido para la prescripción extraordinaria. **En este específico punto solo existe la confesión que ellos hicieron en varias oportunidades dentro del proceso** (las negritas son nuestras).

"Es preciso recordar al punto, que si de acuerdo con el artículo 200 de la codificación antes citada, la confesión tiene que aceptarse, por regla general con las aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, tal principio se excepciona cuando en el proceso 'exista prueba que la desvirtúe' ".

En el presente caso todos los testimonios recibidos concordaban, al hablar de una posesión inferior a 20 años".

2.2.4. Ejemplos, en materia laboral, de confesión indivisible

1) X es despedido de una empresa alegándose justa causa, la que se hace consistir en lo siguiente:

Al ser revisado el vehículo de X, se encontró en él, encima del asiento delantero, una lámina de cobre de propiedad de la empresa.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. 16 de junio de 1982. Proceso ordinario de Miguel Ángel Cobos contra Compañía Agropecuaria La Victoria S.A. Mag. Pon. Dr. Humberto Murcia Bailén.

El cesante explica que obtuvo una platinita de retal, tomada de algún material en desuso de la empresa; que le colaboró el supervisor N, quien la buscó y la colocó sobre la silla del carro.

Aclara que el destino de la lámina era el de servir de contrafuerte al repuesto de su automóvil, por lo cual pensaba comprarla.

X demanda, y en términos generales, le son despachadas favorablemente sus pretensiones. Se acepta la confesión, con las aclaraciones concernientes al hecho confesado, conforme al artículo 200 del C. de P.C. puesto que no existe prueba que la desvirtúe.

La empresa recurre en casación; para resolver tal recurso, la Corte, en lo fundamental, dice que no hay lugar a casar la sentencia, porque no se demostró ni la mala fe del demandante corno tampoco la calidad de la materia prima util

2) X es despedido de su trabajo, arguyéndose que determinado día abandonó el puesto.

X demandó principalmente por despido injusto; en la sentencia de segunda instancia el Tribunal absolvió.

La Corte casó la sentencia y sostuvo:

"Por otra parte, la Sala teniendo como orientación el principio de la indivisibilidad de la confesión, según la cual ésta deberá aceptarse con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, excepto cuando exista prueba que la desvirtúe, conforme lo preceptúa el artículo 200 del C. de P.C. sigue analizar la pregunta (9) de dicho interrogatorio y su respectiva respuesta que son del tenor siguiente: '¿Diga el interrogado cómo es cierto sí o no, que en la fecha indicada, esto es el 2 de mayo de 1977, usted abandonó la empresa, en horas de trabajo, sin pedir autorización ni dar aviso? Contestó: Es cierto y aclaro: No fue abandono puesto que salí a efectuar una diligencia de la compañía y en segundo lugar siendo empleado de dirección y manejo no debía avisar a ninguna persona de mi salida puesto que esto era costumbre allí en la fábrica. Además, existe una nota de mi jefe (G) quien se encontraba esa fecha en vacaciones y en dicha nota que tiene copia a mí, menciona muy claro que en la ausencia de él las personas que reportábamos directamente a él somos autónomas y responsables de nuestras acciones. Leída la aprobó'.

" CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. 26 de abril de 1982. Proceso ordinario laboral de Rogelio Ruiz Buitrago contra Bavaria S.A. Mag. Pon. Dr. Manuel Enrique Daza Álvarez.

"Se aprecia sin dificultad alguna de la respuesta del trabajador que éste no aceptó el hecho del abandono del cargo que la pregunta le imputaba; igualmente, que dio explicación concerniente al suceso de su salida del lugar de las instalaciones de la empresa, la cual debe aceptarse procesalmente por razón del referido principio de indivisibilidad de la confesión puesto que no fue desvirtuada en el proceso"".

3) X afirma haber sido despedido injustamente y demanda a una empresa, para que sea condenada a pagarle una serie de prestaciones.

Esta fue condenada a pagarle cesantía y sus intereses, compensación monetaria de vacaciones e indemnización de perjuicios y pensión especial de jubilación causada por despido injusto.

La causal alegada por la empresa, fue la de que el trabajador no regresó a trabajar. Dijo la Corte:

"La única prueba legalmente calificada dentro de este recurso extraordinario que se invoca en el ataque como fuente de yerros cometidos por el sentenciador **ad-quem** es el interrogatorio de parte que absolvió el demandante X.

"Conviene pues analizar el dicho interrogatorio en sus apartes que transcribe el atacante, como preámbulo para esclarecer si a través de él se evidencian los errores de hecho denunciados y concluir, de esta manera, si cabe luego el estudio de las pruebas no calificadas, como lo enseña la doctrina constante de la Corte a este respecto.

"Al responder la pregunta décima, el actor reconoce que al salir de la clínica de Medellín no se reincorporó a su trabajo pero añade, en su defensa, que la incapacidad laboral la tenía el doctor B, o sea, que el representante de la empresa conocía que aún estaba incapacitado para laborar.

"Al responder la pregunta décima primera, admite ser cierto que sus familiares sacaron de la casa del mayordomo de la hacienda los muebles y enseres del actor, pero explica que ya en ese momento ocupaba la casa el nuevo mayordomo M.

"Al contestar la pregunta décima segunda, no admite en forma alguna haber abandonado su trabajo y, al contrario asevera de nuevo que el doctor B sabía de su incapacidad laboral.

"Se concluye así que del examen del dicho interrogatorio no se ostentan los yerros de hecho alegados en el ataque y, máxime, aún, si se recuerda que, conforme a la ley las respuestas del demandante son indivisibles, por la íntima

[35] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. 30 de julio de 1982. Proceso ordinario de Carlos Enrique Riaño Hernández contra Uniroyal Croydon S.A. Mag. Pon. Dr. Manuel Enrique Daza Álvarez.

conexión que tienen sus distintos asertos, y en consecuencia, nada prueba sobre el abandono del trabajo que la empresa le atribuye"".

4) X, quien era gerente de un Banco, fue despedido, alegándose justa causa por la entidad empleadora con base en que no había autorizado unos préstamos.

"Resulta claro para la Sala, en consecuencia, que el Tribunal motivó su decisión de dar por no probada la justa causa, en el hecho de que no se acreditó de modo alguno en el proceso la obligación que tenía el empleado de ceñirse a autorizaciones escritas.

"Admitió entonces como válida la explicación del demandante en el sentido de que las operaciones de que se le acusa habían sido debidamente autorizadas por sus superiores. Este preciso punto fue objeto de ataque por el recurrente.

"En estas condiciones debe aceptarse que la confesión del actor en las respuestas del interrogatorio de parte, es una típica confesión cualificada o indivisible, pues si bien admite que recibió una primera orden por escrito de abstenerse de efectuar los negocios de que se trata, agrega a renglón seguido que posteriormente recibió autorización telefónica, la cual era suficiente, según afirma, sin que en el proceso se hubiera demostrado lo contrario.

"Esta confesión es cualificada, compleja, indivisible como también se le llama, puesto que sus dos elementos (no autorización por escrito y posterior permiso verbal) se refieren directamente al mismo acto que se pretende demostrar, la permisión, y ostenta por lo mismo la unidad jurídica característica de este tipo de confesión. Se trata, es cierto de un primer hecho y de otro posterior en el tiempo, pero ambos están intrínsecamente relacionados puesto que de su conjunto inescindible depende el resultado final o conclusión, que no es otro que el de saber si existió o no la debida autorización. De otra parte no se advierte en el proceso prueba alguna de la primera desautorización por télex o por telegrama aparte de la confesión que se analiza. Reconocido por el actor este hecho que lo perjudica, lógico es aceptar igualmente la adición o explicación que lo beneficia"".

5) X, empleado, confiesa haber dejado de trabajar tres días sin impedimento ni permiso, falta que explica se causó porque pensó que las vacaciones como todos los años eran colectivas, y la empresa sólo definió tal situación negativamente, en vísperas del viaje proyectado.

El empleado fue despedido, argumentándose justa causa.

[36] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. 26 de marzo de 1981. Proceso ordinario de José Alejandro Pérez Londoño contra Inversiones Malabar Ltda. Mag. Pon. Dr. Juan Hernández Sáenz.

[37] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. 4 de junio de 1981. Proceso de Efraín Eduardo Cujar Albornoz contra Banco de Colombia. Mag. Pon. Dr. Fernando Uribe Restrepo.

La Corte dijo:

"El demandante confiesa la falta cometida, consistente en haber faltado durante tres días a su trabajo, sin impedimento ni permiso, tanto en el documento auténtico de folios (XY) como en el interrogatorio de parte que obra folio (N). Como bien se sabe la confesión es indivisible y debe aceptarse con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, excepto cuando exista prueba que las desvirtúe conforme lo establece el artículo 200 del C. de P.C.

"Ahora bien: fueron precisamente las explicaciones que de su conducta dio el trabajador despedido, las que sirvieron de base al **ad quem** para concluir que el despido fue sanción excesiva, injusta por tanto, y que comprometía la responsabilidad de la empresa y esas explicaciones lejos de haber sido desvirtuadas en el proceso, encuentran confirmación en otras que obran en autos, testimoniales e indiciarias, y que el sentenciador apreció en conjunto, teniendo en cuenta su gravedad, concordancia y convergencia, tal como lo ordena la ley (artículo 250 del C. de P.C.).

"En cuanto a los buenos antecedentes del trabajador –que fueron considerados circunstancial y no definitivamente en la sentencia acusada– pueden darse por demostrados, ya que los documentes que a ellos se refieren de folios 15, 16, 17, se aportaron debidamente al proceso y se afirmó que provenían de la parte demandada sin que ésta los hubiera tachado de falsos oportunamente. Constituyen por tanto prueba documental auténtica y admisible. (C.P.C. artículo 252 N° 30).

"No se encuentra por tanto ningún error para efectos de la casación. No procede en consecuencia el análisis detallado de las demás probranzas.

"Si bien las consideraciones anteriores serían suficientes para decidir el cargo estima la Sala que las circunstancias particulares del pleito ameritan un análisis más a fondo de las bases jurídicas implícitas en la sentencia acusada y que la afianzan.

"Debe tenerse en cuenta que si bien el patrono tiene facultad para señalar la época de las vacaciones, aun oficiosamente tal señalamiento debe tener en cuenta la efectividad del descanso y no sólo las exigencias del servicio.

"Quedó acreditado en autos que el trabajador planteó, preparó y dispuso su descanso vacacional, contando de buena fe y razonadamente con que podría tomarlo, como en otras ocasiones, en la época de Navidad. La empresa, sin embargo, solo vino a definir tal situación negativamente, en vísperas del viaje proyectado, provocando así por imprevisión o inadvertencia la conducta irregular del trabajador, que sancionó luego en forma inmediata y drástica, sin tener en cuenta las especiales circunstancias..."[38].

[38] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. 7 de noviembre de 1978. Proceso ordinario de Heriberto Portocarrero Caicedo contra Ingenio Riopaila Ltda. Mag. Pon. Dr. Fernando Uribe Restrepo.

6) X demanda a una entidad (Z), y ésta al contestar la demanda y con relación al hecho quinto planteado por (X) que afirmaba: "Durante el tiempo que la señora X trabajó para la entidad demandada laboró todos los domingos y algunos días feriados", respondió: "Es verdadero parcialmente. Ya que la entidad Z, autorizada por la Superintendencia Bancaria, labora los dominicales en ciertas poblaciones en que es necesario hacerlo, y concede los respectivos descansos compensatorios según también la autorización de la Superintendencia Bancaria".

"Claramente se observa que la declaración hecha por el apoderado judicial de la entidad (Z), al contestar ese hecho, comprende dos partes: la primera en la cual acepta, aunque en forma parcial, que la señora X trabaja todos los días domingo y algunos feriados durante el tiempo que prestó sus servicios, pues la entidad (Z) estaba autorizada por la Superintendencia Bancaria para laborar en esos días en algunas poblaciones; *y* la segunda, que en esos casos concedía los respectivos descansos compensatorios, con autorización también de la misma Superintendencia.

"Con fundamento en la primera parte, el Tribunal Superior dio por demostrado que la demandante había laborado todos los domingos mientras prestó sus servicios, y condenó a pagar la remuneración correspondiente por cuanto la demandada no acreditó que había dado los descansos compensatorios, con lo cual, implícitamente, dividió la declaración para efectos de la prueba y no reconoció valor alguno al hecho eximente manifestado por el apoderado judicial de la entidad Z consistente en que siempre que se trabajaba en domingos se reconocía el correspondiente compensatorio. Como el casacionista estima que debe apreciarse la manifestación hecha por la demandada tanto en el aspecto desfavorable, trabajo en domingos, como en lo favorable, concesión del descanso compensatorio, se estudiará en primer término este aspecto de la acusación.

"La confesión del apoderado judicial de la entidad (Z) no es pura y simple, por cuanto además de aceptar como cierto, en forma parcial, que la demandante había trabajado todos los domingos y algunos feriados, agregó algunas aclaraciones o explicaciones concernientes al hecho confesado, que no son contemporáneas del mismo, sino posteriores constitutivas de un modo de extinción de la obligación. Procede en consecuencia determinar si el hecho agregado se encuentra íntimamente relacionado con el primero.

"Considera la Sala que la confesión contenida en la contestación al hecho quinto de la demanda es compleja indivisible, porque el apoderado de la entidad (Z) se limitó a admitir que la demandante prestó los servicios en domingos y festivos, afirmando también que su descanso fue compensado posteriormente en otros días para cumplir así la obligación alternativa prevista en la ley, hecho, el último que guarda estrecha relación con el primero. Que este hecho que se agrega sea posterior al desfavorable primeramente confesado, se supone que debe separarse para efectos de apreciar la prueba si entre ellos existe una íntima relación. La

entidad (Z) aceptó el hecho del trabajo en días de descanso obligatorio, que hace surgir la obligación de pagar la treintava parte del salario por el trabajo en domingos y festivos o de dar descanso compensatorio en otro día, pero manifestó también haber dado descansos compensatorios por los domingos y festivos trabajados, hecho este último que tiene su origen en el primero, porque se refiere a un modo natural para extinguir la obligación alternativa de dar un descanso compensatorio por el trabajo en esos días. Y aun cuando a simple vista, hecho de haber dado descansos compensatorios implica una excepción que debía probar la demandada, no es posible separarlo del primero por no existir prueba distinta de la confesión sobre el trabajo en domingos y festivos"".

7) X demanda por una serie de prestaciones y obtiene sentencia favorable; el demandado argumenta que el salario del demandante no fue de mil setecientos pesos, sino que en esa cantidad se incluía el sueldo que debía pagar al ayudante que era de seiscientos pesos.

La Corte sostuvo:

"El principio de la indivisibilidad de la confesión consiste en que ella no puede dividirse en perjuicio de quien la hace. El que pretende beneficiarse de una confesión, tendrá que admitirla como fue hecha, no podrá aceptar lo que le convenga y rechazar lo que le perjudique.

"La confesión puede ser simple, cualificada o compleja. La confesión simple consiste en el reconocimiento del hecho alegado por la contraparte; tal clase de confesión no presenta problema alguno de indivisibilidad.

"La confesión cualificada es la que agrega al reconocimiento del hecho, circunstancias coexistentes que modifican el nacimiento de la obligación.

"Esta clase de confesión es indivisible porque la aceptación del hecho generador de la obligación está íntimamente ligado con las circunstancias agregadas, coexistentes y relacionadas con el nacimiento de la obligación.

"La confesión compleja es la que agrega hechos posteriores al nacimiento de la obligación, no relacionados con ella ni ligados al hecho confesado. Esta confesión puede ser divisible.

"El principio de la indivisibilidad de la confesión no es absoluto; puede aceptarse la división de la confesión cuando ella no se alega como prueba plena sino como principio de prueba por escrito o también cuando las circunstancias o hechos agregados resulten imposibles.

"Como se vio, el Tribunal apreció los documentos de los folios 6 y 23 como contentivos de una confesión en el sentido de que el demandante devengó en

[39] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. 29 de marzo de 1977. Proceso ordinario de Doris Contreras de Suárez contra la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero. Mag. Pon. Dr. José Eduardo Gnecco Correa.

los últimos tiempos de su contrato, la cantidad de $1.700.00 mensuales. Agregó que el compromiso de pagar al ayudante $600.00 mensuales, era un hecho distinto que el demandado ha debido probar.

"A la luz de la doctrina ya expuesta, la confesión contenida en los documentos citados no puede apreciarse como lo hizo el sentenciador, pues el hecho confesado está íntimamente ligado con el que se agrega, el cual es coetáneo, o sea, que la verdadera confesión es simplemente un salario de $1.100.00 ya que el sueldo que se admite como pagado es precisamente ese, pues se dice que se entregaban $1.700.00 mensuales pero no como salario sino para que de ellos se pagara al ayudante la cantidad de $600.00 y el resto como salario, luego en ningún momento se confesó que se le hubiera pagado al demandante salario mensual de $1.700.00 sino solamente de $1.100.00"[40].

8) X demanda reclamando una serie de prestaciones laborales, por haber sido despedido injustamente.

En respuesta a la pregunta once del cuestionario que se le formuló, y que dice: "¿Cómo es cierto sí o no, que usted presentó renuncia ante el consejo de administración de la entidad Y, de las funciones de miembro del consejo y director administrativo del mismo establecimiento sin ánimo de lucro?, encontramos una confesión indivisible, veamos: Contestó: "Sí es cierto y aclaro que esta renuncia la presenté no en forma voluntaria sino forzadamente como consecuencia del despido injusto como director del Instituto de Administración de Empresas y Relaciones Industriales, pues como directivo de la entidad Y y como General de la República me era completamente imposible continuar como miembro del. Consejo de Administración y como director administrativo ante la injusticia de mi despido del Instituto de Administración, cuestión ésta que tenía que ser así hasta por lealtad a los mismos compañeros de fundación y del consejo para sostener la disciplina de la institución Y".

El Tribunal Superior acogió de manera indivisible esta respuesta corno se desprende del siguiente pasaje del fallo recurrido:

"De tal manera que ni la causal señalada, ni el motivo alegado, fueron satisfactoriamente establecidos para demostrar la justa causa para dar por terminada la relación laboral que rigió entre los actuales litigantes.

"La actitud posterior asumida por el demandante, es apenas lógica por cuanto no sólo se lo colocaba en una situación moral muy desventajosa con sus

[40] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 29 de marzo de 1971. Proceso ordinario de Luis Eduardo Saray Baquero contra José María Gutiérrez. Mag. Pon. Dr. Alejandro Córdoba Medina.

compañeros del consejo de administración, con los profesores y alumnos, sino que en el fondo repercutía también en el aspecto salarial, ya que de esta manera se le estaba disminuyendo parte del mismo".

2.2.5. Debía pero pagué

Puede colegirse del estudio que hemos hecho, que cuando alguien dice "debía pero pagué", es toda una tradición la que existe sobre el punto, para afirmar que, por ser el pago la forma normal de extinguir las obligaciones, este es un caso típico de confesión indivisible.

2.2.6. Ejemplo de la jurisprudencia nacional

Sostiene el confesante X lo siguiente:

"El doctor U fue, efectivamente, mi apoderado judicial en las diligencias que se adelantan en el juzgado 2°, de este mismo circuito, sobre la ejecución de la sentencia dictada en el juicio ordinario que allí mismo siguió la señora N contra mí y otros. Pero desde que le conferí poder en ese asunto se hizo un arreglo entre él y yo, arreglo que fue propuesto por el mismo doctor U, en la siguiente forma: Yo era dueño de la casa situada en la carrera 11 de esta ciudad, marcada hoy con el número 2-46 por compra que de ella hice al señor W y para pagar al doctor U el favor de sus honorarios como mi abogado en las diligencias a que me he referido y, además, en otros dos asuntos de menor entidad, que eran uno sobre aguas, que adelantó contra el señor J y Otro de policía que se adelantó contra el señor R y que se perdió; se convino, por propuesta del doctor U, como ya lo observé, en que él ocuparía con su familia mi casa citada sin pagar arrendamiento durante todo el tiempo en que él me prestara sus servicios profesionales, lo que en realidad equivale a pagarle un sueldo mensual. Debo observar sí que fuera de los asuntos indicados, cualesquiera otro servicio que me prestara el doctor U le fueron pagados por separado.

"Por efecto de tal arreglo el demandante ocupó mi casa citada durante el lapso comprendido entre el día 1° de octubre de 1932 y el día 31 de diciembre de 1933, o sea, durante 15 meses. Y como en la fecha últimamente citada hubo de desocuparla por haberla vendido se convino que de ahí en adelante seguiría yo pagando al doctor U la suma de cuarenta pesos mensuales, cantidad en que se estimó de común acuerdo el valor del arrendamiento de la casa mencionada; cantidad que le pagué mensualmente desde el mes de enero de 1934 hasta el mes de marzo de 1938, de suerte que en esta forma le pagué la suma total de dos mil cuarenta pesos moneda corriente. Así, pues, estimado como se estimó

[41] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 29 de octubre de 1971. Proceso ordinario de Rafael Calderón Reyes contra Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano. Mag. Pon. Dr. José Eduardo Gnecco Correa.

por el doctor U y por mí en cuarenta pesos mensuales el valor del arrendamiento de la casa de mi propiedad que el doctor U ocupó con su familia sin pagar arrendamiento, se tiene la cantidad total de $2.640.00 recibidos por él como honorarios de acuerdo con nuestro contrato verbal fuera de otra cantidad que le dí y de que haré mención adelante".

La Corte en este caso afirmó que la confesión era indivisible y que mal podía el demandante aprovecharla para demostrar el mandato, sustento de la obligación que cobraba, rechazando a la vez la circunstancia neutralizadora del pago"'.

2.2.7. Sí debo pero una cantidad inferior

Si al preguntársele a una persona sobre si adeuda una determinada cantidad de dinero a alguien y responde que efectivamente le debe, pero una cantidad inferior, se entiende que si no existe otra prueba de la obligación, se tiene por demostrada su existencia aunque solamente en la cantidad confesada.

2.2.8. Ejemplo de la jurisprudencia

Si a X se le pregunta si debe trescientos mil pesos y contesta "sí debo, pero sólo cincuenta mil pesos", hay que entender que se tiene por acreditada la obligación en esta última cantidad.

Al respecto sostuvo la Corte:

"Si al preguntarle a un individuo si debe una cantidad confiesa que realmente debe, pero una menor, es claro que queda comprobada la deuda en cuanto a la cantidad confesada, pero no más, y no puede afirmarse entonces que el confesante tenga que demostrar por vía de excepción que no debe el resto de la cantidad porque se le preguntó. La prueba en este caso corresponde a quien pregunta"[43].

2.3. LA INDIVISIBILIDAD DE LA CONFESIÓN Y LA EXCEPTIO PLURIUM CONSTUPRATORUM

2.3.1. Generalidades

El artículo 6° de la Ley 75 de 1968, que dio una nueva redacción al 4° de la Ley 45 de 1936, dispone en el numeral 4°:

[42] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. 30 de junio de 1943. G.J. N° 1998, pág. 620.

[43] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. G.J. T. XLVII, pág. 717.

"Se presume la paternidad natural y hay lugar a declararla judicialmente: 4°) En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales en la época en que según el artículo 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción.

"Dichas relaciones podrán inferirse del trato personal y social entre la madre y el presunto padre, apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar y según sus antecedentes, y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad.

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

Si no existiera la disposición anterior, sería posible especular sobre la indivisibilidad de la confesión, cuando el presunto padre confesara, verbigracia, haber tenido relaciones sexuales por la época de la concepción con la mujer, y agregando que ésta las tuvo, a su vez, con otros varones por la misma época.

Pero esa hipótesis no tiene importancia frente al texto legal transcrito, ya que si el padre confiesa haber tenido relaciones sexuales por la época de la concepción con la madre y agrega que ésta las tuvo con otros varones, tiene la carga de probar inequívocamente esas relaciones y que se efectuaron por ese mismo tiempo.

2.3.2. **Ejemplo de la jurisprudencia nacional**

La Corte ha dicho:

"Como quiera que la prosperidad de la **exceptio plurium constupratorum** está condicionada a la prueba plena de que la madre del hijo demandante, durante el tiempo en que pudo tener lugar la concepción 'tuvo relaciones de la misma índole con otro u otros hombres', la doctrina jurisprudencial ha exigido que el demandarlo excepcionante acredite que esos contubernios múltiples acaecieron señaladamente en cualquiera de los días comprendidos entre el inicio de la época de la concepción y su fin. No basta demostrar, por ende, que la madre tuvo relaciones sexuales con otro hombre en el año en que la concepción se inició o en aquel en que tuvo fin; indispensable es que se precise el tiempo de su ocurrencia, de tal modo que no quede duda en cuanto a que, al menos una de las relaciones sexuales tenidas con el tercero, tuvo lugar en cualquiera de los días transcurridos, entre el principio y el fin de la época en que, con presunción de derecho, tuvo que ocurrir la concepción del hijo demandante (artículos 6, numeral 4, inciso final, de la Ley 75 de 1968 y 92 del C.C.).

"Para reconocer la mencionada excepción, como ya lo ha dicho la Corte, necesitase prueba plena de que el trato carnal con el tercero ocurrió precisamente

en la época de la concepción y no en un tiempo posterior ni anterior, y que, en el punto, es suficiente la menor duda para que no sea posible al fallador acceder al reconocimiento de esa excepción".

Antecedentes: La señora X demandó al señor Y para que éste fuera declarado padre del menor V.

El juzgado del conocimiento y el juez de segunda instancia despacharon favorablemente la paternidad impetrada.

Se interpuso casación por parte del demandado Y, en la que se afirmó que no se apreció la confesión de la demandante, para acreditar la **exceptio plurium constupratorum.** Pero que si se lee la pregunta y la respuesta, se llega a la conclusión de que no se acreditó que esas relaciones fueran por la época de la concepción.

La pregunta y la respuesta: Se le pregunta a la señora X, por parte del demandado Y, ¿cómo es cierto, sí o no, y yo afirmo que sí, que usted ha mantenido relaciones sexuales con varios hombres y en diversas oportunidades en los años anteriores y posteriores a 1966? Respondió que sí, para luego precisar que tuvo relaciones sexuales de 1960 a 1965 con J, y después con Y, lo que significa que no confesó haber tenido relaciones sexuales con otro hombre distinto a Y por la época de la concepción. Si se tiene en cuenta que V nació el 6 de julio de 1967, es decir, que su concepción se produjo entre el 10 de septiembre de 1966 y el 7 de enero de 1967, todo conforme con el artículo 92 del C.C., se llega a la conclusión que el padre de V, es Y".

3. EL ANIMUS CONFITENDI

3.1. NOCIÓN

Se discute si para que haya confesión debe existir el ánimo o intención de confesar.

3.2. TENDENCIAS

Hernando Devis Echandía resume la tesis sobre el **animus confitendi** así:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. 11 de agosto de 1981. Mag. Pon. Dr. Germán Giraldo Zuluaga.

[as] DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Compendio de derecho procesal.* T. 11, *Pruebas Judiciales.* Edic. ABC, Bogotá, 1982, pág. 200.

a. La que exige el **animus confitendi,** entendido como la intención de renunciar al derecho material que se genera del hecho sobre que versa. La sostienen Lessona, Amaral Santos y Becerra.

b. La que exige el **animus confitendi** entendido como la intención de renunciar al derecho procesal de probar en contra del hecho confesado (sería mejor decir que al confesar, el **animus confitendi** lo entendemos como una renuncia a probar un hecho distinto que desvirtúe el confesado).

Entre los defensores de esta tesis se encuentran Pescatore, Plank, Wach y Becerra.

c. La que exige el **animus confitendi,** pero limitado a la intención de suministrarle o allanarle la prueba del hecho al adversario. Defienden esta tesis Lessona, Ricci, Wach, Alsina y Amaral Santos.

d. La que exige un **animus confitendi** como la intención de reconocer la verdad del hecho o de darlo por cierto en un proceso actual o futuro.

e. El **animus confitendi** entendido como la consciencia o el conocimiento de carácter desfavorable del hecho confesado.

f. La que prescinde del **animus confitendi y exige solamente la** voluntariedad genérica de todo acto jurídico, sin intención específica alguna.

El concepto de **animus confitendi,** en nuestro entender, es inútil para todo tipo de confesión, y sólo debe exigirse que la persona (confesante) tenga conciencia, es decir, que se encuentre en el pleno uso de sus facultades mentales. Si lo admitiéramos como requisito de la confesión, tendríamos que indagar sobre un aspecto eminentemente subjetivo y sin ninguna importancia para el medio probatorio en estudio. ¿Cómo podría saberse si una persona tuvo o no la intención de confesar?; imposible saberlo, imposible demostrarlo. Si se sostuviese que posiblemente el confesante se equivocó y ello fuese cierto, le bastaría demostrar el hecho contrario, ya que el actual C. de P.C. (artículo 201), preceptúa que toda confesión admite prueba en contrario. Si alguien afirmara: "Yo no tenía la intención de decir eso", le bastará demostrar que lo dicho no corresponde a la realidad, sin necesidad de entrar en averiguaciones psicológicas a fin de saber si se tuvo o no la voluntad de confesar.

Debemos agregar, sí, con relación a la confesión extrajudicial que ésta debe ser seria (cosa distinta al **animus confitendi),** ya que muchas veces lo que pudiéramos llamar "confesión" no es más que una mera disculpa social.

El numeral 4° del artículo 195 del C. de P.C. solo exige que la confesión sea consciente (que no haya inconciencia) y que sea libre, de tal manera que en ninguna parte se pone como requisito que se tenga por parte del confesante un ánimo específico.

3.3. EJEMPLOS DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

a. Hechos: 1) El 10 de octubre de 1950 X y Y (esposos entre sí) otorgaron escritura de compraventa a favor de Z y en relación con una finca denominada "La Liborina".

2) En la misma fecha X (el varón casado con Y) otorgó escritura de compraventa a favor de Z de otra finca denominada "La Alegría".

3) Y (la señora casada con X) falleció el 8 de diciembre de 1950.

4) Con fecha 13 de diciembre de 1950 Z otorgó escritura de los inmuebles nombrados a X.

5) Con fecha 26 de marzo de 1952 los hijos del matrimonio X-Y demandaron a X y Z por simulación absoluta de los contratos contenidos en las escrituras que transfirieron los inmuebles.

Fallo de primera instancia: Terminó con sentencia en la cual se, despacharon favorablemente las pretensiones de los hijos del matrimonio X-Y, declarando simulados los contratos de compraventa ya referidos.

Sentencia de segunda instancia: En términos generales, y para el caso que nos ocupa, la sentencia de primera instancia fue confirmada.

Criterio de la Corte:

"Si es discutible que Z hubiera obrado con animus **confitendi** en el acto de rendir su declaración de nudo hecho, es evidente que no debió faltarle al ratificarla dentro del juicio en que fue demandado para que se declarasen simulados los contratos en que intervino sucesivamente como comprador y vendedor, ratificación que hizo a petición de la parte actora y **en la seguridad de que** le ofrecía la prueba de la simulación. No es razonable suponer que hubiese estado ausente de dicho acto **el ánimo de confesar y de suministrar** a dicho litigante la prueba de la simulación, con **lo cual se perjudicaba en el proceso en que** era reo, ya **que habría podido negarse a declarar** y a ratificar de conformidad con lo **dispuesto en el artículo 679 del** C.J. (Las negritas son nuestras).

"Según el artículo 604 del C.J. la manifestación de una parte de ser cierto el hecho afirmado por la otra parte, **es confesión,** y siendo así que Z, dice que es cierto que los contratos en referencia fueron simulados, que X le exigió que los

bienes se los devolviera cuando muriera Y, la esposa de aquél, que no pagó ni recibió ni un centavo como precio ni entró en posesión de las fincas, de las cuales no conocía ni siquiera la ubicación, ello ha de tenerse como confesión, porque no puede darse afirmación de hechos tales, más terminante y explícita"".

Puede deducirse fácilmente del ejemplo elaborado, y de lo dicho por la Corte, que ninguna importancia tiene investigar si Z fue consciente de que estaba suministrando una prueba de la simulación a la contraparte, ni siquiera que se estaba perjudicando con lo que decía. Sencillamente Z contó unos hechos: que efectivamente la venta había sido simulada, que él no había pagado precio alguno, y que ni siquiera conocía las fincas que aparentó comprar.

El animus **confitendi** no aparece por ninguna parte manifestado, y sin embargo hay confesión.

Cuando una persona, como en el ejemplo que estudiamos, narra unos hechos, lo que le estamos exigiendo es que no lo haga en forma inconsciente, o con el empleo de sustancias que le vicien la conciencia.

b. J, alegando su condición de hija legítima de J, demandó en juicio ordinario a M, para que se declarara la simulación de un contrato de compraventa por medio del cual J dijo vender a M algunos bienes.

Sentencia de primera instancia: En la sentencia de primera instancia el demandado fue absuelto.

Sentencia de segunda instancia: Confirmó la sentencia de primera instancia.

Sustento de la casación: La demandante recurrió en casación, y por el aspecto que nos interesa, sostuvo que "Cuando M dijo vender un inmueble de los que había comprado a J expresó que lindaba 'con la manga de atrás' que es de propiedad de la señora J", que ese bien es uno de los que el demandado aparece comprando en el instrumento tachado de simulado y que allí reconocía que aún era de propiedad de la vendedora y que eso no fue tenido en cuenta por el Tribunal. Agrega que esta declaración más que un indicio es la confesión de la simulación del contrato.

Criterio de la Corte:

"Pretende el recurrente encontrar una confesión de la simulación del contrato, o un hecho indiciario de la misma no tomada en cuenta por el sentenciador, en

" Ejemplo y transcripción de la sentencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. 12 de noviembre de 1954. Mag. Pon. Dr. José J. Gómez R.

la escritura número 319 de 29 de noviembre de 1935, por la cual M vende al Departamento de Antioquia unos bienes, y se vale para ello de la circunstancia de que al describir los linderos de uno de los bienes que colinda con 'la manga de atrás', que es de propiedad de la señora J, y que precisamente este inmueble, es uno de los que la señora J aparece vendiendo al demandado (M) por medio de la escritura tachada de simulada.

"Uno de los requisitos o elementos esenciales de la confesión en materia civil es el **animus confitendi,** el cual no es posible deducir del hecho que apunta el recurrente, pues en el mismo instrumento en que consta incidentalmente el aludido pasaje sobre linderos, el propio vendedor y demandado en este juicio afirma expresamente que los bienes que vende son de su propiedad y entre, ellos figura, vendiéndolo como propio, precisamente la manga de atrás'. Ante este hecho tan protuberante afirmado en el mismo instrumento, y cuya realización es uno de los objetivos principales que se perseguía, jamás se puede aceptar que la aludida frase envuelva el ánimo, la voluntad o el propósito de admitir o confesar el vendedor (M) que el mismo bien que vendía como propio no era suyo sino de la señora J"[47].

El ejemplo anterior, nos permite afirmar sin mayor esfuerzo, y sin necesidad de discutir si hubo o no **animus confitendi,** que el demandado, en la mencionada escritura número 319 de 29 de noviembre de 1935, y al estar vendiendo "la manga de atrás", sencillamente no confesó sino afirmó su propiedad al vender el bien al Departamento de Antioquia. Resulta inútil hablar acerca de si hubo, repetimos, ánimo de confesión o no, pues sencillamente no hubo confesión.

3.4. DOCTRINA DE LA CORTE SOBRE EL "ANIMUS CONFITENDI" EN MATERIA CIVIL

Ha dicho la Corte:

"Pero en ninguno de los dichos casos propuestos por el señor procurador hay una verdadera confesión de parte, ya que el fenómeno que en ello se presenta carece de requisitos esenciales a la confesión: Declaración expresa, oral o escrita, y el animus confitendi, el propósito de hacer la declaración, la voluntariedad, el consentimiento de quien la hace, ya que como se ha visto la confesión no puede resultar del silencio de la parte".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia 14 de agosto de 1953. Mag. Pon. Dr. Pedro Castillo Pineda.

[48] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Negocios Generales. Sentencia 21 de mayo de 1938. Mag. Pon. Dr. Aníbal Cardozo Gaitán. G.J. T. XLVI, págs. 758 a 765.

"Se dice que una parte confiesa cuando da testimonio contra sí de la verdad de un hecho jurídico que la otra parte alega como fundamento de su demanda o de su excepción.

"Eso es así porque la confesión es una prueba de carácter especial, ya que hay en ella una renunciación que emana del ánimo del confesante".

3.5. ANIMUS CONFITENDI EN MATERIA PENAL

Por razones que hemos expuesto al hablar del **animus confitendi** en materia civil, igualmente consideramos inútil el concepto para lo penal.

En sentencia de la Corte Suprema de Justicia, se sostuvo lo siguiente: "... de donde se desprende que para que una confesión se estime verídica, es necesario que se haya demostrado por otros medios el cuerpo del delito, que es la coincidencia de un hecho, de un acto humano (acción u omisión), con una definición de la ley penal, o bien, la concordancia del acto del hombre con la definición que la ley penal da de un determinado delito. En segundo término, que sea ella libre y espontánea, esto es, que de parte del declarante exista el **animus confitendi**, o sea, la intención más o menos perfecta de aceptar el hecho que lo perjudica"[50].

De la anterior sentencia se deduce lo siguiente:

a. La Corte al hablar de que la confesión en materia penal debe ser libre y espontánea, entiende por ello la existencia del **animus confitendi,** criterio que no es cierto por cuanto las dos palabras, libre y espontánea, no significan de ninguna manera conciencia de estar confesando.

b. El **animus confitendi** es la intención más o menos perfecta de aceptar el hecho que lo perjudica. Este criterio, como ya lo hemos dicho, mira el aspecto más subjetivo de la persona humana, ¿cómo podríamos probar que la persona tuvo la intención o no de confesar? ¿Qué consecuencias tendría que lo dicho por el confesante resulte plenamente probado por otros medios y que él sostuviera que no tuvo la intención de confesar? Como se observa, también para materia penal el concepto de **animus confitendi** es inútil.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia 2 de agosto de 1941. Mag. Pon. Dr. Fulgencio Lequerica Vélez G.J., T. LII, págs. 169 a 175.

[50] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. 21 de noviembre de 1969. Proceso contra F.M., por el delito de falso testimonio. Mag. Pon. Dr. Samuel Barrientos Restrepo G.J., T. CXXXII, págs. 394 a 399.

3.6. EJEMPLO DE LA JURISPRUDENCIA

La joven X fue condenada a 20 años de presidio por el Tribunal Superior de Pasto, como responsable del delito de homicidio en la persona de su anciano marido H.

Se le imputó a la procesada lo siguiente:

a. Haber proporcionado a su marido, **a sabiendas,** y con el fin de matarlo, una sustancia tóxica (higuerilla), la que le produjo la muerte.

b. Al día siguiente, se inició la investigación y se ordenó practicar, entre otras diligencias, la necropsia del cadáver de la cual sólo se pudo llevar a cabo tres meses después; pero por el desaparecimiento de las vísceras, no fue posible saber si efectivamente había sido envenenado o no.

c. Existía en el proceso la declaración de A, de quien se decía era el amante de X, el cual declaró: "Es verdad y me consta que X me envió una carta desde la cárcel de Túquerres y que leí con P (mujer), en la misma que entre otras cosas decía que para librarse del esposo H 'le había dado a comer higuerilla' ". La misma procesada en careo con A sostiene: "es muy positivo que cuando estuve presa en la cárcel de Túquerres le mandé una carta al señor A, con un hermano que tengo y entre otras cosas le mandé decir que yo le di a comer higuerilla a mi finado esposo H, pero no pasó de allí otra cosa".

Sostiene la Corte:

"a) Que habiendo destruido la carta el destinatario en el mismo acto de recibirla y leerla, el juez y el tribunal de derecho no conocieron el texto de ella.

"b)La señora X, al fundamentar su recurso ante la Corte, da la siguiente explicación que no es posible rechazar a priori: 'La confesión que yo hice de que era yo quien había escrito una carta en que dije que había proporcionado higuerilla a mi marido, no es la confesión del hecho delictuoso, sino de otro (el de haber escrito esa carta en que tal decía) lo que hice con otros móviles, completamente distintos y que no tienen nada que ver en este asunto: el captarme la simpatía de aquél a quien la dirigí' "[51].

Este caso nos muestra claramente que la confesión hecha por la joven X no era seria, por cuanto lo que quería era despertar la simpatía de su antiguo

[1] Ejemplo y transcripción de la sentencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. 18 de septiembre de 1936. Mag. Pon. Dr. Pedro Alejo Rodríguez. G.J., T. XLIII, págs. 662 a 664.

amante, como dándole a entender que por él y por su amor había sido capaz de atentar contra la vida de su anciano marido, el señor H. Muy a menudo se utiliza lo que pudiéramos llamar "confesión", como una disculpa de tipo social, es decir, que no se hace con seriedad.

4. CONFESIÓN EXTRAJUDICIAL EN MATERIA CIVIL

4.1. GENERALIDADES

El artículo 604 del C.J. (Ley 105 de 1931) preceptuaba: "La confesión es judicial si se hace ante juez competente en razón de la naturaleza de la causa y en ejercicio de sus funciones; y extrajudicial si fue hecha en otra ocasión, en carta, misiva, conversación o cualquier acto o documento no destinado a servir de prueba".

El artículo 194 actual C. de P.C. dice que la confesión judicial es la que se hace a un juez en ejercicio de sus funciones, lo que da a entender que se puede hacer ante uno incompetente.

Siendo la judicial la que se hace ante un funcionario jurisdiccional en ejercicio de sus funciones, las demás, corno la que se hace, verbigracia, en una conversación, o en cualquier otra circunstancia, se enmarcan dentro de la denominada confesión extrajudicial, la cual sería indispensable probar en el proceso valiéndose de un medio probatorio, es decir, que habría necesidad de "probar la prueba".

El juez, cuando va a hacer el juzgamiento de una confesión extrajudicial, debe tener en cuenta dos aspectos importantes:

En primer término debe analizar los elementos de juicio que se aducen para acreditar que la parte expresó clara y categóricamente el hecho que a ella o a sus causahabientes puede producirles consecuencias jurídicas adversas o al menos favorables a su contraparte, requisito éste que es esencial en toda confesión. Y en segundo término, una vez efectuado ese primer análisis y obtenida la convicción respectiva, debe valorarse si esa expresión de la parte configura o no una confesión, es decir, si fue hecha en forma expresa, consciente y libre, si versó sobre hechos personales suyos o de los que pudiera tener conocimiento, si era capaz para hacerla, si tenía poder dispositivo sobre el derecho que sobre ella resultaba, y si los hechos que con ella se pretenden demostrar, según la ley no deben acreditarse por otro medio de convicción.

4.2. VALOR PROBATORIO

Precisando que cuando rigió la Ley 105 de 1931 la confesión judicial tenía el valor de plena prueba de conformidad con el artículo 606, y que en cambio la confesión extrajudicial era una prueba deficiente o incompleta, es importante transcribir y estudiar el artículo 608, el que preceptuaba: "La confesión extrajudicial es prueba deficiente o incompleta, y su fuerza es mayor o menor según la naturaleza y las circunstancias que lo rodean, y puede hasta tener mérito de plena prueba si, a juicio del juez, no queda duda alguna acerca de la confesión misma".

Esta norma permitía al funcionario, a pesar de la tarifa legal que informaba al C.J., al funcionario darle el valor de prueba plena a una no considerada tal, como era la confesión extrajudicial.

Al respecto la Corte sostuvo:

> "El artículo 608 del C.J. defiere al juicio del juez para el señalamiento de la mayor o menor fuerza de la confesión extrajudicial, y así las cosas, no cabe acusación por error de derecho basada en que el sentenciador haya dado tal o cual fuerza y valor a una confesión de esta clase. Esa disposición que comienza diciendo que tal prueba es deficiente o incompleta, termina estableciendo que puede hasta tener mérito de plena prueba si a juicio del juez no queda duda acerca de la confesión misma"".

Si lo anterior lo decía el artículo 608 del C.J. lo mismo que la jurisprudencia, rigiendo el sistema de la tarifa legal, con mayor razón puede afirmarse hoy, informados por el sistema de la libre convicción, que la confesión extrajudicial puede llegar a tener el valor de plena prueba, si no queda duda sobre la confesión misma y el hecho confesado.

4.3. EJEMPLO DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

El caso: Los herederos de X demandan a Y para que se declare que son simulados absolutamente los contratos que aparecen en las escrituras números 114 y 288 otorgadas en la Notada de Manta el 3 de marzo y el 23 de julio, respectivamente, de 1969, mediante las cuales X dijo vender algunos inmuebles a Y.

Pruebas recaudadas: Principalmente la confesión extrajudicial que hizo Y ante los testigos P, M, J y L, en el sentido de no haber pagado el precio de

" G.J. N° 2.006, pág. 143.

sus compras, pues a eso equivale el decir que no concurrió sino a recibir las escrituras y que los gastos los hizo todos X, manifestando ante los testigos que carecía de fondos para hacerlo.

Sentencia de primera instancia: La sentencia de primera instancia fue absolutoria.

Sentencia de segunda instancia: La sentencia de segunda instancia revocó la de primera, desestimó la pretensión principal que era la declaratoria de simulación yen su lugar acogió la pretensión subsidiaria que decía: "Que se declaren resueltos los contratos de compraventa relacionados en las escrituras antes citadas por falta de pago del precio y que Y sea condenado a restituirlos a la sucesión de X".

Recurso de casación: Y interpuso recurso de casación, y fundamentalmente sostuvo que el juez de segunda instancia cometió error de derecho al apreciar las declaraciones de P, M, J y L como confesión extrajudicial, con quebranto manifiesto de los artículos 187, 194, 195, 200 y 201 del C. de P.C. Igualmente arguye, en la sustentación de los cargos, que el Tribunal incurrió en violación de las normas adjetivas citadas al conceder a las pruebas un valor probatorio que tales disposiciones no les otorgan,

Consideraciones de la Corte:

"Confesión es la manifestación que hace una parte sobre hechos que pueden producirle consecuencias jurídicas adversas o que favorezcan a la parte contraria. Puede ser judicial, si se hace ante un juez en ejercicio de sus funciones, que no necesariamente debe ser el que conoce del proceso en que esa confesión se aduce corno prueba, o extrajudicial cuando se efectúa en cualquier otra ocasión. Para que una y otra revistan el carácter de prueba requiérese **sine qua non** que se ajusten a los requisitos que señalan los numerales 1° a 5° del artículo 195 del C. de P.C. y además, respecto de la segunda, que esté plenamente acreditado que dicha confesión extrajudicial se hizo. Es lo que la doctrina llama prueba de la prueba y que exige, por tanto, dos procesos de valoración por parte del juez. En el primero, debe ésta analizar los elementos de juicio que se hayan aducido para demostrar que la confesión extrajudicial se produjo. Cuando haya obtenido certeza al respecto debe entonces criticar si esa manifestación efectuada por la parte le produce convicción acerca de los hechos sobre los cuales versa.

"Salvo que la ley misma exija una prueba determinada como requisito **ad solemnitatem o ad probationem** del acto o contrato en el ordenamiento probatorio actualmente en vigencia tanto la confesión judicial como la extrajudicial son pruebas eficaces para demostrar hechos litigiosos. A esta última ya no se le califica por anticipado de 'prueba deficiente o incompleta' como lo hacía el artículo 608 del C.J. anterior. Su mérito de convicción depende del buen criterio del juez al apreciarla, en sí misma y al valorar los elementos de juicio que se adujeron para demostrarla; y si éstos son declaraciones de terceros,

obviamente deberá enjuiciarlos severamente de acuerdo con las normas de la crítica del testimonio.

"La Ley 105 de 1931 calificaba la confesión judicial de plena prueba (artículo 606); más aún, cuando provenía de la parte misma, establecía que contra ella no era admisible prueba en contrario, 'a menos de demostrarse que el confesante ha incurrido en error inculpable o explicable'. En cuanto a la extrajudicial, como se dijo, estatuía que era 'prueba deficiente o incompleta, y su fuerza es mayor o menor según la naturaleza y circunstancias que la rodean'; solo en ciertos casos que constituían excepción a la regla general apuntada, podía 'hasta tener el mérito de plena prueba, si a juicio del juez no queda duda alguna acerca de la confesión misma' (artículo 608 C.J.).

"Esa calificación anticipada del mérito probatorio de una confesión desapareció con el nuevo estatuto probatorio y desapreció también la inadmisibilidad de la prueba en contrario contra la confesión judicial proveniente de la parte misma, que como regla general señalaba el citado artículo 608 del C.J., puesto que hoy, según el artículo 201 del C. de P.C. 'toda confesión admite prueba en contrario'.

"Así, pues, cuando de confesión extrajudicial se trata, el juzgador deberá estudiar cuidadosamente las circunstancias en que ésta se hizo, si en realidad tuvo lugar, y apreciar en conjunto todos los indicios y demás elementos de juicio que obran en el proceso, para deducir si en efecto el presunto confesante manifestó expresamente el hecho que se pretende demostrar con esa clase de confesión y si lo hizo en forma consciente y libre. Y este delicado proceso mental, basado en pruebas, inferencias y deducciones, salvo contraevidencia manifiesta, es intocable en casación, puesto que como también lo ha citado la Corte, 'se refugia en la consciencia del juzgador' ".

Más adelante la Corte, agrega:

"La censura se limita a manifestar, sin expresar claramente por qué la prueba testimonial, no es apta, eficaz o adecuada para acreditar la existencia de una confesión extrajudicial, siendo así que para que el sentenciador pueda apoyar su convicción en ella, basta con que la 'encuentre debidamente probada', según lo estatuye el último numeral del artículo 195 del C. de P.C. y tal prueba como que la ley no establece restricción alguna en ese sentido, bien puede consistir en la prueba de testigos. Dicho en otras palabras, la 'prueba de la prueba' puede hallarse en cualquiera de los diversos medios de convicción que prevé el C. de P.C., sobre la base indispensable y obvia de que sean legalmente eficaces y razonadamente apreciadas por el juez, de lo cual debe dejar testimonio escrito en su providencia, y que éstos le produzcan certeza de la confesión extrajudicial misma"".

" Ejemplo y transcripción de la sentencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. 8 de noviembre de 1974. Proceso ordinario de Hermencia Gutiérrez y Josefina Gutiérrez de Bermúdez, como herederas de Raymundo o Peregrino Gutiérrez contra Luis Eduardo Cortés Correa. Mag. Pon. Dr. José María Esguerra Samper. G.J. T. CXLVIII, págs. 283 a 289.

Conclusión: La confesión judicial se produce en el proceso y el juez la conoce directamente. En cambio, la confesión extrajudicial se produce fuera del proceso y quien la invoca tendrá que utilizar cualquier medio probatorio para traerla a él, lo que significa que debe suministrar la prueba de su existencia.

CONFESIÓN EXTRAJUDICIAL EN MATERIA PENAL

5.1. DOCTRINA DE LA CORTE

En el año de 1964 y a raíz de los siguientes hechos:

"J. A. Ch. C. 'trabajó como empleada del ingeniero G.P.L. en esta ciudad, del 8 de febrero de 1954 al 11 de julio de 1958. Sus funciones eran las de elaborar los cheques para pagar obreros, contratistas, servicios de teléfono, etc., conciliar cuentas con los bancos, para cuyo efecto debía comparar los extractos enviados por éstos con los desprendibles de las respectivas chequeras y manejar algunos libros auxiliares de contabilidad, aunque ésta no había sido organizada en debida forma. Una vez que el doctor P. firmaba los cheques, la señora J les intercalaba palabras *y* números de modo que quedaran aumentados en su valor *y* así los cobraba, ora personalmente, ora por intermedio de otras personas. Dc esa manera la mencionada señora obtuvo un provecho ilícito por valor de $197.278.03 con perjuicio de su patrono doctor P.' ".

Aparece en el proceso un documento que dice lo siguiente:

"Bogotá, julio 11 de 1958 - Señor doctor **G.P.L.** E.S.D. Yo, J.A. mayor y vecina de *esta* ciudad, con tarjeta postal número 18891 de Neiva, ***a usted y ante el*** testigo presencial de mi declaración confieso *y* doy testimonio de lo siguiente: Reconozco que adeudo al doctor G.P.L., por dineros que yo me sustraje indebidamente de su oficina en uso de la confianza que usted me dispensó, como su secretaria y mediante la maniobra de excesos en el giro de los cheques que yo manejaba, por la suma de ciento setenta mil pesos M/cte. ($170.000.00), y que me comprometo a pagar a usted en la siguiente forma:

"1'. El traspaso y traslado del automóvil Dodge, modelo 1955, motor número D-12131211317 placas número D-26010 nacionales, cuyo valor aproximado es de $15.000.00 (quince mil pesos), o en caso de venta el valor que obtenga por la mencionada venta. Una acción de la Tipografía Moderna de Neiva, cuyo gerente es el señor A. Ch. por el valor de $23.000.00 (Tel. 2100-2906, Neiva).

"Hago esta declaración ante el testigo presencial de mi confesión la señorita E. P. Ch. y en cuya presencia firmo la presente declaración y confesión de mi parte –Bogotá, julio 11 de 1958— J.A. Tel. 8891, N civa. Carrera 40 N° 22F157-59 Tel. 440017. Testigo E. P. Ch. Tel. N°14219 Bogotá".

Frente a lo anterior dijo la Corte:

"La legislación colombiana, al igual que la mayoría de las legislaciones extranjeras, ha reconocido dos clases de confesión: la judicial 'si se hace ante

el juez competente en razón de la naturaleza de la causa y en ejercicio de sus funciones; y la extrajudicial si fue hecha en otra ocasión, en carta misiva, conversación, o cualquier acto o documento no destinado a servir de prueba'. Tanto para la una como para la otra se exige que se trate de manifestación 'libre y espontánea', sobre un hecho personal de quien confiesa o declara.

"La confesión judicial en materia civil, se cumple generalmente, en posiciones rendidas bajo juramento; en el campo penal, se suele presentar en indagatoria o bien en cualquier otra manifestación que el procesado haga libremente ante el juez que conoce de la causa. En lo civil la confesión hecha bajo juramento es plena prueba en contra del confesante. En el campo penal, la confesión 'se presume verídica mientras no se presente prueba en contrario, siempre que por otra parte esté plenamente probado el cuerpo del delito'.

"La confesión extrajudicial en cambio, tanto en lo civil como en lo penal es `prueba deficiente o incompleta', y su fuerza es mayor o menor según la naturaleza y las circunstancias que la rodean y puede hasta tener mérito de plena prueba —en lo civil, desde luego si a juicio del juez, no queda duda alguna acerca de la confesión misma—" (artículo 608 del C.J.).

"El Código de Procedimiento Penal, en el artículo 255, se refirió únicamente a la confesión judicial. Pero no quiere ello decir que, en materia penal, no pueda darse la confesión extrajudicial, ya que por mandato del artículo 7° de dicha obra, las materias no reglamentadas allí han de guiarse por las disposiciones del C. de P.C.

"Por consiguiente, puede darse una confesión extrajudicial dentro de un proceso penal y su valor deberá ser apreciado por el juez de conocimiento para determinar la responsabilidad, 'siempre que por otra parte esté plenamente comprobado el cuerpo del delito'.

"¿Cómo puede cumplirse una confesión extrajudicial? Por declaración rendida ante persona distinta al juez del conocimiento y su secretario, por carta, misiva, por una conversación, por cualquier acto o documento no destinado a servir de prueba del hecho que con ella se pretende demostrar.

"Si así lo dice el artículo 604 del C.J., tiene que admitirse que por medio de documentos puede confesarse extrajudicialmente un hecho personal de quien extiende el mencionado escrito.

"En lo civil, un documento privado tiene fuerza de confesión judicial acerca de sus estipulaciones 'cuando han sido extendidos y registrados o reconocidos en la forma legal por las personas que deben cumplirlas' (artículo 637 del C.J.).

"Un documento privado cuyo origen esté reconocido 'expresa o tácitamente', o se haya verificado judicialmente, goza de 'fuerza probatoria', enseña Gorphe en su obra 'De la apreciación de las pruebas'.

"Y agrega el mismo autor: 'Para valer como prueba, se requiere que la confesión sea cierta, sincera y verdadera. La realidad de la confesión o, más ampliamente, de las declaraciones, se comprueba directamente por el interrogatorio; o bien consta, de manera más o menos formal, en un escrito; o, también, se refiere por testigos; o,

por fin resulta de presunciones. En los tres últimos supuestos, se recurre a otra prueba para demostrar la existencia de la confesión, que es extrajudicial. En el último caso (presunciones) no existe confesión, hablando propiamente; sino más bien simples presunciones o indicios, de valor muy variable y más o menos equivalentes a una confesión tácita o implícita; esos mismos indicios o presunciones pueden extraerse de comprobaciones, documentos o testimonios e igualmente de las declaraciones del procesado. En todos los supuestos en los cuales la confesión se establezca mediante otras pruebas, su certeza depende, evidentemente, de la de estas pruebas, que han de ser determinadas en primer lugar'.

"La fuerza de la confesión extrajudicial —dice Mittermaier— depende de la veracidad que merezcan los testigos que la oyeron en el caso de que el confesante no la acepte ante el Juez.

"Siguiendo estos principios, se tiene que el documento, de folio 4, cuya falsedad o adulteración no se demostró, es un documento auténtico, por haber sido reconocido por la persona que lo firmó..."[54].

En otra ocasión dijo la Corte:

"De otro lado, y en relación con la llamada confesión extrajudicial, respaldada no solo con las declaraciones de X, Z, sino con otros elementos de convicción, conviene observar que esa clase de prueba, de acusada importancia en materia penal, puede y debe ser apreciada por el fallador dentro de amplios márgenes que discurren desde su ineficacia hasta el mérito de plena prueba, según las circunstancias..." 55.

El 8 de abril de 1976, en sentencia de la cual fue ponente el doctor Álvaro Luna Gómez, dentro del proceso seguido contra J.E.C. por el delito de peculado, la Corte sostuvo fundamentalmente que la confesión siempre habrá de ser judicial, y que las indagaciones atribuidas a la policía judicial por el artículo 289, numeral 8°, del C. de P.P., no puede dárseles el rango de confesión. Citando a Mittermaier se sostiene que la confesión "debe ser articulada en juicio".

El 24 de marzo de 1977, en esencia dijo la Corte "... la confesión extrajudicial, aparece prevista en el artículo 194 del C. de P.C. vigente y el C.P.P. prevé en su artículo 8° y para el procedimiento penal, la aplicabilidad de las normas de procedimiento civil", La mencionada entidad definió la confesión extrajudicial: "Siempre que el sindicado, sin coacción de ninguna clase, libre y espontáneamente declare por fuera del proceso penal, su aceptación de haber cometido o haber participado en la comisión de un hecho

[54] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. 7 de octubre de 1964. Proceso por los delitos de falsedad en documento y estafa. Mag. Pon. Dr. Samuel Barrientos Restrepo. G.J. T. CIX, págs. 209 a 214.

[55] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. 27 de mayo de 1966. Proceso por el delito de asociación para delinquir en contra de C.C. y *otros*. Mag. *Pon. Dr. Julio* Roncallo Acosta.

delictuoso". "Por último se dice que a este tipo de confesión no puede dársele el valor establecido en el artículo 264 del C. de P.P., sino el de indicio'".

El 19 de julio de 1977 la Corte hizo doctrina cuando expresó: "Su versión de los hechos a la policía judicial, libre y espontánea, firmada por él tiene su valor indiciario, y es confesión lo que de ella mantuvo ante el juez del conocimiento en su declaración de indagatoria"[57].

El 21 de julio de 1977, la Corte hablando de la divisibilidad de la confesión indicó: "Procedió correctamente el Tribunal al dividir la confesión porque contra X existen pruebas de tanta importancia para considerarlo como coautor del delito de secuestro, tales como la confesión extrajudicial que hizo ante un funcionario de la policía judicial..."[58].

El 4 de diciembre de 1978, la Corte sostuvo, en lo fundamental: "1. La confesión a que se refiere el artículo 264 del C. de P.P. no puede equivaler jurídicamente a la versión, recogida por la policía judicial, a la cual se refiere el numeral 8° del artículo 289 ibídem.

"2. Quien confiesa, debe tener la condición de procesado, y tal condición se adquiere, desde el momento en que se rinde indagatoria, por tanto será en, o a partir de ese momento procesal en el que habiéndose adquirido la condición o calidad de procesado, cuando puede jurídicamente darse el fenómeno de la confesión judicial, en los demás casos, podrá eventualmente tratarse de la llamada confesión extrajudicial, cuyo valor probatorio no está expresamente reconocido por la ley en norma alguna'".

El 19 de mayo de 1982, la Corte, transcribiendo las sentencias de 24 de marzo de 1977 y 13 de febrero de 1978, con ponencia del doctor Darío Velásquez Gaviria, acepta la existencia de la confesión extrajudicial, en materia penal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. 24 de marzo de 1977. Proceso por el delito de robo agravado. Mag. Pon. Dr. Pedro Elías Serrano Abadía.

[57] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. 19 de julio de 1977. Proceso por los delitos de secuestro y lesiones personales en contra de 11.0.R y otra. Mag. Pon. Dr. José María Velasco Guerrero.

[58] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. 21 de julio de 1977. Proceso por los delitos de secuestro y robo en contra de M.R.G.B. y otros. Mag. Pon. Dr. Julio Salgado Vásquez.

[9] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. 4 de diciembre de 1978. Proceso por el delito de robo en contra de V.M.M. Mag. Pon. Dr. Jesús Bernal Pinzón. No publicada oficialmente.

Con base en todo lo anterior, puede afirmarse que la confesión extrajudicial, en materia penal, ha sido aceptada en la doctrina en general y que en Colombia, como se ha podido observar a nivel jurisprudencia', no existe un parecer uniforme, y que, por el contrario, nuestro máximo tribunal de justicia ha cambiado su criterio, aun con intervalos de tiempo muy cortos, sobre la existencia o no de la mencionada prueba.

La confesión extrajudicial como muy bien lo decía el C.J. (artículo 604 de la Ley 105 de 1931). "Es aquella que se hace en carta, misiva, conversación o en cualquier acto o documento no destinado a servir de prueba". En el caso específico del proceso penal es también confesión extrajudicial la que se hace ante la policía judicial.

6. REQUISITOS DE LA CONFESIÓN

6.1. GENERALIDADES

Coincidimos con la clasificación del profesor Herrando Devis Echandía con relación a los requisitos de la confesión (de existencia, de validez y de eficacia), pero limitándolos a los que expondremos a continuación.

6.2, REQUISITOS DE EXISTENCIA

En nuestro criterio son los siguientes:

6.2.1. Debe ser una declaración de parte

La confesión debe provenir de quien tenga la calidad de parte: demandantes demandados, sucesores procesales, intervinientes **ad** excludendum o litisconsorciales; los llamados en virtud de la denuncia del pleito, en garantía, o mediante la utilización de la figura de la **laudatio** nominatio **auctoris.** Con relación al coadyuvante, él puede confesar sobre hechos personales o el conocimiento que tenga de hechos ajenos, de conformidad con lo previsto en el artículo 52 del C. de P.C. En materia penal la confesión debe provenir del procesado, de acuerdo con el artículo 280 del C. de P.P.

6.2.2. Debe tener por objeto hechos

La confesión es un medio de prueba y como consecuencia debe tener por objeto hechos. El numeral 2° del artículo 195 del C. de P.C. establece que la confesión debe versar sobre hechos. Es dar certeza a los hechos que se involucran al proceso.

La calificación o interpretación de un contrato no puede ser objeto de confesión. Al respecto, Devis Echandía sostiene: "La confesión puede versar sobre una relación jurídica, como un arrendamiento, un mutuo, una compraventa celebrada por el confesante, pero entonces en realidad existe una confesión abreviada de hechos que se suponen implícitos en la denominación jurídica empleada por el confesante (como el recibo en tenencia del inmueble o del dinero en calidad de préstamo)"[60]. Concordamos con el anterior concepto, agregando que los argumentos jurídicos favorables a la parte contraria o desfavorable a quien los hace, no son confesión.

6.2.3. Los hechos sobre los que verse deben ser favorables a la parte contraria o perjudiciales al confesante

No podemos hablar de confesión si los hechos narrados por la parte no le causan perjuicios a ella, o por lo menos no favorecen a la contraparte.

La declaración de la parte es una especie de las declaraciones en general y dentro de aquella la confesión. Pero lo que nos permite diferenciar la declaración de parte y la confesión es precisamente que ésta consiste en narrar o aceptar hechos que le causan perjuicio a quien lo hace, o benefician con esa narración o aceptación a la otra parte.

6.2.4. Debe versar sobre hechos personales del confesante o sobre el conocimiento de hechos ajenos

El numeral 5° del artículo 195 de C. de P.C. preceptúa: "Que verse sobre los hechos personales del confesante o de que tenga conocimiento". La confesión no solo puede ser sobre hechos personales del confesante, sino sobre el conocimiento que se tenga de hechos ajenos, pero siempre y cuando le causen perjuicio. Por ejemplo: Cuando alguien compra un inmueble a una persona sabiendo que ésta figura como propietario en virtud de una venta simulada, y al ser preguntado sobre ello manifiesta que conocía esa circunstancia, está confesando.

6.2.5. Que sea expresa

Significa este requisito que de ninguna manera podernos hablar de confesiones implícitas. La confesión supone la manifestación terminante de la existencia de un hecho, sin que se pueda hablar de este medio probatorio cuando hay necesidad de hacer deducciones para llegar a una conclusión.

[60] DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. Compendio... Cit., pág. 198.

En realidad, sólo hay confesión cuando se pregunta en forma asertiva-afirmativa, sobre lo cual trataremos ampliamente en su lugar.

Cuando en un proceso determinado, a las pretensiones principales se acumulan unas subsidiarias, estas últimas de ninguna manera significan confesión. Así por ejemplo:

El caso: La señora X, quien pretende separar bienes de su legítimo cónyuge el señor B, con el fin de distraer algunos bienes adquiridos durante la existencia del matrimonio, procede a simular la venta a J de un inmueble que tiene un valor comercial de cinco millones de pesos, en la suma de un millón quinientos mil; se decreta la disolución y liquidación de la sociedad conyugal de la señora X con el señor B y ella procede a solicitarle a J le vuelva a vender simuladamente el bien, a lo cual éste se niega.

La señora X demanda a J y acumula las pretensiones así:

Pretensión principal: Que se declare simulado el contrato de cómpraventa (que supone que no hubo precio).

Pretensión subsidiaria: Para el evento en que el juez no despache favorablemente la pretensión de simulación, la señora X acumula como pretensión subsidiaría la rescisión del contrato por lesión enorme (que supone pagar por el bien inmueble menos de la mitad de su justo precio).

No podemos hablar que la señora X al acumular la pretensión subsidiaria haya confesado que recibió un millón quinientos mil pesos de precio, porque sencillamente lo que la mencionada señora hizo fue tratar de evitar un mal peor, como sería la pérdida total del inmueble, para el evento en que el juez no declare la simulación; es decir, estaríamos admitiendo como confesión algo que no es expreso.

6.3. REQUISITOS DE VALIDEZ

6.3.1. Que sea libre

Significa que la persona no haya sido obligada o sometida a coacción física, psicológica o moral, que no le permita declarar libremente.

Si bien, como lo hemos dicho, la confesión no es una declaración de voluntad, pero sí una declaración de ciencia o conocimiento, ésta debe ser rendida espontáneamente por la persona de tal manera que no sea obligada a declarar en uno u otro sentido.

6.3,2. Que sea consciente

Este requisito se refiere a que no exista inconsciencia en la persona que rinde la declaración. Ésta no es válida cuando se rinde bajo los efectos del alcohol o de cualquier sustancia que altere la libertad o la conciencia, del llamado suero de la verdad, de narcóticos y, en general, de cualquier método que trastorne o haga desaparecer la conciencia del declarante, Este requisito no se refiere a que la persona tenga conciencia de que está confesando en cualquiera de sus modalidades (véase lo referente al animus **confitendi,** num 3, pág. 446).

6.3.3. Que se cumplan las formalidades procesales

La confesión extrajudicial, como ya hemos indicado, puede hacerse en cualquier lugar, a cualquier hora, y nuestras leyes no exigen, como sí lo hace, la legislación italiana, que se haga frente a la persona que resulta favorecida con ella (artículo 2735 del C.C. italiano)[1]. En cambio, la confesión judicial provocada por interrogatorio del juez o de la parte contraria, es una actuación procesal como todas las que se hacen dentro del proceso, sujeta a los requisitos de tiempo, modo y lugar que la ley exige.

6.3.4. Capacidad del confesante

Debe existir plena capacidad del confesante, salvo las excepciones consagradas legalmente.

6.4. REQUISITOS DE EFICACIA

Son requisitos de eficacia:

6.4.1. La disponibilidad objetiva del derecho

De conformidad con el artículo 195 del C. de P.C. se exige que la confesión haga relación a un derecho del cual se pueda disponer. Hay derechos que no son susceptibles de disposición por la persona, y por tanto, si se confiesan, ese medio probatorio no es eficaz para tenerlo por demostrado. Ejemplo: Si en un proceso una persona afirma ser casada con otra y ésta se presenta y

[1] De conformidad con el artículo 2735 del C.C. italiano, cuando la confesión extrajudicial se hace frente a la persona que resulta favorecida con ella, esa confesión tiene el mismo valor que la confesión judicial, en cambio, la que se hace frente a terceros puede ser apreciada libremente por el juez.

acepta lo afirmado o confesado por aquella, no por eso se puede dar por demostrado el matrimonio, porque tal situación depende de la celebración de la boda y no de la simple voluntad de querer asumir semejante vínculo.

6.4.2. Que exista autorización legal o convencional para hacerla a nombre de otro

Para que una persona pueda confesar por otra es menester que tenga autorización que surja de la ley o de la convención y siempre y cuando lo haga dentro del límite de sus facultades.

El artículo 198 del C. de P.C. preceptúa: "Vale la confesión del representante legal, el gerente, administrador o cualquiera otro mandatario de una persona, mientras esté en el ejercicio de sus funciones, en lo relativo a actos y contratos comprendidos dentro de sus facultades para obligar al representado o mandante.

"La confesión por representante podrá extenderse a hechos o actos anteriores a su representación".

El artículo 197 habla de la confesión por apoderado judicial prescribiendo que para hacerla se requiere de autorización del poderdante, la que, sin embargo, se presume para la demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones y la audiencia de que trata el artículo 101; esto es, si el apoderado judicial confiesa en la demanda o en la contestación, aunque no medie autorización expresa, se tiene como tal; en cambio, si en el mismo supuesto confiesa, verbigracia, en el escrito de alegatos de conclusión, dicha confesión no es eficaz, porque no había autorización expresa para ello.

El artículo 308 del C. de Co. establece: "Los actos ejecutados por los administradores bajo la razón social, que no estuvieren autorizados estatutariamente o fueren limitados por la ley o por los estatutos, solamente comprometerán su responsabilidad personal. Además deberán indemnizar a la sociedad por los perjuicios que le causen, y si se trata de socios, podrán ser excluidos". Por su parte el 840, del mismo estatuto dice: "El representante podrá ejecutar los actos comprendidos dentro del giro ordinario de los negocios cuya gestión se le haya encomendado, pero necesitará un poder especial para aquellos respecto de los cuales la ley así lo exija".

Los curadores **ad litem** carecen de facultad para confesar, y ésta se exige por el numeral 1° del artículo 195 del C. de P.C.: "Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado".

6.5 EJEMPLO TOMADO DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Antecedentes: **X** (anciano de 80 años) contrajo matrimonio con Z (joven mujer de 16 años). Cuatro días antes del matrimonio, el 22 de julio de 1972, X simuló vender dos inmuebles de su propiedad a la joven Z, a la sazón su novia.

El 26 de julio de 1972, entonces, X contrajo matrimonio con *Z.*

El día 21 de octubre de 1974 demanda a su joven esposa, menor de edad, para que se declaren relativamente simulados los contratos referidos a los inmuebles que dijo vender.

En oportuna contestación a la demanda, la joven Z, por conducto del curador **ad litem** que ella misma designó, aceptó como ciertos la mayoría de los hechos afirmados por el actor, pero se opuso a las pretensiones del demandante.

Sentencia de primera instancia: El juzgado de primera instancia, basado fundamentalmente en la confesión que hizo el curador **ad litem,** dictó sentencia declarando la simulación relativa.

Sentencia de segunda instancia: El Tribunal Superior de Medellín confirmó la sentencia del **ad quo** y para dar por demostrada la simulación del contrato, se apoyó en la confesión que al respecto hizo en la contestación de la demanda el curador **ad litem** de la menor demandada y en la que ésta misma efectuó al absolver los interrogatorios a que fue sometida el 25 de septiembre de 1974 y el 20 de enero del año siguiente.

Debemos hacer énfasis en que quienes confesaron, en el evento presente, fueron un curador **ad litem** y una menor.

Criterio de la Corte: Con relación al caso, nuestra Corte Suprema de Justicia hizo doctrina al expresar:

> "La confesión como medio de prueba, consiste en la manifestación que hace una parte sobre hechos que pueden producirle consecuencias jurídicas adversas o que favorezcan a la parte contraría. Y puede ser, según lo indica el artículo 194 del C.P.C., judicial o extrajudicial; reviste el primer carácter si se hace ante un juez en ejercicio de sus funciones, que no necesariamente debe ser el que conoce del proceso en que dicho medio se aduce como elemento de convicción; y adquiere el segundo cuando se efectúa en cualquier otra ocasión.
>
> "Ora se trate de la judicial o ya de la extrajudicial, para que la confesión sea legalmente válida y pueda por tanto producir efectos jurídicos, es menester que se ajuste a los requisitos que para ella exige el artículo 195 ibídem. El primero de ellos consiste, a términos del numeral 1° de esta norma, en que la confesión sea hecha por quien 'tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado'.

"Y como el precepto legal transcrito exige dicho requisito sin distinguir la capacidad absoluta de la relativa, debe seguirse que la validez de la confesión como medio de prueba requiere que el confesante no sea incapaz absoluto ni especialmente. La plena capacidad para confesar es la misma capacidad civil general requerida para demandar y ejecutar actos procesales válidamente; la capacidad especial se refiere a los casos en que la ley reconoce valor a la confesión de los incapaces relativos.

"De lo anterior resulta que cuando quien confiesa carece de capacidad, la confesión no es válida por faltarle ese requisito.

"El menor adulto no habilitado de edad carece, en principio, de capacidad jurídica y, por lo tanto, su confesión no tiene validez. Al contrario, el adulto que ha obtenido habilitación de edad sí tiene capacidad jurídica general, y por ello puede confesar válidamente en proceso o fuera de él, a menos que la confesión verse sobre alguno de los actos que por disposición expresa de la ley no puede ejecutar libremente dicho menor.

"Por cuanto confesar una obligación es tanto como enajenar o disponer de un derecho, la confesión del apoderado judicial sólo obliga a su mandante cuando aquél haya recibido de éste expresa facultad para hacerla, aun cuando, según dice el artículo 197 ejusdem, dicha autorización se presume 'para la demanda, las excepciones y las correspondientes contestaciones'.

"El anterior precepto no es empero aplicable a los curadores ad litem, desde luego que el artículo 70 ibídem, norma especialísima y por tanto de aplicación preferente, estatuye que aquellos tendrán las mismas facultades que asisten a los apoderados judiciales, 'salvo las de sustituir, recibir y disponer *del derecho* de litigio' (Subraya la Corte).

"Lo cual significa que la confesión del curador **ad litem** no produce efectos jurídicos en contra de su representado, pues en tal supuesto el confesante carece de capacidad jurídica para confesar en nombre de éste y, por ende, no tiene poder dispositivo sobre el derecho del pupilo que resulte de lo confesado.

"Por lo demás, como lo ha dicho la Corte, el curador **ad litem** 'no tiene calidad de representante legal de la persona respecto de la cual ejerce las funciones de curador **ad litem** y como cuando no se trata de una confesión sobre un hecho propio o personal de quien. la hace, la ley sólo le otorga validez en ciertas condiciones a la confesión que hace ; entre otras, el representante legal de una persona, o sea quien por ministerio de la ley en forma general y permanente tiene en juicio la representación de otro, es claro que las aseveraciones o declaraciones que al contestar la demanda hubiese hecho el curador **ad litem,** no perjudica a aquél y no forman de consiguiente, por sí solas, plena prueba en contra del dicho del demandado' (LXIX, 40).

"En oportunidad posterior la Corte reiteró la anterior doctrina, como aparece de la sentencia de 18 de septiembre de 1970, que con ponencia del H. Magistrado José María Esguerra Samper profirió en el proceso ordinario de José Dernaún Tangarife contra Rubiela Duque de Rivas (CXXXVI, 154 y 155)".

Error del Tribunal: El tribunal cometió error de derecho "puesto que, contrariando los mandatos de los artículos 70 y 195 del C. de P.C., atribuyó mérito demostrativo a la confesión del curador **ad litem** de la menor demandada; y a la que ella misma hizo cuando aún era menor, sin estar todavía habilitada de edad, y por tanto carente de capacidad para confesar. **El error de derecho se concreta, entonces, en haber otorgado validez a la confesión de quienes a la sazón no tenían capacidad para hacerla ni, por lo mismo, poder dispositivo sobre el derecho que resultó de lo confesado".**

Nota: Es de agregar que la sentencia de instancia no fue aniquilada por la Corte, por cuanto, a pesar de haber hecho la rectificación doctrinal con relación a la confesión, se basaba en otras pruebas recaudadas en el proceso, como por ejemplo la confesión de la madre de Z y la de su padre, en la que éste afirma que X le había regalado a su hija los inmuebles que afirmó haberle vendido'.

7. RETRACTACIÓN DE LA CONFESIÓN EN MATERIA PENAL

7.1. DOCTRINA

Con relación al C. de P.P. anterior se había sostenido:

Antonio Vicente Arenas": "El procesado podrá ampliar su indagatoria cuantas veces quiera *y* retractarse de lo que haya confesado (artículos 395, 396). La retractación podrá hacerse no solo en la indagatoria sino también en los careos o en la audiencia pública.

"Producida la retractación debe el juez interrogar al procesado 'sobre el móvil de sus contradicciones o sobre la causa de su retractación'.

"No es posible afirmar a priori qué deba prevalecer, si la confesión o la retractación. Ello depende de la averiguación que el juez está obligado a hacer, tanto cuando se produce la confesión, como cuando el procesado se retracta".

Gustavo Humberto Rodríguez[64] dice al respecto: "Jurídicamente, la revocación de la confesión es admisible, puesto que la confesión es un acto

Ejemplo *y* doctrina de la sentencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. 26 de enero de 1977. Proceso ordinario de F.R.I. contra N. del S.L. de R. Mag. Pon. Dr. Humberto Murcia Bailén.

ARENAS, ANTONIO VICENTE. *Procedimiento penal.* Cit., pág. 175.

[64] RODRÍGUEZ, GUSTAVO HUMBERTO. *Procedimiento penal colombiano.* Ed. Librería del Profesional, 4" edición, Bogotá, 1982, pág. 343.

voluntario, libre y espontáneo. Por lo tanto, ante una revocación el funcionario debe examinar los motivos de la retractación. Esta exigencia fue prevista en el artículo 396 del C. de P.P. anterior:

> "Artículo 396. *Contradicción y retractación del indagado.* Si en declaraciones posteriores se contradijere el procesado con lo declarado anteriormente o se retractare de lo que haya confesado, se le interrogará sobre el móvil de sus contradicciones o sobre la causa de su retractación".

La doctrina ha dicho que la validez de una retractación exige un requisito: "que la confesión constituya la única prueba de cargo".

Si bien en el Nuevo Código de Procedimiento Penal no se habla expresamente de este fenómeno, que bien puede presentarse, podemos tomar los artículos del estatuto derogado, que son una buena guía para el juez, y de manera especial en lo relacionado con la indagación del motivo por el cual el confesante se retracta.

"Retractar (Del lat, **retractare).** tr. Revocar expresamente lo que se ha dicho; desdecirse de ello"[65].

Gustavo Humberto Rodríguez comparte el criterio de la doctrina actual, la que sostiene que para la validez de la retractación se exige un requisito: "que la confesión constituya la única prueba de cargo". Sin embargo, esta afirmación hay que entenderla en el sentido de que además aparezca demostrado el hecho típico, puesto que si sólo existe confesión, tampoco sería factible formular acusación, en el caso colombiano, resolución de acusación.

Lo anterior nos lleva a las siguientes conclusiones:

a) Si no está probada la tipicidad del hecho, y sólo existe en el proceso confesión, no podríamos hablar válidamente de retractación.

b) Si existiendo confesión y estando demostrada la tipicidad del hecho, se produce la retractación del confesante, habrá que investigar cuáles son los hechos que le sirven de sustento; puede suceder;

1) Que se demuestre la existencia de un hecho que contradiga lo confesado, lo cual significa que esto no es cierto.

[65] *Diccionario de la Lengua Española.* Real Academia Española, 19ª edición, Madrid. 1970, pág. 1.143.

2) Que se demuestre por otros medios que es cierto lo confesado, lo cual significa que lo dicho en la retractación no es cierto.

7,2. EJEMPLO

A afirma haber envenenado a B con una determinada sustancia y habérsela suministrado en ciertas dosis; B aparece muerto, efectivamente.

Con posterioridad, A afirma que confesó por sugestión o por despertar admiración entre sus compañeros.

Se practica un dictamen pericial en las vísceras de B y se prueba que efectivamente murió envenenado por la sustancia que indicó el confesante, la que se le suministró en dosis que coinciden con las indicadas por él mismo.

No se podría en este caso aceptar la retractación de la confesión de A pues hay indicios graves de que efectivamente lo confesado corresponde a la realidad. Si él no lo envenenó, ¿cómo supo la clase de sustancia?, ¿por qué sabía las dosis que ingirió?, .. etc.

7.3. CONCLUSIÓN

Lo anterior nos permite afirmar que aceptar o no la retractación depende del acervo probatorio recaudado en el proceso, y en ese aspecto concordamos con lo expuesto por el maestro Antonio Vicente Arenas en el pasaje que transcribimos.

8. INFIRMACIÓN DE LA CONFESIÓN EN MATERIA CIVIL

8.1, GENERALIDADES

De conformidad con el artículo 201 del C. de P.C. toda confesión admite prueba en contrario. Esta disposición acoge la tesis que pregona que para demostrar que la confesión no corresponde a la realidad, basta acreditar un hecho contrario a lo confesado para que resulte desvirtuada.

Algunos sostuvieron la tesis de que cuando se alegaba error de hecho en la confesión, había que probar: a) El hecho contrario al confesado. b) La falsa creencia del confesante sobre el hecho confesado.

Queda claro que de conformidad con el artículo citado, es suficiente para infirmar la confesión, en materia civil, demostrar un hecho que la desvirtúe.

8.2. EJEMPLOS DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

a, *El caso:* X demanda a Z en representación de sus hijos X_1 y X2.

Proceso: Ordinario.

Objeto: Obtener, de conformidad con el artículo 18 de la Ley 75 de 1968, la revisión de la sentencia que absolvió a Z de la declaratoria de paternidad de los menores X_1 y X2.

El demandado, por medio de apoderada, confesó haber tenido relaciones sexuales con la demandante desde el mes de abril de 1963, continuándose esas relaciones con intervalos de semanas y meses hasta antes de la Semana Santa de 1967.

Posteriormente, la apoderada, en memorial presentado pasado un año desde la contestación de la demanda, sostuvo que se había cometido un error de secretaría y que lo que quiso decir fue: "antes de la Semana Santa de 1966". Es decir, se plantea la comisión de un error de la confesión.

De conformidad con el artículo 201 del C. de P.C. podía el demandado haber probado lo contrario a lo confesado, sin embargo, no lo hizo, y por tanto, no se le admitió el "desquiciamiento" de la confesión con la simple afirmación de haberse cometido un error.

Obsérvese bien, la importancia que tiene haber dicho año 1967 y 1966 se relaciona con la fecha de la concepción, ya que el menor X nació el 26 de abril de 1967 y entonces, para éste, se cumplía cabalmente, la presunción del artículo 92 del C.C.[66].

b. Sentado el criterio de que la confesión es combatible por cualquier medio de prueba que demuestre la no veracidad del hecho o hechos confesados, de conformidad con el artículo 201 de C. de P.C., examinemos el siguiente caso:

X demanda por la vía ordinaria a la menor impúber Z.

Pretensión: Que se decrete que el demandado (X) no es el padre de la menor Z, pretensión que se explica por el hecho de que con anterioridad se le había iniciado proceso de filiación extramatrimonial ante el juez de menores, en el que se declaró la paternidad de dicho sujeto frente a Z.

[66] Elaborado con base en la sentencia de la la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. 27 de febrero de 1978. Proceso ordinario de A.F.L. y otros contra V.D.G. Mag. Pon. Dr. Germán Giraldo Zuluaga. No publicada oficialmente.

Fundamento de la pretensión de revisión del señor X: Se afirma que entre el señor X y la madre de la menor Z, existieron relaciones patrimoniales y se agrega "se comprometió (X) a pagarle a dicha señora (la madre de Z) una cantidad de dinero proveniente de los mismos negocios y del trabajo verificado por la misma madre de Z en los oficios domésticos". Por otra parte, se agrega: "La señora madre de Z con la natural malicia, al redactar u ordenar la redacción del documento en donde el señor X se comprometió al pago de cierta cantidad de dinero, hizo incluir en el texto la declaración de que X reconocía como hija natural suya a la menor Z" y que "cuando llamaron a mi mandante el señor notario público de Puerto Berrio para reconocer la firma y el texto del documento, manifestó de modo expreso y claro que solo reconocía ese documento en cuanto a la obligación de pagar, pero que rechazaba, por no ser cierta, la afirmación de paternidad que con afán e interés preconcebido buscaba la señora madre de Z".

Se dice, igualmente, que X no convivió en ninguna época con la madre de Z ni tuvo relaciones estables con la misma como para que pudiera presumirse la paternidad de la menor demandada, y que además aquélla, o sea la madre de Z, había observado una conducta licenciosa en un establecimiento denominado "El Colegio", en Puerto Berrío, y que había estado dedicada única y exclusivamente al ejercicio público de la prostitución.

Sentencia de primera instancia: Se negaron las súplicas de la parte demandante y se absolvió a la demandada de los cargos.

Sentencia de segunda instancia: Confirmó la sentencia de primera.

Fundamentos de la sentencia del Tribunal: El Tribunal transcribe el referido documento que es del siguiente tenor:

"... Conste por el presente documento que en el día de hoy, se ha celebrado el siguiente convenio entre el señor X y la señora madre de Z... 1°. El señor X se obliga a entregar a la señora madre de Z, la suma de un mil quinientos pesos en efectivo... 3°. La señora madre de Z, se obliga a no ser causa de molestias para el señor X, que por razón de sostenimiento como vestidos, drogas, alimentos, etc. estará obligado, por haber tenido una hija de la citada señora y responde al nombre de Z, nacida el 10 de abril de 1959. 4°, El señor X se compromete a proporcionarle estudio a la citada Z cuando ésta esté en capacidad de hacerlo. 5°. Para constancia y fe de lo anterior, las partes firman ante testigos fidedignos y funcionario civil en Puerto Berrio, a los veintiséis días de agosto de mil novecientos sesenta y tres. Fdo. X. Fdo. madre de Z, testigo, Fdo. A. testigo Fdo. B"..

A continuación se lee lo siguiente:

"En Puerto Berrio a 26 de agosto de 1963, compareció ante el suscrito Notario de esta ciudad X... y manifestó que la firma que aparece en el presente

documento fue puesta por él (ella) y que es la misma que acostumbra en sus actos públicos y privados. En constancia firma esta diligencia agregando: lo manifestado en el documento anterior no constituye reconocimiento de hija. El compareciente (Fdo.) X El Notario (Fdo.) ilegible. Hay un sello que dice: `Colombia Antioquia. Notaría del Circuito. Puerto Berrio' ".

Con base en el documento transcrito y otras consideraciones que no nos interesan para el caso examinado, como ya se dijo, se confirmó la sentencia de primera instancia.

Fundamento del recurrente para incoar el recurso de casación: Sostiene el recurrente que el Tribunal al apreciar el documento suscrito por el señor X que se presentó como prueba de la filiación extramatrimonial impetrada, desconoció el principio probatorio de la indivisibilidad de la confesión contenida en el artículo 609 del C.f., por cuanto el signatario al autenticar su firma ante el Notario de Puerto Berrio, expuso enfáticamente que "lo manifestado en el documento anterior no constituye reconocimiento de hija".

Sentencia de la Corte: Fundamentalmente, sostuvo:

"La Corte ha expuesto reiteradamente que carece de todo valor la retractación que posteriormente haga el signatario de un documento en cuanto a las declaraciones que éste contiene, porque 'se entiende que nadie autentica con su firma un escrito si no se ha informado plenamente de su contenido; si sostiene lo contrario tendría que dar la prueba'. (Casación Civil, 11 de abril de 1946, G.J. 2032, pág. 381). `... lo normal, lo que sucede en la vida ordinaria es que quien firma un documento lo haga a sabiendas de su contenido; desconocer éste, es sostener una situación que se aparta de ese modo de proceder que tienen todos los hombres en el tráfico ordinario de su vida; y ello conduce a la formulación de una excepción cuya prueba incumbe a quien la promovió de acuerdo con el clásico aforismo romano' (Cas. Civ. 2 de marzo de 1955. LXXXIX, pág. 687). El reconocimiento `... le imprime autenticidad al respectivo documento y hace presumir la veracidad de su contenido, porque lo natural y lógico es que quien autoriza con su firma un escrito, se informe antes de lo que en él se expresa...' (Cas. Civ. de mayo de 1964, CVII, pág. 211). En el mismo sentido (LXX, pág. 381: LXXXV, pág. 139).

"Para que esa especie de confesión, a lo cual equivale consignar por escrito el hecho que jurídicamente afecta al otorgante, pueda aplicársele el principio de la indivisibilidad que consagra la parte del artículo 609 del C.J., es indispensable que las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, se hayan consignado también por escrito en el mismo documento y hayan sido suscritas por las partes que lo otorgan, para que no quepa duda acerca de la verdadera voluntad de las mismas que va a vincularlas recíprocamente en el campo del derecho. Las enmiendas, explicaciones y aclaraciones unilaterales relativas al hecho de que da cuenta el documento, que se efectúen verbalmente o por escrito con posterioridad al otorgamiento de aquél, así sea al hacerse el

reconocimiento, a no dudarlo, constituyen verdaderas excepciones que esa misma persona tiene obligación de demostrar. **Su voluntad** quedó plasmada **gráficamente en el documento y siendo éste obra de su parte,** salvo que se **demuestre plenamente lo contrario, forzoso es concluir que la consignó íntegramente y que expresó por escrito todo aquello que podía afectarlo o** favorecerlo" (las negritas son nuestras).

Puede observarse, en lo dicho por la Corte, que aun bajo la vigencia del C.J. se admitía por vía jurisprudencial probar lo contrario de lo confesado en documento (nótese cuando la Corte dice: "Su voluntad quedó plasmada gráficamente en el documento y siendo éste obra de su parte, salvo que demuestre plenamente lo contrario, forzoso es concluir que la consignó íntegramente y que expresó por escrito todo aquello que podía afectarlo o favorecerlo").

La Corte, por lo expuesto, se abstuvo de casar la sentencia[67].

8.3. INFIRMACIÓN DE LA CONFESIÓN FICTA O PRESUNTA

El artículo 201 del C. de P.C. preceptúa que toda confesión admite prueba en contrario; por lo tanto, es de recibo también para el evento de la confesión ficta o presunta, sin que sea necesario probar el error; basta demostrar el hecho contrario para que lo presumido en virtud del artículo 210 del C. de P.C. resulte desvirtuado.

8.4. EJEMPLO DE INFIRMACIÓN DE CONFESIÓN FICTA

El caso: X demanda a Y.

Pretensión: Que se decrete el lanzamiento de la demandada por mora en el pago.

Prueba con la demanda: Con la demanda se presentó interrogatorio anticipado donde la demandada fue declarada confesa, porque a pesar de haber sido citada personalmente, no compareció oportunamente al interrogatorio, ni presentó justificación de su no comparecencia, de conformidad con lo prescrito en el artículo 209 del C, de P.C. En las preguntas asertivas, que se presumieron contestadas en forma afirmativa, se le preguntó si se había pactado como renta de arrendamiento la suma de $20.000.00 y que ella sólo estaba pagando $10.000.00.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. 3 de junio de 1971. Mag. Pon. Dr. José María Esguerra Samper. G.J. T. CXXXVIII, números 2.340 a 2.345, págs. 367 a 372.

Al contestar la demanda, Y acompañó con> ella un documento escrito, firmada por X y Y, en el que consta que la renta pactada era de $10.000.00, quedando desvirtuado el hecho confesado en forma ficta o presunta; como consecuencia, hubo de admitirse que lo que venía pagando era lo pactado efectivamente.

8.5. OPORTUNIDAD PARA INFIRMAR LA CONFESIÓN

Puede pensarse en dos sistemas para la infirmación de la confesión:

a. Establecer un procedimiento que permita demostrar el hecho contrario al confesado, por ejemplo, en Colombia un incidente.

b. No establecer un procedimiento, sino sencillamente dejar que la persona que pretende infirmar la confesión utilice las etapas probatorias comunes, para tal actividad.

El Código de Procedimiento Civil no consagra un procedimiento especial para infirmar la confesión, lo cual significa que hay que utilizar los períodos probatorios normales (como sucedió en el ejemplo elaborado anteriormente), y en la segunda instancia, cuando se trata de apelación de sentencia, invocar, para que haya período probatorio, la causal 3ª del artículo 361 del C. de P.C.

Finalmente, debemos reiterar que toda clase de confesión admite prueba en contrario: la judicial, la extrajudicial, la ficta, la contenida en documentos, etc.

9. INTERROGATORIO A LAS PARTES

Es importante dejar establecido que en el actual Código de Procedimiento Civil, se puede hacer cualquier clase de preguntas a diferencia de lo que sucedía con el C. de P.C. derogado (Ley 105 de 1931).

El artículo 612 del C.J. preceptuaba: "Las posiciones deben redactarse con claridad, refiriéndose cada pregunta, cuyo número no exceda de veinte, a un solo hecho y en forma tal que el absolvente pueda responder simplemente si eso no es cierto el contenido de la pregunta".

El artículo 207 del C. de P.C., establece que las preguntas podrán ser o no asertivas. Lo anterior significa que pueden hacerse tres clases de preguntas, así:

1. Pregunta interrogativa, por ejemplo: ¿Dónde se encontraba usted el día 20 de julio de 1982?, o cuéntenos todo lo relacionado con el contrato que usted celebró con el señor fulano de tal.

2. Pregunta asertiva, por ejemplo: ¿Diga cómo es cierto sí o no que usted me debe $100.000? Quien responde debe contestar si es o no cierta la pregunta, y a continuación hacer las explicaciones que a bien tenga.

3. Pregunta asertiva afirmativa, por ejemplo: ¿Diga cómo es cierto si o no, que usted me debe la suma de $100.000 y yo afirmo que es cierto?

9.1. IMPORTANCIA DE LAS PREGUNTAS

La importancia de la pregunta interrogativa consiste, en permitirle a quien interroga, elaborar las preguntas subsiguientes con base en la respuesta que dé el interrogado. Si no se permitiera la pregunta libre y sólo fuera admisible la asertiva, se tendría el inconveniente que si no se sabía de antemano lo que se iba a preguntar, prácticamente el interrogatorio resultaba inútil. Ejemplo: Si un proceso de filiación natural no se sabía que la madre había vivido en un sitio distinto a donde se decía que habían tenido lugar las relaciones sexuales, no se podría preguntar porque en la pregunta asertiva tendría que preguntarse: "¿Diga, cómo es cierto, si o no, que usted vivió en el año de 1973 en la casa de habitación número 2-28 de la carrera 7 ?". En cambio con la pregunta interrogativa se puede decir "¿Díganos entre los años 1970 a 1975 en qué sitios vivió usted en la ciudad de Bogotá?". Y una vez contestada la pregunta puedo (es conveniente) utilizar la fórmula de la pregunta asertiva.

No deja de ser aconsejable, para quien pretende obtener la confesión de la otra parte, que las primeras preguntas las haga con un sentido exploratorio y para tal efecto utilice la pregunta interrogativa. El escenario psicológico de quien tiene que responder preguntas cortas es muy distinto a quien tiene que relatar unos hechos; la pregunta asertiva previene al interrogado, mientras que, la pregunta interrogativa le da más confianza y generalmente resulta expresando la verdad.

La pregunta asertiva, por la disyuntiva en que coloca a la parte, la alerta de que algo grave va a sucederle si responde en uno u otro sentido y va preparada, para tomar todas las precauciones tendientes a no perjudicar el supuesto despacho favorable de sus pretensiones o de sus excepciones; no sucede lo mismo con la pregunta interrogativa, para lo cual generalmente no viene preparada y su relato será más sincero y útil para la preparación de las preguntas posteriores.

9.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL INTERROGATORIO

Negamos que el interrogatorio sea un medio de prueba; es simplemente un método o instrumento para provocar la confesión de la otra parte. Lo que sí es medio de prueba es la confesión que se obtenga utilizando el interrogatorio.

9.3. NÚMERO DE PREGUNTAS

Una parte podrá formularle a la otra hasta veinte preguntas. El artículo 207 del C. de P.C. establece que a pesar de ese límite el juez podrá adicionarlo con las que estime convenientes para aclarar la exposición del interrogatorio o verificar otros hechos que interesen al proceso.

Lo aconsejable hubiera sido no establecer un límite de preguntas, sin embargo, esto se hubiera prestado prácticamente para que se utilizara el interrogatorio como una especie de "intimidación" a la otra parte, que debía saber que podía ser interrogada sin límite de preguntas ni de tiempo, Se podría argumentar que con las facultades concedidas al juez para vigilar la pertinencia y la utilidad de la prueba esto no hubiera sucedido. Sin embargo, consideramos que el límite de veinte preguntas es suficiente, ya que utilizando el método que hemos recomendado de explorar inicialmente para después preguntar nos permite con el límite de preguntas señalado en la ley obtener buenos resultados.

El legislador quiso conciliar las dos tesis que se deducen de la legislación comparada con relación a las preguntas, establecer un límite o no establecerlo y al efecto preceptúa que el juez puede seguir formulando preguntas.

9.4, PREGUNTAS FORMULADAS POR EL JUEZ

Ya hemos indicado que de conformidad con lo preceptuado en el art. 207 del C. de P.C., una vez que la parte que interroga termina de preguntar, sea que complete o no las veinte preguntas, el juez puede seguir preguntando, no solamente para que la parte interrogada aclare las respuestas dadas, sino para formular cualquier otro tipo de preguntas que tengan que ver con los hechos que son sustento de las excepciones o de las pretensiones.

Quizá donde es más importante la facultad que tiene el juez de preguntar es cuando a la parte que interroga se le agotan las veinte preguntas y el juez se da cuenta que, a pesar de su esfuerzo, fue imposible preguntar sobre todos los puntos que interesan al proceso. No vemos ningún inconveniente en que, cuando a la parte se le agote el número de preguntas que puede formular, le insinúe al juez que sobre determinados puntos genéricos formule preguntas a la otra parte.

Por ejemplo, en un proceso de filiación natural, interrogando el demandante, se le agotan las preguntas que se refieren a la época de la concepción y falta preguntarle por el trato que el presunto padre le ha dado al hijo, entonces el demandante podrá decirle al juez "le insinúo o le solicito,

señor juez, que usted pregunte al absolvente como a bien tenga, sobre el trato que el presunto padre le ha dado al hijo". No es una pregunta formulada por la parte y que el juez haga suya, sino todo lo contrario, la parte le indica genéricamente al juez el tema que quedó sin preguntar y él resuelve sin discusión y motivación de ninguna naturaleza, si formula el interrogatorio, porque considere que es pertinente y útil, o que no lo formule sencillamente.

9.5, LAS PREGUNTAS DEBEN SER PERTINENTES

De conformidad con el artículo 207 del C. de P.C. las preguntas se deben relacionar con la materia del litigio, es decir, que deben ser pertinentes, o sea, que en forma mediata o inmediata tengan que ver con el tema de la prueba. Igualmente las preguntas deben ser útiles, que es lo contrario a superfluas, no solamente porque no se relacionen con la cuestión debatida, sino porque sean repetición de otra pregunta ya formulada, sea en el mismo interrogatorio u otro anterior cuya copia obre en el proceso.

9.6. LAS PREGUNTAS DEBEN SER CLARAS Y PRECISAS

La pregunta debe ser clara para que el absolvente la distinga y la responda adecuadamente; además, debe ser exacta y precisa con el mismo objeto. Está bien que con el interrogatorio se procure, que la contraparte confiese, pero no es lícito que el juez permita que se hagan preguntas que conduzcan a que el absolvente se equivoque.

9.7. PREGUNTAS RELATIVAS A HECHOS QUE IMPLIQUEN RESPONSABILIDAD CRIMINAL

De conformidad con el art. 207 del C. de P.C., cuando se hagan preguntas al absolvente, que impliquen responsabilidad criminal, se harán por el juez sin juramento, con la prevención de no estar obligado a responderlas. Es una aplicación del principio de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo, cuando se interroga a una persona sobre su participación en un hecho delictivo cabe hacer lo mismo que en la indagatoria (sin la gravedad ni apremio del juramento).

9.8. CADA PREGUNTA SE REFERIRÁ A UN SOLO HECHO

Como consecuencia de lo preceptuado en el art. 207 al exigir que las preguntas sean claras y precisas, se referirán a un solo hecho; referirse a varios les resta claridad y precisión. Esta exigencia se debe cumplir estrictamente en las preguntas llamadas 'asertivas o asertivas-afirmativas', ya que, en la

pregunta interrogativa sobre todo lo que exhorta al absolvente a hablar sobre un determinado hecho no se puede cumplir con la exigencia anterior. Cuando la pregunta contenga varios hechos, el juez la dividirá de modo que la respuesta se dé por separado en relación con cada uno de ellos, y la división se tendrá en cuenta para los efectos del límite señalado de veinte preguntas.

9.9. MANERA DE SOLICITAR EL INTERROGATORIO

De conformidad con el artículo 207 del Código de Procedimiento Civil el interrogatorio será oral, si la parte que lo solicita concurre a la audiencia, en caso contrario, el peticionario deberá formularlo por escrito en pliego abierto o cerrado, que podrá acompañar al memorial en que pida la prueba o presentarlo antes de la fecha señalada para el interrogatorio. Si el pliego está cenado, el juez lo abrirá al iniciarse la diligencia. Cuando esta debe practicarse por comisionado, el comitente lo abrirá, calificará las preguntas y volverá a cerrarlo antes de su remisión.

Obsérvese bien, el solicitante puede indicar en su petición que el interrogatorio lo formulará por escrito, pero que se reserva el derecho de hacerlo verbalmente: "La parte que solicita la prueba podrá, antes de iniciarse el interrogatorio, sustituir el pliego que haya presentado por preguntas verbales, total o parcialmente" (la fórmula no es necesaria, ya que el artículo 207 autoriza lo transcrito; pero resulta útil para evitar cualquier discusión inclusive por lealtad).

Igualmente cuando se afirma que se formulará por escrito, el escrito que contiene las preguntas puede presentarse antes de la fecha señalada para el interrogatorio. Esta medida es muy útil, ya que muchas veces durante el tiempo que transcurre entre la fecha de iniciación del proceso y la práctica del interrogatorio (el cual a veces es de varios años), se obtienen conocimientos que permiten elaborar en mejor forma el interrogatorio.

Las preguntas por escrito se pueden presentar hasta el día anterior al señalado para el interrogatorio. Si se anuncia que el interrogatorio será escrito, pero el pliego de preguntas no se allega ni siquiera el día anterior al del interrogatorio, quien va a interrogar puede comparecer a la diligencia y hacer las preguntas en forma verbal, lo cual será válido. Lo anterior, por cuanto que el pliego puede sustituirse total o parcialmente por preguntas verbales, y si es así frente a un interrogatorio inicialmente presentado por escrito, con mayor razón podrán elaborarse preguntas en forma verbal cuando el interrogatorio por escrito no se formuló.

Recomendamos utilizar la siguiente fórmula que resulta útil y evita sobresaltos al litigante: "Sírvase decretar el interrogatorio de mi contraparte, el cual formularé por escrito, en sobre cerrado o abierto (según sea el caso) que presentaré antes de la fecha que usted señale para tal audiencia, reservándome el derecho de formularlo verbalmente en forma total o parcial, aun en el supuesto caso en que no se presente el interrogatorio escrito antes de la fecha señalada".

Si la persona solicita el interrogatorio verbalmente, ¿Podrá antes de la audiencia presentar sobre cenado o abierto para que se formulen las preguntas contenidas en él? Consideramos que sí, no puede argumentarse la violación de ningún derecho, ni del debido proceso, pues para el absolvente es indiferente la forma de expresión que se utilice al formular las preguntas. Lo anterior se desprende de la redacción del artículo 207 del C. de P.C. cuando dice: "El interrogatorio será oral si la parte que lo solicita concurre a la audiencia". Luego, si no concurre la parte que pretende interrogar, se formulará el interrogatorio de conformidad con lo escrito que haya presentado (pliego abierto o cerrado con las preguntas).

9.10. CUANDO EL INTERROGATORIO SE HA FORMULADO POR ESCRITO Y LA PARTE PETICIONARIA CONCURRE A LA AUDIENCIA

Si la parte que pretendía comparecer a formular el interrogatorio verbalmente ha cubierto la eventualidad de su ausencia, formulándolo por escrito con la petición y comparece a la audiencia, puede suceder que retire el sobre de las preguntas, o que no haga las preguntas formuladas en el pliego' abierto, o que formule las preguntas que contiene el sobre y si no llegan al número de veinte formule nuevas preguntas.

Es claro, que si la parte que acompañó las preguntas o las formuló en - escrito abierto, comparece a la audiencia puede formular el interrogatorio verbalmente y el juez debe acceder a la petición que se le formule sin ninguna objeción, y sin que la parte absolvente pueda oponerse por ningún motivo (artículo 207 inciso 2° C. de P.C.).

9.11. EL INTERROGATORIO ES PERSONAL

El artículo 204 del C. de P.C. preceptúa que el absolvente citado debe concurrir a la audiencia personalmente, lo cual significa que bajo ningún aspecto puede constituir apoderado para que responda por él. Si por confesión

debemos entender la narración de hechos personales o el conocimiento que se tiene de hechos ajenos, es lógico que la parte conteste sobre éstos.

Cuando la persona es incapaz, comparece a absolver el interrogatorio su representante y cuando se trata de las personas jurídicas lo debe absolver su representante legal o convencional.

Es importante aclarar que bajo ningún aspecto se pueden constituir apoderados para que comparezcan a absolver el interrogatorio, porque lo que se quiere es la versión de la parte.

El inciso 2° del artículo 203 del Código de Procedimiento Civil, regla: "Cuando una persona jurídica tenga varios representantes o mandatarios generales podrá citarse a todos para el interrogatorio, y cualquiera de ellos deberá concurrir a absolverlo, aunque no esté facultado para obrar separadamente".

9.12. OPORTUNIDAD PARA SOLICITAR EL INTERROGATORIO

El interrogatorio procesal debe solicitarse en la oportunidad para la petición de pruebas durante la primera instancia. En la segunda instancia el interrogatorio procede únicamente, cuando se dejó de practicar sin culpa de la parte que lo pidió o si versa sobre un hecho nuevo (art. 361 del C. de P.C.).

9.13. INTERROGATORIO DECRETADO DE OFICIO POR EL JUEZ

El artículo 202 del C. de P.C. regla:

"Interrogatorio y careos de las partes por decreto oficioso. El juez o magistrado podrá citar a las partes, en las oportunidades que se indican en el artículo 180, para que concurran personalmente a absolver bajo juramento, el interrogatorio que estime procedente formular en relación con hechos que interesen al proceso.

"La citación se hará en la forma establecida en el artículo 205; la renuencia a concurrir, el negarse a responder y la respuesta evasiva, serán apreciados por el juez como indicios en contra del renuente.

Podrán también decretarse de oficio en las mismas oportunidades careos de las partes entre sí".

En otras palabras no habrá confesión ficta o presunta, ni declaratoria de confeso, cuando la parte no concurra, se niegue a responder o responda evasivamente, sino que cualquiera de esas conductas se apreciarán por el juez como indicios en contra del renuente. El juez pude considerar que esos indicios son graves y con base en ellos dictar sentencia si es del caso.

La Corte con relación a los efectos que se producen cuando el interrogatorio es decretado a petición de parte y la otra no concurre a

absolverlo, o se niega a contestar o da respuestas evasivas, y a los efectos de indicio cuando existen las anteriores conductas, pero frente al interrogatorio decretado de oficio, ha dicho con razón:

> "Justificase ampliamente la precitada distinción realizada por el legislador, como quiera que cuando la indagación deviene de oficio, no es el adversario de la litis quien se esfuerza en provocar la confesión de una de las partes en aras a lograr el despacho favorable de sus súplicas, sino el juzgador, *motu propio;* quien se interesa en obtener el conocimiento e identificación de los hechos necesarios para recrear y fundamentar su decisión, sin que, en un sentido lógico, pueda atribuirse una misma consecuencia probatoria a los casos de renuencia injustificada de la parte a concurrir a la diligencia o a responder las preguntas, sin atender el origen de la convocatoria, si se considera que, cuando ella se hace por petición de parte, es posible conocer el propósito que tendrán las preguntas y, en mayor o menor grado, su contenido, dado el interés particular en la pretensión o en la oposición, mientras que, si se hizo de oficio, no se sabe en concreto, cuál es la Finalidad que tiene el juez al ordenar la práctica de la prueba, en cuanto se entiende que obra en función del interés general en el proceso.
>
> Se concluye, entonces, que el efecto probatorio en cuestión, de clara estirpe sancionatoria, no tiene cabida a favor de un sujeto procesal que en la audiencia ordenada de oficio no estaba legitimado para interrogar y que, en su momento, dejó de aprovechar eficazmente la oportunidad que, in abstacto, concede el artículo 203 del Código de Procedimiento Civil, muy idónea por cierto, para obtener la 'verdad' que es necesaria para facilitar el despacho benigno de sus pedimentos"".

9.14. EL CAREO DE LAS PARTES COMO UNA FORMA DE INTERROGATORIO OFICIOSO DEL JUEZ

De conformidad con el art. 202 del C. de P.C., se puede decretar de oficio careos de las partes entre sí y dentro de las oportunidades que señala el artículo 180 ibídem. Es innegable la importancia que tiene el careo que se decrete y practique entre las partes que intervienen en el proceso y esto nos plantea varias hipótesis:

1) Si en el proceso no se ha practicado interrogatorio a las partes por petición de otra, el juez puede decretar el careo y practicarlo tomando como base los hechos de la demanda y la contestación de la misma, procediendo inicialmente a solicitarle a cada una de las partes que explique su versión

" Sentencia de Casación, noviembre 28 de 2000. Expediente 5.768. Mag. Pon. Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

sobre los hechos en el mismo orden en que se expusieron en el proceso; es decir, primero el demandante, después el demandado y después los terceros que hayan adquirido la calidad de partes. Este sistema tiene la ventaja que le permite al juez tomar del relato de las partes elementos de juicio para formular las preguntas posteriores sobre los hechos en que haya desacuerdo entre las partes a interrogar.

2) Si ya existe interrogatorio absuelto sea por una de las partes o por todas, el juez puede tomar los puntos de desacuerdo para elaborar las preguntas que hará a las partes que está careando; pero de todas maneras, es aconsejable que inicialmente les solicite que cuenten los hechos desde su punto de vista ya que con este numeral y con el que tome de las preguntas ya contestadas en interrogatorio anterior, podrá elaborar mejor las preguntas para los careados.

9.15. CAREO DE LAS PARTES QUE PUEDE SURGIR EN EL MOMENTO DE PRACTICARSE LA DILIGENCIA DE INTERROGATORIO

De conformidad con el art. 208 del C. de P.C., el juez de oficio o a petición de una de las partes podrá interrogar a las demás partes que se encuentren presentes en el momento de ir a formular el interrogatorio a otra, Ejemplo:

Partes en el proceso: A demanda a B.

Se decreta, de oficio o a petición de parte, el interrogatorio de B. El día de la diligencia y en el momento de practicar el interrogatorio a B, el juez se da cuenta que a la diligencia compareció A; puede en ese momento decretar, si lo considera conveniente, el interrogatorio de este y consecuencialmente el careo. No sobra advertir que en la misma hipótesis puede 13 solicitarle el decreto del interrogatorio de A.

En la hipótesis en que el interrogatorio se decrete a petición de A, no se requiere que se haya solicitado en las oportunidades que el Código señala, sino sencillamente que haya comparecido a la diligencia y en ese caso, no creemos que haya motivo para que el juez niegue el decreto del interrogatorio, ya que así lo ha establecido el artículo citado.

Si en virtud de lo preceptuado en el inciso 2° del artículo 208 del C. de P.C., ya citado, el juez puede decretar el interrogatorio de las partes que han comparecido a la diligencia, distintas a las citadas para la diligencia, con mayor razón puede ahí mismo decretar el careo de oficio y practicarlo sin que sea susceptible de reclamación, argumentándose que la parte asistió a la diligencia para observarla y no para resultar careada con otra. Ejemplo:

A (en el ejemplo anterior) no podrá reclamar contra el careo que se decrete con B argumentando que ella solo concurrió a la diligencia para presenciar qué respuestas daba B.

9.16, INTERROGATORIO DE PARTE EN LOS INCIDENTES

Tal como lo habíamos sostenido en anterior edición, en nuestro criterio no existe ninguna razón válida para sostener que es imposible decretar interrogatorios a las partes (así sean incidentales) que intervienen en los incidentes, por la gran utilidad que tienen. Con el Decreto 2282 de 1989, el artículo 203 del Código de Procedimiento Civil fue reformado y se regló: "Cuando se trate de incidentes y diligencias de entrega o secuestro de bienes, podrá decretarse de oficio o a solicitud del interesado el interrogatorio de las partes y de los opositores que se encuentren presentes, en relación con los hechos objeto del incidente o de la diligencia, aun cuando hayan absuelto otro en el proceso".

Ejemplo N° 1,

Si se adelanta un proceso entre A y B, y se promueve un incidente por C, la relación es distinta, por ello, como si se tratara de un nuevo proceso, se justifica el interrogatorio, pero con una pertinencia distinta a la del proceso. Si en el ejemplo propuesto, C propone un incidente de levantamiento de secuestro, la pertinencia del interrogatorio está dada por la posesión *y* todo lo que tenga que ver con ella, y no con la letra de cambio, sustento de la pretensión ejecutiva.

Ejemplo N° 2.

Si en una diligencia de restitución de inmueble arrendado (lanzamiento) se opone C. Veamos lo que sucede. El proceso era entre A y B, respectivamente demandante y demandado. Se decretó la restitución del inmueble por parte de B, y en el momento de la diligencia encontramos a C que se dice poseedor. Obsérvese bien: Ha nacido una nueva relación procesal (sin que deba endilgársenos fallas en el lenguaje jurídico) entre A que obtuvo sentencia favorable y C, luego, se justifica el interrogatorio. Entre otras cosas parece normal que le preguntemos a C, por qué afirma ser poseedor, desde cuándo, cómo fue que empezó a poseer, cómo puede demostrar que posee, qué es lo que ha hecho. Diríamos que la fuente más importante es el propio opositor, para mostrarnos la bondad de su oposición. Igualmente, como muchas veces los procesos se hacen en forma simulada, puede resultar útil al señor C, interrogar a A, para demostrar su posesión: si A sabía que C era poseedor; si trató de negociar con C esta situación; etc.

El mismo artículo reglo una situación muy común en nuestro medio y le dio una solución de gran trascendencia y utilidad; en efecto, el inciso 3 del artículo 203 del C. de P.C., regla: "Si se trata de terceros que no estuvieron presentes en la diligencia y se opusieron por intermedio de apoderado, el auto que lo decrete quedará notificado en estrados, no tendrá recurso alguno, y en él se ordenará que las que deben absolverlo comparezcan al juzgado en el día y la hora que se señalen; la diligencia solo se suspenderá una vez que se haya practicado las demás pruebas que fueren procedentes.

-Practicado el interrogatorio o frustrado éste por la no comparecencia del citado, se reanudará la diligencia; en el segundo caso se tendrá por cierto que el opositor no es poseedor.

"Al interrogatorio de los opositores se aplicará lo dispuesto en los artículos 207 a 214 del C. de P.C.".

El numeral 2° del parágrafo 1° del artículo 338 del Código de Procedimiento Civil. debe relacionarse con los incisos 4° y 5° del artículo 203 ibídem, para que surja en toda su dimensión la utilidad de las normas indicadas y en efecto tenemos: En la diligencia de entrega (restitución de inmueble arrendado, etc.), se podrá ordenar el interrogatorio del opositor, si estuviere presente. El interrogatorio puede ser decretado de oficio o a petición de parte.

Cuando, como ya se afirmó, se presenta oposición, el juez podrá decretar de oficio el interrogatorio del opositor. Si éste se encuentra presente, lo decreta y lo recibe en la misma diligencia. Si la oposición se formula por medio de apoderado y el opositor no está presente en la diligencia, el juez puede decretar el interrogatorio antes de resolver la oposición formulada, señalando fecha y hora, para que tenga lugar en el despacho del juzgado. El auto que señale fecha se notificará por estrados. Este auto no tiene recursos y el apoderado del opositor tendrá que cumplir con lo que ordena el numeral 8 del artículo 71. Se entiende que por razones de método y economía procesal, el juez evacuará las otras pruebas solicitadas y que decrete de oficio. Practicado el interrogatorio o frustrado este por la no comparecencia del citado, se reanudará la diligencia; en el segundo caso se tendrá por cierto que el opositor no es poseedor.

El interrogatorio del opositor se puede decretar a petición de quien solicitó la diligencia; en el ejemplo propuesto, A puede solicitar el interrogatorio de C. En la misma forma el opositor podrá solicitar el interrogatorio de quien solicitó la diligencia, o el juez puede decretarlo de oficio, en el ejemplo propuesto se puede decretar el interrogatorio de A.

9.17. PERSONA LLAMADA A ABSOLVER EL INTERROGATORIO

El artículo 203 del C. de P.C., preceptúa que cualquiera de las partes podrá pedir la citación de la contraria, a fin de interrogarla sobre hechos relacionados con el proceso, Es decir, que no distingue las partes legitimadas para ser llamadas a absolver interrogatorio. Pueden ser llamadas las partes: *principales iniciales,* los *intervinientes principales,* las *partes accesorias o coadyuvantes,* y de acuerdo con nuestro criterio las *partes intervinientes* tal como lo habíamos sostenido en anterior edición. Con la reforma hecha al Código de Procedimiento Civil con el Decreto 2282 de 1989, nuestra posición sigue siendo válida, de acuerdo con el numeral 3° del artículo 203 del C. de P.C., que dice: "Cuando se trate de incidentes y de diligencias de entrega y secuestro de bienes, podrá decretarse de oficio o a solicitud de interesado el interrogatorio de las partes y de los opositores que se encuentren presentes, en relación con los hechos objeto del incidente o de la diligencia, aun cuando hayan absuelto otro en el curso del proceso".

El coadyuvante puede ser llamado a absolver interrogatorio, ya que tiene la calidad de parte, aunque sea simplemente accesoria de una parte principal.

El interviniente ad excludendum, lo mismo que el llamado en garantía, el llamado en virtud de la denuncia del pleito y, el llamado corno poseedor o tenedor, pueden ser llamados a absolver interrogatorio porque tienen la calidad de partes.

9.18. CITACIÓN DEL ABSOLVENTE

Dice el artículo 205 del Código de Procedimiento Civil: "Citación de parte y de terceros a interrogatorio. El auto que decrete el interrogatorio anticipado de parte se notificará personalmente; el del interrogatorio en el curso del proceso se notificará por estado".

De conformidad con el numeral 8° del artículo 71 ibídem, "el apoderado debe comunicar a su representado el día y la hora que el juez haya fijado para el interrogatorio de parte, careo, reconocimiento de documentos, inspección judicial o exhibición, y darle a conocer de inmediato la renuncia del poder". Esta obligación explica por qué el auto que decreta el interrogatorio dentro del proceso se notifica por estado.

Como puede observar el lector cuidadoso, el artículo 205 citado, en su título se refiere a los terceros, es decir, a aquellos que ya tienen la calidad de

parte, excepto a quienes hagan oposición en el momento de la diligencia y se decrete su interrogatorio, pero cuya oposición es hecha a través de apoderado y no están presentes, ya que en este caso el auto que decrete el interrogatorio y señale fecha se notifica por estrados.

El auto que señale fecha para el interrogatorio anticipado como es apenas obvio se debe notificar personalmente, por cuanto que las partes no están a derecho y no existe ningún tipo de obligación como la plasmada en el numeral 8° del articulo 71 ya citado.

Cuando se trata de persona que por enfermedad no pueda comparecer al despacho judicial, de conformidad con el art. 204 del C. de P.C., se le notificará la fecha del interrogatorio, previniéndolo para que permanezca en su casa de habitación el día y la hora señalados; igual advertencia se hará a las personas de que trata el art. 222 del C. de P.C., para que permanezcan en su despacho.

Si se trata de interrogatorio anticipado, la citación habrá de hacerse en forma personal, tal como lo establece el inciso 2° del artículo :301 del Código de Procedimiento Civil".

9,19, IMPORTANCIA DE LA CITACIÓN

Citada la parte, esta soportará la carga de comparecer a absolver el interrogatorio con las consecuencias previstas en el art. 208 inciso 7 del C. de P.C., y el artículo 210 ibídem.

[69] Como lo habíamos sostenido en anterior edición y ahora lo prevé el Código de Procedimiento Civil en el artículo 301 (reformado por el Decreto 2282 de 1989), la notificación del interrogatorio anticipado se debe hacer personalmente, aunque hay legislaciones como la argentina que solamente admiten la absolución de posiciones cuando el proceso se haya iniciado. El artículo 326 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (texto ordenado Decreto No. 1042/81) preceptúa: "Prueba anticipada. Los que sean o vayan a ser parte en un proceso de conocimiento y tuvieren motivos justificados para temer que la producción de sus pruebas pudiera resultar imposible o muy dificultosa en el período de prueba, podrán solicitar que se produzcan anticipadamente las siguientes:

1) Declaración de algún testigo de muy avanzada edad o que esté gravemente enfermo o próximo a ausentarse del país.

2) Reconocimiento judicial o dictamen pericial para hacer constar la existencia de documentos, o el estado, calidad o condición de cosas o de lugares.

3) Pedido de informes.

La absolución de posiciones podrá pedirse únicamente en proceso ya iniciado".

9.20. LUGAR DONDE SE REALIZA LA AUDIENCIA

De conformidad con el art. 204 del C. de P.C., el absolvente debe comparecer al despacho del juez donde se decretó el interrogatorio o el despacho del juez que fue comisionado para la práctica del interrogatorio. Si la persona se encuentra incapacitada por enfermedad, la audiencia se realizará en su casa de habitación y si se trata de las personas mencionadas en el art. 222 ibídem, en la oficina de estas.

9.21. CONCENTRACIÓN DE LOS INTERROGATORIOS A LAS DISTINTAS PARTES EN UNA MISMA AUDIENCIA

De conformidad con lo previsto en el art. 202 inciso 3° del C. de P.C., hay que procurar practicar el interrogatorio de todas las partes en la misma audiencia. Si se quiere en la mayor parte de los casos acertar en las decisiones que se tomen, debe tenerse como regla de conducta por parte de los jueces decretar los interrogatorios de todas las partes en una misma audiencia y, si es del caso, practicar de una vez los careos que sean necesarios. Generalmente los jueces señalan distintos días para practicar los interrogatorios a las partes; esto hace que sean preparadas y se pierda la sinceridad del relato, lo que no ocurre cuando no tienen tiempo de estudiar lo dicho por la otra parte.

9.22. FORMA DE RECIBIR EL INTERROGATORIO

1) Una vez que la persona es identificada (únicamente con la cédula de ciudadanía), se procede a recibirle el juramento, advirtiéndole que debe decir la verdad.

2) El juez interroga al absolvente cuando se presentó el pliego escrito o el interrogatorio fue decretado de oficio.

3) Oportunidad para interrogar el juez: Cuando el interrogatorio es decretado a petición de parte, sea que se formule este en la audiencia o que se haya formulado por escrito, el juez puede preguntar en cualquier momento, sea al inicio, o entre las preguntas formuladas por la parte, o al final del interrogatorio formulado por esta.

Es aconsejable que antes de cualquier interrogatorio, el juez estudie el proceso a fin de que tenga claros los aspectos sobresalientes de este y pueda no solamente vigilar la pertinencia de las preguntas que le formule la parte absolvente, sino también poder preparar y formular sus propias preguntas y porqué no, en un momento dado de la audiencia sin preguntar propiamente,

estimular al absolvente para que se extienda con más profundidad sobre la respuesta que viene dando. Ejemplo: El absolvente viene contando que conoció a determinada persona en una fecha que suministra y en ese momento guarda silencio, el juez puede decirle "¿por qué no continúa contando todo lo que sucedió con el conocimiento que usted tuvo de la persona de que nos viene hablando?".

4) De conformidad con lo previsto en el inciso 2° del art. 208 del C. de P.C., al interrogatorio pueden asistir todas las partes y sus apoderados, pero fundamentalmente el absolvente y su apoderado, si el interrogatorio se ha formulado por escrito, en caso contrario también debe asistir quien va a formular el interrogatorio.

El apoderado del absolvente debe colocarse en un sitio donde este no lo pueda ver, a fin de que no utilicen señales para responder en uno u otro sentido.

5) La oportunidad para abrir el sobre con las preguntas es precisamente la audiencia, y se puede optar, dejando constancia en el acta, sea por calificarlas todas de una vez, o ir calificando pregunta por pregunta. Nos parece mejor el sistema que las preguntas se califiquen una por una y que en caso de referirse alguna de ellas a más de un hecho, ahí mismo se haga la división y se le pregunte al absolvente separadamente, dejando constancia en el acta.

Cuando el interrogatorio se practica por el juez comisionado, el juez del conocimiento debe abrir el sobre, calificar las preguntas y volver a introducir el pliego en un sobre que cerrará y adjuntará al despacho comisorio.

El juez del conocimiento es quien siempre debe calificar las preguntas, no solo la pertinencia, sino también la conducencia (aun cuando sea él quien reciba el interrogatorio). El inciso 2 del artículo 207 del C. de P.C., reformado por la Ley 794 de 2003, dice:

> "Previamente a la práctica del interrogatorio el juez calificará las preguntas formuladas en el pliego, de conformidad con los requisitos que señala el artículo 195 de este código, dejando constancia de ello en el acta.
>
> "De la misma forma, cuando ésta deba practicarse por comisionado, el comitente lo abrirá, calificará las preguntas y volverá a cerrarlo antes de su remisión".

Lo que pretende como ya se dijo es tener claro que las preguntas sean conducentes, pertinentes y las respuestas útiles en razón de las preguntas formuladas, de ahí porque el juez debe vigilar siempre que se produzca una pregunta, no importa si es por escrito o verbalmente, si se cumplen los requisitos señalados en los numerales 1, 2, 3, 5 del artículo 195 del C. de P.C.

6) Cuando la persona que debe absolver el interrogatorio no habla el idioma español, o no puede darse a entender por medio de la palabra (por tratarse de mudo), ni por escrito, el juez debe nombrar un intérprete. En el caso del mudo para que se pueda utilizar el intérprete este debe darse a entender por un sistema de señales convencional que precisamente entiende aquél.

Si la persona es sorda y puede leer, se puede interrogar haciéndole leer las preguntas y sus respuestas.

La inobservancia de lo indicado anteriormente vicia de nulidad la diligencia.

7) Las preguntas deben escribirse. De conformidad con lo previsto en el inciso final del art. 208 del C. de P.C., en el acta se escribe cada pregunta y a continuación las respuestas, utilizando las palabras textuales que empleen las partes o el juez.

Cuando el interrogatorio consta por escrito y la pregunta que se formula es de las contenidas en el escrito, no hay necesidad de copiarla en el acta, bastará decir que se leyó la pregunta número tal, a la cual el absolvente dio la respuesta correspondiente. Cuando el interrogatorio se formula verbalmente, si hay necesidad de copiar totalmente la pregunta.

8) Firma del acta. De conformidad con lo previsto en el art. 208 del C. de P.C., de todo lo ocurrido en la audiencia se dejará testimonio en el acta, que será firmada por el juez, los apoderados y las partes que hubieren intervenido, sí aquéllos y éstas no pudieren o no quisieren firmar, se dejará constancia del hecho.

9) Cómo se responden las preguntas. De conformidad con el inciso 6° del artículo 208 del Código de Procedimiento Civil, las preguntas se contestan así: "Cuando la pregunta fuere asertiva, la contestación deberá darse diciendo si es o no cierto el hecho preguntado, pero el interrogado podrá adicionarla con expresiones atinentes a aquel hecho" (en esto el juez debe ser muy rígido, para que el absolvente no burle el objetivo del interrogatorio).

La pregunta no asertiva, es decir la interrogativa, deberá responderse "concretamente y sin evasivas". Ejemplo:

Pregunta: ¿Dónde estaba usted ayer a las 8:00 a.m.?

Respuesta: En la ciudad de Bogotá, en la casa 2-28 de la carrera 7ª.

Con relación a esta respuesta el juez podrá (y deberá) pedir explicaciones sobre el sentido y los alcances de las respuestas.

9.23. CONSULTA DE DOCUMENTOS U OTROS PAPELES O CON OTRA PERSONA, POR PARTE DEL ABSOLVENTE PARA RESPONDER LA PREGUNTA

Preceptuaba el inciso 5° del art. 208 del C.P.C.:

"Cuando el interrogado exprese que para responder una pregunta necesita consultar documentos u otros papeles, o informarse del hecho con otra persona, el juez accederá a ello si lo considera razonable y suspenderá la pregunta. Agotadas las demás preguntas cuya respuesta no dependa de la suspendida, y las que de oficio formule el juez, se fijará fecha y hora para continuar la diligencia y se volverá a cerrar el pliego".

Este inciso fue derogado por el artículo 21 de la Ley 794 de 2003, lb cual nos permite hacer la siguiente pregunta: ¿Hoy en día se puede o no otorgar ese plazo? La respuesta es afirmativa. El inciso se deroga, es decir que deja de ser institución otorgar ese plazo, y por excepción el juez lo puede otorgar, cuando él colocado en las mismas circunstancias del absolvente, no podría responder a pesar de haberse preparado para absolver el interrogatorio. Se debe tener en cuenta que si le hemos confiado al juez el decreto oficioso de pruebas que es en materia probatoria lo más significativo, y que específicamente puede decretar de oficio el interrogatorio de parte de conformidad con lo previsto en el artículo 202 del C. de P.C. y todo cobijado por el numeral 2 del artículo 37 del C. de P.C., con mayor razón y de conformidad con lo dicho otorgar el plazo indicado para responder algunas preguntas del interrogatorio.

El ejemplo siguiente sirve para aclarar el asunto:

Vamos a suponer que X demanda un banco Z y que quien va a absolver el interrogatorio es el presidente del banco como su representante. Es de suponer que varios de los hechos por los cuales se le va a preguntar al representante, no los conoce porque se refieren a funciones que desempeñan otras personas. Frente a lo anterior y con el fin de evitar que el presidente solicite aplazamiento de la diligencia con la consiguiente demora y frustración para la parte demandante, se puede proceder en la siguiente forma. Decir en la petición del interrogatorio que este tiene por objeto lo siguiente:

a) Si en la mencionada entidad bancaria el señor X tenía cuenta corriente.

b) Si su promedio mensual era la suma de $10.000.000.

c) Si el señor X siempre dispuso de sus dineros utilizando el giro de cheques y ninguna otra modalidad.

d) Si el banco entregó unos dineros de la cuenta corriente de X sin que mediara orden de este.

Y en general el interrogatorio versará sobre todo lo referente al manejo de cuenta corriente del señor X.

solicitante del interrogatorio al indicar genéricamente sobre qué puede ir este, le debe solicitar al juez que en el auto que decrete el interrogatorio que éste versará fundamentalmente sobre los puntos indicados en la ción, y que así se le debe notificar al absolvente para que consulte todo lo le tenga que ver con lo indicado en la petición y no resulte solicitando plazamiento de la diligencia.

El auto debe decir por ejemplo: Notifíquese al representante de Z advirtiéndole que tiene la obligación de consultar todo lo que haga referencia a la cuenta corriente de X, ya que sobre esto versará fundamentalmente el interrogatorio.

La fórmula que hemos explicado anteriormente permite hacer de una vez por todas el interrogatorio, en forma coordinada, y sin que de antemano el representante conozca propiamente las preguntas.

Pero si se le pregunta por ejemplo: Díganos si había otras personas autorizadas distintas a X, para firmar cheques, podría el gerente de nuestro ejemplo responder que no sabe y que necesita consultar, en ese caso sería atendible teniendo en cuenta que ha respondido otras preguntas que implican que sí se preparó y que muestran diligencia (no desidia ni malicia) el juez podría en uso de sus poderes otorgar el plazo y permitir la consulta para responder.

En materia laboral, lo indicado anteriormente es de una gran utilidad y el demandante podrá indicar genéricamente que el interrogatorio versará sobre todo lo que tiene que ver con el contrato de trabajo celebrado con determinada persona, solicitándole al juez que al decretar el interrogatorio debe advertirle a quien lo va a absolver que tiene la carga de preparar sobre el tema como ya dije, genéricamente indicado.

9.24 CONSECUENCIAS DE LA NO COMPARECENCIA Y NEGATIVA A RESPONDER O DE HACERLO EVASIVAMENTE. CONFESIÓN FICTA O PRESUNTA

De conformidad con el artículo 210 del C. de P.C., reformado por el artículo 22 de la Ley 794 de 2003, la no comparecencia del citado a la audiencia, la renuencia a responder y las respuestas evasivas, se harán constar

en el acta y hará presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre las cuales versen las preguntas asertivas, admisibles, contenidas en el interrogatorio escrito.

La misma presunción se deducirá respecto de los hechos de la demanda y de las excepciones de mérito, o de sus contestaciones, cuando no habiendo interrogatorio escrito, el citado no comparezca. En este sentido dijo la reforma:

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

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

Existe una práctica en los juzgados que resulta desafortunada, cuando sólo se deja constancia de que la persona no compareció. Se debe hacer audiencia y en ella dejar la constancia de que la persona no compareció. En esto los abogados deben ser muy cuidadosos, porque el no cumplimiento de lo anterior tiene como consecuencia el que no se produzca la confesión ficta, legalmente hablando. A continuación se transcribe jurisprudencia de la Corte, la que actualmente resulta útil no en lo que hace referencia a la notificación, pero sí en cuanto a realizar audiencia y dejar la constancia indicada.

Al respecto la Corte ha dicho: "Pero de la misma manera es evidente que para que la no comparecencia del citado pueda tener aquellos efectos, se requiere que la citación se haga en la forma que establece la ley en el art. 205 ibídem. Pues bien, como puede verse al folio 21 y. el citador no entregó a nadie el aviso a que esa disposición se refiere, sino que se limitó a introducirlo por debajo de la puerta. De otro lado, no se llevó a cabo la audiencia que para realizar el interrogatorio de parte se había señalado para el 28 de agosto de 1980, a las 11 de la mañana, por lo cual el Tribunal ninguna constancia dejó como lo exige el primer inciso del art. 210 citado'.

El inciso 7 del artículo 208 del C.. de P.C.„preceptúa: "Si el interrogado se negare a contestar y diere respuestas evasivas o inconducentes, el juez lo amonestará

[70] Sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, dentro del proceso de separación de cuerpos de Luis Alfonso Bernal Sánchez contra María Cristina Torres. Sentencia, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. "Obrando como Tribunal Segundo de instancia", Sala de Casación Civil, 13 de agosto de 1982. Mag. Pon. Dr. Germán Giraldo Zuluaga.

para que responda o para que lo haga explícitamente con prevención sobre los efectos de su renuencia". Lo anterior significa, que para que pueda operar la confesión ficta o presunta en el caso en estudio, se requiere que quede *"atestación"* escrita en el acta de la audiencia de la amonestación que hizo el juez y de la prevención sobre las consecuencias de la conducta adoptada por el deponente"[1].

De conformidad con el artículo 210 del C. de P.C., en la forma como se reformó por la Ley 794 de 2003, para que opere la confesión ficta o presunta se requiere que se haga una especie de declaratoria de confeso como sucedía con el Código Judicial derogado (Ley 105 de 1931), en los artículos 618 y 619. En efecto lo establecido en el inciso 3 del artículo 210 del C. de P.C. —transcrito con anterioridad—, equivale a esa declaratoria".

En lo atinente al punto que estudiamos, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho: "Tocante al yerro que se pretende deducir por no haberse derivado la confesión ficta del artículo 210 del Código de Procedimiento Civil, tiénese: bien es verdad que el interrogatorio de parte es el medio de prueba por el que las partes procuran obtener la confesión de los hechos litigados. Pero a diferencia de lo que pueda ocurrir en otras disciplinas, es lo cierto que en materia civil el interrogado no sólo está obligado a absolverlo en la audiencia que al efecto se señale, sino que, y esto es a juicio de la Sala lo más importante, de ordinario está compelido a decir la verdad, pues la declaración la rinde bajo juramento. Antes de iniciarse el interrogatorio, se recibirá al interrogado juramento de no faltar a la verdad, reza, en efecto, el tercer inciso del art. 208 del Código de Procedimiento Civil. Cierto, pues, que en punto campea sin desmayo el postulado de la lealtad procesal.

[1] En el mismo sentido, sentencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Bogotá, 10 de febrero de 1975, proceso ordinario de David Libreros contra Esther Julia Pulgarín de González. Mag. Pon. Dr. José María Esguerra Samper. T. CLI, primera parte, págs. 25 a 31.

[72] En efecto, el artículo 618 del C.J., decía: "Cuando la persona citada personalmente no se presenta en la hora y lugar designados, se presumen ciertos los hechos preguntados y admisibles, previos los trámites de una articulación.

De igual modo se presumen ciertos tales hechos cuando la citación se ha efectuado en la forma indicada en el artículo 621, si dentro de los quince días siguientes a la notificación no se presenta el citado, en horas de despacho a absolver las posiciones.

Ejecutoriado el auto que declara confeso al absolvente, se abre el pliego, si es el caso, y el juez califica las preguntas y concreta su declaración sobre los puntos a que ésta ha de aplicarse".

"De ahí entonces que la ley no haya escatimado esfuerzo en tratar de garantizar que por boca de los propios litigantes salga a la luz el trozo de realidad que enmarca la controversia que los enfrenta. No quiere, en consecuencia, admitir o tolerar que el conflicto de intereses sirva de escenario para desarrollar una actitud ladina, socarrona o acomodaticia; espera, sin concesiones, que la sinceridad sea la que presida el desarrollo del debate, porque entiende que ello contribuye decididamente a la obtención de una sentencia justa y que corresponda plenamente a la realidad histórica comprendida en los linderos del proceso. En suma, acaso con la única salvedad de los hechos que impliquen responsabilidad criminal, las partes están obligadas a declarar contra sí mismas, lo que traduce, por antonomasia, la esencia y naturaleza jurídicas de la confesión, pues esta entraña una manifestación que, perjudicando los intereses de quien la hace, favorezca a su contendiente.

"Dentro de la predicha teleología no puede tener cabida, entonces, tanto la repulsa a contestar como la respuesta evasiva, so pena que para ello refluya en contra de los intereses del absolvente. En nuestro ordenamiento se ha sancionado expresamente tal proceder, fingiendo que en esos casos, así como en el de la no comparecencia, y con el lleno de otros requisitos, confiesa la parte. Dispone ciertamente el artículo 210 del C. de P.C., lo siguiente: "Confesión ficta o presunta. La no comparecencia del citado, su renuencia a responder y su respuesta evasiva, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión, sobre los que versen las preguntas asertivas admisibles, contenidas en el interrogatorio escrito, y así lo hará constar el juez en la audiencia.

"La misma presunción se deducirá, respecto de los hechos de la demanda o su contestación cuando, no habiendo interrogatorio escrito, el citado no comparezca.

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

"Los eventos de donde puede dimanar la confesión presunta, pues no son más que tres: la no comparecencia, la negativa a responder y la evasiva. Estos dos últimos, que como es obvio suponen que el absolvente concurre a la audiencia pero sin razón justificada es remiso a responder o que respondiendo es elusivo, reclaman sin embargo ciertas formalidades so pena de que no pueda atribuírseles la apuntada connotación probatoria. Es

irrefragablemente necesario que cuando el interrogado asuma cualquiera de las dos actitudes en cuestión, el juez lo amoneste 'para que responda o para que lo haga explícitamente con prevención sobre los efectos de su renuencia', como en efecto lo manda el artículo 208, penúltimo inciso, del Código de Procedimiento Civil, de lo cual ha de dejar constancia en el acta respectiva según lo reclama la parte final del primer inciso del artículo 210 *ejusdem*".

"Sobra decir que la exigencia de la ley en el punto es categórica y de ineluctable cumplimiento, como que el imperio de la misma advierte al rompe cuando señala que el interrogado se 'amonestará'.

"De tal suerte que no apareciendo tal circunstancia en el acta que recoge el interrogatorio de parte por el representante de la sociedad demandada, es inválido hallar la confesión ficta que se pretende por el impugnante"".

"Recientemente la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, sostuvo: "De conformidad con el artículo 194 del Código de Procedimiento Civil `confesión judicial es la que se hace ante un juez, en ejercicio de sus funciones; las demás son extrajudiciales'. La confesión judicial puede ser provocada o espontánea. *Es provocada la que hace una parte en virtud del interrogatorio de otra o del juez, con las formalidades establecidas en la ley,* y espontánea la que se hace en la demanda y en su contestación o en cualquier otro acto del proceso sin previo interrogatorio" (resaltados de la Sala).

"De tal manera que, conforme al artículo precedente, la confesión provocada es aquella confesión judicial que se obtiene de una de las partes cuando absuelve el interrogatorio que le propone la otra o el juez, revestida de las formalidades prescritas por el Código de Procedimiento Civil, y espontánea la que sin interrogatorio previo *hace* una parte en la demanda, en la contestación o en cualquier otro acto del proceso" (resaltado de la Sala).

"Sin embargo es posible que la confesión provocada no se obtenga porque la parte llamada a absolver el interrogatorio no comparezca a la audiencia respectiva, o a pesar de comparecer se niegue a responder o dé respuestas evasivas, casos en los cuales la ley procesal civil la califica como *ficta* o presunta, en cuanto presume ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión, "... sobre los que versen las preguntas *asertivas* admisibles, contenidas en el interrogatorio escrito, presunción que también se deducirá

" CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Civil. Sentencia de 1990. Julio 10. Mag. Pon. Dr. Rafael Romero Sierra.

de los '... hechos de la demanda o su contestación cuando, no habiendo interrogatorio escrito, el citado no comparece' (artículo 210 del Código de Procedimiento Civil)" (resaltados de la Sala).

Esta Corporación, ha dicho, "en cuanto al valor probatorio de la confesión *ficta* o presunta que, `... cabe observar en primer término, que según el artículo 210 del C. de P.C., toda confesión admite prueba en contrario y en segundo lugar, que está sujeto en lo pertinente a los requisitos generales que señala el artículo 195...' además, de lo expuesto, para que haya confesión ficto o presunta, con las consecuencias de orden probatorio que se ha indicado, requiérese *sine qua non* que en todos los casos se hayan cumplido las formalidades que para la prueba de confesión exige la ley. Así, trátese de prueba anticipada o producida dentro del proceso, es indispensable que la respectiva petición se acomode a las normas del Código de Procedimiento Civil..." (Cas. Civ. de 10 de febrero de 1975).

"Así que cuando se trata de prueba dentro del proceso, 'el interrogatorio será oral, si la parte que lo solicita concurre a la audiencia; en caso contrario, el peticionario deberá formularlo con el memorial en que pida la prueba, en pliego abierto o cerrado, que se abrirá en el acto de la diligencia. Cuando deba practicarse ante comisionado, el comitente lo abrirá, calificará las preguntas y volverá a cerrarlo antes de su remisión' (art. 207 C.P.C.)"74.

Ejemplo.

X fue citada en legal forma para que concurriera a absolver interrogatorio en el municipio de Zarzal. En la oportunidad debida, la citada no concurrió a dar respuesta al interrogatorio, de lo que dejó atestación escrita el secretario del juzgado. Lo anterior bastaba para que se produjese el fenómeno de la confesión ficta o presunta, según el primero de los tres eventos que al efecto señala el art. 210, y, por tanto, al no haberlo reconocido así la sentencia impugnada, incurrió en el error de derecho que le atribuye el recurrente. El Tribunal, pues, negó a esa prueba el valor de confesión presunta que le atribuye la ley, en cuanto a las preguntas asertivas del interrogatorio tendientes a demostrar hechos de la demanda que dieron origen a este proceso'.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 1991, febrero 14. Mag. Pon. Dr. Rafael Romero Sierra.

Ejemplo y explicaciones hechos con base en sentencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, 10 de febrero de 1975, en proceso ordinario de David Libreros contra Esther Julia Pulgarín de González, Mag. Pon. Dr. José María Esguerra Samper, G.J. CLI, primera parte, págs. 25 a 31.

9.25. EL INTERROGATORIO DE PARTE NO VIOLA EL ARTÍCULO 33 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA

El artículo 33 de la Constitución Política de Colombia, dispone: "Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil".

La exoneración al deber de declarar, también rigió en vigencia de la anterior constitución (art. 25), pero en ella se especificaba que sólo tenía aplicabilidad "en asunto criminal, correccional o de policía", esta aclaración no se hizo en el artículo 33 de la Constitución Nacional vigente, lo cual ha servido de disculpa a los citados a absolver interrogatorio de parte en materia civil, para no comparecer y negarse a declarar, sin que de estas conductas pudiera desprenderse prueba en su contra.

Consciente del grave perjuicio que se genera para la justicia civil con la interpretación constitucional mencionada, y con ánimo de contribuir a encontrar una solución al problema, procederemos a exponer nuestra opinión sobre el punto.

9.25.1. Origen y filosofía de la exoneración al deber de declarar contra si mismo y contra los parientes

Impartir justicia es un deber del Estado, los coasociados confían a él sus intereses cuando se ven afectados y éste a través de los jueces busca la solución. Con el fin de dirimir el conflicto, el Estado utiliza su poder para obligar a los particulares a que colaboren, incluso quienes intervienen en el proceso. No obstante, la exigencia de colaboración con la justicia no es generalizada por razones jurídico-políticas, tal cosa sucede dentro del proceso penal, no en el civil.

El proceso penal nace por la comisión de un delito, o por la información de que éste se ha cometido, en últimas, por la lesión o la puesta en peligro de un bien que pertenece al conglomerado social y que al Estado le corresponde proteger, en la mayoría de los casos inicia y adelanta de oficio las investigaciones. En caso de condena, el Estado tiene el poder de imponer restricción a la libertad o al patrimonio del condenado, e incluso prohibirle el ejercicio de una actividad. En consecuencia, los procesos penales que culminan con una sentencia condenatoria, permiten limitar legítimamente los derechos fundamentales previstos en la Constitución y los Tratados Internacionales y que pertenecen sin restricción a toda persona. Tan delicada consecuencia del proceso penal, precisa de medidas de cautela y control para llegar a ella.

El proceso civil, es rogado, es decir, no puede ser iniciado de oficio, sólo por petición de los particulares. Cuando los jueces profieren sentencia, éste a lo sumo, rechaza en forma total las pretensiones de la demanda, o impone al demandado un deber que de ninguna manera restringe o limita los derechos que constitucionalmente se han establecido a su favor.

El origen, la naturaleza de las sanciones y ellas mismas son distintas en el proceso civil y en el penal; en el conglomerado social ambos garantizan la convivencia y la tranquilidad, pero la vía penal por su drasticidad como manifestación del poder coercitivo del Estado, exige unas talanqueras para evitar el abuso de este poder, ellas están previstas en los Tratados Internacionales y en la mayor parte de constituciones; uno de los derechos-control es la posibilidad del acusado o sindicado a no declarar contra sí mismo, y la de toda persona a no hacerlo en materia criminal contra sus familiares. Esta exoneración al deber de colaborar con la justicia, desde un principio se concibió sólo dentro de las causas penales, su naturaleza y la existencia de un Estado de Derecho imponían la necesidad de preservar la familia, y la defensa del imputado.

9.25,11 **Las relaciones familiares, conyugales o de convivencia**

La proximidad del parentesco, la convivencia y la afinidad, hacen presumir la existencia de lazos afectivos que unen a la institución familiar. Al Estado, por su propio beneficio, le corresponde preservar la familia, y por ello exonera a quienes la integran de revelar conductas de sus parientes que atentan contra la sociedad. Como bien lo señala Gorphe, esta excepción al deber de colaborar con el interés público de la justicia "ha sido admitida en todos los tiempos y, en distintas formas, subsiste aún en todas las legislaciones. Descansa sobre un doble motivo de humanidad y de suspicacia, fáciles de comprender: los sentimientos familiares son respetables, y pueden resultar incompatibles con la obligación de decir la verdad o, cuando menos, implicar demasiada parcialidad"[76].

En materia civil, la proximidad del testigo a una de las partes por razón del parentesco, dependencias, sentimientos o interés ha sido motivo de sospecha (art. 217 C.P.C.), pero ello no impide que se le reciba declaración, existen muchos procesos donde estas personas, por razón de la cercanía a las partes, aportan valiosos conocimientos al proceso.

[76] Cfr. GORPHE, FRANÇOIS. *Apreciación judicial de las pruebas.* Temis. Bogotá, 1985, pág. 337.

No sería justo, socialmente, que en materia penal a más del riesgo de la restricción de un derecho fundamental como la libertad, se impusiera a los asociados la obligación de revelar los secretos a que han tenido acceso en virtud de la cercanía afectiva, para que el Estado imponga aquella sanción.

9.25.1.2. La exoneración al deber de declarar contra sí mismo, los interrogatorios de parte y el proceso penal

Una ley francesa del 8 de diciembre de 1897 al modificar el artículo 92 del Código de Instrucción Criminal, acogió el principio de que en causas criminales nadie está obligado a acusarse a sí mismo y estableció: "En el momento de este primer comparecimiento, el juez comprobará la identidad del acusado, le hará conocer los hechos que se le atribuyen, y recibirá sus declaraciones después de haberle advertido que está en libertad de no hacerlas"[77].

"Nemo tenetur se accusare" (nadie está obligado a acusarse a sí mismo). Luego de la Revolución Francesa y el movimiento intelectual de la Ilustración, el interrogatorio del imputado empezó a concebirse como un medio de defensa. En el proceso inquisitorio el acusado de un delito era un objeto y no una persona con derechos y garantías, los funcionarios investigadores utilizaban todos los mecanismos, aun violentos para obtener una confesión ("reina de las pruebas"). El deber del juez de ser imparcial, el reconocimiento del carácter de persona del acusado, de sus derechos entre los cuales cabe mencionar el respeto a su libertad, su defensa y la posibilidad de no declarar contra sí mismo, y aun el derecho de confesar si así lo decide en forma libre y consciente, fueron contrapeso al abuso del poder punitivo.

La distinta naturaleza del proceso penal, justifica que constitucionalmente los derechos se dirijan a favorecer al procesado, quien frente al Estado es sujeto pasivo y titular de derechos. La presunción de inocencia y la indisponibilidad de los derechos justifican que en materia penal se exonere al acusado de autoincriminarse de un hecho que traería consecuencias personales gravosas para él; ello en el proceso civil no sucede, por referirse a derechos susceptibles de disposición. Por lo demás, si la declaración del acusado es un medio de defensa, no se concibe que con ella se pretenda provocar autoacusaciones.

En el proceso civil, las partes que intervienen tienen una misma jerarquía frente al Estado, a éste le corresponde dirimir un conflicto entre ellas, sin que

Cfr. FLORIÁN, EUGENIO. *De las pruebas penales.* Tomo II. 3ª edición. Temis, 1981. Cita 30, pág. 36.

tenga interés en una u otra, no dirige su actividad judicial contra ninguna de ellas. La búsqueda de la verdad para dar a cada quien lo justo, permite concebir la declaración de parte como un instrumento para provocar la confesión, se atribuyen derechos a la contraparte, o se le libera de obligaciones. A cada quien le corresponde demostrar el supuesto fáctico (hechos) de las normas que pretende le sean aplicadas, de allí que si quien demanda pretende demostrar la razón que posee, puede obtenerla por medio de la confesión de su contraparte.

El interrogatorio de parte como mecanismo para obtener la confesión en el proceso civil, es viable y necesario, por la naturaleza de los derechos que se debaten. La disputa de intereses privados permite administrar justicia con más amplitud, pues se trata de impartir justicia a quien la pide, sobre derechos que puede disponer o renunciar, en él los sujetos no discuten la aplicación de una sanción que acarree en detrimento de sus derechos fundamentales e irrenunciables. En cambio, en el proceso penal el Estado que se precie de Liberal y Democrático, no puede permitirse trámites sumarios, ni confesiones provocadas del acusado que determinen consecuencias sancionatorias como las que restringen el Derecho a la Libertad.

9.25.2. El artículo 33 de la Constitución Política de 1991 su interpretación

9.25.2.1. Artículo 33 de la Constitución Política de 1991

"Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad segundo de afinidad o primero civil".

Aparentemente, esta norma consagra un derecho que sería aplicable a todos los procesos judiciales (civiles, penales, laborales, o administrativos), que se adelanten, en razón a que no se limitó a 'asunto criminal, correccional o de policía' como estaba previsto en la Constitución Política de Colombia de 1886.

9.25.2.2. El artículo 33 de la Constitución Política sólo es aplicable en materia penal

Para arribar a esta conclusión, es preciso interpretar la norma transcrita en la forma que señala el inciso 2° del artículo 93 de la Constitución Política de 1991, cuyo texto es el siguiente:

"Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia".

Sin duda, el derecho de no declarar contra sí mismo, ni contra las demás personas mencionadas en el artículo 33 de la C.P., debe interpretarse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

9.25.2.3. La Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José (Costa Rica)

Aprobado por Colombia por la Ley 16 de 1972, ratificado el 31 de julio de 1973, entró en vigencia el 18 de julio de 1975.

"CAPÍTULO

"DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

"Art. 8°. Garantías judiciales.

(...)

"2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

(...)

"g. Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable;

El artículo 8° del Pacto de Costa Rica, consagra el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, ni a confesar, como una garantía judicial sólo aplicable a la persona inculpada de un delito. No se prevé este derecho para los demás procesos judiciales, como quiera que el numeral 2° tan solo se ocupa de los derechos del inculpado como puede deducirse de su encabezamiento, y de la lectura de los literales a) a h).

9.25.2.4. Interpretación del artículo 33 de la Constitución Política

Con fundamento en lo previsto en el artículo 93 del cuerpo normativo constitucional, debemos concluir:

1) El derecho previsto en el artículo 33 de la Constitución, corno tal y, por mandato del artículo 93 de la misma, debe interpretarse de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia.

2) El Pacto de Costa Rica, cumple los requisitos que exige el artículo 93 de la Constitución, es un tratado de derechos humanos y fue ratificado por Colombia el 31 de julio de 1973.

3) El Pacto de Costa Rica hace referencia, en su artículo 8° numeral 2° literal g), al derecho previsto en el artículo 33 de la Constitución Política, pero relacionado única y exclusivamente con los derechos del imputado en el

proceso penal. En consecuencia, se impone la exclusión de él para todos los procesos distintos del penal, sin que se vulnere norma constitucional alguna.

9.25.3, Conclusión

Siendo consecuentes con los fundamentos filosóficos y constitucionales anotados, podemos concluir, sin violar ningún precepto constitucional, que no es posible reconocer dentro del proceso civil, laboral, o administrativo, a ninguna persona el derecho a declarar contra sí misma, ni contra su cónyuge, compañero permanente, o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, tal como lo señala el artículo 33 de la Constitución Política de Colombia, ya que de conformidad con el artículo 93 de la misma y el artículo 8°, ordinal 2°, literal g) del Pacto de Costa Rica, aprobado por la Ley 16 de 1972 y ratificado por Colombia el 31 de julio de 1975, este derecho sólo tiene aplicación dentro de los procesos penales.

Para los procesos civiles, laborales o administrativos, con base en lo anotado en el párrafo anterior, cabe afirmar, que por encima del derecho incorporado en el artículo 33 de la Constitución, están los fines esenciales del Estado entre los que se destacan los de "asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo" (art. 2° C.P.), lo cual no se obtendría sin el derecho de "toda persona para acceder a la administración de justicia" (art. 229, ibídem). En los procesos mencionados, cuando una persona acude a la justicia, el deber del Estado es impartida, y este deber prima sobre los intereses de los particulares; estos últimos tienen la carga de colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia (art. 95 ord. 7° C.P.), de otra manera no se lograría la paz social.

En el proceso penal en cambio, la potestad del Estado sólo se impone en el momento de ejecutar una sentencia, antes de ella, tiene el deber de proteger en forma parcializada los derechos del imputado o acusado.

9.26. LA DECISIÓN DEL JUEZ QUE CONSIDERA QUE UNA PREGUNTA NO DEBE FORMULARSE POR LOS MOTIVOS DEL ARTÍCULO 207 INCISO 2° DEL C, DE P.C. NO TIENE RECURSO ALGUNO

De conformidad con lo previsto en el art. 207 inc. 2°, el juez puede excluir las preguntas que no sean pertinentes, las que no sean claras y precisas, las que ya hayan sido contestadas en el mismo interrogatorio o en otro que aparezca en el proceso, las inútiles por superfluas y agrega el artículo citado que estas decisiones no tendrán recurso alguno.

El artículo 208 inc. 1° del C. de P.C., preceptúa que a la audiencia de interrogatorio pueden comparecer los apoderados pero en ella no se admitirán' alegaciones ni debates.

Los dos artículos citados relacionados entre sí nos permiten afirmar:

1) Que si el juez considera que una pregunta no se debe formular, esa decisión, sin permitir el juez ninguna discusión, se debe cumplir en la audiencia o diligencia.

2) La decisión que el juez tome no es ni siquiera susceptible del recurso de reposición".

" Caso: En el proceso ordinario instaurado por la señora María Carmenza Suárez T. contra la Compañía Colombiana de Seguros S.A. Colseguros, practicándose el interrogatorio de parte de la actora solicitado por la parte demandada, el apoderado de esta formuló la siguiente pregunta: *"Tenga la bondad de informar a qué factores le atribuye usted el éxito obtenido por el Doctor Marcelo Suárez en el ejercicio de su profesión",* que fue objetada por el señor apoderado de la interrogada, lo que llevó al señor juez del conocimiento a suprimirla.

Luego el señor apoderado de la parte demandada interpuso el recurso de apelación contra aquella determinación por considerar que de ella resulta la negativa a la práctica de una, prueba y aduce, además, que la situación examinada no encaja dentro de ninguna de las hipótesis del artículo 207 inciso 2° del C. de P.C. El juez no concedió la apelación y en últimas el apoderado interpuso el recurso de queja a lo cual resolvió el Tribunal Superior de Manizales en fecha de junio 11 de 1981, con ponencia de Jaime Sánz Álvarez lo siguiente: De conformidad con el art. 175 del C. de P.C. "Sirven como pruebas, ***la declaración de parte,*** el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez" (resaltados de la Sala), y en el caso ***sub lite*** basta mirar el auto dictado por el juzgado del conocimiento el 17 de febrero de 1981, por el cual decretó pruebas, para encontrar que el señor juez del conocimiento ordenó la recepción del interrogatorio de la parte demandante que se le había pedido oportunamente. La prueba, entonces, fue acogida y decretada por el juzgado, a menos que se quiera sostener que la formulación de una pregunta dentro del interrogatorio constituye un nuevo medio probatorio.

Por fuera de lo anterior,que debe ser suficiente, puesto que para el supuesto estudiado no basta que no haya prohibición expresa, sino que por el contrario, quien manifieste tener derecho al recurso debe apoyarse en una norma que lo autorice; por excepción, en este caso hay una disposición que en forma expresa y terminante excluye la apelación e incluso la reposición, para estas decisiones. Se trata del artículo 207 del C. de P.C., que en su inciso 2° al respecto prescribe: "El interrogatorio no podrá exceder de veinte preguntas; sin embargo, el juez podrá adicionarlo con las que estime conveniente para aclarar la exposición del interrogado o verificar otros hechos que interesen al proceso. Así mismo, el juez excluirá las preguntas que no se relacionen con la materia del litigio, las que no sean claras y precisas, las que hayan sido contestadas en la misma diligencia o en

3) Si una parte formula una pregunta y la otra considera que no se debe formular lo podrá indicar al juez y este resolverá de plano, si se formula o no. *(Tribunal Superior de Manizales, junio 11 de 1981. Mag. Pon. Dr. Jaime Enrique Sánz Alvarez. Tomado de Jairo López Morales, La Ley, N° 47, Ed. Lex Ltda., Bogotá, 1981, págs. 258 y siguientes).*

9.27. LA AUDIENCIA DEL ARTÍCULO 101 Y EL INTERROGATORIO DE PARTE

La Ley 446 de 1998, dice en el artículo 162, *legislación permanente.* Adóptase como legislación permanente los artículos 9, 12 a 15, 19, 20, 21,

---

interrogatorio anterior cuya copia obre en el proceso, y las manifiestamente superfluas. Estas decisiones no tendrán recurso alguno".

Si el juez que preside la audiencia considera que una pregunta no debe formularse por alguno de los motivos de la norma transcrita y así lo resuelve, su decisión no tiene recurso alguno, (lo cual no quiere decir que si no es por una de estas razones si tiene la apelación, pues como se vio no hay norma que lo autorice) y la calificación del juez no puede ser revisada por el superior; pues ello equivaldría a concederle el recurso. En el caso estudiado el apoderado de la interrogada señaló que la pregunta formulada y objeto de este recurso "es notoriamente inconducente", lo que, desde luego, sitúa el asunto, como lo dice el apoderado de la parte demandada, no dentro del plano de la conducencia sino de la pertinencia de la prueba, por lo que, pasando por alto el mal empleo del término deberá aceptarse que lo que el objetante alega es la irrelevancia de la pregunta, luego, el señor juez resolvió el problema planteado y dijo: "... es cierto también que debe indagársele al contestante por hechos concretos o no, que interesen al proceso y que hallan sucedido en su presencia (sic) o que de cualquier otra forma haya tenido conocimiento de ellos, en consecuencia se admite la objeción y se dispone suprimir la pregunta últimamente formulada" (fl. 13 vto.), es decir, excluyó la pregunta por impertinente, por no referirse a hechos que interesen al proceso, aunque luego al resolver sobre la apelación hubiese hecho mención también de la precisión".

Que la decisión tomada de la audiencia por el señor juez *a quo* no tiene recurso, es asunto que debe deducirse además de la prohibición del artículo 208-1 del C. de P.C., cuando advierte que: "A la audiencia podrán concurrir los apoderados; en ella no se admitirán alegaciones ni debates". Si el señor juez encuentra que una pregunta es impertinente, oscura, imprecisa o superflua así lo hará saber, y la rechazará, sin que sea necesario que el asunto le sea propuesto mediante intervenciones improcedentes de las partes, por las que se da lugar a estos debates que dificultan o demoran la práctica de las pruebas, que debe ser fluida mediante la presidencia del juez a quien se le dan amplios poderes de dirección. Para la correcta aplicación de la norma citada, algunos jueces y magistrados ilustran a los interesados sobre sus derechos y deberes, y a los apoderados acerca de aquella prohibición, instándolos a que no presente alegaciones o debates.

salvo los numerales 4 y 5, 23, 24, 33 a 37, 41, 46 a 48, 50, 51 y 56 y 58 del Decreto 2651 de 1991.

El artículo 9 del Decreto 2651 de 1991 dice: "El parágrafo 3 del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil quedará así:

> *"Parágrafo 3: Interrogatorio de las partes y solicitud adicional de pruebas.* Las partes absolverán bajo juramento los interrogatorios que se formulen recíprocamente o que el juez, estime conveniente efectuar, acerca de los hechos relacionados con las excepciones previas pendientes o con el litigio objeto del proceso".
>
> "Después de terminada la audiencia y dentro de los tres días siguientes, las partes podrán modificar las solicitudes de pruebas contenidas en la demanda, en la contestación o en cualquier otro escrito que de acuerdo con la ley pueda contenerlas".

De conformidad con lo transcrito, las partes, pueden realizar los interrogatorios en la audiencia regulada en el art. 101 del C. de P.C., también lo puede hacer el juez de oficio. Si el funcionario ha estudiado, como es su deber cuidadosamente el proceso, precisamente para que pueda adelantar con seriedad la conciliación, puede cuando lo considere necesario antes de adelantar tal tarea hacer interrogatorio a las partes, para tener una información sobre los extremos del proceso. Aquí el interrogatorio sea formulado por el juez de oficio, o formulado por las partes, cumple la función muchas veces de situarlas, de hacerlas caer en cuenta sobre sus verdaderas realidades y abrir un sendero para que las fórmulas de conciliación que proponga el juez a las partes encuentren muchas veces acogida.

No se puede negar, que una pregunta dirigida a una parte, la puede hacer "caer en cuenta sobre su verdadera realidad". Ejemplo: En un proceso por simulación la parte demandada, puede estar convencida que puede triunfar en el proceso, pero cuando se le pregunta por ejemplo: "¿cuéntenos como pagó el precio?", al responder se dará cuenta que no es tan fácil el asunto y a pesar de que recurra a explicaciones para responder, la realidad de no haber pagado el precio, lo puede llevar a conciliar por ese posicionamiento sicológico de la realidad, sobre la mendacidad.

Igualmente con sustento en el interrogatorio absuelto, el juez puede aligerar el decreto de pruebas, ya que si algunos hechos o todos son susceptibles de prueba de confesión y se confiesan, las pruebas que apuntaban a acreditarlos devienen en inútiles o superfluas y esto debe hacerse y decirse por medio de auto en la audiencia.

El parágrafo 6 del artículo 101 del C. de P.C. que regla: *"Fijación de hechos, pretensiones y excepciones de mérito.* A continuación; el juez requerirá a las partes y a sus apoderados para que determinen los hechos en que estén de acuerdo y que fueron susceptibles de prueba de confesión, los cuales declarará probados mediante auto en que, además, señalará las pruebas pedidas que desecha por versar sobre los mismos hechos, así como las pretensiones y excepciones que quedan excluidas como resultado de la conciliación parcial".

La norma no puede ser interpretada exegéticamente, de tal manera que si el demandante ha dicho en la demanda: "el precio no se pagó como lo dice la escritura pública No. 2, y al ser preguntado el demandado, contesta que efectivamente no se pagó como dice la escritura, sino por medio de compensación, el hecho de no haberse pagado el precio en la forma dicha en la escritura queda acreditado, ya que fue afirmado por el demandante y confesado por el demandado. Ese hecho debe decir el juez que queda acreditado y las pruebas solicitadas para demostrarlo, devienen en inútiles y así sucesivamente, hasta como ya dijimos aligerar el debate probatorio y situarlo en su verdadera dimensión (la audiencia del art. 101 y fundamentalmente el interrogatorio en la forma explicada tiene una función abreviadora, sobre todo en el insumo más costoso en tiempo que es la práctica de pruebas y además ordenadora en este aspecto)".

Se ha dicho: "También se hace necesaria la dirección del proceso por el Tribunal en cuanto a la prueba. En efecto, estableciendo (delimitado, clarificado) el objeto del proceso, surgirán con mayor precisión las pruebas que deben producirse sobre los hechos que a esta altura quedan controvertidos (que la experiencia dice que son muchísimos menos que los de las pretensiones iniciales en la casi totalidad de los casos). Entonces será posible que el juzgador pueda rechazar las pruebas que considere no solo inadmisibles, sino también las innecesarias, las inútiles o inconducentes, dado su papel protagónico en el proceso. Lo que, reiteramos, no pueden hacer en nuestros procesos escritos, en los cuales sólo conoce la causa al final, por más poderes que se le otorguen.

Así mismo, resultará natural que se disponga la forma de diligenciar la prueba, en la próxima audiencia o de inmediato, adelantando los pasos necesarios (designación de peritos, inspecciones judiciales, solicitud de informes, etc.) para que el día de la audiencia final (complementaria) se pueda desahogar la prueba (aún no diligenciada) en forma de cumplir adecuadamente los principios de inmediación y concentración.

Todo ello conduce —por varios caminos— a la necesidad de que el juez tenga la verdadera dirección del proceso, dejando de ser un mero espectador, pero no asumiendo tampoco el papel de dictador según las recordadas palabras de Alcalá Zamora, sin autoritarismo, ni prepotencia, como reclama Barbosa Moreira. *Anteproyecto de Código Modelo para Iberoamérica.*

Para que lo anterior sea posible, el juez debe estar convencido, de la utilidad de la institución. Es explicable, pero no justificable, que cuando un juez sabe que un proceso ordinario por lo general dura en la primera instancia cinco (5), no se preocupe por acortar el tiempo de esa duración y que a menudo piense que es mejor dejar el interrogatorio para la etapa probatoria del proceso, porque seguramente ningún resultado se obtiene con hacer los interrogatorios en la forma que hemos dejado explicada. Esta opinión y conducta por consiguiente, es completamente equivocada, ya que si hacemos la pedagogía y empezamos a utilizar el interrogatorio con el criterio indicado es mucho lo que se gana en tiempo y resultados probatorios.

El inciso 2 del parágrafo 3 del citado artículo 2, puede ser interpretado en dos sentidos:

1) Solo es posible, la modificación de la solicitud de pruebas, cuando se haya realizado el interrogatorio, que será lo que realmente variará el supuesto inicial.

2) Siempre que se celebre la audiencia del art. 101 del C. de P.C. existe la posibilidad de modificar las pruebas.

Nuestra posición: No tendría sentido, que en todos los casos que se haga la audiencia se tenga la posibilidad indicada, ya que la situación inicial no habrá cambiado y sin ningún sentido se habrá señalado un término adicional de pruebas.

¿Cuándo es, que en nuestro criterio se tiene la posibilidad indicada en el inciso 2 del parágrafo 3, ya nombrada? No cabe duda, que cuando haya variado el supuesto de hecho, es decir cuando se haya realizado el interrogatorio, sea de oficio por parte del juez o los interrogatorios a petición de parte, o el juez haya realizado la labor que indica el parágrafo 6 del artículo 101, que regla: ***"Fijación de hechos, pretensiones y excepciones de mérito.*** A continuación, el juez requerirá a las partes y a sus apoderados para que determinen los hechos en que estén de acuerdo y que fueren susceptibles de prueba de confesión, los cuales declarará probados mediante auto en que, además, señalará las pruebas pedidas que desecha por versar sobre los mismos hechos, así corno las pretensiones y excepciones que quedan excluidas como resultado de la conciliación parcial.",

En conclusión sólo cuando haya existido el trabajo indicado, o se hayan practicado los interrogatorios, es que se justifica el período probatorio adicional, de resto seria un formulismo sin ningún sentido, propiciando que las partes se reserven pruebas, para solo peticionarias en esta oportunidad, lo que prolonga en demasía el proceso.

9.28. INTERROGATORIO DE PARTE, PRACTICADO POR LAS PARTES DE COMÚN ACUERDO (NUMERAL 7 DEL ARTÍCULO 21 DECRETO 2651 DE 1991)

Regla el numeral 7 del artículo 21 del Decreto 2651 de 1991, lo siguiente: "Presentar la declaración de parte que ante ellas haya expuesto el absolvente. Este documento deberá ser firmado por los apoderados y el interrogado, se incorporará al expediente y suplirá el interrogatorio respectivo. La declaración será bajo juramento que no se entenderá prestado por la firma del mismo".

No se trata de estar huyendo del progreso, o ser refractario a las necesidades de la administración de justicia. Siempre hemos pensado que hay instituciones técnicas que cuando funcionan en unos países, también sean eficaces en otros, pero aquellas que tienen que ver en forma más estrecha con la cultura de los pueblos, hay que tomarlas con beneficio de inventario. Los pueblos no hacen saltos culturales, porque las 'normas estén necesitadas de ellos. Nuestro pueblo no está acostumbrado a esa forma de practicar las pruebas y mucho menos el interrogatorio de parte, porque esa forma no se encuentra interiorizada, por ello se puede decir que ha quedado reducido a ser un ejercicio retórico. Lo cierto, es que si se llega a producir, un interrogatorio en la forma indicada, se puede aportar al proceso y se valorará como si hubiese sido practicado por el juez. De tal manera que no gozará de mayores prerrogativas, y admitirá la confesión producida prueba en contrario de conformidad con lo previsto en el art. 201 del C. de P.C.

9.29. DOCUMENTOS APORTADOS POR LA PARTE QUE RESPONDE EL INTERROGATORIO

El inciso 5 del artículo 208 del C. de P.C., en la forma que se reformó por el articulo 21 de la Ley 794 de 2003, establece:

> "La parte podrá presentar documentos relacionados con los hechos sobre los cuales declara, los que se agregarán al expediente y se darán en traslado común por tres días, sin necesidad de auto que lo ordene".

Se trata de una inserción de lo que dice el numeral 3 del artículo 10 de la Ley 446 de 1998.

Sobre los documentos aportados en la forma anterior se podrá ejercer el derecho de contradicción dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de la audiencia (artículo 289 del C. de P.C.).

Al decir el artículo que podrán presentar documentos: "relacionados con los hechos sobre los cuales declara" está exigiendo una pertinencia que el juez debe vigilar, para no llenar el proceso de pruebas inútiles o para permitir subsanar por este procedimiento deficiencias probatorias del proceso, violándose el principio del debido proceso.

Así entonces, la norma opera en la siguiente forma: Dentro de los tres (3) días siguientes a la audiencia, las partes no apostantes podrán ejercer el derecho de contradicción y este se puede manifestar en tres formas:

1. Tacharlo de falso (se entiende que materialmente).
2. Enjuiciar su contenido, como la simulación, el fraude, etc.
3. La no pertinencia.

A la primera hipótesis se le dará el tratamiento consagrado en el artículo 289 del C. de P.C., con relación a las otras dos hipótesis, el juez se pronunciará sobre ellas en el momento de valorar la declaración de parte y decidir que el documento es o no pertinente, o que es o no atendible para corroborar lo respondido por el deponente, porque otras pruebas más atendibles lo contradicen o por el contrario lo corroboran, o porque lo contenido en él desafía el sentido común o las reglas de la experiencia, o por el contrario lo hacen atendible.

10. INTERROGATORIO ANTICIPADO

10.1. GENERALIDADES

Preceptúa el artículo 294 del C. de P.C. que "cuando una persona pretenda demandar o tema que se le demande, podrá pedir, por una sola vez, que su presunta contraparte conteste el interrogatorio que le formule sobre hechos que han de ser materia del proceso".

Lo anterior significa que anticipadamente no se puede solicitar sino un solo interrogatorio; de ahí la importancia de que el juez exija que se indiquen los hechos que precisamente se supone van a ser objeto del futuro proceso, y además, que se indique qué es lo que se pretende establecer con él. De esta manera, identificamos si uno nuevo que se solicite se refiere a los mismos hechos y al mismo propósito probatorio. Creemos que cuando ya se ha absuelto un interrogatorio anticipadamente, la parte llamada al nuevo debe presentar copia del primero para que el juez resuelva en la audiencia, sin mayor discusión, si se formula o se desecha por haberse llevado a efecto ya.

Si el absolvente no reclama en la forma que hemos indicado y responde al nuevo interrogatorio o varios más, todos pueden ser trasladados al proceso que se adelante, sin que pueda alegar nulidad por este hecho.

10.2. REQUISITOS DE LA SOLICITUD

Cuando se trata del interrogatorio solicitado en el proceso, bastará sencillamente que se solicite citar a la contraparte para absolver el cuestionario en la forma que indique el peticionario. En cambio, cuando se trata del anticipado, debemos indicar claramente, tal cual como si se tratara de un proceso, quiénes son el peticionario y el absolvente, es decir, sus nombres, domicilios, si se trata de personas jurídicas, quiénes son sus representantes; en todos los casos, el nombre del apoderado judicial del peticionario, el objeto del interrogatorio, los hechos que han de ser materia del futuro proceso y qué es lo que se pretende probar; igualmente, cuando se trata de una persona incapaz o de una persona jurídica, habrá que acompañar con la solicitud la prueba de la representación o de la de existencia y su representación, según sea el caso; el poder al apoderado judicial del peticionario y copia de la solicitud para el archivo del juzgado.

10.3. NOTIFICACIÓN DEL AUTO QUE ORDENA CONCURRIR AL ABSOLVENTE

El artículo 205 del C. de P.C. regla: "El auto que decrete el interrogatorio anticipado de parte se notificará a ésta personalmente; el de interrogatorio en el curso del proceso se notificará por estado". Por su parte el artículo 301 del mismo código ordena en su inciso 3° que la citación para el interrogatorio de parte deberá hacerse mediante notificación personal, "sin que sea posible el emplazamiento del citado".

¿Qué puede hacerse cuando no es posible la notificación personal con miras aun interrogatorio anticipado? Debe iniciarse el proceso correspondiente donde la parte puede ser notificada por estado. El interrogatorio anticipado que se realice desconociendo lo establecido en los artículos 205, 294 y 301 del C. de P.C., es nulo.

10.4, MÉRITO EJECUTIVO DEL INTERROGATORIO ANTICIPADO

Establecía el artículo 983 del C.J. que la confesión en proceso ordinario, después de contestada la demanda, no constituía título ejecutivo.

El párrafo 2° del artículo 488 del C. de P.C., prescribe que la confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 294 del mismo ordenamiento.

Corno puede observarse, las dos disposiciones citadas tienen el mismo propósito, pero el 488 del C. de P.C. es más genérico, pues se refiere a toda clase de procesos, mientras que el 983 del C.J. sólo lo hacía al proceso ordinario. Lo cierto es que ambas normas protegen el **debido proceso,** es decir, que si se confiesa en cualquiera, y la parte favorecida con ello solicita copias e inicia proceso ejecutivo, estaríase violando esta garantía. La confesión que se haga en el curso de cualquier proceso permitirá dictar sentencia con base en ella, y prestará mérito ejecutivo la sentencia correspondiente.

Cuando se absuelve el interrogatorio anticipado, se hace para obtener un título ejecutivo, sin necesidad de recurrir a un proceso ordinario. Pero no debe pensarse que aquel presta mérito ejecutivo en todo caso, ya que puede suceder que de lo contestado por el absolvente no se deduzca la existencia de una obligación que llene las exigencias del artículo 488 del C. de P.C.

10.5. INTERROGATORIO ANTICIPADO UNIDO A RECONOCIMIENTO

Se puede solicitar que sea citada una persona a fin de que reconozca un documento y absuelva un interrogatorio sobre hechos que tengan que ver con aquél u otros distintos. Bastará que en el pedimento se indique tal circunstancia y que con él se acompañe el documento objeto del reconocimiento.

10.6. FÓRMULA CUANDO SE SOLICITA RECONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS CON INTERROGATORIO

Es aconsejable, cuando se solicita interrogatorio anticipado de parte con reconocimiento de documentos, y si el interrogatorio versa precisamente sobre hechos que tienen que ver con aquellos en forma directa o indirecta, que en la solicitud se especifique, verbigracia, redactado en los siguientes términos: *"Objeto del interrogatorio:* El interrogatorio tiene por objeto establecer los hechos relacionados con la expedición por parte del Banco X del certificado a término fijo número 2. Desde ahora y para que el representante del Banco X no solicite aplazamiento de la audiencia para verificar consultas, manifiesto que los puntos materia del interrogatorio versarán principalmente sobre autenticidad del mencionado certificado número 2, el cual acompañó en fotocopia debidamente autenticada, a fin de que sea entregada al representante

del Banco X en el momento de notificársele la fecha del interrogatorio; para que investigue si tal certificado fue presentado al Banco X para su cobro, si se presentaron los documentos que el Banco exigía y todos los demás aspectos relacionados con el mismo".

Es entendido que el juez, al dictar el auto y ordenar la notificación, deberá disponer que se le entregue al representante del Banco de nuestro ejemplo, la copia que se acompañó con la solicitud y que se advierta de la consulta sobre todo lo que haga referencia al certificado de que se trata.

10,7. TRASLADO DE LA PARTE A LA SEDE DEL JUZGADO

De conformidad con el artículo 206 del C. de P.C. "Cuando la parte citada reside en lugar distinto a la sede del juzgado, tanto ella como la otra podrán solicitar, en el mismo escrito en que se pida la prueba o dentro de la ejecutoria de la providencia que la decrete, que se practique ante el juez que conoce del proceso y así se dispondrá siempre que quien formule esta solicitud consigne, dentro de dicha ejecutoria, el valor que el juez señale para gastos de transporte y permanencia. Contra tal decisión no habrá recurso alguno".

La norma citada es de gran importancia, la misma que reviste la que se refiere al traslado del testigo residente fuera de la sede del juzgado.

10.8. APLAZAMIENTO DE LA AUDIENCIA PARA FORMULAR EL INTERROGATORIO DE PARTE

10.8.1. Generalidades

Preceptuaba el artículo 619 del C.J.: "En uno u otro caso, la declaración sobre presunción de ser ciertos los hechos no se hace si quien debió absolver las posiciones comprueba dentro de la articulación, que no pudo concurrir- por grave enfermedad de él o de su cónyuge, padre, madre, hijo, hermano o persona con quien viva en familia; por muerte de alguna de tales personas, acaecida en el mismo día fijado para la absolución o dentro de los nueve anteriores, o por fuerza mayor o caso fortuito. Si la excusa se declara aceptable, la parte queda con el deber de absolver las posiciones dentro de los tres días siguientes bajo la sanción de que, si en esta vez deja de comparecer, se le declara confesa sin lugar a recurso alguno".

La disposición admitía, entonces, el que una persona pudiera excusar su no comparecencia a rendir posiciones de un hecho gravísimo, que de suceder, lo imposibilitara para concurrir a la diligencia.

Si se observa detenidamente, nos encontramos con que las causales de excusa eran prácticamente las de suspensión que establecía el Código de Procedimiento derogado, las que eran demasiado rigurosas y un poco extravagantes.

El actual C. de P.C., en su artículo 209 establece: **"Posposición de la audiencia.** Si el citado probare siquiera sumariamente, dentro de los tres días siguientes a aquel en que debía comparecer, que no pudo concurrir a la diligencia por motivos que el juez encontrare justificados, se fijará nueva fecha y hora para que aquella tenga lugar, sin que sea necesaria nueva notificación personal. De este derecho no se podrá hacer uso sino por una sola vez. La resolución que acepte el aplazamiento no tendrá recurso alguno".

Esta norma es más amplia que el artículo 619 del C.J., pues basta que dentro del término de los tres días siguientes a aquel en que debía comparecer, presente una solicitud para que se señale nueva fecha acompañando prueba siquiera sumaria que acredite la imposibilidad en que estuvo de comparecer. La disposición no trae siquiera una enunciación de los casos justificativos de la no comparecencia, dejando al arbitrio del juez el establecimiento de ellos. Sin embargo, el artículo 619 del C.J. puede servirnos de guía para la elaboración de las hipótesis en que, de probarse el hecho sumariamente, el juez debe justificar la no comparecencia.

10.8.2. Es del arbitrio exclusivo del juez resolver si los motivos son justificados para no comparecer

Ya hemos indicado que los motivos para posponer la audiencia hay que justificárselos al juez, pues la prueba sumaria, como en general todas las pruebas, tiene a éste como destinatario, a fin de crearle la certeza de que efectivamente, en las mismas condiciones, ninguna persona hubiera concurrido a absolver el interrogatorio; es por ello que, probado el motivo de la inasistencia, contra el auto que lo acepta y justifica no procede recurso alguno, en cambio, en contra del que niega la "posposición", es viable el de reposición.

10.8.3. Prueba sumaria que justifica la no asistencia al interrogatorio

Conforme al artículo 619 del C.J. derogado, para justificar la no asistencia a lo que se llamaba "absolución de posiciones", se requería tramitar un incidente específico que se llamaba articulación, y por consiguiente, había lugar a toda una controversia sobre la razón que se esgrimiera.

Del contenido literal del artículo 209 del C. de P.C. se deduce claramente que basta simplemente aportar una prueba siquiera sumaria, verbigracia, declaraciones de dos testigos, un certificado médico otorgado ante dos testigos o autenticado ante un notario (el juez debe observar que el certificado médico esté autenticado ante notario y no caer en la trampa de las reproducciones del certificado médico en las que la autenticación se está refiriendo a que se tuvo a la vista el original u otra copia igual a la que se presenta, cosa bien diferente a la exigida).

Se podría argumentar que nuestro Código de Procedimiento Civil vigente propicia el que, con mucha facilidad, una persona no concurra a absolver interrogatorio, pudiendo obtener que se le señale nueva fecha para ello. Posiblemente eso sea cierto, pero es innegable que todas las personas tienen vicisitudes para realizar determinados actos a los cuales están obligados; y en el caso presente no debe olvidarse que, de no aceptarse la justificación, se van a declarar presuntamente ciertos unos hechos. Estas consideraciones llevaron al legislador a estatuir que la persona pueda disculparse por su no comparecencia cuando existan fundamentos que la justifiquen; en estas condiciones, el juez está facultado para conceder una nueva oportunidad a quien debe responder el cuestionario. Es de recalcar además, de un lado, que al presentar la solicitud de nueva fecha se está indicando implícitamente la disposición de absolver el interrogatorio, y que de otro, la excusa sólo es viable por una sola vez.

11. EL QUE PREGUNTA, ¿CONFIESA?

Para responder adecuadamente a esta hipótesis, es menester partir de la base de que la confesión debe ser expresa y de que existen varias clases de preguntas. Entonces podernos afirmar que el que se presente semejante tipo de confesión, dependerá del mismo interrogante que se formule. Veamos:

1. Si la pregunta es interrogativa, es imposible hablar de confesión por parte de quien la formula, verbigracia, "díganos, ¿dónde estaba usted el 20 de julio de 1983?".

2. Cuando es asertiva, no podrá predicarse que quien pregunta está confesando, pues puede ocurrir que el interrogador esté buscando una respuesta negativa, verbigracia, "diga ¿cómo es cierto, sí o no que yo lo conocí a usted el 18 de julio de 1983 en el Banco de la República?". No podría decirse que el que pregunta está aceptando que conoció a la persona en la fecha que indica, ya que puede estar esperando que el absolvente diga que no

es cierto y que aclare, por ejemplo, "yo lo conocí fue el 10 de agosto de 1981" (se entiende, siguiendo la regla general que el hecho sobre el cual se cuestiona, con relación a la fecha, debe causarle perjuicio al que absuelve, para hablar de confesión).

3. En la asertiva-afirmativa, el que interroga indudablemente confiesa, verbigracia, "diga cómo es cierto sí o no que usted me debe dos millones de pesos y yo afirmo que es cierto". Si luego pretende el preguntante sostener que se le adeudaba una mayor cantidad de dinero, la pregunta se tendrá como confesión y con base en ella sólo serían dos millones los que conformarían el crédito, salvo que se demostrara error en la pregunta.

12. CONFESIÓN FICTA Y LA DILIGENCIA DE INSPECCIÓN JUDICIAL, EN MATERIA LABORAL

12.1. BASES LEGALES

Después de la modificación operada mediante la Ley 712 de 2001, preceptúa el artículo 56:

> "Artículo 56. Renuencia de las partes **a la práctica de la inspección.** Si decretada la inspección, ésta no se llevare a cabo por renuencia de la parte que deba facilitarla, se tendrán como probados en su contra los hechos que la otra parte se proponía demostrar en los casos en que sea admisible la prueba de confesión, el juez así lo declarará en el acto, y si no fuere admisible la prueba de confesión se le condenará sin más actuaciones al pago de una multa equivalente hasta de cinco (5) salarios mínimos mensuales vigentes a favor del Consejo Superior de la Judicatura".

La nueva redacción simplemente actualizó el valor de la multa, que para la época en que fue promulgado el C.P. del T. fue fijado en $1.000.00, y acogiendo la posición de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dispuso que en el acta correspondiente deberá dejarse constancia de la renuencia de la parte, con miras a proteger el derecho de contradicción de la parte afectada.

Así entonces, la reforma corrobora lo que hemos venido sosteniendo en ediciones anteriores acerca que no se requiere incidente para la declaratoria de confeso, máxime si se tienen en cuenta las siguientes razones:

a. El artículo 37 del C.P. del T. estatuye: **"Proposición y sustanciación de incidentes.** Los incidentes sólo podrán proponerse en la primera audiencia de trámite; se sustanciarán sin interrumpir el curso del juicio y se decidirán en la sentencia definitiva, salvo aquellos que por su naturaleza o sus fines, requieran una decisión previa".

b. El artículo 38 del C.P. del T. prescribe: "**Audiencia** y **fallo.** Propuesto en tiempo un incidente, el juez, dentro de la misma audiencia, resolverá si lo admite o rechaza. Si hubiere hechos que probar y no se hubieran presentado las pruebas en el acto, se señalará día y hora para una nueva audiencia con el fin de practicar las pedidas y decretadas, y se decidirá allí mismo o en la sentencia, según corresponda".

c. Las anteriores son las únicas normas del procedimiento laboral que hablan de los incidentes. Por lo demás, no se reguló lo referente a su procedencia.

d. El artículo 145 del C.P. del T. señala: "**Aplicación analógica.** A falta de disposiciones especiales en el procedimiento del trabajo, se aplicarán las normas análogas de este decreto y en su defecto, las del Código Judicial".

e. El artículo 394 del C.J. establecía: "El juez debe desechar de plano los incidentes que no proceden según el caso...".

f. El artículo 135 del actual C. de P.C. dice: "Se tramitarán como incidentes las cuestiones accesorias que la ley expresamente señale; las demás se resolverán de plano...".

g. Esto significa que tanto en la Ley 105 de 1931 como en el actual C. de P.C., para darle a una cuestión determinada, en un proceso, el trámite incidental, se requiere que el legislador expresamente le haya señalado tal vía.

h. No habiéndolo previsto el legislador (el trámite incidental) para la hipótesis contemplada en el artículo 56 del C.P. del T., es improcedente tramitarlo de esta forma.

12.2, JURISPRUDENCIA

a. La Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sostuvo en fallo de 4 de julio de 1960, dictado dentro del proceso seguido por Isidro J. Ríos contra Acerías Paz del Río S.A. (G.J. primera parte, págs. 324 y ss.) lo siguiente:

> "Para saber, pues, si una cuestión accidental en el proceso admite el incidente, es necesario que así lo disponga el legislador de manera expresa. Si así no ocurre, le está prohibido al juez darle el trato incidental, pues al respecto sus facultades son regladas y no discrecionales. Para la solución del punto no sería pertinente acudir a la norma contenida en el artículo 40 del C. de P.L., que autoriza al juez para prescribir una forma determinada cuando para el acto procesal de que se trata no lo haya previsto el legislador, porque el artículo 56 de la obra citada es normativo en su integridad de la situación procesal que contempla sin subordinar su aplicación a formalidad alguna ulterior. Basta que en el acto de la inspección la parte que deba colaborar a su práctica la rehúse

sin razones valederas, que el juzgador aprecia libremente, para que en la sentencia le dé aplicación al artículo 56. No abre éste la puerta al incidente y no lo reclama texto alguno del procedimiento civil ni del trabajo. Exigir, pues, la ritualidad incidental como condición previa para darle cabida a las sanciones que la previsión establece, es impertinente, porque el principio sobre uso de las formas en el proceso no es arbitrario ni el juez puede utilizarlo sin salirse de las prescripciones que al respecto traza la ley".

b. *Forma como se aplica en la práctica el artículo 56 del C.P. del T*

"En la diligencia de inspección judicial que se llevó a cabo por parte del juez **a quo** el 24 de abril de 1981, el apoderado de la parte demandante manifestó: `Solicito al despacho que en esta diligencia se constate lo siguiente: 1. Ver los comprobantes de contabilidad desde 1977 hacia atrás, a fin de que con base en los mismos se establezca que al demandante se le pagaba en promedio semanal la suma de $7.500.00'.

"El jefe de contabilidad de la empresa X, quien asistió a la diligencia, expresó: Con respecto al primer punto, manifiesta que existen comprobantes de contabilidad solamente desde el año de 1977, pero desde esa fecha hacia atrás no existe ningún documento.

"Resulta oportuno tener en cuenta como lo recuerda el censor los artículos 19-3 y 60 del C. de Co. que obligan a todo comerciante (la sociedad demandada lo es) a 'llevar contabilidad regular de sus negocios y conservar los libros y papeles a que se refiere el Libro I, Título IV ibídem por lo menos diez años'. Conviene observar que el apoderado del actor adujo esta prueba en alegato ante el juez.

"Se configuró por lo tanto la confesión fleta prevista por la ley, acerca del hecho susceptible de ser confesado de que el actor devengó de 1977 'hacia atrás' la suma de $7.500.00 semanales"[80].

En otra ocasión la Corte sostuvo:

"La empresa demandada se abstuvo de dar respuesta a la demanda, lo cual ya constituye un indicio en su contra (C.P.C. artículo 95), y no se hizo presente en ninguna de las audiencias de trámite. Decretada por el juez de primera instancia una inspección judicial en las dependencias de la sociedad demandada, a fin de examinar el folder del trabajador y de las relaciones de cartera, cobros y venta del mismo, el señor Hernando Guerra Moreno, actuando como representante legal de la sociedad demandada, se negó a facilitar el examen decretado aduciendo razones que de ninguna manera demostró y que son contrarias a la realidad procesal. De allí que por mandato del artículo 56 del C. de P.L. se han de tener probados en contra de la parte demandada los hechos que el actor se

[80] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. 23 de agosto de 1982. Proceso de Pedro Pablo Upegui contra Industrias Maderas y Talas Ltda. Mag. Pon. Dr. Fernando Uribe Restrepo.

proponía demostrar. Tales hechos son los que relata el libelo inicial, todos los cuales son susceptibles de prueba de confesión y era lógicamente los que el actor se proponía demostrar por medio de la inspección"[81].

12.3. LA CONFESIÓN FICTA QUE SE PRODUCE EN APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 56 DEL C.P. DEL T. ADMITE PRUEBA EN CONTRARIO

La confesión que se produce en las hipótesis contempladas por el artículo 56 del C. de P.L. admite prueba en contrario. Al respecto ha dicho la Corte:

"El punto fundamental del debate planteado por el censor radica en la fecha de iniciación de la relación laboral. Según la confesión ficta, deducida de la renuencia de la demandada a la práctica de la inspección ocular, la relación se habría iniciado el 28 de junio de 1971. El Tribunal sin embargo, encontró pruebas fehacientes en el sentido de que el contrato de cuya liquidación se trata había empezado el 31 de abril de 1974: así lo dedujo del contrato de folio (V) en concordancia con la confesión del demandante en los interrogatorios de parte. No encuentra la Sala ningún error de hecho, evidente y manifiesto en esta razonada inferencia judicial".

"Es evidente que la confesión ficta admite prueba en contrario...

"El tribunal, en cambio, aceptó la presunción judicial fundada en la confesión ficta en cuanto al salario, puesto que no halló prueba alguna en contrario".

En otra ocasión sostuvo la Corte:

"La presunción de certeza de los hechos, que el artículo 210 del C. de P.C. establece a cargo de una parte que, habiendo sido citada no comparece o que adopta una conducta renuente a responder el interrogatorio que se le propone, o que lo hace con respuestas evasivas, constituye una presunción legal de veracidad del hecho, que por mandato del artículo 201 ibídem, admite prueba en contrario.

"También es sabido que en el procedimiento laboral el sentenciador puede formar libremente su convencimiento, teniendo en cuenta para ese efecto los principios científicos que inspiran la crítica de la prueba, las circunstancias relevantes del pleito y la conducta procesal observada por las partes. En su decisión no está sujeto a tarifa legal, excepto cuando la ley exija determinada solemnidad ad substantiam actus. Así lo consagra el artículo 61 del C. de P.L.".

"La sentencia impugnada no desconoce esos principios y por el contrario, se ajusta a ellos. Porque admitiendo el Tribunal razonadamente, sin que tal

[81] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. 10 de octubre de 1980. Mag. Pon. Dr. Fernando Uribe Restrepo.

[82] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. 7 de diciembre de 1981. Proceso de Jorge Eliécer Lozano P. contra Electro Acústicos Ltda. Mag. Pon, Dr. Fernando Uribe Restrepo.

discernimiento sea ostensiblemente contrario a la lógica, que el trabajador tenía un salario variable, rechazó la confesión ficta con el argumento de que en ésta hablaba de un salario fijo mensual de tres mil pesos'.

13. LAS MANIFESTACIONES QUE HACEN LAS PARTES EN LA CONCILIACIÓN ANTE JUEZ O INSPECTOR NO CONSTITUYEN CONFESIÓN

13.1. GENERALIDADES

No cabe la menor duda que la conciliación es una actividad propia y exclusiva de la jurisdicción contenciosa, cuando se hace ante juez, ya que el hecho de que ella ponga fin a un real o hipotético conflicto no significa que se transforme en voluntaria, pues la noción de litis no es inherente a lo contencioso; puede no presentarse, verbigracia, porque ambas partes persigan el mismo resultado, sin que por ello pierda su naturaleza.

Si dentro de la conciliación ante juez o inspector las partes hacen concesiones, en realidad no puede hablarse de confesión, ya que éstas pudieron ser impulsadas por el deseo de terminar con el desacuerdo. Pero tampoco significa, de ninguna manera, que las versiones que den las partes no tengan el valor de testimonio y que deban ser desestimadas totalmente; por el contrario, estas son una especie del testimonio y como tal deben ser valoradas.

13.2. JURISPRUDENCIA

La Corte ha dicho al respecto:

"Es indudable que presumir judicialmente confesión a las diversas ofertas formuladas por alguna de las partes en la fase transaccional o de conciliación, como lo ha hecho el juzgador, implica un golpe de gracia contra las diversas formas jurídicas del arreglo directo, institución que en el derecho laboral goza de especial amparo de la ley. En efecto; ésta propicia toda composición amistosa de partes desavenidas con el encarecimiento de que el juez la procure en una de las etapas del juicio, y con la manifiesta voluntad de que aquéllas la busquen y de ser posible la obtengan antes o en el curso de él (artículos 19, 20, 22, 77 *y* 78 del C. de P.L.).

"Si la tesis del sentenciador se abriera paso en la jurisprudencia nacional, sería apenas lógico que, como lo anota el recurrente, el arreglo amistoso entre

" CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. 11 de octubre de 1978. Proceso de Tomás Ortega de la Hoz contra Transportes Samario Ltda. Mag. Pon. Dr. Jerónimo Argáez Castillo.

litigantes en cuestiones del trabajo resultase notablemente constreñido, si no absolutamente desuelo, por las obvias inhibiciones de las partes al formularse sus recíprocas posturas, bien dentro de la transacción o de la conciliación, a causa del inevitable recelo de que sus aserciones o propuestas fueran tomadas en juicio, con el carácter de plena prueba confesoria.

"Lo anterior no quiere decir que tales posturas deban ser desechadas de plano por el juez. Ello sería contrario a la libre formación del convencimiento. Más esos datos no deberán ser asimilados por el juzgador a verdad inconcusa con validez de confesión legal, sino que podrán ser tenidos como acervo indiciario coadyuvante del mismo criterio en la apreciación de los hechos. No podría negarse que tales indicios siempre que vayan apoyados en otras probanzas, pueden ser un invaluable aporte a la configuración de la verdad real. Pero resulta inadecuado tomarlos por sí solos como confesión"".

"En verdad, de la referida acta (se está refiriendo al acta de conciliación ante la inspección de policía) se desprende que el demandado reconoció ciertos hechos, tales como que X le trabajó en labores agrícolas por espacio de tres años, desde 1948 hasta 1950 inclusive; que le pagó diferentes salarios y que no le canceló prestaciones sociales. No puede negarse que este reconocimiento constituye una confesión extrajudicial, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 604 del C.J. Pero en lo atinente a su mérito probatorio, también es oportuno recordar que según el artículo 608 ibídem, tal confesión está calificada de prueba deficiente o incompleta y su fuerza es mayor o menor según la naturaleza y las circunstancias que la rodean; y claro está, también puede adquirir el valor de plena prueba si a juicio del juez no queda duda alguna acerca de la confesión misma.

"Ahora bien, dentro de la libertad de que goza el fallador de instancia para valorar las pruebas, se observa que para el **ad quem** el acta cuestionada no revistió la importancia que le reconoce el recurrente. Y viéndolo bien, esta actitud del Tribunal no es equivocada porque como se sabe, en la etapa conciliatoria laboral no hay obligación de aducir pruebas ni de reconocer o negar hechos, lo cual es característico de las audiencias de trámite mas no de conciliación, en donde, más que todo, se busca el entendimiento directo y amigable de las partes bajo la orientación del funcionario que conoce del diferencio. Si el intercambio de propuestas y contrapropuestas en esta etapa preliminar no culmina en un acuerdo conciliatorio, los hechos que hayan sido aceptados por las partes tendrán mayor o menor fuerza probatoria según sea el respaldo y concatenación con los elementos de convicción que se produzcan en el juicio laboral".

" CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. 16 de septiembre de 1958. Mag. Pon. Dr. Jorge Vélez García.

" CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. 12 de junio de 1959. Mag. Pon. Dr. Roberto de Zubiría C.

"En el supuesto de que las manifestaciones hechas en una diligencia de conciliación puedan tomarse como confesión extrajudicial, en el caso en estudio no es posible considerar que lo expresado por el representante del demandado durante la conciliación celebrada con el trabajador de iniciar el juicio, equivalga a una aceptación de los hechos planteados por éste al formular el reclamo. El demandado se limitó a dar las razones por las cuales no accedía a la solicitud del trabajador, *sin* que se refiriera al salario que éste afirmó había devengado al servicio de su ex patrono. Mucho menos puede concluirse que por no haber objetado la cuantía del salario señalado por el extrabajador, la hubiese aceptado como lo da a entender el **ad** quem.

"Para que exista confesión se requiere que la parte a hacer valer admita como cierto un hecho que la perjudica y tal no sucede cuando guarda silencio ante una afirmación de la contraparte. De manera que apreció mal el Tribunal Superior el acta de conciliación a que se ha hecho referencia, al tener corno factor salarial el estimado por el demandante, por no haber sido objetado por el patrono'.

13.3. EJEMPLO DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

El caso: A demanda a B.

Pretensión: Que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre las partes desde el 1° de noviembre de 1954 hasta el 31 de diciembre de 1970.

Que tuvo un último salario promedio, desde el 1° de enero de 1963, de $3.982.39.

Sentencia de primera instancia: El Juzgado Laboral de Neiva estimó probada la existencia del contrato pero solo entre el 1° de noviembre de 1954 y el 31 de diciembre de 1962.

Sentencia de segunda instancia: El Tribunal Superior de Neiva, declaró probada la existencia del contrato entre el 1° de enero de 1954 y el 31 de diciembre de 1970, e hizo igualmente otras declaraciones y condenas.

Precisiones importantes: a) B no contestó la demanda.

b) Se presentó acta de audiencia de conciliación.

e) Interrogatorio absuelto por el representante de la entidad B.

d) Un dictamen de peritos.

La Corte sostuvo:

[86] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. 12 de julio de 1982. Mag. Pon. Dr. José Eduardo Gnecco Correa.

"Las manifestaciones que hacen las partes en conciliación ante Juez o Inspector en procura de una pronta solución para sus divergencias, en verdad no pueden apreciarse como confesiones aprovechando para ello, como reconocimientos, los hechos y derechos que se concedan para lograr los fines propios de este instituto, que se desnaturalizaría y hasta se destruiría si de tal manera se las considera como lo ha explicado la jurisprudencia; pero tampoco puede desconocérsele, de modo absoluto y tan categóricamente como lo hace el impugnador, todo valor a las manifestaciones que precisan hechos y que no se encaminan a negociar una contraprestación sino a fijar los términos del derecho que se controvierte, según lo ha expresado también el criterio de la Sala que se invoca. Y esto es lo que ocurre con la diligencia extrajudicial de autos, que si bien contiene las expresiones que destaca al acusador, ellas no destruyen en sí Mismas ni en su conjunto, las relativas a que 'con respecto a las fechas de ingreso y de retiro' (precisadas por el demandante en la dicha diligencia en el 1° de noviembre de 1954 *y* en el 31 de diciembre de 1970, respectivamente, como las apreció el ad quem) sí son correctas, y a que 'también es cierto que el sueldo último de él son 53.500.00 mensuales básicos más un porcentaje sobre ventas de acuerdo con el contrato de trabajo', como lo apreció así mismo el Tribunal, en su cantidad fija, pues acerca del porcentaje no encontró prueba. Esas manifestaciones no constituyeron un regateo, en un negocio económico, como se las pretende, ni se las aventuraron para sacar ventaja de la contraparte; aunque expresadas sin la gravedad del juramento constituían aceptación —sin vicio que se haya aducido— de hechos afirmados por el trabajador de los que la ley predica determinadas consecuencias, para las cuales se opusieron `condiciones económicas' que no le permitían satisfacerlas al patrono, (condiciones que ni desconocen los hechos admitidos ni constituyen razón atendible) y cuentas y cifras distintas en los libros, que en probándose, modificarían cuantías o determinarían soluciones totales o parciales, pero que tampoco rechazan aquellos hechos admitidos"[87].

14. LA CONFESIÓN Y EL ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS

El Decreto 1260 de 1970 reguló todo lo referente al estado civil de las personas. Dice el artículo 101 de este estatuto: "El estado civil debe constar en el registro del estado civil.

"El registro es' público, y sus libros y tarjetas así como las copias y certificados que con base en ellos se expidan, son instrumentos públicos". A su vez, el 105 del mismo establece: "Los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas, ocurridos con posterioridad a la vigencia de la

[87] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. 29 de mayo de 1974. Mag. Pon. Dr. Juan Benavides Patrón.

Ley 92 de 1938, se probarán con copia de la correspondiente partida o folio, o con certificados expedidos con base en los mismos".

"En caso de pérdida o destrucción de ellos, los hechos y actos se probarán con las actas o los folios reconstruidos o con el folio resultante de la nueva inscripción, conforme a lo dispuesto en el artículo 100".

El estado civil de las personas se constituye por actos o hechos jurídicos, verbigracia, el matrimonio, el nacimiento. Para acreditar el estado civil de una persona, por regla general no es conducente la prueba de confesión. Sin embargo, hay hechos que tienen que ver con el estado civil de las personas que se pueden demostrar mediante ella: el trato, la fama, la educación, las relaciones sexuales, etc., que sirven de base para una declaratoria de filiación extramatrimonial, eventualmente.

15. LA CONFESIÓN Y LA PRUEBA DE LA FAMILIARIDAD

15.1. GENERALIDADES

No debe confundirse la prueba del estado civil de una persona con la prueba de la familiaridad. Si se inicia un proceso de divorcio por ejemplo, a él hay que allegar ineludiblemente, el registro civil de matrimonio para acreditar el estado civil de casados de las partes. En cambio, dentro de un proceso de simulación en el que se ataca una compraventa, puede probarse que entre los ficticios comprador y vendedor hay familiaridad, por medio de la confesión.

15.2. EJEMPLO SOBRE LA CONFESIÓN CON RELACIÓN A LA PRUEBA DE LA FAMILIARIDAD

El caso: La señora X vendió algunos inmuebles de su propiedad al señor Y Dos meses después, éste a su vez vende los mismos bienes a dos hijos de la primera.

X, con posterioridad inicia proceso ordinario contra Y y sus dos hijos (de ella) a fin de que se declare la simulación de la venta que ella le hizo a aquél y la posterior que éste le hizo a sus hijos y que, como consecuencia de la simulación de dichos negocios, se declare que los ocultos eran una donación de la demandante a sus descendientes y la consecuente nulidad de la misma por falta de insinuación, la cancelación de los registros y la condena en costas.

Durante el curso del proceso se acreditó con los correspondientes registros civiles que la venta hecha por Y fue efectivamente a los hijos de X.

Prueba de confesión: Y relató en el proceso ser hermano extramatrimonial de la vendedora, pero a tal confesión no se le dio connotación alguna.

Argumentos de la Corte:

"Ciertamente, como con propiedad innegable lo expresa el opositor en casación, el estado civil está sujeto a una prueba específica que no es, en efecto, la confesión. Pero una cosa es probar el estado civil y otra una relación de la cual se puede inferir la seguridad que suele buscarse para celebrar los negocios simulados, en que debe existir en el ánimo de los celebrantes mucha confianza. Quizás podría decirse, entonces, que la confesión no prueba el estado civil pero sí la familiaridad, que en últimas es la que constituye el indicio de simulación. De otra parte, el hermano de la vendedora que sirvió como testaferro para traspasar los bienes a los hijos de aquélla, en su declaración deja entrever la simulación que aparentemente niega, al expresar que el padre de los menores que devinieron dueños quería que cada hijo tuviese una casa. Esa confesión no la tuvo en cuenta el Tribunal para nada. Ni tampoco que está debidamente probado, ahí sí, el parentesco entre la X vendedora y quienes en últimas resultaron dueños por rebote de su tío. Esas últimas circunstancias las invocó el casacionista en el error séptimo. Estos tres errores son graves, ostensibles y trascendentes y, por tanto, dan lugar al quiebre de la sentencia, pues como consecuencia de ellos se dejó de aplicar el artículo 1766 del C.C."[88].

16. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONFESIÓN

Herrando Devis Echandía[89] resume las teorías sobre la naturaleza jurídica de la confesión así:

1. La confesión es una declaración de voluntad, de naturaleza sustancial y negocial, de derecho privado, Esta teoría considera que debe existir en el confesante una conciencia específica que lo lleve a renunciar al derecho sustancial.

2. Otros autores consideran la confesión un negocio, pero de naturaleza procesal.

3. Se considera la confesión de naturaleza sustancial, pero no negocial, y se le reconoce el carácter de medio de prueba,

4. Se le reconoce a la confesión naturaleza procesal, no negocial, pero se le niega el carácter de prueba.

Ejemplo y doctrina de la sentencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. 26 de abril de 1983. Proceso ordinario de C.B. contra J.P.C. e I. y L.S.B. Mag. Pon. Dr. Jorge Salcedo Segura. No publicada oficialmente.

[89] DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Compendio...* Cit., pág. 219.

5. Se considera la confesión como una declaración de verdad, de naturaleza procesal y un medio de prueba.

6. La que considera que la confesión es una declaración de ciencia o conocimiento, de naturaleza procesal y un medio de prueba.

Conforme con la definición, y con todo lo que hemos venido exponiendo, concluimos sosteniendo que la confesión es una especie del testimonio de parte, por medio del cual se suministra una declaración de ciencia, y por tanto no debe llamarse a ninguna duda sobre que es un medio de prueba.

17. CONFESIÓN DEL LITISCONSORTE

171 CONSIDERACIONES GENERALES

De conformidad con lo prescrito en el artículo 196 del C. de P.C., cuando la confesión no provenga de todos los litisconsortes necesarios tendrá el valor de testimonio de tercero. Son posibles .dos interpretaciones de esta norma:

a. Se convierte en testimonio la versión que suministra uno de los litisconsortes necesarios, y en ese caso, solamente se está refiriendo a la confesión provocada que es la que se hace bajo la gravedad del juramento.

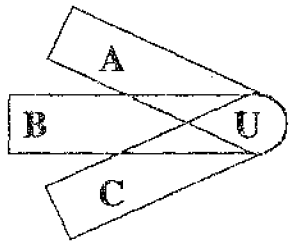
b. No se convierte en testimonio la versión que suministra uno de los litisconsortes necesarios, sino que, sencillamente, afirma que tendrá el valor de testimonio de tercero y por tanto no solamente se está refiriendo a la confesión provocada, sino también a la espontánea.

No cabe duda alguna que la disposición que se comenta se estableció como regla que debe tener en cuenta el juez para valorar la confesión que no provenga de todos los litisconsortes necesarios, y que es la misma indicada para valorar el testimonio proveniente de un tercero.

El legislador de ninguna manera estatuyó que la versión que suministre uno de los litisconsortes necesarios es testimonio de tercero, sino que, reiteramos, se valorará de acuerdo con los criterios con que se sopesa la declaración de un extraño al proceso. Pero hay más, como si lo expuesto no fuese suficiente: la versión que suministra quien es parte en un proceso se puede dividir en simple testimonio de parte y en confesión cuando se narran o aceptan hechos que le perjudican o que benefician a su contendor; la que suministra un litisconsorte necesario no proviene de la parte, pues ella está compuesta por la totalidad de los litisconsortes; pero tampoco es la de un extraño (para ser testimonio de tercero), ya que hace parte de todo, conocido

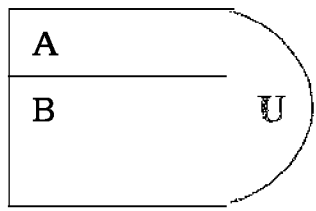
con el nombre de proceso, lo cual significa que es una especie distinta que no puede refundirse en la confesión ni en el testimonio de tercero; por tanto merece un tratamiento especial que no puede ser el que se da a esos medios probatorios. El litisconsorte necesario que "confiesa", por no ser parte (por sí solo), no confiesa, pero tampoco su testimonio es el de un tercero (está en el área restringida del proceso), mereciendo, por ello, un trato especial. Esto fue lo que elevó el legislador al rango de precepto legal al decir en el artículo 196: "... tendrá el valor de testimonio de tercero...".

17.2. EJEMPLO ILUSTRATIVO



Explicación: La gráfica representa un litisconsorcio voluntario en el que coexisten tres relaciones, pues son tres los demandantes; ellas son: A con U, B con U y C con U.

La de uno necesario sería:



La gráfica nos muestra una sola relación: A, B y C con U.

La parte es A B C; si A hace una narración que pudiéramos llamar confesión, no se puede tener como tal porque A no es parte, a ésta la componen los tres.

Si no es confesión, entonces, ¿qué es? Miremos la gráfica: A está en el proceso, luego su versión no es la de un tercero ya que es componente de una de las partes, por tanto su versión es distinta a la confesión y al testimonio de un tercero; de ahí lo prescrito por el artículo 196 del C. de P.C., y que ya explicamos en renglones anteriores.

Cuando la confesión la hace un litisconsorte voluntario, se tiene como tal para él y con relación a los demás se valora con los mismos criterios que se tienen en cuenta cuando la confesión no proviene de todos los litisconsortes necesarios. Si se observa la primera gráfica, se podrá apreciar que si, verbigracia, A confiesa, esta prueba produce sus efectos consiguientes para él (A), y con relación a B y C se valorará como testimonio de tercero (léase bien: no afirmamos que se trata de testimonio de tercero, ya que B y C son partes en el proceso),

17.3. EJEMPLO DE LA JURISPRUDENCIA

Z, K y X demandan a A, B, C, D, E, F, G, H, I y J.

Pretensión: Que se declare que Z, K y X son hijos extramatrimoniales de YOV, ya fallecido, y que en su calidad (le tales tienen derecho a recoger la herencia dejada por su difunto padre.

Se hacen otras peticiones que no interesan para el caso.

A, B y C: se limitaron a recibir la notificación del auto admisorio de la demanda, expresando en dicha diligencia que los demandantes Z, K y X fueron, efectivamente, hijos extramatrimoniales de YOV.

D y E: se allanaron a la demanda.

F y G: negaron los hechos, se opusieron a las pretensiones y formularon las excepciones de prescripción y de caducidad de que trata el artículo 10 de la Ley 75 de 1968.

FI: fue provisto de curador **ad litem** por haber sido emplazado; éste manifestó que no se oponía a las declaraciones impetradas y que se atenía a lo que fue aprobado.

I: declinó contestar la demanda.

J: falleció.

Sentencia de primera instancia: En ella se declaró que los demandantes Z, K y X no demostraron su estado civil de hijos extramatrimoniales de YOV.

Sentencia de segunda instancia: El tribunal confirmó la de primera.

Interpuesto el recurso de casación, la Corte sostuvo:

"En la contestación de la demanda o en cualquier momento procesal anterior a la sentencia de primera instancia, podrá el demandado allanarse

expresamente a las pretensiones del libelo, reconociendo sus fundamentos de hecho, caso en el cual el juzgador procederá a dictar sentencia de conformidad con lo pedido, salvo que el juez lo rechace y decrete pruebas, o lo solicite un tercero, que intervenga en la litis como parte principal (art. 93).

"Aunque la confesión y allanamiento presenten algunas distinciones, lo cierto es que éste se toma como confesión, *ya* provenga directamente de la parte, ora se efectúe a través de apoderado debidamente facultado para tal efecto (artículos 94 y 197 del C. de P.C.). Y, si el allanamiento lo hace uno o varios litisconsortes facultativos, tal acto se toma como confesión respecto de los litigantes que se allanen al libelo y del testimonio de terceros con relación a los otros (artículos 50 *y* 197 del C. de P.C.). Así lo tiene dicho la doctrina de la Corte cuando afirma que la confesión hecha por un litisconsorte facultativo `tiene un doble valor: de confesión respecto de quien confiesa los hechos que le perjudican; y de testimonio de tercero, respecto de los demás intervinientes en el proceso. Nada se opone de consiguiente, a que el mismo medio probatorio tenga, simultáneamente, valor de confesión para un litisconsorte y de testimonio de tercero para otros, siempre que la confesión haya sido hecha por quien tiene la calidad de litisconsorte facultativo. Además, conviene precisar que el dicho medio no es testimonio, sino confesión en ambos casos, pues, de un lado no se ajusta a los lineamientos generales que especifican la prueba de testigos, y por otro, no se ciñe estrechamente al concepto de confesión. Lo que sucede es que, en el primer supuesto, tiene el valor dado a la prueba de confesión, y el segundo, sin perder su naturaleza confesoria, tiene únicamente el valor que pueda otorgarse a la declaración de tercero' (Cas. Civ., 28 de febrero de 1975, aún no publicada).

"De otra parte, dentro de las distintas clases de confesiones se encuentran las provocadas y las espontáneas: es provocada la que hace una de las partes en virtud de interrogatorio que le formula la otra o el juez con las formalidades establecidas sobre el particular en la ley. Es espontánea la que hace una parte en la demanda, en la contestación 'o en cualquier otro acto del proceso sin previo interrogatorio', por ejemplo, la que hace el demandado en la diligencia de notificación del auto admisorio de la demanda de ser ciertos los hechos contenidos en el libelo (artículo 194 C. de P.C.).

"De suerte que en el evento de tratarse de un proceso conformado, por el aspecto pasivo de la relación, por varias personas que no integren un litisconsorcio necesario sino meramente facultativo o voluntario, la admisión que de los hechos se haga en la diligencia de notificación de la demanda o en escrito contentivo del allanamiento a la misma, es prueba de confesión respecto de los litigantes que han asumido esa postura *y* tendrá el valor de testimonio de terceros con relación a quienes no han aceptado corno ciertos esos hechos. Corno el sentenciador de segundo grado, como ya quedó dicho, no procedió así, puesto que de una parte omitió apreciar la prueba de confesión hecha por los demandados A, B y C, al notificárseles el auto admisorio de la demanda y, de otra, no le concedió mérito probatorio a la confesión contenida en los

allanamientos a la demanda por juzgar que eran testimonios, cometió los yerros que se le achacan, lo cual lo condujo a quebrantar, por falta de aplicación, los artículos 1°, 4°, numerales 4° y 5° (subrogado por el artículo 6° de la Ley 75 de 1968) y 6° de la Ley 45 de 1936, razón suficiente para casar el fallo impugnado y proceder la Corte, como tribunal de instancia, a proferir la correspondiente sentencia de reemplazo"[90].

17.4. TESIS DE HUMBERTO MURCIA[91]

Con relación a la sentencia anterior sostuvo el profesor Humberto Murcia Bailén lo siguiente:

"1ª) Establece el artículo 196 del C. de P.C. que 'la confesión que no provenga de todos los litisconsortes necesarios tendrá el valor de testimonio de tercero; igual valor tendrá la que haga un litisconsorte facultativo respecto de los demás'.

"Guiado por la luz que arroja este precepto legal me parece indiscutible, ciertamente, que dado el natural efecto relativo de la confesión como medio de prueba, la confesión que haga uno de los litisconsortes facultativos tiene relativamente el carácter de tal; pero tendrá el valor de testimonio de tercero respecto de los demás consortes.

A mi juicio esa normación legal, singularmente en cuanto ordena que la confesión del litisconsorte se tenga, frente a los otros, como testimonio de tercero, sólo puede aplicarse en los supuestos de que esa confesión se haya rendido con la previa formalidad del juramento y no en los eventos de la confesión espontánea, la que, como es sabido, se hace sin esta formalidad legal.

"2') La confesión como medio de prueba, que es el reconocimiento que hace una persona de ser cierto el hecho para ella perjudicial que otra afirma, por la forma como se produce se ha clasificado en espontánea y provocada (artículo 194 del C. de P.C.).

"Es confesión espontánea la que surge de la propia y voluntaria iniciativa del confesante, como la que se hace en la demanda o en su contestación; y es provocada cuando se obtiene mediante el interrogatorio que al confesante someta la otra parte o el juez. Como es apenas obvio, por razón de su origen la confesión provocada, a diferencia de la espontánea, exige para su validez el juramento que, a petición del juez, debe prestar el interrogado 'de no faltar a la verdad en sus respuestas, (artículo 208 ibídem).

[90] Ejemplo y doctrina de la sentencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. 6 de diciembre de 1976. Mag. Pon. Dr. Alberto Ospina Botero.

Veáse, salvamento de voto frente a la sentencia de 6 de diciembre de 1976, citada en la nota anterior.

"3') El testimonio, corno medio de prueba, consiste esencialmente en la declaración jurada que un tercero extraño a la litis hace ante el juez de la causa de los hechos de que él ha tenido conocimiento, ora, directamente o ya indirectamente.

"Siguiendo una costumbre casi universal, la ley positiva ha exigido siempre al testigo, corno garantía de verdad en lo que afirma, la prestación del juramento. Así resulta éste como el compromiso legal que adquiere el declarante de expresar la verdad; o como requisito formal indispensable para la validez como prueba de la declaración de tercero, salvo el caso del testimonio del impúber, único que la ley exonera de dicha exigencia (artículo 227 ejusdem).

"Por la necesidad del juramento como requisito necesario para su validez judicial, el testimonio se asimila entonces a la confesión provocada, desde luego que ésta como aquél exigen esa solemnidad. El testimonio del tercero se caracteriza por la imparcialidad del declarante, cuya garantía, a más de la idoneidad de éste, se encuentra en el juramento de decir la verdad en las afirmaciones que hace ante el juez.

"[...] Creo así que por no estar precedida del juramento, la confesión espontánea que un litisconsorte facultativo haga al contestar la demanda, prueba sí como confesión frente a él; pero frente a los demás demandados, no tiene valor probatorio ni siquiera como declaración de tercero.

"Estimo, pues, que cuando el artículo 196 transcrito le otorga valor de testimonio a la confesión del litisconsorte, implícitamente subordina tal valoración o evaluación, por parte del juez, a la circunstancia de que se hayan cumplido todas las formalidades legalmente requeridas para la validez y la eficacia del testimonio como tal. Al contrario de lo que la Sala afirma, pienso que no en todo caso y sin discriminación alguna la confesión de un litisconsorte facultativo debe tenerse, frente a los demás consortes, como declaración de tercero; ni siempre considerarse como tal con absoluta prescindencia de las ritualidades que la ley establece para la producción y valoración de este específico medio de prueba".

17.5. TESIS DE HERNANDO DEVIS ECHANDÍA

El profesor Devis Echandía sostiene: "La confesión de una parte no tiene valor de plena prueba contra sus litisconsortes, pero puede ser apreciada por el juez como un testimonio (C. de P.C. artículos 50, 51 y 196), pero siempre que aquella haya sido hecha en interrogatorio juramentado, pues siendo espontánea en un escrito u oralmente en audiencia o diligencia no puede estar considerada como testimonio por falta de aquel requisito indispensable para la validez de éste".

92 DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Compendio...* Cit., pág. 237.

18. PUEDE PROBARSE COMO CONFESIÓN LA FECHA DE CREACIÓN DE UN TÍTULO VALOR

18.1. ENUNCIACIÓN

El artículo 621 del C. de Co. (parágrafo final) preceptúa: "Si no se menciona la fecha y el lugar de creación del título se tendrán como tales la fecha y el lugar de su entrega".

Si no se menciona la fecha de creación de un título valor, ella se podrá establecer con la prueba de confesión. Como no existe limitación o exigencia alguna para la prueba de la existencia de las obligaciones por razón del valor, es perfectamente posible que en un proceso pueda demostrarse, mediante la confesión, la fecha a que alude el párrafo del artículo transcrito.

18.2. EJEMPLO DE JURISPRUDENCIA NACIONAL

X demanda la simulación de un contrato de compraventa alegando que la venta fue ficticia y se efectuó con el fin de burlar el pago de unas obligaciones que sumaban $244.950.00.

Las sentencias de primera y de segunda instancia fueron adversas al demandante.

Razonamientos del 'ad quem': Dijo que si bien tales letras acreditaban la existencia de la obligación a que se refiere el demandante (X), como carecen de fecha de creación, debe tenerse como tal la de los respectivos vencimientos "ocurridos todos en 1972, luego en aplicación del artículo 621 (del C. de Co.) debe entenderse que la fecha de la creación fue la de la entrega, o sea, inmediatamente antes de su vencimiento".

Con el razonamiento anterior, el Tribunal sostuvo que el demandante no estaba legitimado para demandar la simulación, ya que la venta se había realizado el 4 de diciembre de 1970. X afirmó en la demanda que tenía la calidad de acreedor desde el 13 de enero de 1970, y. que los demandados no comparecieron al interrogatorio a pesar de haber sido citados, por lo cual debía tenerse por confesado el hecho, pues este es susceptible de acreditarse por tal medio.

Al respecto la Corte ha dicho:

"De lo que acaba de exponerse resulta evidente el en-or de hecho que por este motivo le atribuye el recurrente a la sentencia recurrida. Y ese error es de enorme trascendencia, porque la confesión fleta o presunta de los demandados (se omiten

los nombres) habría conducido forzosamente a tener corno cierto el hecho primero de la demanda, en que se afirma la calidad de acreedor de X, desde el 13 de enero de 1970, o sea con anterioridad al otorgamiento de las escrituras que éste considera simuladas.

"Para acreditar la existencia de una obligación de pagar dinero, la ley no exige una prueba específica y por tanto la de confesión es eficaz al efecto"".

19. LA CONFESIÓN Y LA **PRETENSIÓN REIVINDICATORIA**

19.1. **GENERALIDADES**

La confesión que se haga para establecer la identidad de un bien inmueble que permita el despacho favorable de este aspecto de la pretensión reivindicatoria debe referirse a que el bien poseído por los demandados sea el mismo pretendido por los demandantes, y que el título de dominio se refiera a los mismos. Vale decir que de nada serviría demostrar identidad entre lo pretendido por el actor y lo poseído por los demandados, si la identidad falta entre lo que se persigue y el bien a que se refiere el título alegado como base de la pretensión.

Nuestra Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado así:

"La identidad del bien reivindicado se impone como un presupuesto de desdoblamiento bifronte, en cuanto a la cosa sobre que verse la reivindicación, no solamente debe ser la misma poseída ppr el demandado, sino estar comprendida por el título de dominio en que se funda la acción, vale decir que de nada serviría demostrar la identidad entre lo pretendido por el actor y lo poseído por el demandado, si la identidad falta entre lo que se persigue y el bien a que se refiere el título alegado como base de la pretensión"[94].

Entonces, en un proceso dado, con pretensión reivindicatoria, puede suceder que los demandados confiesen poseer el bien que pretende el demandante, pero si el título de dominio esgrimido por éste no coincide con el bien pretendido, la pretensión nombrada está llamada al fi-acaso.

Explicación adicional: A) Bien pretendido = (igual) bien poseído.

" Sentencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. 13 de mayo de 1980. Proceso ordinario de Luis Vargas Lorenzana contra Pablo Emilio Zapata y otro. Mag. Pon. Dr. José María Esguerra Samper.

[94] G.J., número 2277, pág. 18. En el mismo sentido la sentencia de 31 de julio de 1982. Proceso ordinario de Luis Alfonso Hurtado Ruiz y otros contra Ana Lucía de Sabogal y otros. Mag. Pon. Dr. Hugo A. Vela Camelo.

B) Desacuerdo entre el bien pretendido (o reclamado) y el título que se presentó.

El presupuesto de la identidad en materia reivindicatoria no exige una prueba específica, esto es, puede establecerse por cualquiera de los medios de prueba, entre los cuales aparece la confesión como uno de los menos equívocos y de gran aceptación.

19.2. DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

1) "Por vía doctrinaria la Corte recuerda que, no solo la prueba por peritos es apta para establecer la identidad de inmuebles. Lo son igualmente **la confesión,** la inspección del juez y la prueba testimonial" 95,

2) "Como lo tiene dicho la doctrina, la identificación de predios en procesos de reivindicación, no exige una prueba específica, aunque al efecto sea muy adecuada la de la inspección judicial, por lo cual la convicción acerca de tal identificación puede producirse también por medio de otras pruebas como la confesión, declaraciones de testigos, contenido de escrituras, etc."".

3) "Por el hecho mismo de que el demandado acepte estar en posesión de la cosa cuya reivindicación se demanda, la identidad de ellas queda establecida, según lo ha dicho la Corte, pues en este caso no cabe duda en cuanto al objeto sobre el cual incide el derecho cuya titularidad demuestra el actor que arraiga sobre la misma cosa respecto de la cual se predica la posesión. El demandante al singularizar en la demanda la cosa reivindicable por sus linderos, la determina como elemento objeto del litigio; y si el demandado acepta estar en posesión de lo que se le demanda, así singularizado, no discute entonces la titularidad del bien porque lo que posee es lo mismo que se le demanda. En este evento, lógicamente no puede negarse que haya identidad entre la cosa poseída y lo que se pretende reivindicar. Lo contrario sería un contrasentido"[97].

"Igualmente es importante tener en cuenta que la Corte tiene reiterado que quien invoca la prescripción de un bien, acepta que se trata del mismo

[95] Cas. Civ. 16 de septiembre de 1960. G.J., T. XCIII, 669.

[96] Cas. Civ. 27 de abril de 1964. G.J., T. CVII, 89; 24 de junio de 1964. G.J., T. CVII, 357; 18 de mayo de 1965. G.J., T. CXI, 101.

Cas. Civ. 24 de marzo de 1968. G.J., T. CXV, 199.

cuya entrega se pide, esto es, el demandado se encarga de reconocer la identidad del bien reclamado"".

20. LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN PROPUESTA CONTRA LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN CONSTITUYE CONFESIÓN DE LA POSESIÓN

El caso: A, B y T en ejercicio de la acción de pertenencia consagrada en el artículo 413 del C. de P.C. y sin señalar demandado concreto ya que afirmaron ignorar quién pudiera ser propietario de un inmueble, solicitaron para sí la declaratoria de propiedad sobre ese bien.

La sociedad Z se presentó oportunamente y formuló oposición a las pretensiones de los demandantes y, utilizando la facultad que otorga el artículo 401 del C. de P.C., propuso demanda de reconvención a fin de que se declarara el dominio (es decir, que la pretensión contenida en la demanda de reconvención era la reivindicatoria).

Los demandantes A, B y T, que pasaron a ser demandados en virtud de la reconvención, propusieron la prescripción como excepción.

Sentencia de primera instancia: Negó la declaración de pertenencia; acogió la pretensión reivindicatoria aducida en la demanda de reconvención; condenó a los demandantes 'A, B y T, demandados en la reconvención, a restituir a la entidad demandada (demandante en la reconvención) el inmueble descrito en la reconvención, junto con los frutos producidos por el bien "desde el comienzo de la ocupación".

Sentencia de segunda instancia: Confirmó la negativa de la declaración de pertenencia, revocó lo referente al acogimiento de la demanda de reconvención, o sea la pretensión reivindicatoria.

Fundamento de la sentencia de segunda instancia: "Para el Tribunal de segunda instancia no aparece por parte alguna que los demandados en la demanda de reconvención con pretensión reivindicatoria, sean poseedores del inmueble objeto de la pretensión en los términos de las normas sustanciales y procesales que regulan los aspectos legales posesorios, requisito esencial para la prosperidad de la demanda reivindicatoria".

[98] Cas. Civ. 18 de mayo de 1965. G.J., T. CXI, 102; 28 de mayo de 1965. G.J., T. CXI, 109; 21 de septiembre de 1976. No publicada.

Demanda de casación: La sociedad Z, demandante en la reconvención, interpuso recurso de casación.

Sustento fundamental de la demanda de casación: Se sostiene que el Tribunal incurrió "en evidente error de hecho" al negarle a la confesión que hacen los demandantes, de la posesión que detentan sobre el inmueble, en la demanda de pertenencia, puesto que, explica, "si bien ésta no es prueba en favor de quien confiesa, no puede negársele su valor de tal en favor de contraparte como equivocadamente lo ha interpretado el **ad quem** en este caso".

Sentencia de casación: La Corte **casa** el fallo de segunda instancia, y confirma la sentencia de primera, es decir, despacha favorablemente la pretensión reivindicatoria que la sociedad Z incoó con la demanda de reconvención.

Consideración fundamental de la Corte Suprema de Justicia: Para sustentar su fallo, la Corte arguyó:

> "Como desde vieja data lo viene diciendo la Corte en jurisprudencia que por su legalidad no es posible desconocer, cuando el demandado en acción de dominio, al contestar la demanda inicial del proceso, confiesa ser el poseedor del inmueble en litigio, esa confesión tiene virtualidad suficiente para demostrar a la vez la posesión del demandado y la identidad del bien que es materia del pleito. La citada confesión releva al demandante de toda prueba sobre esos extremos de la acción y exonera al juzgador de analizar otras probanzas tendientes a demostrar la posesión.
>
> "Con tanta mayor razón es aceptable el anterior aserto si, como ocurrió en el presente caso, con base en el reconocimiento de su posesión el demandado propone la excepción de prescripción, que, de otra parte, ya había aducido en la demanda principal como acción al suplicar la declaración de pertenencia del bien que afirma poseer.
>
> "La afirmación que **una parte hace de tener** a su favor la prescripción adquisitiva de dominio, alegada por ella como acción en una demanda de pertenencia y reiterada como excepción en la contestación a la contrademanda de reivindicación, que *en* el mismo proceso se formule, constituye una doble manifestación que implica confesión judicial del hecho de la posesión, por reunirse en ella todos los requisitos **que para la eficacia de este medio especial de prueba exigen los artículos 194, 195 y 197 del C. de P.C.".** (Las negritas son nuestras)[99].

[99] Sentencia CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. 16 de junio de 1982. Proceso ordinario de Miguel Ángel Cobos *y* otros contra Compañía Agropecuaria de la Victoria S.A. Mag. Pon. Dr. Humberto Murcia Bailén. No publicada oficialmente.

21. LA SEPARACIÓN DE CUERPOS Y LA CONFESIÓN QUE SURGE DEL HECHO DE RECONOCER EL MARIDO UN HIJO EXTRAMATRIMONIAL

Es innegable que existe confesión de haber tenido relaciones sexuales con persona distinta a la esposa por el hecho de reconocer un hijo habido con otra mujer y que hay lugar a que se declare probada la causal 1ª del artículo 154 del C.C., y como consecuencia, a despachar favorablemente la pretensión de separación de cuerpos.

Ejemplo:

La señora X es casada con B.

B reconoce un hijo habido con la señora Z.

La Corte, sobre eso, hizo doctrina al expresar:

"Junto con la demanda se trajeron al proceso copias auténticas... (del registro civil) del nacimiento de los tres hijos del matrimonio... y de la menor V, nacida en Bogotá el 8 de mayo de 1979, hija de Z y reconocida en forma expresa por su padre natural, B bajo firma suya ante el funcionario que hizo el reconocimiento.

"Es evidente que esa confesión de paternidad que la aludida partida del nacimiento registra, comporta además, la de relaciones sexuales del demandado con la madre de la menor. De otra parte, por la época en que de derecho se presume la concepción de V., entre el 10 de julio y el 18 de noviembre de 1978, ya se hallaba casado con X"[100].

[1] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. 29 de marzo de 1982. Mag. Pon. Dr. José María Esguerra Samper.

Capítulo III

LOS DOCUMENTOS

1. DEFINICIÓN DE DOCUMENTO EN LA DOCTRINA

Jorge Cardoso Isaza[1] define el documento como "cualquier cosa que siendo susceptible de ser percibida por la vista o el oído, o por ambos, sirve por sí misma para ilustrar o comprobar, por vía de representación, la existencia de un hecho cualquiera o la exteriorización de un acto humano".

En la anterior definición se confunde la cosa con lo que ella representa, ya que el documento como cosa u objeto puede ser objeto de percepciones sensoriales, visuales, olfativas y auditivas. Entonces, ella sería, acertada formulándola de la siguiente manera: "Documento es cualquier cosa que sirve por sí misma para ilustrar o comprobar por vía de representación, la existencia de un hecho cualquiera o la exteriorización de un acto humano".

Gustavo Humberto Rodríguez[1] sostiene:

"De lo hasta aquí expuesto, se deduce que el documento es:

"a. Un acto extraprocesal y preprocesal, porque se realiza con anterioridad al proceso para ser representado en este (no estamos de acuerdo, por cuanto el documento no es un acto sino una cosa, que sirve para representar).

"b. Contenido en una cosa (el documento no está contenido en una cosa, sino que la cosa es el documento mismo que sirve para representar).

"c. Que representa o aporta datos o circunstancias, declaraciones de voluntad o de verdad (puede servir para emitirlas, pero, en sí mismo, el documento es una cosa).

"d. Con relevancia jurídica probatoria (es criterio expuesto por Camelutti).

"e. En relación con el tema a probar (este requisito tiene que ver con la eficacia del documento y no debe estar contenido en una especie de definición).

[1] CARDOSO ISAZA, JORGE. *Pruebas judiciales*. Librería Jurídica Wilches, Bogotá, 1985, pág. 359.

RODRÍGUEZ, GUSTAVO HUMBERTO. *Curso de derecho probatorio*. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1983, pág. 233.

"f. Causado por autor individualizado e identificable" (este criterio, también, es de Carnelutti).

- Como puede observarse, en realidad el profesor Rodríguez no señala unos requisitos que permitan definir el documento.

Hernando Devis Echandía[3] dice que el documento "Es toda cosa que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera".

Luego nos habla de cómo puede ser el documento.

En la definición del profesor Devis no debiera entrar aquello de "que sirve de prueba histórica indirecta", pues esa es una condición que se refiere a dónde se puede ubicar la prueba documental, pero que no la define. Aquella quedaría, entonces, así: "Documento es toda cosa representativa de un hecho cualquiera", enmarcándose dentro de la concepción Carneluttiana, la que dice que el documento es "Una cosa representativa, o sea capaz de representar un hecho"[4].

Lino Enrique Palacio[5] sostiene: "Denomínase documento en sentido lato, a todo objeto susceptible de representar una manifestación del pensamiento, con prescindencia de la forma en que esa representación se exterioriza".

No es muy acertada aquella condición que impone que sea "una manifestación del pensamiento", por cuanto es posible documentar representando, sin que sea necesario que pase por la mente humana, y que sin embargo, represente; verbigracia, la fotografía lograda cuando un asaltante intenta penetrar a un banco y una cámara oculta la toma. Sobre este particular, recordamos lo sostenido por Carnelutti, quien dice que en realidad el concepto de expresión de un pensamiento, para hablar de documento, no es necesario.

La definición sería acertada diciendo: "Denominase documento en sentido lato, a todo objeto susceptible de representar un hecho, con prescindencia de la forma en que esa representación se exterioriza". Puede decirse, sin reticencias, que la manifestación del pensamiento contenida en un objeto es una especie del documento pero de ninguna manera el género.

[3] DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Compendio de derecho procesal.* T. 11, *Pruebas judiciales.* Editorial ABC, Bogotá, 1982, pág. 399.

CARNELUTTI, FRANCESCO. *La prueba civil.* Editorial Arayu, Buenos Aires, 1955, pág. 156.

[5] PALACIO, LINO ENRIQUE. *Derecho procesal civil.* T. IV, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, pág. 417.

Emilio Gómez Orbaneja y Vicente Herce Quemada[6] definen el documento: "En un primer sentido **documento** es toda incorporación, o signo material de un pensamiento". Ya hemos dicho que esto corresponde a una especie del documento, cuando para lograrlo debe el hecho pasar por la psiquis del hombre.

Francesco Carnelutti señala: "El documento no es sólo una cosa, sino una cosa representativa, o sea capaz de representar un hecho".

Los presupuestos del documento son:

A) La actividad del hombre es la que logra la representación tanto en el testimonio, como en el documento. Pero mientras el documento es una cosa capaz de representar, el testimonio es acto.

B) En el testimonio el acto del hombre es el propio hecho representativo, en cambio, en el documento el hombre crea un objeto capaz de representar un hecho.

C) La representación en el testimonio está en el hombre, en otras palabras, la materia donde se representa pertenece al hombre, está en él; en cambio, en el documento está fuera del hombre, es un objeto que éste ha elaborado y que sirve para representar un hecho. Carnelutti da a entender que hay veces en que el hombre sustituye su propia percepción por la de las cosas. Este crea una cámara para hacer una fotografía, que en sí misma es un objeto, pero que representa un hecho cualquiera.

En nuestro entender, documento es toda cosa capaz de representar un hecho cualquiera o una manifestación del pensamiento.

De lo anterior se deduce:

A) Que nos ubicamos dentro de los criterios expuestos por Francesco Carnelutti, en el sentido de que el documento es una cosa que tiene carácter representativo.

13) Dentro de la definición incluimos las dos especies de documentos que pueden existir: los que se forman cuando se capta previamente el hecho, esto es, que se han representado anticipadamente en la psiquis del hombre, y los que no.

Para entender el concepto de Jaime Guasp, debemos precisar previamente en qué consiste para él la denominada prueba real:

[6] GÓMEZ MANEJA, EMILIO y HERCE QUEMADA, VICENTE. *Derecho procesal civil.* Vol. 1, Artes Gráficas y Edic. S.A., Madrid, 1976, pág. 339.

"Prueba real es aquélla en que un objeto físico sirve como instrumento para convencer al juez de la existencia o inexistencia de ciertos datos procesales. Mas dentro de la prueba real hay que establecer una distinción importante según que el objeto físico que funciona como medio de prueba sea susceptible, por su naturaleza de ser llevado a la presencia del órgano jurisdiccional. Sólo en el primero de estos dos casos es cuando realmente cabe hablar, dentro de un proceso, de prueba documental". "Documento *es,* por tanto, aquél medio de prueba que consiste en un objeto que puede, por su índole, ser llevado físicamente a la presencia del juez"'.

Más adelante agrega:

"Si la prueba documental es aquella prueba real en la que el instrumento probatorio consiste en un objeto físico susceptible de ser llevado a la presencia del juez, tendrá que haber por fuerza otra especie de la misma prueba a la que puedan acogerse aquellas cosas que no admitan tal movilización. En efecto, un objeto, aún no desplazable localmente, puede ser y es de hecho apto muchas veces para engendrar la convicción del juez en un cierto sentido, v.gr. los hitos o linderos de un terreno, la distancia u orientación de dos edificaciones. Conservando cierta armonía de lenguaje con el empleado para el documento y resucitando una designación en cierto modo tradicional, cabe denominar **monumento** a este tipo especial de medio de prueba.

"Monumento es, por tanto, aquél medio de prueba real en que se utilizan objetos inmuebles para formar la convicción del juez sobre un dato procesal determinado".

Por nuestra parte, podemos observar:

A) No creemos necesario crear un nuevo medio probatorio, solo porque éste no puede ser llevado a la presencia del órgano jurisdiccional.

B) Afirmar que la inscripción en un inmueble o en una lápida no es un documento, por el hecho de tener que utilizarse otro medio probatorio para traerlos al proceso, sería tanto como negar la existencia de la confesión extrajudicial, por el hecho de acreditarla mediante la prueba testimonial. La prueba de la prueba no significa más que la existencia de la segunda.

C) Lo importante es que el objeto que nos interesa llevar al proceso, directamente o por medio de otra prueba, tenga carácter representativo.

GUASP, JAIME. *Derecho procesal civil.* Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pág. 391.

2. LA REPRESENTACIÓN EN EL DOCUMENTO

2A. GENERALIDADES

Hemos dicho en nuestra definición que un objeto para que pueda llamarse documento, debe representar un hecho cualquiera o una manifestación del pensamiento, ya que si el objeto se muestra a si mismo, sin representar algo distinto, no es documento.

La representación de otro hecho, en el amplio sentido del vocablo, debe emanar o surgir del objeto y no de la mente del intérprete.

Denti sostiene: "Una definición correcta del documento prescinde del concepto de representación que es propiamente la operación lógica de quien lo asume como medio de prueba y debe operar únicamente en la relación documento-prueba", y define el documento: "Son documentos aquéllas cosas que, por presentar una relación de causalidad con un hecho, permiten una afirmación respecto a la existencia del mismo hecho".

Esta definición falla por cuanto el objeto debe representar algo distinto a sí mismo, pero lo representado debe estar contenido en él. Así, por ejemplo, cuando miramos una fotografía de una pareja de enamorados que se abrazan, la fotografía es un objeto que representa a dos personas en dicha actitud. La representación de las personas está contenida en el objeto y no ha sido creada por la mente del intérprete.

2.2. LA REPRESENTACIÓN, ¿DEBE SER INMEDIATA O NO?

Aunque lo importante es que el objeto que llamamos documento, represente algo distinto a él, sin embargo esa representación debe ser inmediata. Si aquél (el documento) representa algo distinto a él, la representación puede hacerse más abundante por el intérprete, pero ella formará parte de la prueba indiciaria, ya que está contenida en la mente de aquél y no en el objeto que documenta.

3. EL DOCUMENTO COMO OBJETO .

El documento es un objeto perceptible por cualquiera de los órganos de los sentidos, y además, sujeto a las leyes de la materia y que ocupa espacio.

Citado por DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Teoría general de la prueba judicial.* T. II, Víctor P. de Zavalia editor, Buenos Aires, 1974, pág. 491.

Si hacemos un símil entre un espejo y la imagen de una persona reflejada en él, piénsese en el espejo, en su color, olor, sabor, que con el tacto pueden percibirse rugosidades, el ruido que puede producir, por ejemplo, al romperse, etc.

Aclarado que el documento es un objeto, no puede limitarse su conocimiento a los órganos de los sentidos llamados superiores, corno la vista y el oído.

4. MATERIA DEL DOCUMENTO

No importa la materia de la cual esté hecho el documento; ella puede ser arcilla, papiro, pergamino, papel, piedra, cintas magnéticas, etc.; puede decirse que de cualquier material que permita representar.

Es posible que en la legislación de cada país se regule el material sobre el cual se deben plasmar ciertos documentos.

5. FUNCIONES JURÍDICAS DEL DOCUMENTO

Teniendo en cuenta la finalidad que con él se persigue, el documento desempeña dos funciones distintas:

1) Una de carácter extraprocesal; de naturaleza sustancial y solemne.

2) Otra de carácter procesal y probatorio. Cuando se incorpora a un proceso para la demostración de un hecho (porque ese medio lo exija la ley sustancial para la existencia del acto o contrato, o simplemente con un criterio **ad probationem**).

Es bien sabido que un documento es solemne cuando, para la existencia de determinado acto material, la ley impone que se celebre por medio de un documento específico, verbigracia, la escritura pública para la venta de bienes inmuebles.

Es simplemente probatorio cuando la ley así lo exige en una especie de tarifa, o cuando se constituye un objeto permanente de representación como medida de seguridad o por cualquier otro motivo.

6. DIFERENCIAS ENTRE EL DOCUMENTO Y EL TESTIMONIO

Existen marcadas diferencias entre el documento y el testimonio; veamos:

1) ***En cuanto a la materia de la representación.*** Siguiendo a Carnelutti, podernos decir que la psiquis del hombre es el material en donde están plasmados los hechos, en el caso del testimonio; en cambio, en el documento. se plasman en cualquier material que sirva para ello.

2) En cuanto a los hechos. El documento puede referirse a hechos pasados, presentes o futuros; en cambio, el testimonio hace referencia, siempre, a hechos pasados, no importa que estén ocurriendo. Cuando una persona rinde testimonio se está refiriendo a hechos que presenció, pues en ninguna forma pueden percibirse los que no han ocurrido todavía.

3) En cuanto a su naturaleza. El testimonio es un acto, el documento es una cosa. Lo anterior no obsta para que el documento sea el producto de un acto. Por ejemplo, una escritura es una cosa, producto de un acto del hombre.

4) Como exigencia para la existencia de un acto. El documento es a veces esencial para que un acto exista (la escritura pública en la compra venta de inmuebles), mientras que el testimonio no lo es en ningún caso.

5) En cuanto al momento de la creación. El juez presencia la creación del testimonio; frente a él surge el medio probatorio; los hechos estaban en la psiquis del hombre y son expresados por el testigo delante del funcionario; la formación del documento puede no haberla presenciado éste (debe entenderse que el testigo tiene los hechos retenidos en su memoria, y una vez que narra los hechos al juez; crea el testimonio, creación a la que éste asiste).

6) En cuanto a sus sujetos. El testimonio, en sentido estricto, proviene de quien es tercero (ajeno) con respecto aun proceso; en cambio, el documento puede provenir de una de las partes o de un tercero, con las prevenciones del artículo 277 del C. de P.C.

7. DOCUMENTO Y ACTO DOCUMENTADO

1) Cuando el documento es meramente representativo, verbigracia, una fotografía, no es posible separar lo representado del objeto que lo contiene. La fotografía de una pareja de enamorados no puede concebirse sin el objeto que la contiene, esto es, la imagen sin el objeto no existe.

2) Cuando el documento es declarativo, es posible separar el contenido del objeto que le sirve de recipiente. Una escritura pública (objeto), puede contener unas declaraciones de voluntad que se refieran a un contrato de compraventa. Si independizamos la declaración del objeto que la contiene, aquella puede ser enjuiciada por las causas previstas en los artículos 1740 y siguientes del Código Civil, e igualmente si se encuentran vicios en el consentimiento. El objeto (escritura) puede ser enjuiciado independientemente de la declaración que contenga, como en los eventos previstos por los artículos 99 y 100 del Decreto 960 de 1970. Aun,

en los casos en que el documento (como en el de la venta de bienes inmuebles) es necesario para la expresión del contrato, se diferencian, claramente, el documento y la convención contenida en él.

Si una escritura pública (documento) contiene un acto simulado, debe enjuiciarse el contenido y no el documento, ya que éste es plenamente válido mientras no se enmarque dentro de alguna de las hipótesis contempladas en los artículos 99 y 100 del Decreto 960 de 1970.

Emilio Betti : "El criterio que distingue la declaración de la respectiva documentación, se funda sobre el diverso carácter del resultado al que una y otra concurren; psíquico para la declaración que, por su naturaleza, se proyecta hacia la mente ajena; físico para la documentación, la que, en cuanto encaminada a formar una cosa dotada de capacidad representativa, entra dentro de la categoría de las simples operaciones con las que se modifica un estado de hecho preexistente. La distinción es fácilmente apreciable cuando la documentación procede de otro sujeto que el autor de la declaración y el escrito tiene el carácter de documento heterógrafo de una declaración que está ya formada antes de ser documentada (testamento por acto notarial). La distinción se hace en cambio más delicada cuando declaración y documentación provienen de la misma persona y se forman ambas con un mismo acto, corno suele ocurrir en el caso de un documento autógrafo (testamento ológrafo). Entonces, la expresión documentada consiste ante todo en el escribir, en el formar el documento, el cual, en cuanto representa la expresión del negocio, representa también el acto de su formación. Pero aun entonces, el diferente carácter, físico o psíquico, del resultado a que se encaminan, respectivamente, la operación representativa y la declaración lleva a mantenerlas diferenciadas y a reconocer que la formación del documento no agota de por sí el proceso formativo de la declaración".

8. APORTACIÓN DEL DOCUMENTO AL PROCESO

8.1. PRESENTACIÓN POR LA PARTE INTERESADA

El párrafo 2° del artículo 183 del C. de P.C. establece: "Si se trata de prueba documental o anticipada, también se apreciarán las que se acompañen a los escritos de demanda o de excepciones o a sus respectivas contestaciones,

BETTI, EMILIO. *Teoría general del negocio jurídico.* Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, s.f., pág. 107.

o a aquellos en que se promuevan incidentes o se les dé respuesta". A su turno, el artículo 77, numeral 6°, del mismo estatuto, al hablar de los anexos de la demanda, establece que se deben acompañar "los documentos y las pruebas anticipadas que se pretenda hacer valer y que se encuentren en poder del demandante".

En ediciones anteriores, al tratar el tema de la aportación del documento en materia procesal laboral, criticando la redacción del artículo 25 del C.P. del T. sostuvimos:

> "El artículo 25 del C.P. del T. habla de... 'una relación de los medios de prueba que el actor pretenda hacer valer para establecer la verdad de sus afirmaciones...', lo cual indica que tratándose de la prueba documental, ésta se relaciona con la demanda y se aportará a las audiencias de pruebas. Lo deseable es que cuando se reforme el C.P. del T. se exija que la prueba documental se acompañe con la demanda, para darle lealtad al debate probatorio".

En este sentido, la Ley 712 de 2001 acogió nuestro planteamiento, al contemplar en el numeral 3° del artículo 26 que "Las pruebas documentales y las anticipadas que se encuentren en poder del demandante" deberán aportarse por éste como un anexo de la demanda.

El Código Contencioso Administrativo en los artículos 137 y 139 establece que en la demanda se debe hacer la petición de las pruebas que se pretenda hacer valer en el proceso. Y que aquélla deberá acompañarse con una copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución, si son del caso; y los documentos, contratos y pruebas anticipadas que se pretenda hacer valer y que se encuentren en poder del demandante.

En materia penal, con la demanda de parte civil se debe acompañar la prueba que acredite la legitimación en la causa. El artículo 48 del C. de P.P. preceptúa:

> "... Los anexos que acrediten la representación judicial, si fuere el caso.
>
> Igualmente, deberá acompañarse la prueba de la representación legal de los incapaces, de existencia o representación de las personas jurídicas, cuando ello sea necesario. Si quien pretende constituirse en parte civil fuere un heredero de la persona perjudicada, deberá acompañar a la demanda las pruebas que, de conformidad con la ley civil, demuestren su calidad de tal".

Esta norma es aplicable al proceso penal militar en virtud del principio de integración (art. 305 C.P.M.).

En el canon 1504, con relación a la demanda se establece que, al menos en forma general, debe decir en qué pruebas se apoya, para demostrar lo que se

afirma. Significa lo anterior que debe relacionarse la prueba documental genéricamente, si este es el medio probatorio en el que se basan las afirmaciones.

8.2. APORTACIÓN QUE SE LOGRA MEDIANTE PEDIMENTO DEL JUEZ

La persona interesada puede indicarle al juez la oficina pública en donde se encuentra el documento, a fin de que éste oficie a la entidad respectiva, ordenando la expedición de una copia. Ejemplo elocuente de ello es lo dispuesto por el numeral 1° del artículo 78 del C. de P.C., para cuando en la demanda se diga que no es posible acompañar la prueba de la existencia o de la representación del demandado; si se indica la oficina donde puede hallarse dicha prueba, el juez librará oficio para que se expida copia. El artículo 256 de la misma codificación prescribe:

> "Copias registradas. Cuando la ley exija la inscripción de un documento en un registro público, la copia que se aduzca corno prueba deberá llevar la nota de haberse efectuado aquélla; en caso contrario, el juez la enviará a la oficina correspondiente para que se produzca la anotación y le pedirá que certifique, a costa del interesado, sobre la inscripción y su fecha. Si no existiere dicha inscripción, la copia solo producirá efectos probatorios entre los otorgantes y sus causahabientes".

La fórmula de acompañar copia con la demanda y solicitar al juez que dé aplicación a la disposición transcrita, resulta muy útil. Puede presentarse copia de la escritura y el certificado del registrador en el que conste que el documento fue registrado.

En el sistema del Código Contencioso Administrativo, cuando el acto no ha sido publicado o se deniega la copia o certificación sobre la publicación, se expresará así en la demanda bajo juramento, que se considerará prestado por la presentación de la misma, con la indicación de la oficina en donde se encuentre el original o del periódico en que se hubiere publicado, a fin de que se solicite por el ponente antes de la admisión de la demanda (art. 139 del C.C.A.).

El canon 1545 establece que el juez puede ordenar que se presente en el proceso un documento común a ambas partes.

El 1546, sin embargo, agrega: "Parágrafo 1. Nadie está obligado a presentar documentos, aunque sean comunes, que no pueden mostrarse sin peligro de daño". De acuerdo con el 1548, parágrafo 2, número 2, "o sin peligro de violar la obligación de guardar el secreto". "Parágrafo 2, "sin embargo, si es posible transcribir al menos una parte del documento y mostrarla sin los inconvenientes mencionados, el juez puede mandar que se presenten".

8.1 DOCUMENTOS INCORPORADOS DURANTE DILIGENCIA DE INSPECCIÓN JUDICIAL

Para que se puedan tener como oportunamente incorporados documentos al proceso, con ocasión de una diligencia de inspección judicial, se requiere:

a. Que mientras se está practicando la diligencia (durante ella) se reciba el documento.

b. La recepción puede decretarse a petición de parte o de oficio por el juez.

c. Que el documento se refiera a los hechos objeto de la inspección.

No se trata de una nueva oportunidad para mejorar la prueba documental, sino, solamente, de recaudar aquellos documentos que se refieran (que sean pertinentes) a los hechos objeto de la inspección. No se trata de la pertinencia general para el proceso, sino la específica que surge de relacionar el objeto de la inspección con el documento que se pretende aportar; esta limitación rige, inclusive, para el juez, ya que no otra cosa significa la frase utilizada en el artículo 246, numeral 3°, del C. de P.C. cuando dice: "... Siempre que unos y otros se refieran a los hechos objeto de la misma".

Si el C. de P.C., en la disposición citada, consagra esa posibilidad para la aportación de documentos, hay que entender, tal como lo sostiene Suárez Hernández, que debe permitirse toda la actuación tendiente a perfeccionar, fiscalizar o contradecir la prueba. "Resulta igualmente obvio que al permitirse la incorporación de documentos mediante la evacuación de la inspección judicial, con mayor razón deberá accederse a perfeccionar dicho medio probatorio con diligencias complementarias, tales como reconocimiento de firma y contenido de documentos privados, la reproducción de sellos o inscripciones de un registro, el pago de impuestos de timbre, etc."[10]. Este criterio corrobora lo dicho, y sobre todo, la necesidad de que el juez examine con detenimiento la pertinencia de la prueba documental que se incorpora en la diligencia de que tratamos.

En materia procesal penal, es posible qué el funcionario en desarrollo de una inspección judicial ordene la apertura de la correspondencia a que se refieren los artículos 299 y 300 del C. de P.P., y la que se relacione con los hechos investigados se incorporará al expediente.

[10] SUÁREZ HERNÁNDEZ, DANIEL. En *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.* Vol. 1, N° 2, 1984, "La prueba en los procesos posesorios y reivindicatorios".

Lo dicho para el procedimiento civil es aplicable a lo laboral y a lo contencioso administrativo.

d. De conformidad con el artículo 179 del C. de P.C., el juez puede decretar de oficio la incorporación de documentos; esto se aviene, igualmente; a los procedimientos laboral y contencioso administrativo. Existe similar amplitud para lo penal ordinario y militar.

8.4. SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SOBRE LA OPORTUNIDAD PARA APORTAR LOS DOCUMENTOS

"De lo expuesto brota con meridiana luz que el Tribunal cometió error de derecho en la apreciación y valoración de la escritura N° 946 pasada ante el Notario 3° de Cartagena el 14 de septiembre de 1973 y por medio de la cual G.S. dijo vender a I. C. el apartamiento 1202 del edificio CA. El error consistió en que el tribunal concedió pleno valor probatorio del contrato de compraventa a copia de escritura pública que ni fue acompañada con la demanda ni con el escrito de excepciones o sus respuestas, ni fue expedida por el notario a solicitud del fallador. El título escriturario mencionado, que había sido expedido con anterioridad a la iniciación del proceso, fue llevado a éste directamente por el apoderado de la parte demandante de manera inoportuna por lo cual no podía concedérsele valor probatorio sin quebrantar las normas imperativas sobre aducción, decreto y práctica de pruebas".

9. DOCUMENTO PÚBLICO Y PRIVADO

De conformidad con el artículo 251 del C. de P.C., es documento público el otorgado por el funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención. Si es un escrito, se denomina instrumento, y cuando es otorgado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública. Los demás, son documentos privados.

En el Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991) no fue incluida la clasificación de los documentos en públicos y privados, lo cual de ninguna manera significa que no exista, pues se trata de una clasificación de gran utilidad para la aplicación del derecho sustancial v.gr., para la estructuración de los delitos descritos en los artículos 218 y 221 del C.P.; se desprende de lo anterior que las clasificaciones y sus conceptos han quedado a criterio de la doctrina y la jurisprudencia (arts. 286 y 287 Ley 599 de 2000).

Sentencia CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. 22 de julio de 1980. Mag. Pon. Dr. Germán Giraldo Zuluaga. No publicada oficialmente.

10. VALOR PROBATORIO DEL DOCUMENTO PRIVADO

10.1. GENERALIDADES

El documento privado auténtico tiene el mismo valor que los públicos, tanto entre quienes lo suscribieron o crearon y sus causahabientes, como respecto de terceros.

La fecha del documento público es la que figura en él y quien pretenda demostrar que es otra, debe tachar el documento de falso y demostrar tal condición.

La fecha del documento privado auténtico, entre las partes, es la que figura en él. Por ejemplo, A y B documentan una venta de bienes muebles *y* colocan como fecha de la venta y del documento, el 10 de octubre de 1983. Pero si ese documento se quiere hacer valer frente a terceros, será la de la autenticación o la de la ocurrencia de alguna de las hipótesis contempladas por el artículo 280 del C. de P.C.

Una variante del caso que se vio sería: A y B, como ya se señaló, documentan su acto el día 10 de octubre de 1983; pagaron los impuestos en la oficina correspondiente, en la cual se le coloca, por parte *del* funcionario público, un sello de fecha 20 de julio de 1984. Esta será la fecha que se podrá esgrimir frente a J.; pero es bueno advertir que éste podrá atenerse a la fecha del documento, según mejor convenga a sus intereses.

10.2. FECHA CIERTA

De conformidad con lo previsto en el artículo 280 del C. de P.C., la fecha del documento privado se cuenta respecto de terceros:

a. Desde el fallecimiento de alguno de los que lo han firmado. Obsérvese bien: la disposición a que se alude no limita la firma a quienes son autores del documento o del contrato o acto documentado, sino, inclusive, a quienes han firmado como testigos, o han firmado como autores materiales, sea con firma completa o incompleta; es muy usual que la persona que elabora un documento ponga sus iniciales y firme a veces Muy pequeño, o ponga señales manuscritas que conforman su firma.

b. O desde el día en que haya sido inscrito en un registro público o en que conste haberse aportado en un proceso, o en que haya tomado razón de él un funcionario competente en su carácter *de* tal.

c. O desde que haya ocurrido otro hecho que le permita al juez adquirir certeza de su existencia. Lo anterior significa que la enumeración no es taxativa

y que, por ejemplo, el juez podrá adquirir certeza de la existencia del documento, cuando haya fallecido quien lo manuscribió. Claro que demostrando esto y el hecho de la muerte.

El documento privado auténtico es oponible a terceros, siempre que tenga fecha cierta y que esté otorgado, además, por persona distinta a quien lo aduce, en el proceso, como prueba.

Ejemplo: A vende a B un bien mueble y documentan la venta, presentando el documento en una notaría.

En una diligencia de secuestro, se pretende secuestrar el bien, afirmando que es de propiedad de A, en un proceso que le adelanta H, B puede oponerse con el documento, alegando haberlo adquirido y ser poseedor.

Si el documento fuese simulado, habrá que demostrar tal cosa, esto es, que el contenido del documento no corresponde a la realidad, en los términos normales del proceso.

10.3. AUTENTICIDAD DE LOS DOCUMENTOS

10.3.1. Explicación y posición sobre el tema

Nos referiremos al artículo 11 de la Ley 446 de 1998, que regula el fenómeno de autenticidad.

La Constitución de 5 de julio de 1991, en el artículo transitorio 5 revistió al Presidente de precisas facultades y dentro de ellas en el art. 5 e) se dijo: "Expedir normas transitorias para descongestionar los despachos judiciales". En desarrollo de tal filosofía, se expidió el Decreto 2651 de noviembre 25 de 1991, *"por el cual se expiden normas transitorias. para descongestionar los despachos judiciales"*.

El artículo 25 de ese Decreto decía:

> "Los documentos presentados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial, tuvieren o no como destino servir de prueba se reputarán auténticos sin necesidad de presentación personal ni autenticación, salvo los poderes otorgados a los representantes judiciales. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en relación con documentos emanados de terceros".

Con relación a la anterior norma dice el profesor Hernán Fabio López Blanco, lo siguiente: *"tanta fue la trascendencia del precepto en los años de su vigencia, que en la Ley 446 de 1998 se abrió lo en él regulado, en tres*

artículos diferentes para que no fuera a quedar el menor resquicio de duda acerca de las implicaciones de tan saludable y radical reforma"[12].

Pues bien, uno de esos tres artículos a los cuales se refiere el insigne autor, es el artículo 11 de la Ley 446 de 1998 que regla:

> "Autenticidad de documentos. En todos los procesos, los documentos privados presentados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, se reputarán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en relación con los documentos emanados de terceros".

Hagamos una **disección** de la norma (es cuestión de desarmar la norma para ver qué hay dentro. Tiene una motivación mayormente visual y así quiero la del lector) y encontramos:

1. Que se aplica a todos los procesos.
2. Que se refiere a los documentos privados presentados por las partes.
3. Para ser incorporados a un expediente judicial (no ante otro órgano, sino ante el judicial).
4. Con fines probatorios.
5. Que en esas condiciones los documentos se reputarán auténticos, sin necesidad de **presentación personal ni autenticación** (queda por fuera: *"todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en relación con los documentos emanados de terceros").*

Encontramos dentro de la norma, para el tema que nos ocupa, las palabras: **"se reputarán auténticos"** y viene la frase que significa ahorro de actividad: **"sin necesidad de presentación personal ni** autenticación". (Negrillas fuera de texto).

Y ese ahorro implica, que cuando **suscribimos** un documento lo podemos presentar personalmente o lo podemos autenticar. La norma no nos "ahorra" la firma sino la autenticación o la presentación personal (incluso, si el documento es representativo, como una fotografía, debe agregarse un escrito en que el interesado asevere ser suya y en que reconozca la firma con que autorice dicha afirmación" artículo 76 del Decreto 960 de 1970).

[12] LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO. *"La Ley 446 de 1998 y el Código de Procedimiento Civil".* Editorial Dupré, pág. 93.

Sin firma, no hay posibilidad de autenticar o presentar personalmente documentos y como estos dos últimos comportamientos son los "ahorros hechos por la ley", hay que entender que se mantiene la firma.

10.3.2. Esa presunción sólo opera en el mundo del proceso

Todo proceso judicial, tiene un antes, un presente y un futuro, en él, hay epopeya, pues bien, si una parte tiene un documento suscrito por la otra, ese documento no tiene presunción de autenticidad desde el punto de vista del derecho material, por ejemplo un "vale" suscrito por K, a favor de B, si no se auténtica ante notario, no tiene establecida autenticidad, pero una vez aportado al proceso, la adquiere, para ahorrar, sí es posible, actividad procesal.

10.3.3. Sustento de la presunción de autenticidad

El artículo 83 de la Constitución Política reza:

> "Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas".

También tiene sustento en los **deberes** y **responsabilidades de las partes** y **de sus apoderados.** En efecto, el art. 71 del Código de Procedimiento Civil, enrostra como deberes de las partes, **"proceder con lealtad** y **buena fe en todos sus actos";** y si bien este deber, como lo dice la norma, se predica de todos los actos, sube de tono cuando se trata de los documentos y especialmente aquellos que se presumirán auténticos, prácticamente por la versión de quien los aporta.

Reténgase el siguiente ejemplo: Si K demanda a X en un proceso determinado y aporta un documento que supuestamente proviene de X, el documento mencionado ingresará corno auténtico (es decir, que se presume que X lo ha elaborado, manuscrito o firmado).

Lo anterior merece una explicación un poco más detenida. En efecto, si un documento trae aparejada la presunción de autenticidad, por imperio de la ley material, corno sucede con los títulos valores (art. 793 del C. de Co.), al aportado al proceso no pierde ni adquiere nada por ese aspecto, pero no sucede lo mismo con relación a documentos que no la traen aparejada cuando se aportan al proceso, ya que la reputación de auténticos, surge de la imputación que la parte aportante hace de la autoría. Esa facultad de atribuir autoría, tiene una correspondencia en el cuidado y diligencia que se debe tener para hacerla.

Esa facultad (facilidad), obliga al que hace la imputación, a que, en el evento de tacha de falsedad del documento, colabore en el descubrimiento de la verdad. Colaboración que si no se brinda, se tendrá como indicio (art. 249 del C. de P.C.) en contra del aportante del documento, como correspondencia al hecho de que: **"Todo documento privado** que se ponga en presencia" del órgano judicial en cualquier proceso, tendrá como autor con carácter de presunción a quien la parte aportante señale como tal (entre partes).

10.3.4. Documentos a los cuales alcanza la presunción de autenticidad

Se puede decir que hay una tendencia en casi todos los países del mundo, a presumir auténticos los documentos privados manuscritos o suscritos supuestamente por la persona a quien se le imputa autoría, pero hay timidez a extender esa presunción a otros documentos como por ejemplo los impresos, los cuales no son ni suscritos ni manuscritos.

Ya hemos dejado sentado nuestro criterio en los párrafos anteriores, sobre el sentido del artículo 11 de la Ley 446 de 1998, sin embargo, es necesario tomar partido en particular sobre algunas posiciones doctrinales y jurisprudenciales sobre el tema de suyo muy útil.

La pregunta obligada: ¿la presunción establecida en el artículo citado, es para todos los documentos o sólo para los suscritos y manuscritos?

Podemos pensar en dos posiciones.

10.3.4.1, Sólo se presumirán auténticos los documentos privados manuscritos y suscritos, pero no los que no tengan esos signos de individualidad

Dentro de esta concepción se encuentra ubicada la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, que en efecto dice:

> *"desde luego, todo lo dicho no se aplica a los instrumentos no firmados ni manuscritos por la parte a quien se oponen, pues ellos con arreglo al artículo 269 del Código de Procedimiento Civil, solo tienen valor probatorio si fueren aceptados expresamente por ellos o por sus causahabientes"* (negrillas fuera de texto).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral. Sentencia de Casación. Marzo 8 de 1999. Mag. Pon. Dr. José Roberto Herrera Vergara, Revista Legis. Mayo 1999. Tomo XXVIII, No. 329, pág. 763.

Dentro de esta concepción se ubica el doctor Evelio Suárez Suárez".

A fin de tomar una posición frente a la reciente jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, es indispensable transcribir sus consideraciones ***in extenso.***

"1. La eficacia probatoria de un documento privado depende, formalmente de su origen *y* de su contenido.

"Tratándose de documentos que emanen de las partes, su mérito probatorio está condicionado, en todos los casos, a su autenticidad (arts. 252 y 179 C. de P.C.), puesto que mal podría generar convencimiento al juez un documento del que no se sabe con certeza quién es su autor. En esta última hipótesis, apenas constituyen prueba sumaria, en la medida en que hayan sido suscritos ante dos testigos (inc. 2 art. 279 ib). Por el contrario, si el documento proviene de un tercero, la posibilidad de apreciarlo está dada por su naturaleza, como quiera que solo cuando son de contenido dispositivo o representativo, se requerirá que sean auténticos (numeral 1, art. 277 ib.), mientras que si son simplemente declarativos, podrá el juez concederles valor, siempre que la parte contra quien se oponen no solicite, oportunamente, su ratificación (numeral 2 art. 10 Ley 446/98, derogatorio del numeral 2 del art. 277 ib).

"Ahora bien, excepción hecha de los documentos emanados de terceros —al mismo tiempo de la que ulteriormente se referirá por la Corte—, el legislador, en desarrollo de la arraigada presunción constitucional de buena fe en las actuaciones de los particulares ante las autoridades públicas (art. 83), estableció, primero en el Decreto 2651 de 1991 (art. 25) y luego —con algunas diferencias- en la Ley 446 de 1998 (arts. 11 y 12), que se reputan auténticos los documentos presentados por las partes dentro del marco de un proceso con el propósito de que sirvieran de prueba, como antaño se había preceptuado frente a los documentos públicos (art. 252 C. de P.C.). Mas, para que dicha presunción pueda predicarse, es indispensable que el documento se encuentre firmado por la parte contra quien se opone, en la medida en que mediante la firma el que suscribe no sólo aprueba *y* hace suyo lo que en el escrito se contiene, sino que pone un signo visible y reconocible, el cual demuestra que el escrito parte de él y que está conforme con sus intenciones. Suprimida la firma, el escrito puede ser proyecto de documento, un borrador, pero nunca el documento, porque nadie lo ha aprobado ni lo ha hecho propio (Se subraya). De ahí que el artículo 269 del Código de Procedimiento Civil, acorde con lo expresado, exija el reconocimiento expreso para que pueda ser apreciado un instrumento que no ha sido firmado, ni manuscrito por la parte contra quien se presenta.

[14] SUÁREZ SUÁREZ, EVELIO. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. *"La presunción de autenticidad de los documentos privados"*. Universidad Libre, Instituto de Postgrados. Año III, número 4, 1 semestre de 1999, pág. 9. Es recomendable la lectura. Es un buen estudio.

"La firma es, pues, requisito imprescindible para que un documento tenga valor probatorio, ya que ***sin*** ella, salvo aceptación expresa de la parte o de sus causahabientes –según el caso– no podrá establecerse con certeza quién es el autor, esto es, lisa y llanamente su autenticidad, siendo necesario recordar que, por firma, se entiende "la expresión del nombre del suscriptor o de alguno de los elementos que la integren de un signo o símbolo empleado como medio de identificación personal" (art. 826 C. de Co.), omnicomprensiva noción –***ex lege***– que está a tono, en la hora de ahora, con el empleo de los adelantos tecnológicos (cibernéticos, robóticos, informáticos, etc.), en virtud de los cuales se ha desarrollado el concepto de firma electrónica o digital que, según la Ley 527 de 1999, se acota de paso, tiene idéntica fuerza y efectos de la firma manuscrita, cuando se reúnan los requisitos –claro está– allí señalados relativos a la verificación de la individualidad de la misma..."[15].

Hagamos unas consideraciones sobre lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil.

Dice la Corte:

"Suprimida la firma, el escrito puede ser un proyecto de documento, un borrador pero nunca el documento, porque nadie lo ha aprobado ni lo ha hecho propio. De ahí que el artículo 269 del Código de Procedimiento Civil, acorde con lo expresado, exija el reconocimiento expreso para que pueda ser apreciado un instrumento que no ha sido firmado, ni manuscrito por la parte contra quien se presenta".

Obsérvese que la Corte al citar el artículo 269, y referirse al manuscrito, no cayó en cuenta que también éste puede ser, según el argumento de la Corte, un proyecto.

Por ello no compartimos la jurisprudencia de la Corte, ya que una cosa es la autenticidad del documento, otra su veracidad y en cierta forma otra su seriedad.

Ejemplo A y B, pretenden celebrar un contrato de mutuo y en unas hojas escribe a mano A, unas cláusulas y en últimas no se celebra el contrato. B expone el documento en un proceso que inicia contra A, ese documento es auténtico, pero el contrato contenido en él no se celebró. B tendrá que demostrar con cualquier medio probatorio que el acto contenido en el documento fue serio. Y además, A podrá alegar que a pesar de ser auténtico el documento, el acto documentado no se celebró (artículo 252 del C. de P.C.).

[15] Sentencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil. 4 de septiembre de 2000. Mag. Pon. Dr. Carlos Ignacio Jaramillo. Expediente No. 5565. Publicada en Ediciones Doctrina *y* Ley Ltda. Julio-Febrero 2000-2001, Tomo XIV, pág. 365.

Es suficiente pensar que documento, es todo objeto que tenga carácter declarativo (en el amplio sentido del vocablo) o representativo y otra cosa es su autenticidad, que es un requisito de eficacia probatoria, pero no de existencia.

Cuando la Corte dice:

"La firma es, pues, requisito imprescindible para que un documento tenga valor probatorio, ya que sin ella, salvo aceptación expresa de la parte o de sus causahabientes —según el caso—, no podrá establecerse con certeza quién es el autor, esto es, lisa y llanamente su autenticidad".

Este planteamiento es incompleto, porque por cualquier medio probatorio se podrá establecer la elaboración del documento y será auténtico teniendo en cuenta las voces del artículo 252 del C. de P.C. que le dio entidad propia a elaborado, desligándola de manuscrito.

El artículo 269 del C. de P.C., debe leerse con el imperio del artículo 252 del C. de P.C., y tener en cuenta que a "elaborado" se le dio entidad propia distinta a manuscrito, piénsese en los impresos.

Así las cosas, es posible pensar así:

A) Cuando el documento se encuentra suscrito, y se establece su autenticidad, hay que concluir que se aceptó su contenido (ya que la forma que utiliza normalmente el hombre para manifestar su aceptación es la firma).

B) Cuando está manuscrito, establecida su autenticidad, habrá que probar que fue serio y no un simple borrador o proyecto.

C) Cuando fue elaborado (jurídicamente), establecida su autenticidad, igualmente habrá que establecer su seriedad y que no se trata de un simple proyecto.

Podemos entonces concluir que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia acepta la presunción de autenticidad del artículo 11 de la Ley 446 de 1998, pero sólo para los documentos privados suscritos.

10.3.4.2, La de quienes consideran que el artículo 11 de la Ley 446 de 1998, se refiere a todos los documentos enunciados en el artículo 251

El doctor Hernán Fabio López Blanco, en su magnífica obra sostiene:

"Si la ley no distingue, al intérprete no le está dado hacer diferenciaciones, es una antigua regla de hermenéutica que en este caso tiene cabal aplicación, debido a que si el artículo 11 de la Ley 446 de 1998 no diferencia entre documentos originales o en copia, firmados o sin firmar, manuscritos o realizados por medios mecánicos, no es adecuado interpretar que debemos entender que opera

únicamente para originales o los que están manuscritos o firmados y menos basados en normas que precisamente la nueva ley vino a derogar"[16].

Ya hemos expuesto nuestro criterio, al interpretar el artículo 11 de la Ley 446 de 1998; éste desafortunadamente para los cultores de la última posición, sólo evitó la presentación personal y la autenticación como sensatamente creemos haberlo demostrado y hay que recurrir al resto de los artículos del Código de Procedimiento Civil, para hacer una interpretación más productiva del artículo en cuestión.

10.3.5. Razones que se pueden exponer para sostener que la presunción de autenticidad se refiere a todos los documentos privados

Se debe observar, con mucho cuidado, el artículo 252 del C. de P.C., antes de la reforma de 1989 y en efecto allí se decía:

> **"Documento auténtico.** Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha firmado o elaborado". (Negrillas fuera de texto).

Con la reforma del Decreto 2282 de 1989, se dijo: "que lo ha **elaborado, manuscrito o firmado",** pues bien, **manuscrito o suscrito,** es una forma de elaborar de puño y letra, pero no es la única, por ello al "elaborar" se le dio entidad jurídica, en el sentido que si se establece ella desde el punto de vista de imputación jurídica se tiene por auténtico el documento.

Cuando se emprende la búsqueda de la autenticidad de un documento privado, se pretende obtener certeza objetiva, sobre la persona que lo ha **elaborado, manuscrito o firmado.**

Si establecer lo anterior, hace reputar al documento auténtico, el artículo 11 de la Ley 446 de 1998, al hacer la presunción dijo en otras palabras:

> "Se presume al aportar un documento privado al proceso, según lo afirme el aportantc que fue elaborado, suscrito o manuscrito por la persona señalada por aquél",

10.3.6. Es exagerado extender la presunción en la forma dicha

Cuando K, en el ejemplo propuesto anteriormente, hace la imputación de autoría —en el amplio sentido del vocablo— a X del documento privado

[16] LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO. *"Procedimiento Civil, Pruebas"*. Editorial Dupré. 2001, pág. 313.

que aporta, lo debe hacer, corno ya se dijo, con mucha responsabilidad. Esa responsabilidad puede ser penal, ya que por su afirmación, sin esperar ningún comportamiento de la contraparte, vamos a reputar el documento como auténtico. Su responsabilidad penal, no cabe duda, resulta comprometida cuando miente al juez para que surja la presunción indicada.

Además, cuando realiza el acto de afirmar la autoría en la forma dicha, es porque conoce tal circunstancia y por ello, si llega a surgir el trámite de la tacha, debe colaborar para establecerla, como ya se dijo.

Igualmente, no se debe olvidar que se puede solicitar dentro de este trámite el interrogatorio de parte (inciso 3° del artículo 203 del C. de P.C.), el cual resulta de una gran utilidad, para quien pretende desquiciar lo afirmado por la otra parte sobre la autenticidad. Si rumiamos el ejemplo propuesto, cuando tenemos como autor del documento a X, por la afirmación de K, si se tacha el documento de falso y, se solicita o el juez decreta de oficio el interrogatorio de parte, K tendrá que contar los hechos que sirven de sustento a la imputación de autoría que hizo del documento.

Se entiende que todo lo dicho es sin perjuicio de las sanciones que establece el art. 292 del C. de P.C.

Lo expuesto, nos permite afirmar que no es exagerado haber extendido la presunción en la forma explicada, a los documentos que tienen una manifestación de individualidad de su autor (entendiendo como adelante se explicará, los que tengan una impronta, marca, o cualquier otra señal, física o electrónica, proveniente del autor), pero sí lo es cuando se extiende como algunos lo proponen, a documentos que no tienen ningún signo de individualdad, como por ejemplo una impresión; además, no es necesario llegar a tal exageración por cuanto que de acuerdo con nuestra tesis, a esos documentos les es aplicable el reconocimiento previsto en el artículo 252, num. 3°.

10.3.7. Qué clase de presunción es la establecida en el art. 11 de la Ley 446 de 1998

No cabe duda que es una presunción **juris tantum,** pero debernos volver a recalcar, aun a riesgo de ser reiterativos, que cuando el documento ingresa al proceso con presunción de autenticidad porque la tiene por imperio de la ley, o porque se ha realizado el reconocimiento ante notario, la presentación al proceso, como ya se dijo, no le agrega nada, tenemos despejada la autoría en la forma dicha. Pero si esa presunción la adquiere el documento por la afirmación de quien lo aporta, el juez debe pensar que la presunción, en este

caso, se debe manejar como un presupuesto de trabajo para facilitar el desarrollo del proceso, pero surgida la discusión, no se puede llegar a afirmar, en ese evento, que como existe presunción de autenticidad y ésta no se desvirtuó, el documento es por consiguiente auténtico; en absoluto, lo que tendrá que decir en el caso ejemplarizado: como efectivamente quedó establecida la autenticidad del documento, éste se apreciará.

Reiteramos, darle autenticidad a documentos, por su simple aporte al proceso, significa probatoriamente manejarla como presupuesto de trabajo y nada más. Es decir, si volvemos al ejemplo propuesto, cuando presumimos a X corno autor del documento, se nos facilitará todo el trabajo en el proceso. Pero si se tacha de falso, no podemos recostar toda la carga de la prueba para desvirtuar la presunción en quien tacha, salvo que la traiga (la presunción de autenticidad) aparejada de normas sustantivas o cuando la tiene despejada antes del proceso, pero si la adquiere por su aporte al proceso, a las partes les corresponde trabajar (para defender la autenticidad o para desvirtuarla), para que se logre establecerla, sin que el aparente favorecido por la presunción pueda escudarse en ella para permanecer pasivo (y no lo puede hacer porque esa presunción surgió de un acto procesal: su aporte por él al proceso); **tiene, por decirlo en alguna forma, que defender la afirmación que hizo.**

10.18. ¿Cuál es la razón por la que se considera que la presunción de autenticidad no se extiende a los instrumentos no firmados ni manuscritos por la parte a quien se oponen?

Además de los argumentos surgidos del análisis del artículo 11 de la Ley 446 de 1998, que se han expuesto en forma extensa con anterioridad, existen otros que pudiéramos llamar de racionalidad común y práctica.

Empecemos por elaborar un ejemplo que nos permita trabajar: X como demandante presenta un escrito elaborado en un procesador y le imputa la autoría a B.

Ese documento no tiene ningún signo (ni firmado, ni con su sello, impronta o marca, o señales físicas o electrónicas de autoría), que apunte a la autoría, sino la simple afirmación de X, que proviene de B. Si en ese caso, sin existir ese signo de individualidad, lo presumimos auténtico, y por consiguiente desplazamos la carga de la prueba (así sea manejada en la forma que hemos explicado con anterioridad), para desvirtuar el documento a quien se le imputó la autoría, lo colocaríamos en la búsqueda de una prueba imposible de conseguir. ¿Cómo y con qué se demuestra que no se es el autor de un documento, que no

tiene ningún signo de individualidad, que es lo que permite, precisamente, imputar o desvirtuar la autenticidad? Se coloca al presunto autor en una prueba muy difícil de conseguir, cuando no, como ya se dijo, imposible.

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.

Para abundar en nuestro planteamiento, pensemos en una grabación: Si X afirma que en ella está contenida la voz de Z, hace una imputación y expone un signo de autoría, de individualización, que permite a Z, en caso de tachar el documento, demostrar que no es su voz. Cuando se dice que fue manuscrito por Z, igualmente éste puede demostrar que ese signo de individualidad no es cierto porque no es su letra. Cuando se dice que fue suscrito por Z, o que se utilizó una firma digital que le pertenece, sucede otro tanto. Lo mismo sucede cuando se presenta una fotografía y se afirma que en ella está la imagen de Z, este podrá demostrar que es un fotomontaje, etc.

Presumir todos los documentos auténticos, sin existir signos de individualidad, es una exageración, que en lugar de acelerar y evitar trámites, lo que puede es conducir a entorpecer los procesos.

Podemos afirmar entonces, que cuando el que aporta el documento al proceso, indica un signo de individualidad de su autor, la voz, la imagen, haber sido suscrito, manuscrito, la firma digital, o signos físicos o electrónicos, se podrán tener como auténticos, pero en la forma que se ha explicado con anterioridad, en caso contrario puede operar el reconocimiento regulado en el artículo 269 del C. de P.C., que explicaremos inmediatamente.

Gracias al reconocimiento previsto en el artículo 269 del C. de P.C., evitamos racionalmente los excesos de presumir autenticidades, ya que si siguiéramos esa línea, cualquier cosa declarativa o representativa, sería auténtica, lo que es por lo menos una exageración.

10.3.9. Reflexión sobre el artículo 269 del C. de P.C.

Para hacer provechosa la lectura de este artículo, se requerirá siempre relacionarlo con el artículo 252 ibídem (modificado por el artículo 26 de la Ley 794 de 2003), para lo cual es necesario distinguir dos períodos:

Antes de la reforma del Decreto 2282 de 1989, es decir, cuando regía el Código de Procedimiento Civil, las normas decían:

> "Artículo 252. Documento auténtico. Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha firmado o elaborado". (Negrillas fuera de texto).

Y el artículo 269 decía y dice:

> **"Los instrumentos sin firma.** Los instrumentos no firmados ni manuscritos por la parte a quien se oponen, solo tendrán valor si fueren aceptados expresamente por ella o sus causahabientes". (Negrilla fuera de texto).

Es decir, que cuando el instrumento estaba manuscrito o suscrito, operaba el reconocimiento tácito.

En nuestra obra, "Los Documentos" (Torno III del Tratado de la Prueba Judicial), escribimos en la edición de 1987, y refiriéndonos a las grabaciones, lo siguiente:

> "Si se asimilan las grabaciones a instrumentos no firmados ni manuscritos, no solamente se desvirtúa el alcance del artículo 269 del C. de P.C., sino que se patrocina la mala fe de las partes, pues les bastaría con guardar silencio para que el documento no pudiera ser apreciado. Procediendo de acuerdo con lo dicho, esto es, afirmando que la voz de la otra persona es la que está grabada, si ésta no la desconoce queda reconocida tanto la voz como el contenido; por ello, se recomienda que, quien pretenda este tipo de reconocimiento, diga, claramente, qué contiene la grabación.

El artículo 2712 del C.C. italiano consagra la tesis que exponemos:

> *Reproducciones mecánicas. Las reproducciones fotográficas o cinematográficas, las grabaciones fonográficas y en general, cualquiera otra representación mecánica de hechos o de cosas que constituyen plena prueba de los hechos y de las cosas representadas, si aquél contra el cual se producen no desconoce su conformidad con los hechos o las cosas que se expresan "17.*

En la reforma del Decreto 2289 de 1989[18], acogiendo nuestra tesis, se dijo en el artículo 252, refiriéndose al reconocimiento tácito:

> "Esta norma se aplicará también a las reproducciones mecánicas de la voz o de la imagen de la parte contra quien se aducen, afirmándose que corresponde a ella".

Lo anterior significa, que ya el artículo 269 del C. de P.C., no podía ser leído literalmente, porque ya había operado una asimilación a los instrumentos firmados y manuscritos, como eran la voz y la imagen. Y decimos asimilación, porque todo el trámite de los documentos casi en su totalidad en el Código de Procedimiento Civil, se habían hecho pensando en los escritos y en la firma, a pesar que se había redactado ese "futurista" artículo 251 del C. de P.C.

Esa norma, es decir, el inciso 2 del numeral 3 del artículo 252, impuso reformar consecuentemente el inciso 1° del mismo artículo y por eso se lee:

[17] PARRA QUIJANO, JAIRO. *"Tratado de la Prueba Judicial,* Tomo 111— *Los Documentos",* Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, 1989, págs. 165 a 176.

[18] Hicimos parte de la comisión.

"Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado".

Si *"destripamos"* la norma, encontramos que con relación a la anterior, se le dio individualidad a manuscrito, para dejar genérico elaborado.

Pero abundemos en nuestra explicación:

Se debe observar detenidamente el artículo 252 del Decreto 1400 de 1970 (quizá en forma *"corrosiva"),* en donde se decía que la autenticidad se predicaba cuando se establecía quién había firmado o elaborado el documento. Los intérpretes en su mayoría, estrecharon el concepto de **elaborado** y prácticamente lo sujetaron a que fuera manuscrito (y ello con base en que el artículo 269, estrechaba el concepto, ya que allí se hace referencia a instrumentos no firmados ni manuscritos).

En la reforma realizada por el Decreto 2282 de 1989, casi como labor pedagógica, se quiso acabar con la estrechez de la interpretación, y por ello se dijo: *"cuando exista certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado".* Con lo que quedó claro que puede no estar ni manuscrito ni suscrito pero, si se establece su autoría (elaborado jurídicamente, es decir que se le pueda imputar), es claro que se habla de autenticidad.

Dentro del ambiente del artículo 252 del Decreto 1400 de 1970, si sólo eran elaborados los manuscritos; sólo se hablaba francamente de la autenticidad cuando estaban suscritos o manuscritos, entonces en parte se explicaba la estrechez del artículo 269 del C. de P.C., pero con el nuevo ambiente creado por el artículo 252, reformado por el Decreto 2282 de 1989, el artículo 269 (que no fue reformado por el Decreto 2282 de 1989) y con la lectura del artículo 83 de la Constitución Política, que es posterior, hay que entender que sí cabe el reconocimiento tácito de los documentos que se presenten aunque no se encuentren suscritos o manuscritos, siempre y cuando al aportarlos se afirme que provienen de la contraparte y se explique el sustento de la afirmación (elaboración).

La persona contra la cual se expone el documento sin signo de individualidad le bastará negar la autenticidad y quien lo aporta tendrá la carga de demostrarla.

Reflexionemos:

Aún con el Decreto 1400 de 1970 se dejaron resquicios que pueden ser aprovechados por quienes manejan el proceso con cierta deslealtad. No parece ajustado a la nueva filosofía del proceso que, obrando un documento en el proceso, que se le imputa a la contraparte y si ésta guarda silencio, lo ignora;

no tenga ninguna consecuencia. Creemos, por el contrario, que debe pronunciarse y si no lo hace, se tiene por reconocido.

Nuestro criterio es:

Cuando el documento tenga signos de individualidad, se presume su autenticidad por aportarlo al proceso e imputarlo a la contraparte, *el* artículo 11 de la Ley 446 de 1998, sólo excusó la nota de presentación personal y la autenticación, entendiéndose, como se explicó, que exige la firma, la que por analogía resulta equivalente a los signos de individualidad: como la voz, la imagen, la firma digital, etc.

Cuando el documento no tenga esos signos de individualidad como un impreso, folleto, afiche, opera el reconocimiento tácito.

Obsérvese:

A demanda a la Compañía Constructora y vendedora B.

A alega que en unos folletos impresos, la Compañía Constructora, había anunciado los apartamentos diciendo que se entregarían con horno microondas y, que ahora se niega tal circunstancia.

Ese folleto puede ser aportado como prueba contra la Compañía Constructora, explicándose lo anterior. Si admitido el documento como prueba, la Constructora no lo desconoce, ese silencio, esa conducta', indica que lo acepta y como consecuencia adquiere autenticidad y puede ser valorado en el proceso. En caso contrario, es decir, que se desconozca, se tramitará el incidente de autenticidad (art. 275 del C. de P.C.). En el ejemplo propuesto, el demandante podrá probar la autenticidad, es decir, la autoría, la elaboración, con testimonios, con el interrogatorio (confesión), de la Compañía vendedora, etc.

El trámite que indicarnos, demuestra sensatez y cordura en el manejo de la autenticidad.

El reconocimiento indicado ayudará a posesionar el principio de lealtad en el proceso y no viola el principio de contradicción, ni la seguridad jurídica.

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia — Sala Civil

En sentencia de fecha veintidós (22) de noviembre de dos mil cinco (2005) la Corte con relación a los documentos, hizo planteamientos de una gran utilidad:

1) Con relación a la aportación de los documentos y la buena fe.

"Precisamente en relación con la aportación de documentos, esta sala ha señalado que es un importante elemento de análisis que no puede pasar desapercibido

haciéndole juego, por añadidura, a una rígida lógica formalista para la cual, valga apuntarlo, no suministra explicación razonable ni siquiera el reconocido carácter de "orden público" que se le atribuye a las normas legales que en el marco general del denominado "procedimiento probatorio", fijan los límites subjetivos u objetivos de admisibilidad de las pruebas en el proceso civil, ya que si bien es cierto que a los jueces no les es permitido tomar en consideración para fundar sus decisiones más que las pruebas que les han sido proporcionadas de modo regular, *también resulta ser igualmente cierto que por imperativo de elementales criterios ético-jurídicos, un principio general de esta naturaleza tiene que ser llevado a la práctica con prudente juicio y luego de examinar el comportamiento procesal desplegado por el litigante que con su aplicación resulte beneficiado, habida cuenta que casos hay, y el presente expediente es significativa muestra de uno de ellos, en que ese comportamiento inicial, en cuanto concluyente e inequívoco en poner de manifiesto una aquiescencia tácita respecto del valor demostrativo integral de determinado medio probatorio a pesar del vicio existente,* excluye la posibilidad de que aquél, cambiando su posición y contrariando en consecuencia sus propios actos anteriores en los que otros, particulares y autoridades, fundaron su confianza, pretenda obtener ventaja reclamando la descalificación de dicho medio por estimarlo "inadmisible" y que "siempre deben hacerse compatibles drásticas reglas de procedimiento probatorio, como lo son por ejemplo en el ámbito de la evidencia de tipo documental las contenidas en los artículos 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil, con caracterizadas exigencias de buena fe, en especial con aquella que rechaza las conductas contradictorias y obliga a quienes en actitudes de esta estirpe incurren, a responder por las consecuencias de la confianza suscitada, propósito este de suyo laudable que puede alcanzarse en la medida en que se distinga el documento producido, de un lado, y del otro el acto de producirlo en función probatoria lo que, por sabido se tiene, le está de ordinario reservado a las partes, entendiendo entonces que no se trata de otorgarle al primero una cualidad que la ley le niega, cosa que evidente no es factible hacer con sólo valerse del postulado en cuestión, sino que se trata de imprimirle seriedad y estabilidad al segundo, impidiendo el ejercicio posterior de facultades procesales que, sin embargo de ser legítimas en abstracto, lo contradicen y por ende deben ser paralizadas" (se subraya; CCLII, Vol. I, 626, 627).

2) La copia al carbón, dijo la Corte: "En ciertas hipótesis, puede tener eficacia probatoria, bien porque califique como original, bien como copia, en el primer evento, porque lo que hace "original" a un- documento "no es el mecanismo utilizado para hacer constar en el papel, para el caso, la declaración de voluntad, sino la certeza de que ésta es la expresión primitiva, por no repetir original, de quien la emitió (sentencia del 30.de mayo de 2003, exp. 200300040-01), mientras que en el segundo, porque cumpla alguna de las exigencias previstas en la ley. Al fin y al cabo, una copia de un documento debidamente firmado por su autor, según el caso, puede considerarse auténtica".

3) El mérito probatorio de una copia **depende de** su autenticidad, esta se puede establecer no solo por vía de atestación notarial, sino también por reconocimiento efectuado en el marco de un proceso, reconocimiento que como

es sabido, puede ser expreso espontáneo o provocado o implícito, según que el documento se haya aportado al proceso bajo la afirmación de haber sido manuscrito o firmado por la contraparte (art. 252 numeral 3 del C. de P.C.), o que se hubiere adosado por quien lo elaboró, escribió o signó (art. 276 ib)...[19].

Esta jurisprudencia, se acerca mucho al planteamiento que hemos venido haciendo sobre los folletos, o en general impresos, expuesta desde ediciones anteriores y que está recogida en párrafos anteriores.

10.3.10. Documentos **electrónicos**

10.3.10.1. Antecedente

Todos los humanos, nos habíamos acostumbrado, casi a confundir documento con papel, pero desde hace algún tiempo, se logró que las personas se acostumbraran por ejemplo, a entender que un video, un disco, también eran documentos, esto por decirlo en alguna forma, amplió la mente de los humanos para aceptar que puede hablarse de documento, cuando está contenido en un soporte informático. Este es el material donde se encuentra la declaración o la representación, lo cual nos permite afirmar, que nuestra concepción de documento sigue siendo válida: *"documento es toda cosa capaz de representar un hecho cualquiera o una manifestación del pensamiento"* (la cosa es el soporte electrónico).

10.3.10.2. La función sicológica y sociológica del documento

En las memorias de la ley modelo (CNUDMI sobre comercio electrónico de las Naciones Unidas), se dice que el escrito, y sobre todo hay que entenderlo cuando se filma, alerta a las personas sobre las consecuencias de lo que están haciendo. Es un momento de reflexión o de caer en cuenta de que lo que se hace, como se explicará adelante, ese momento de reflexión que tiene la estampación de la firma hecha con la mano, como acto casi muscular, debe serle sustituido al suscriptor por seguridad, en los documentos electrónicos y en la firma digital.

10.3.10.3. El documento electrónico, su continente y su contenido

El continente (mentalmente se puede imaginar papel y se hace la sustitución), será el soporte o máquina informática, donde se encuentra almacenado o archivado.

[19] Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Mag. Pon. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Ref.: Exp. No. 11001310301819941325.

Su contenido o parte espiritual, puede ser declarativo o representativo (piénsese en un escrito, o en la forma oral); por ser impulsos electrónicos para ser visualizado por el ser humano, se requiere la utilización de otros objetos como pantallas o papel.

Para ser más rotundos, podríamos citar a Heredero Higueras:

"El soporte puede no ser papel" y los "significantes" o signos representativos del contenido o "significado" pueden no ser palabras, grafismos o imágenes, sino magnitudes físicas que representan en forma codificada unas nociones o noticias que son susceptibles de registro, proceso y transmisión"".

En otras palabras, el documento electrónico, se encuentra en un soporte de este tipo y puede suceder que para poder percibirlo el ser humano (está en "lenguaje" electrónico), se requiera una máquina (que hace las funciones de traductor, como sucede por ejemplo, cuando el documento tradicional está escrito en idioma extranjero).

10.3.10.4. La percepción del documento electrónico

A riesgo de ser reiterativo, podemos decir que el documento electrónico consta:

1. Tiene cuerpo. (Consta), un soporte material (cintas, disquetes, memorias).
2. Contiene "un mensaje" puede ser en lenguaje "electrónico" los dígitos binarios.
3. Está escrito en un código determinado.
4. Tiene grafía y puede ser atribuido (autenticidad) a una persona determinada.

10.3.10.5. Diferencia con el documento tradicional escrito

Se pueden encontrar muchas diferencias, pero preferimos hacerlas en una forma muy abstracta; si tenemos un documento escrito en papel, tenemos acceso a él en forma directa, en cambio si se encuentra en "lenguaje" electrónico, se requiere hacer una especie de "traducción", utilizando aparatos. Excepcionalmente en los documentos tradicionales hacemos esta especie de traducción cuando se encuentra en idioma extranjero.

La máquina, que hace la "traducción" a lenguaje común percibe por el hombre.

[20] HIGUERAS, HEREDERO M. "Valor *probatorio de los documentos electrónicos".* En vol, *"Encuentros sobre informática y derecho"* 1990-1991. Coor M.A. Davara. Universidad (ICADE) Madrid (España), 1992, pág. 19.

103.10.6. Equivalentes funcionales

La Ley 527 de 1999, teniendo en cuenta que los mensajes de datos, no son documentos en papel, y su modelo CNUDMI sobre comercio electrónico de las Naciones Unidas, siguen el criterio de los "equivalentes funcionales", que se fundamenta en un análisis de los propósitos y funciones de la exigencia tradicional del documento sobre papel, para determinar cómo podrían cumplirse esos propósitos y funciones con técnicas electrónicas[21].

La Corte Constitucional Colombiana, refiriéndose a la Ley 527 de 1999, dijo:

"El proyecto de ley, al igual de la ley modelo, sigue el criterio de los "equivalentes funcionales" que se fundamenta en un análisis de los propósitos y funciones de la exigencia tradicional del documento sobre papel, para determinar cómo podrían cumplirse esos propósitos y funciones con técnicas electrónicas.

"Se adoptó el criterio flexible de "equivalente funcional" que tuviera en cuenta los requisitos de forma, fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilídad, que son aplicables a la documentación consignada sobre papel"[22] y agrega: "ya que los mensajes de datos por su naturaleza, no equivalen en estricto sentido a un documento consignado en papel.

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

[21] Durante la preparación de la Ley Modelo, se prestó particular atención a las funciones que tradicionalmente desempeñan diversos tipos de escritos consignados sobre papel. Por ejemplo, en la siguiente lista no exhaustiva se indican las razones por las cuales el derecho interno acostumbra a requerir la presentación de un escrito: 1. Dejar una prueba tangible de la existencia y la naturaleza de la intención de las partes de comprometerse. 2. Alertar a las partes ante la gravedad de *las* consecuencias de concluir un contrato. 3. Proporcionar un documento que sea legible para todos. 4. Proporcionar un documento inalterable que permita dejar constancia permanente de la operación. 5. Facilitar la reproducción de un documento de manera que cada una de las partes pueda disponer de un ejemplar de un mismo texto. 6. Permitir la autenticación mediante la firma del documento de los datos en él consignados. 7. Proporcionar un documento presentable ante las autoridades públicas *y* los Tribunales. 8. Dar expresión definitiva a la intención del autor del "escrito" y dejar constancia de dicha intención, 9. Proporcionar un soporte material que facilite la conservación de los datos en forma visible. 10. Facilitar las tareas de control o de verificación ulterior para fines contables, fiscales o reglamentarios, y 11. Determinar el nacimiento de todo derecho o de toda obligación jurídica cuya validez dependa de un "escrito".

[22] Sentencia C-662 de junio 8 de 2000, Mag. Pon. Dr. Fabio Morán Díaz.

10.3.10.7. Integridad, autenticidad y confidencialidad del documento electrónico

La firma manuscrita, ha sido tradicionalmente la manera como los hombres, han entendido la autenticidad, es decir, la imputación de autoría y por otra parte, la aceptación del contenido de los documentos. Además en el documento en papel tradicional, las personas observan que con quien se contrata estampa igualmente su firma. En cambio, la firma electrónica y su especie firma "digital" creada por el hombre para permitir firmar a distancia y sin que ella sea manuscrita, crea por lo menos una momentánea incertidumbre.

No se puede decir, que el mundo jurídico, sea reacio a los cambios, sino en general el hombre, cuando sus órganos de los sentidos menos potentes. que el del resto de los animales pero más versátiles, no les permiten percibir directamente, hay incertidumbre e inicial rechazo y con mayor razón cuando se trata de la utilización de técnicas que muchas veces el hombre que las utiliza no las entiende bien, pero el tiempo y la calidad de la técnica siempre se encargan por lo menos de disminuir esos reproches.

Apuntando a mirar la autenticidad también como la institución que se fundamenta en la confianza que se tenga, cuando se dice que un documento está firmado, podemos estar pensando:

Que la firma puede ser manuscrita, es decir, escrita con la mano, y firma electrónica, la cual puede ser definida como:

> "Cualquier método o símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención actual de vincularse o autenticar un documento, cumpliendo todas o algunas de las funciones características de una firma manuscrita"".

Entendiendo que **"firma electrónica"** es el género: tendríamos dos especies, firma electrónica como pudiera ser por ejemplo: la firma manuscrita digitalizada y la cualificada propiamente digitalizada que utiliza la criptografía.

El artículo 2 de la Ley 527 de 1999, define la firma digital y sus voces son:

Se entenderá como un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a

[23] MARTÍNEZ NADAL, A. *"Aproximación al borrador de propuesta de directiva para un marco común en materia de firma electrónica y proveedores de servicios relacionados"*, actualidad informática Aranzadi, octubre de 1998, No. 29. Citado por CAROLINA SANCHIS CRESPO. *"La prueba por soportes informáticos"*. Tirant lo Blanch. Valencia (España), 1999, pág. 93.

la clave del iniciador y al texto del mensaje permite determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación.

Existen dos clases de firmas electrónicas:

1. Firma simple.

Constituida por el conjunto de datos electrónicos, utilizados para identificar al autor, como la firma manual digitalizada *"incluir el nombre en un mensaje de correo electrónico desde su cuenta de correo electrónico propia la cual en muchos casos incluye algún elemento relacionado con el nombre y apellido del propietario de la cuenta, provee algún grado de certeza sobre la identidad de quien envía el mensaje*

2. Firma digital y cifrado (encriptado).

Previo al estudio del concepto de firma digital y cifrado (encriptado), es necesario definir los siguientes conceptos:

1. Criptografía: Es la técnica o ciencia dirigida al estudio de la ocultación, disimulación o cifrado (encriptado) de la información, así como el diseño de sistemas que realicen dichas funciones.
2. **Cifrado (Encriptado): es** la transformación de datos a una forma que es imposible entender sin la apropiada clave. Su propósito fundamental es asegurar confidencialidad manteniendo la información protegida incluso si alguien no autorizado tiene acceso a la información. La única forma de descifrar (desencriptar) el mensaje es por medio de una clave.
3. **Descifrado (desencriptar):** Es la transformación de información cifrada a una forma comprensible. Es el proceso inverso al cifrado (encriptado).

Cuando alguien recibe un documento en papel como un contrato de compraventa, éste procede a verificar al menos los siguientes aspectos de dicho documento:

- **Integridad:** Se verifica que el documento esté completo, que no falte ninguna hoja, que no esté mutilado, que no exista ningún signo de alteración, tachado, modificación o falsificación.

[24] PEÑA VALENZUELA, DANIEL. *"El documento electrónico, ¿Revolución o Cambio?, Memorias del XXII Congreso de Derecho Procesal"*, celebrado en la ciudad de Pereira. Publicación Universidad Libre, edición 2001, pág. 487.

2. Autenticidad: Se verifica que la persona que lo firmó o que alega que lo firmó realmente lo haya hecho, esto se puede realizar mediante la verificación de los sellos de notaría adjuntos al documento.
3. **Confidencialidad:** El algunos casos es importante que los documentos no sean de dominio público, y que la información sea solamente accesible por personas autorizadas. Este aspecto puede ser verificado analizando si el sobre en el cual fue enviado no fue cambiado, alterado o abierto.

De igual manera, cuando alguien recibe un documento electrónico debe proceder a verificar los mismos tres aspectos: Integridad, Autenticidad y Confidencialidad. La criptografía provee las herramientas necesarias para verificar. estos tres aspectos en los documentos electrónicos. La integridad y autenticidad de los documentos electrónicos se tratan con la técnica denominada firma *digital* y la confidencialidad con la técnica denominada *cifrado* (encriptado). Es importante aclarar que la firma digital es un tipo especial de cifrado (encriptado).

En el siguiente cuadro se puede apreciar una analogía entre el envío de documentos en papel y el envío de los documentos electrónicos, comparándolos en los aspectos antes mencionados:

	Documento en papel	*Documento Electrónico*
Integridad: ¿Cómo se asegura la integridad de un documento?	Se utiliza una empresa de correo y/o envíos confiable (tal como correo certificado o sistemas similares), igualmente se puede utilizar un sobre de correo con alguna clase de sello de seguridad.	Se utiliza una técnica de la criptografía denominada firma digital que además de permitir la verificación de la integridad permite verificar simultáneamente la autenticidad del documento.
Autenticidad: ¿Cómo se asegura la autenticidad deun documento?	Se utilizan los servicios de una Notaría como testigo del acto voluntario de la firma del documento.	Se utiliza una técnica de la criptografía denominada firma digital que permite la verificación de la autenticidad del documento.
Confidencialidad: ¿Cómo se asegura la confidencialidad de un documento?	Se puede utilizar un sobre adecuadamente sellado y con algún tipo de protección que le permita al receptor analizar el sobre y determinar si éste fue o no abierto durante el envío. De la misma forma se utiliza un medio de envío confiable.	Se utiliza una técnica de la criptografía denominada cifrado (encriptado). De esta forma se asegura que solo las personas que cuentan con acceso a una clave pueden leer el documento.

Cuando una persona envía un documento en papel puede elegir qué aspectos de los tres mencionados anteriormente del documento son relevantes durante el envío, de acuerdo a sus propias necesidades. En el siguiente cuadro se puede apreciar la similitud existente entre estos aspectos de los documentos en papel y los documentos electrónicos:

Ejemplo	*Documento en papel*	*Documento Electrónico*
1. Envío de un borrador del contrato de compraventa de un cano. No es relevante ni la integridad, ni la autenticidad, ni la confidencialidad del documento.	Se puede utilizar cualquier medio para el envío de este documento, por ejemplo, alguien que, de casualidad, vaya para ese lugar y lo deje en la portería del edificio. Ni siquiera se requiere el uso de un sobre.	No se utiliza ni cifrado (encriptado) ni firma digital.
2. Envío del contrato de compraventa del carro firmado por una parte para ser firmado por la otra. Es relevante la integridad y la autenticidad. La confidencialidad del documento puede no ser relevante.	Se puede utilizar como medio de envío un mensajero o una empresa de correo confiable. Se puede utilizar un sobre sin ningún tipo de seguridad.	No se utiliza la técnica de firma digital, que me asegura integridad y autenticidad. No es necesario utilizar cifrado (encriptado).
3. Envío del borrador de un contrato de fusión entre dos compañías. Es relevante la confidencialidad, mas no la autenticidad ya que es un borrador. Tampoco es relevante la integridad ya que es probable que las partes realicen modificaciones al documento.	Al ser apenas un borrador no es necesario que vaya firmado por ninguna de las partes, pero es relevante mantener la confidencialidad. Se utiliza el envío del documento a través de un servicio de correo confiable y al mismo tiempo se utiliza algún tipo de seguridad en el sobre que asegure que el sobre no puede ser abierto.	Se debe utilizar las técnicas de cifrado (encriptado) para asegurar la confidencialidad del documento. No es necesario usar firma digital ya que no es relevante ni la integridad ni la autenticidad del documento.
4. Envío del contrato de fusión entre dos grandes compañías, Es relevante tanto la integridad, como la confidencialidad y la autenticidad,	La mejor alternativa es que el contrato sea llevado personalmente para asegurar los tres aspectos.	Se requiere la utilización de la técnica de firma digital que me asegura la integridad y autenticidad, así como las técnicas de cifrado (encriptado) que me asegura la confidencialidad.

2.1. Métodos de Cifrado (encriptado)

Existen diversos métodos de cifrado (encriptado) utilizados en documentos electrónicos, actualmente los más utilizados son:

1. **Criptografía de Clave Secreta:** Este método es también conocido como criptografía simétrica. Se utiliza una misma clave para cifrar y descifrar (desencriptar) un mensaje. La principal desventaja de este método es que tanto el que envía como el que recibe un documento debe conocer la clave usada en el cifrado (encriptado), lo que implica que el que envía el documento debe también enviar en algún momento su clave secreta con el riesgo de que ésta sea interceptada y con ella alguien no autorizado pueda interpretar los mensajes. Este tipo de criptografía se utiliza tanto en la creación de firmas digitales como en el cifrado (encriptado) de documentos.
2. **Criptografía de Clave Pública:** Este método es también conocido como criptografía asimétrica y fue diseñado para minimizar el riesgo de enviar claves secretas a través de algún medio o sistema de envío de información. Este método utiliza dos claves matemáticamente relacionadas en lugar de una sola clave, una de éstas es conocida con el nombre de clave pública y la otra como clave privada. La clave pública es tal como su nombre lo indica de dominio público mientras que la clave privada es mantenida en secreto y no es necesario que sea enviada ni a los receptores o emisores de los mensajes electrónicos. Este método se utiliza tanto para la generación de firmas digitales como para el cifrado (encriptado) de documentos.

2.2. Firma digital

Como se mencionó anteriormente, la técnica de la criptografía denominada firma *digital* se utiliza cuando se requiere asegurar la integridad y la autenticidad de los documentos electrónicos, pero esta técnica por sí sola no asegura la confidencialidad. Existen métodos de fuma digital basados, tanto en técnicas de criptografía tanto de clave secreta como de clave pública.

Tanto la firma digital como la firma manuscrita se fundamentan en el hecho de que es prácticamente imposible que dos personas tengan la misma firma.

3. Ejemplo de envío de un documento firmado digitalmente sin cifrado (encriptado).

Para que K envíe un documento electrónico firmado pero sin cifrar a J debe llevar a cabo los siguientes pasos: (Para efectos del ejemplo asumiremos

el uso de un método de criptografía de clave pública, de esta forma tanto K como J cuentan cada uno con su propio par de claves públicas y privadas).

1. K elabora el documento.
2. K utilizando un programa de computador realiza una operación sobre el documento denominada función de "digestión"", la cual consiste en la creación de una secuencia alfanumérica denominada digestión y la cual se comporta como una huella digital del documento, es decir, a cada documento le corresponde una única secuencia numérica. La labor de la función de digestión es generar una secuencia numérica de longitud fija usando un documento de cualquier longitud. Esta secuencia numérica es de una longitud normalmente mucho menor a la del documento.
3. **K toma solamente el resultado de la digestión del documento** y lo cifra con su clave privada, el resultado de este cifrado (encriptado) es lo que se conoce como firma digital.
4. K le envía a J el documento junto con la firma digital elaborada en el paso 3. Nótese que el documento en ningún momento ha sido cifrado (encriptado), sólo ha sido firmado digitalmente.

Para que J verifique que realmente fue K el que envió el documento debe seguir los siguientes pasos.

1. J toma el mensaje enviado por K e identifica (separa o individualiza) cuál es el documento y cuál es la secuencia alfanumérica correspondiente a la firma digital.
2. J mediante el mismo programa de cómputo utilizado por K aplica al documento la misma función de digestión que utilizó K para crear la firma digital obteniendo la digestión del documento que es una secuencia alfanumérica de longitud fija.
3. **J** toma la firma digital enviada por K y la descifra utilizando la clave pública de K, obteniendo una secuencia alfanumérica.

[25] El nombre en inglés de esta función es hash, cuya traducción al castellano es picadillo o revoltillo. Por ejemplo, para el mensaje "Por medio del presente quiero informarle que deseo cancelar el pedido hecho la semana pasada" se obtiene una digestión (utilizando el estándar MD5) que es "ef4da71662dc5d1d3f020b33180e9b40". Si se modifica el mensaje agregando la palabra no, de tal forma que el mensaje sea "Por medio del presente quiero informarle que no deseo cancelar el pedido hecho la semana pasada" la digestión resultante es "8662bad94b9bfaf39b48951cb5dfe567".

4. **J** compara la digestión del documento obtenida en el paso 2 con la obtenida en el paso 3, si estas dos secuencias son iguales quiere decir que K fue realmente el que firmó digitalmente el documento. Si las dos secuencias alfanuméricas no son iguales, es debido, ya sea a que K no firmó digitalmente el documento o que el documento fue alterado durante su envío.

4. Ejemplo de envío de un documento firmado digitalmente y cifrado (encriptado).

Para que K envíe un documento electrónico firmado digitalmente y cifrado (encriptado), a J, debe llevar a cabo los siguientes pasos: (Asumimos igualmente el uso de métodos de criptografía de clave pública).

1. K elabora el documento.
2. K utilizando un programa de computador realiza una operación sobre el documento denominada función de "digestión".
3. K toma solamente el resultado de la digestión del documento y lo cifra con su clave privada (la clave privada de K), el resultado de este cifrado (encriptado) es lo que se conoce como firma digital.
4. K une el documento con la firma digital elaborada en el paso 3 conformando el documento firmado digitalmente.
5. K toma el documento firmado y lo **cifra con la clave pública de J.** En este paso se obtiene el cifrado (encriptado) del documento firmado. **Nótese que para firmar K utiliza su propia clave privada, mientras que para cifrar utiliza la clave pública de J.**
6. K toma el resultado del proceso de cifrado (encriptado) del paso 5 y lo envía a J.

Para que J pueda tanto leer el documento así como verificar la autenticidad de éste debe llevar a cabo los siguientes pasos:

1. Descifrar (desencriptar) el documento recibido utilizando su clave privada (la clave de J), ya que el documento fue cifrado (encriptado) utilizando la clave pública de J. Como resultado obtiene el documento firmado.
2. J toma el documento firmado e identifica cuál es el documento y cuál es la secuencia alfanumérica correspondiente a la firma digital.
3. J mediante el mismo programa de cómputo utilizado por K aplica al documento la misma función de digestión que utilizó K para crear la firma digital obteniendo la digestión del documento.

4. J toma la firma digital enviada por K y la descifra utilizando la clave pública de K, obteniendo una secuencia alfanumérica.
5. J compara la digestión del documento obtenida en el paso 3 con la secuencia numérica obtenida en el paso 4, si estas dos secuencias son iguales, quiere decir que K fue realmente el que firmó digitalmente el documento. Si las dos secuencias alfanuméricas no son iguales, es debido, ya sea a que K no firmó digitalmente el documento o que el documento fue alterado durante su envío.

Es muy importante resaltar que cuando se habla de integridad y autenticidad, el emisor de un documento electrónico lo firma digitalmente usando su propia clave privada; cuando se habla de confidencialidad el emisor cifra el documento utilizando la clave pública del receptor. De igual forma el receptor verifica la firma digital de un documento electrónico utilizando la clave pública del emisor, y descifra (desencripta) el documento utilizando su propia clave privada.

5. Símil de la firma digital

Un símil que permite entender el funcionamiento de la firma digital es el propuesto por Inza, la caja de doble fondo de un mago:

> "Supongamos que tengo una caja de doble fondo cuyo anterior propietario era un mago, con una tapa que se abre de dos formas distintas con diferentes llaves. La propiedad de la caja es lo que se introduce cuando se abre con una llave pasa a un compartimiento al que sólo se puede acceder si se utiliza la otra llave. En esto ambas llaves son equivalentes, es decir, lo que se introduce usando una llave, sólo puede recuperarse usando la otra. Si una de las llaves la guardo de la forma más segura de la que soy capaz, y de la otra hago copias que reparto ampliamente o que difundo a través de un medio público, cualquiera que tenga una de esas llaves podrá entregarme sólo a mí un objeto sin que los demás lo conozcan. Sólo yo seré capaz de recoger el envío. En este caso la caja la utilizo como sobre seguro.
>
> "Por otro lado, si decido mostrar que sólo yo he tenido acceso a determinado dato u objeto, puedo introducirlo con mi llave en la caja. Cualquiera que abra la caja y encuentre el objeto, sabe que sólo yo he podido introducirlo allí. En este caso la caja es la herramienta que me permite realizar mi firma electrónica.
>
> *"Si cada persona dispone cíe una caja como la mía y reparte las llaves públicas a los demás, todos disponemos de un sistema para enviarnos mensajes de forma segura o para firmar envíos.*
>
> *"En el caso de 1.000 personas, necesitamos 1.000 cajas y cada uno tenemos nuestra llave privada y las llaves de los otros 999"*[26].

[26] Copiado así: SANCHIS CRESPO, CAROLINA. *"La prueba por soportes informáticos"*. Tirant lo Blanch, Valencia 1999, pág. 96, quien cita a INZA, J. *"Firma Electrónica"*, libro

La firma, como hemos explicado con anterioridad, está involucrada con el documento, por ello, es una función de él y no puede ser transferida para otro documento.

El artículo 28 de la Ley 527 de 1999, regla:

"Atributos jurídicos de una firma digital. Cuando una firma digital haya sido fijada en un mensaje de datos se presume que el suscriptor de aquella tenía la intención de acreditar ese mensaje de datos y de ser vinculado con el contenido del mismo.

"Parágrafo. El uso de una firma digital tendrá la misma fuerza y efectos que el uso de una firma manuscrita, sí aquella incorpora los siguientes atributos:

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

10.3.10.8. Los llamados documentos electrónicos se estiman como los documentos escritos

Debe afirmarse desde ahora, que los documentos electrónicos, son equivalentes a los escritos y deben ser valorados sin ninguna duda, como documentos.

Los mensajes de datos son documentos y son definidos por el artículo 2 de la Ley 527 de 1999, como:

"La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax",

Y lo mismo el comercio electrónico, en los siguientes términos:

"Abarca las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar. Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las siguientes operaciones: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; todo tipo de operaciones financieras, bursátiles y de seguros; de construcción de obras;

---

de ponencias de Mundo Internet 97. II Congreso Nacional de Usuarios de Internet, Madrid, 1997, págs. 113 y 114.

de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera".

Igualmente la Ley 527 de 1999, en su artículo 6 dice:

"Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta.

"Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas prevén consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito".

10.3.10.9. Los documentos electrónicos y el artículo 11 de la Ley 446 de 1998

Debe recordarse lo escrito en este mismo capítulo (capítulo III), sobre la autenticidad y siendo consecuente con ello podemos afirmar:

1 Si un documento está firmado, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la Ley 527 de 1999, se presume auténtico por su aportación al proceso.

2 Si un documento está firmado, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la Ley 527, y además se encuentra certificado por una entidad acreditada, ingresará como auténtico, tal y cual como si se hubiera hecho presentación de un documento escrito en una notaría y hubiera sido autenticado".

3 Si nos encontramos con un documento electrónico que se imprime y que dice por ejemplo *"bienvenido a Fingerhut.com"* y ofrece una

[27] Dice la Corte Constitucional Colombiana: "Uno de los aspectos importantes de este proyecto, es la posibilidad de que un ente público o privado con poderes de certificar, proporcione la seguridad a las relaciones comerciales por vía informática. Estos entes son las entidades de certificación, que una vez autorizadas, están facultadas para emitir: certificados en relación con claves criptográficas de todas las personas, ofrecer o facilitar los servicios de registro y estampado cronológico de la transmisión y recepción de mensajes de datos, así como cumplir otras funciones relativas a las comunicaciones basadas en las firmas digitales.

La entidad de certificación, expide actos denominados certificados, los cuales son manifestaciones como resultado de la verificación que efectúa sobre la autenticidad, veracidad y legitimidad de las claves criptográficas y la integridad de un mensaje de datos". (Sentencia C-662 de junio 8 de 2000. Mag. Pon. Dr. Fabio Morón Díaz).

muñeca Barbie, que se entregará sin ningún costo a quien compre un artículo *Sony,* durante determinado día. Efectivamente, ese día se compra el artículo *Sony,* pero no se entrega la muñeca argumentando que esa oferta no se hizo. Se puede presentar el documento (electrónico), ya impreso y afirmar que fue elaborado, por la tienda que vendió el *Sony,* si la tienda del ejemplo no lo desconoce operará, de conformidad con nuestro criterio, el reconocimiento previsto en el artículo 269 del C. de P.C., en caso de ser desconocido, podrá el aportante provocar el incidente de autenticidad, donde le incumbirá la carga de la prueba.

10.3.10.10. Criterios **para valorar un mensaje de datos**

El artículo 10 de la Ley 527 de 1999, regla:

"Los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil.

"En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de mensaje de datos, por el solo hecho que se trata de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original".

El artículo 11 regla:

"Criterio para valorar probatoriamente un mensaje de datos.

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

10.3.10.11. Cómo se aporta al proceso

El documento se va estampando en la memoria RAM, pero es normal que se grabe en el disco duro y después pasarlo a un CD.

Consideramos que la manera de aportarlo es la siguiente:

1. En un C.D.
2. En papel impreso, donde se vierta en idioma natural lo que contiene el soporte electrónico.
3. En papel impreso extraído de la pantalla, cuando se trate d documentos representativos, o mixtos.

4. El método empleado, explicado en forma juiciosa (que no significa abundante) y ponderada.
5. Si se encuentra firmado digitalmente, explicando qué clase de criptografía se empleó, si la simétrica o asimétrica (esto fundamentalmente para pensar en la presunción de autenticidad al cual se refiere el artículo 11 de la Ley 446 de 1998). Se debe expresar el software y el hardware usado en su confección.
6. Si tiene certificado de autenticidad de la firma electrónica.
7. Si se trata de documento electrónico sin firma digital, explicar en forma minuciosa, el método empleado y qué signos que ayuden a imputar autoría, se encuentran en el documento, como por ejemplo, el número del correo electrónico, etc. (esto con el fin de que pueda operar el reconocimiento del artículo 269 del C. de P.C., al cual nos hemos referido a espacio con anterioridad).

10.3.10.12.Exhibición e inspección del documento electrónico

En caso de ser necesario, como cuando se trata de establecer la autenticidad del documento, o establecer su tacha, es posible inspeccionar por ejemplo la CPU de un ordenador central de una entidad bancaria, lo cual se hará con peritos.

10.3.10.13.Legislación extranjera

En la Ley 1/2000, (Ley de Enjuiciamiento Civil española), en su artículo 299 No. 2, se dijo:

> "También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permitan archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso".

En el artículo 812 No. 1, al regular el proceso monitorio y refiriéndose a la manera de acreditar la deuda, se dice:

> "Mediante documentos, cualquiera que sea su forma y clase o el soporte físico en que se encuentren, que aparezcan firmados por el deudor o con su sello, impronta o marca o con cualquier otra señal, física o electrónica, proveniente del deudor".

10.3.10.14.En nuestro medio

El artículo 251 en concordancia con el 175 del C. de P.C, permitía el ingreso del llamado documento electrónico al proceso.

10,3,11. Autenticidad de las copias

Con relación al terna se podían esbozar dos criterios:

10.3.11.1. El de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional, en Sentencia C-023 de febrero 11 de 1998, refiriéndose al artículo 25 del Decreto 2651 dice:

"Art. 25. Los documentos presentados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial, tuvieran o no como destino servir de prueba, se reputarán auténticos sin necesidad de presentación personal ni autenticación, salvo los poderes otorgados a los representantes judiciales. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en relación con documentos emanados de terceros", norma que es esencialmente del mismo contenido del art. 11 de la Ley 446 de 1998, sostuvo la Corte Constitucional que se refiere a los originales".

[28] Dijo en efecto la Corte:

"Tanto el demandante, como el Procurador General de la Nación, afirman que las dos normas demandadas se encuentran suspendidas por el artículo 25 del Decreto 2651 de 1991, cuya vigencia ha sido prorrogada hasta el 10 de julio de 1998. La Corte no comparte este criterio, por las siguientes razones:

"El artículo 25 citado se refiere a los 'documentos' y hay que entender que se trata de documentos orginales. En cambio, las normas versan sobre las copias, como ya se ha explicado. Sería absurdo, por ejemplo, que alguien pretendiera que se dictara mandamiento de pago con la copia simple, es decir, sin autenticar, de una sentencia, o con la fotocopia de una escritura pública, también carente de autenticidad.

"Un principio elemental que siempre ha regido en los ordenamientos es el de que las copias, para que tengan valor probatorio, tienen que ser auténticas. Ese es el principio consagrado en las normas del Código de Procedimiento Civil que regulan lo relativo a la aportación de copias de documentos.

"De otra parte, la certeza de los hechos que se trata de demostrar con prueba documental, y en particular, con copias de documento, está en relación directa con la autenticidad de tales copias. - Tal certeza es el fundamento de la eficacia de la administración de justicia, y en últimas constituye una garantía de la realización de los derechos reconocidos en la ley sustancial.

"En tratándose de documentos originales puede el artículo 25 ser explicable, porque su adulteración es más difícil, o puede dejar rastros fácilmente. No así en lo que tiene que ver con las copias, cuyo mérito probatorio está ligado a la autenticación.

"Si el artículo 25 hubiera querido referirse a las copias así lo habría expresado, porque en el derecho probatorio es elemental la diferencia entre documentos originales y copias. Pero, no lo hizo, como se comprueba con su lectura:

'Art. 25. Los documentos presentados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial, tuvieren o no como destino servir de prueba se reputarán auténticos sin necesidad de presentación , personal ni autenticación, salvo los poderes otorgados a los representantes judiciales. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en relación con documentos emanados de terceros'.

"Por lo anterior, la Corte Constitucional sostiene que estas normas, las demandadas, en ningún momento han estado suspendidas por el art. 25 transcrito. Aunque es bueno aclarar que si las normas se encontraban suspendidas, ello no sería obstáculo para que la Corte decidiera sobre su exequibilidad.

Con ese mismo universo, la Corte Constitucional en la sentencia citada, declaró exequibles: el numeral 2 del artículo 254 del C. de P.C., cuyo texto es el siguiente:

"Valor probatorio **de las** copias. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, en los siguientes casos:

"2. Cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente".

Igualmente la Corte, declaró exequible el numeral 3 del artículo 268 del Código de Procedimiento Civil que dice:

"Aportación de documentos privados. Las partes deberán aportar el original de los documentos privados, cuando estuviere en su poder.

"Podrán aportarse en copia:

"Aquellos cuyo original no se encuentre en poder de quien los aporta. En este caso, para que la copia preste mérito probatorio será necesario que su autenticidad haya sido certificada por notario o secretario de oficina judicial, o que haya sido reconocida expresamente por la parte contraria o demostrada mediante cotejo".

En resumen la Corte Constitucional, al referirse al artículo 25 del Decreto 2651 de 1991, en esencia igual al artículo 11 de la Ley 446 de 1998, lo consideró aplicable a los originales, pero no a las copias de conformidad con lo transcrito anteriormente.

10.3.11.2. La Corte Suprema de Justicia — Sala Laboral

La Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, al referirse al art. 25 del Decreto 2651 de 1991, ya reseñado dijo:

"Decisión: En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución:

"Resuelve: I. Declarar exequible el numeral 2 del art. 254 del Código de Procedimiento Civil, cuyo texto es el siguiente:

'*Valor probatorio de las copias.* Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, en los siguientes casos:

'2. Cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente'.

"2. Declarar exequible *el* numeral 3 del art. 268 de Procedimiento Civil, cuyo texto es el siguiente:

'*Aportación de documentos privados.* Las partes deberán aportar el original de los documentos privados, cuando estuvieren'.

"Podrán aportarse en copia:

"3. Aquellos cuyo original no se encuentren en poder de quien los aporta. En este caso, para que la copia preste mérito probatorio será necesario que su autenticidad haya sido certificada por notario o secretario de oficina judicial, o que haya sido reconocida expresamente por la parte contraria o demostrada mediante cotejo".

"El contenido de las normas traídas a colación enseña que a partir de 1991, en salvaguarda de los elevados valores y principios superiores, los documentos presentados por las partes en el proceso, sin distingos de si son originales o reproducciones mecánicas, se reputarán auténticos; porque así lo dice nítidamente el precepto legal aplicable y la 'salvedad o excepción' la refiere expresa y exclusivamente a dos eventos: a) los poderes otorgados a los representantes judiciales *y* b) los documentos emanados de terceros. Ello no es óbice para que la parte contra quien se hace valer, en el evento de no corresponder a la verdad o no estar seguro de su autoría o contenido, en ejercicio de los principios de contradicción y publicidad de la prueba, quede facultada para solicitar su cotejo con el original, o a falta de éste con una copia auténtica expedida con anterioridad a aquélla".

El cotejo está regulado por el ordenamiento probatorio y se efectúa en la inspección judicial dentro de la oportunidad para practicar pruebas (C.P.C., arts. 255 y 244), donde se pueden examinar cosas, lugares, personas o documentos, e inclusive quedan las opciones de proponer la tacha o desconocimiento previstos por el legislador en los artículos 275 y 289, ibídem.

10.3.11.3. Nuestra posición

Debe entenderse, que el planteamiento se refiere a los documentos privados. Los documentos privados que tengan signos de individualidad, es decir los suscritos o manuscritos, pueden ser presentados al proceso y por las razones explicadas se presumen auténticos. Las copias de estos documentos igualmente se presumen auténticas. El art. 253 del C.P.C., cuando regla que los documentos se aportarán al proceso originales o en copia, avala el planteamiento anterior.

No cabe duda que las copias por sobre todo de los documentos privados, manuscritos o suscritos, se presumen auténticas y que la parte contra la cual se exponen puede ejercitar el derecho de contradicción mediante la tacha de falsedad, también puede solicitar inspección sobre el original (art. 244 del C. de P.C.) y el cotejo (art. 255). Todo esto teniendo en cuenta que quien expone la copia debe explicar, cuál es la razón por la cual no presenta el original.

No se debe olvidar, que como tenemos diseñada nuestra racionalidad para pensar en los escritos, por ello hay que hacer hincapié que lo dicho también se aplica a otros documentos como videos, fotografías, grabaciones y en general a documentos que tengan signos de individualidad de conformidad con lo escrito anteriormente.

10.4. DOCUMENTOS PRIVADOS EMANADOS DE TERCEROS

De conformidad con lo preceptuado por el artículo 277 del C. de P.C., los documentos privados emanados de terceros solo pueden ser estimados por el juez, salvo disposición en contrario:

10.4.1. Si son de naturaleza dispositiva o simplemente representativa

Los documentos son dispositivos cuando contienen actos de voluntad para disponer o contraer obligaciones, como la celebración de un contrato de compraventa, de arrendamiento, de depósito o de mutuo. Verbigracia: Si A, en un proceso determinado, demanda a B y éste aporta un documento mediante el cual J aparece vendiéndole el bien que es objeto de la pretensión, para que ese documento pueda ser apreciado como prueba (por cuanto es emanado de un tercero y tiene la calidad que hemos indicado), se requiere que sea auténtico de conformidad con lo previsto en el artículo 252 del C. de P.C.

Son representativos cuando no contienen ninguna declaración, por ejemplo, una fotografía. Estos documentos podrán ser estimados por el juez si son auténticos de acuerdo con lo señalado en el artículo 252 del C. de P.C.

10.4.2. Si es simplemente declarativo

El numeral 2 del art. 10 de la Ley 446 de 1998 regla:

"Los documentos privados de contenido declarativo emanados de terceros, se apreciarán por el juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contraria solicite su ratificación".

Expliquémoslo, inicialmente, con un ejemplo, se trata de un proceso ordinario que tiene como demandante a A y como demandado a B; A aporta al proceso un documento que dice: "Hago constar que el día 2 de diciembre de 1984, observé que el vehículo marca Renault, de color rojo, con placas ED-2628, fue estrellado por la parte de atrás por la volqueta de placas EN-0085, conducida por el señor Z". El escrito aparece firmado por C.

Repárese que este documento no es más que un testimonio, que no ha sido recibido, ni siquiera en forma anticipada, por el órgano jurisdiccional, el que, por la misma razón, carece de la solemnidad del juramento; entonces podrá ser apreciado en el proceso por el juez sin necesidad de que se reciba ratificación del mismo, salvo que la parte contraria a la aportante solicite la misma.

En el evento de que la parte contraria a la aportante solicite la ratificación, quien la aportó debe hacer todas las diligencias para que el 'testigo'

comparezca y debe indicar el lugar donde se puede notificar. Si en ese evento no se puede hacer la ratificación, no se podrá apreciar ese testimonio, porque la solicitud de ratificación nos está indicando que la parte contraria quiere ejercer su derecho de contradicción. En caso de que no haga la manifestación anterior, ello indica que está conforme con lo dicho por la persona autora del documento declarativo.

`Ratificar' no significa, en ningún caso, leerle al testigo su declaración precedente, para saber si está de acuerdo con ella, sino de lo que se trata es de recibírsela como si no existiera ninguna versión anterior, es decir se debe recibir el testimonio para que el solicitante de la ratificación pueda ejercer el derecho de contradicción. Se debe cumplir el trámite del art. 228 del C. de P.C. El juez en todo caso puede ordenar de oficio la ratificación (arts. 179 y 180 del C. de P.C.).

10.5. JURISPRUDENCIA

"Es aplicable, como es obvio en el caso de los documentos declarativos, cuando se haya solicitado por la contraparte del aportante su ratificación y no se haya ordenado o se haya apreciado el documento a pesar de la petición de ratificación sin haberse podido hacer por la incuria o desidia de la parte aportante para lograr la comparecencia del 'testigo'.

"Pero si, como también lo tiene dicho la doctrina de la Corte, no se presume el desconocimiento de una prueba por el sentenciador, cuando sus conclusiones no pugnan con el tratamiento o estimación que a las mismas ha debido darse, en el presente caso no puede imputarse al Tribunal desconocimiento de las pruebas referidas, puesto que todas ellas, por provenir de terceros en la relación procesal y sin estar reconocidos por sus autores, son ineficaces para oponerlas como prueba literal en contra del litigante que no tuvo injerencia en su producción. Pero ni siquiera, podría afirmarse que por provenir de quienes son terceros en el proceso deben considerarse legalmente como prueba testimonial, desde luego que carecen de la formalidad del juramento.

"Hablando de la naturaleza del documento y concretamente en cuanto a su contenido, dice Manuel de la Plaza: 'En contemplación del punto de vista, a que nos referimos, Carnelutti distingue en el grupo de los documentos declarativos los que tienen su carácter constitutivo (un testamento ológrafo) o dispositivo (un recibo) y los que solo tienen un valor testimonial que a su vez pueden acreditar una confesión de hechos propios (documento confesional) o una confesión de hechos relativos a terceros (documento testimonial stricto sensu).

`Y es obvio —agrega este tratadista— que cuando el documento acredita hechos que ocurren a presencia del que lo autoriza o emanan de la persona que los escribe, constituye una prueba de primer grado, mientras que cuando consigna,

aunque sea fehacientemente, declaraciones de voluntad ajena, si demuestra inequívocamente que se han hecho, salvo el caso de falsedad, no justifica su veracidad, que, por tanto, puede ponerse en entredicho y contradecirse por otros elementos probatorios, lo que en realidad constituye una prueba indirecta o de segundo grado'. *(Derecho procesal civil,* Vol. I, págs. 494 y 495, 3' edición).

"Y José Chiovenda hablando de la importancia de la prueba literal dice: `Proviniendo de las partes, la escritura puede constituir la prueba de una confesión; proviniendo de un tercero puede ser la prueba de un acto jurídico o de un hecho del tercero, o reproducir las observaciones hechas por un tercero en cuyo caso lo escrito no puede tener sino una importancia secundaria, presentándose como un subrogado de posición testimonial sin las necesarias garantías' *(Derecho procesal civil,* T. II, No. 66).

"Este criterio expuesto por la doctrina foránea fue, exactamente, acogido y consagrado por el legislador colombiano de 1970, puesto que mediante el artículo 277 del C. de P.C. hoy vigente, dispuso que 'Salvo disposición en contrario, los documentos privados emanados de terceros solo se estimarán por el juez:

`1. Si siendo de naturaleza dispositiva o simplemente representativa, fueron reconocidos por sus autores, o se ordenó tenerlos, por reconocidos, o se probó por otros medios de autenticidad.

`2. Si siendo simplemente declarativos, su contenido se ha ratificado mediante las formalidades establecidas para la prueba de testigos, caso en el cual se apreciarán en la misma forma que los testimonios (no se debe olvidar que de conformidad con el numeral 2 del art. 10 de la Ley 446 de 1998 se establece que se podrán apreciar sin ratificación, salvo que la otra parte (contra quien se exponen), solicite su ratificación)'".

En otra ocasión la Corte dijo:

"Es decir, se requiere que el tercero deponga sobre los hechos a que se refiere el documento que aportó al proceso una de las partes, lo cual persuadirá de la verdad al funcionario que debe dirimir la controversia y permitirá por consiguiente, una más acertada aplicación de los preceptos de carácter sustancial.

"El que exista una certificación emanada del secretario abogado de la Junta General de Aduanas en Valparaíso (Chile) en el sentido de que A.M.C. es agente de Aduanas y Ministro de fe en las declaraciones que formule en los documentos con destinación aduanera, no evita el cumplimiento de tal regla de carácter probatorio, ya que si bien ello es cierto, no lo es menos que los referidos documentos, son de naturaleza privada, ya que fueron suscritos al parecer, por las personas naturales

'9 SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. 25 de febrero de 1974. Mag. Pon. Dr. Humberto Murcia Bailén. G.J., T. CXLVIII, E parte, págs. 54 a 65.

FCM. y por la sociedad denominada A.M. y H.S. Ltda., la cual corno su nombre lo pone de presente, se dedica a la actividad mercantil.

"La carta suscrita por FEM (folio 35 cd 1) del Departamento de V. de C.S.A. Buenaventura dirigida a R y Cía. Ltda. de esta misma población y por medio de la cual se informa que los contenedores 273529, 261202 y 267895 `previamente llenados por los interesados', fueron embarcados en el vapor Santa Isabel V-17 de agosto 29 de 1974 y estibados en la cubierta de escotilla No. 5".

No se produjo dentro del proceso la correspondiente declaración testimonial de quien la suscribió, requisito indispensable para darle eficacia probatoria sobre todo si se tiene en cuenta que su contenido es declarativo" (no se debe olvidar que para que surja la necesidad de la ratificación, se requiere que la parte contra la cual se expone el testimonio, solicite su ratificación [numeral 2 del art. 10 de la Ley 446 de 1998].

¿Qué sucede si se presenta un documento de carácter declarativo proveniente de un tercero y la parte contra quien se aduce no solicita la ratificación? Pues sencillamente que se apreciará, claro está, tal conducta no significa de ninguna manera que la parte esté aceptando lo que dice el documento, sino que seguramente tratará de desvirtuar su contenido (testimonio) con otros medios probatorios, por cuanto que algunas veces resulta desaconsejable interrogar, por ejemplo, cuando se trata de un avezado mentiroso que puede con éxito superarlo; caso sería mejor refutar su testimonio, con otros testimonios o con pruebas de otra naturaleza.

Con relación a los documentos de naturaleza dispositiva o simplemente representativos, solo se estimarán por el juez si son auténticos de conformidad con el art. 252 del C. de P.C.

Es importante, tener en cuenta que cuando el documento proviene de un tercero, y no es de naturaleza declarativa, sino dispositiva o simplemente declarativa, debe lograrse su autenticidad, pero es frente al tercero de quien proviene. Si el documento se aduce contra una parte, ésta no necesita desconocerlo o tacharlo de falso, para evitar que se produzca el reconocimiento (ya que no proviene de ella ni del causante) pues la parte que lo aporta le incumbe la demostración de la autenticidad.

[30] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. 5 de abril de 1983. Proceso ordinario de Editorial Capricornio S.A., contra Aseguradora del Valle S.A. Mag. Pon. Dr. Héctor Gómez Uribe. No publicada.

11. IMPUGNACIÓN Y DESCONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS

11.1. DOCUMENTOS PRIVADOS NO AUTÉNTICOS

11.1.1. Primera hipótesis

Se trata del documento privado auténtico (adquirida por la presentación al proceso), que se encuentra manuscrito o firmado, el cual se aduce en contra del presunto autor, afirmando lo anterior. Éste puede tacharlo de falso.

Ejemplo: X presenta un documento (que es auténtico por la declaración que hace el aportante) privado en un proceso que adelanta contra Y, afirmando que está suscrito por éste. Y puede tacharlo (le falso.

11.1.2. Segunda hipótesis

Se trata de un documento privado auténtico (autenticidad que trae el documento antes de ingresar al proceso), en ese evento la persona contra la cual se aduce puede tacharlo de falso.

Ejemplo: A presenta una letra de cambio supuestamente suscrita por B. Éste puede tacharla de falsa.

11.1.3. Tercera hipótesis

Cuando el documento privado (que adquiere autenticidad por presentarse al proceso, art. 11 de la Ley 446 de 1998) manuscrito o suscrito, se presenta como prueba en un proceso, afirmándose haber sido manuscrito o suscrito por el causante de las personas contra las cuales se aduce.

Obsérvese bien: Se debe aplicar el inciso 2 del art. 289 del C. de P.C. que regla "los herederos a quienes no les conste que la firma o el manuscrito no firmado proviene de su causante, podrán expresarlo así en las mismas oportunidades. En ese evento hay que adelantar el incidente de autenticidad del art. 275".

11.1.4. Cuarta hipótesis

Se trata de documento privado, que de conformidad con la ley material, se presume auténtico, el cual es presentado a un proceso afirmándose haber sido firmado por el causante. En ese caso hay que tacharlo de falso, ya que trae aparejada la presunción y no la pierde por el hecho de ser expuesto el documento frente a los herederos. X ejecuta a

los herederos de J, con sustento en una letra de cambio supuestamente suscrita por J. No es suficiente que los herederos afirmen que no les consta que la firma proviene de su causante (inciso 2 del art. 289 del C. de P.C.), deben tachar el documento de falso, porque viene desde fuera del proceso con la presunción de autenticidad.

11.2. EJEMPLO TOMADO DE LA JURISPRUDENCIA Y SU APLICACIÓN A LA NUEVA LEGISLACIÓN

X presenta un documento (privado no auténtico, ya que se trata de una carta) contra los herederos de E.Z. El documento fue tachado de falso por la heredera de E.Z y, finalmente se resolvió: "En el presente caso, aunque la carta varias veces comentada se presentó como prueba contra las herederas de E.Z, éstas no se limitaron a poner en duda su autenticidad sino que expresamente la tacharon de falsa". Más adelante la sentencia dice: "No sobra repetir que por tratarse de un documento no auténtico que se dice haber sido firmado por el causante de las demandadas, a éstas les bastaba, para impedir que se produjese el reconocimiento tácito que se consagraba en el numeral 3 del artículo 252 del C. de P.C., con manifestar que no les constaba su autenticidad o aún más, con tacharlo de falso. En uno y otro evento era a la parte que lo presentó y pretendía invocarlo como prueba a su favor, a la que correspondía demostrar plenamente su autenticidad, lo que no logró en el presente caso como se expresó anteriormente"'.

De conformidad con el art. 11 de la Ley 446 de 1998, hoy día, la situación se presenta así: como la carta supuestamente se encuentra suscrita por E.Z., al presentarla al proceso por provenir de una de las partes (sólo que están los herederos), se presume auténtica (autenticidad que adquirió por la presentación al proceso). Los herederos pueden manifestar que no les consta que la firma es del causante, lo cual hace necesario adelantar el incidente de autenticidad, donde la carga de la prueba ya no se la enrostramos al aportante por la presunción de autenticidad, pero por haberla adquirido por la manifestación del aportante, en el incidente la colaboración debe ser de ambas partes para averiguar la verdad en la forma que se dejó explicado con anterioridad,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. 5 de agosto de 1980. Proceso de L.M.C. contra los herederos de EZ. Mag. Pon. Dr. José María Esguerra Samper. No publicada oficialmente.

12. RECONOCIMIENTO

Debe tenerse en cuenta en forma precisa las normas:

1) El artículo 252 del Decreto 1400 de 1970, en el tema de autenticidad dice: "Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha **firmado o elaborado".**

2) El art. 252 reformado por el Decreto 2282 de 1989, reformado, dice: "Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha **elaborado, manuscrito o firmado".**

3) Ya se dijo, con sustento en el Decreto 1400 de 1970, el concepto de elaborado se reducía a afirmar que hubiera sido suscrito. Y esa fue la razón para que en la Reforma de 1989, se le diera entidad a **manuscrito,** para inculcar en los intérpretes el concepto genérico de elaborado.

Si estableciéndose quién elaboró jurídicamente el documento, establecernos su autenticidad y por ello debe existir un procedimiento como es obvio para que ello suceda y ese procedimiento es la utilización de los reconocimientos.

4) El artículo 269 del C. de P.C., corno se dijo anteriormente, no fue reformado en el año de 1989, se mantuvo como fue redactado en el Decreto 1400 de 1970, luego no se tuvo en cuenta la ampliación que había realizado el art. 252 del C. de P.C., en la forma que se explicó anteriormente, así las cosas no cabe duda que los instrumentos no firmados ni manuscritos, pero elaborados, pueden llegar a ser auténticos, estableciéndose por medio de los reconocimientos o por cualquier medio probatorio.

Ahora nos atrevemos a sostener que podemos utilizar cualquier tipo de reconocimiento, valiéndonos del principio de la buena fe consagrada en el art. 83 de la Constitución Política de Colombia y en la solidaridad consagrada en el art. 1° de la C.P.

Trabajemos con un ejemplo: K presenta un volante, donde por ejemplo se anuncian unas características que tienen unos apartamentos que se vendieron y afirman que fueron elaborados (jurídicamente) por X, su contraparte en el proceso.

En virtud de lo dicho y siempre cuando se explique por qué se imputa la elaboración jurídica a X, si este no lo desconoce el documento queda reconocido y por consiguiente auténtico y puede ser apreciado. No aparece ajustado a los nuevos principios de lealtad y buena fe que se aporte un documento que obra en el proceso imputándoselo en el ejemplo propuesto a X y que este guarde silencio y que en esas circunstancias a pesar de haber enrostrado autoría a la

contraparte esta con su silencio logre que no se aprecie. Eso es proteger la mala fe y la astucia. Se debe pronunciar y si no lo hace, se tiene por reconocido, si niega la autoría, el aportante debe probar su autenticidad utilizando cualquier medio probatorio. Nos atrevemos a sostener entonces que con los nuevos principios sí opera este tipo de reconocimiento, para los documentos elaborados, aunque no se encuentren firmados ni suscritos".

13. RECONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS

13.1. ENUNCIACIÓN

Se podría decir que es el acto expreso o tácito, en virtud del cual el autor jurídico o sus causahabientes, le otorgan autenticidad a un documento", el reconocimiento puede ser:

1) Expreso, 2) Ficto, 3) Tácito, 4) Implícito, 5) Por inscripción, y 6) Por atestación.

13.2. CLASES DE RECONOCIMIENTO

13.2.1. El reconocimiento expreso

(Expreso, del latín expressus) . Es el que se hace en forma clara, patente, especificada; puede ser espontáneo o provocado, por citación judicial a solicitud de parte. El reconocimiento provocado está consagrado en los artículos 272, 273 y 296 del C. de P.C.

13.2.2. El reconocimiento ficto

(Ficto, del latín rictus. De fingir) . Se da cuando se presentan los eventos contemplados en el artículo 274 del Código de Procedimiento Civil, esto es,

[32] Somos concientes que hemos repetido el planteamiento, pero por ser nuevo y tratar de que se imponga, nos hemos visto obligados a tal reiteración.

[33] En parte la noción del maestro DEVIS ECHANDÍA: "El reconocimiento es el acto expreso o implícito, en virtud del cual el autor jurídico del documento o sus causahabientes, le otorgan autenticidad, sea espontáneamente o por citación judicial a solicitud de parte interesada, o por no tacharlo de falso, en el término señalado por la ley procesal" *(Compendio de derecho procesal.* Tomo II, Editorial ABC, Bogotá, 1982, pág. 436).

[34] *Diccionario de la Lengua Española.* Real Academia Española. Consultar la voz correspondiente.

[35] Ibídem.

cuando el citado, para que reconozca el documento, o concurre a la diligencia, o cuando, no obstante comparecer, se niega a prestar juramento o a declarar, o da respuestas evasivas. En los últimos tres casos, para que opere el reconocimiento se requiere que haya habido, en la respectiva diligencia, amonestación, es decir, que el juez le haya hecho saber al compareciente que si persiste en esas conductas, el documento se tendrá por reconocido. En caso de que el funcionario no haga la advertencia, o si la hace pero no deja constancia en el acta, no opera este tipo de reconocimiento.

13.2.3. El reconocimiento tácito, impropiamente llamado implícito

(Tácito, del latín **tacitas.** p.p. de **tacere:** callar, callado, silencioso)[36]. Para que opere este tipo de reconocimiento, se requiere que concurran dos supuestos:

1) Que se aporte al proceso un documento y que se afirme estar suscrito, haber sido manuscrito, por la parte contra la cual se opone. En este caso, de conformidad con el art. 11 de la Ley 446 de 1999, el documento se tiene por auténtico y el hecho de guardar silencio ratifica esa autenticidad.

2) Cuando se trata de instrumento o cualquier otro documento, sin signo de individualidad, como lo explicamos anteriormente, en nuestro criterio opera este tipo de reconocimiento. La persona contra la cual se opone puede desconocerlo y al aportante le incumbe probar la elaboración jurídica.

En el Código de Procedimiento Penal (Ley 599 de 2000) está previsto el reconocimiento tácito en los siguientes términos:

> "Artículo 262. Reconocimiento tácito. Se presumen auténticos los documentos cuando el sujeto procesal contra el cual se aducen no manifieste su inconformidad con los hechos o las cosas que expresan, antes de la finalización de la audiencia pública".

13.2.4. El reconocimiento implícito

(Implícito, del latín **implicitus.** rícese che lo que se entiende incluido en otra cosa sin expresarlo)". Cuando una parte aporta al proceso un documento privado, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad.

[36] *Diccionario...* Ibídem.

[37] Ibídem.

13.2.5. El reconocimiento por inscripción

El articulo 252 del Código de Procedimiento Civil se refiere a él cuando. preceptúa que es auténtico un documento cuando fue inscrito en un registro público, a petición de quien lo firmó.

13.2.6. Reconocimiento por atestación

(Atestar, del latín attestari; de ad. a, y **testis,** testigo; testificar, atestiguar)[38]. El Decreto 960 de 1970 desarrolla este tipo de reconocimiento:

Artículo 68. "Quienes hayan suscrito un documento privado podrán acudir ante el notario para que éste autorice el reconocimiento que hagan sus firmas y del contenido de aquél. En este caso *se* procederá a extender una diligencia en el mismo documento o en hoja adicional, en que se expresen el nombre y descripción del cargo del notario ante quien comparece; el nombre e identificaciones de los comparecientes; la declaración de éstos de que las firmas son suyas y el contenido del documento es cierto, y el lugar y fecha de la diligencia, que terminará con las firmas de los declarantes y del notario, quien, además, estampará el sello de la notada".

Artículo 69. "Cuando se trate de personas que no sepan o no puedan firmar,' en la diligencia de reconocimiento se leerá de viva voz el documento, de todo lo cual se dejará constancia en el acta, que será suscrita por un testigo rogado por el compareciente, quien, además, imprimirá su huella dactilar,, circunstancia que también se consignará en la diligencia indicando cuál fue la impresa".

Artículo 70. "Si se tratare de personas ciegas, el notario leerá de viva voz el documento, y si fuere consentido por el declarante, anotará esta circunstancia. Si entre los comparecientes hubiere sordos, ellos mismos leerán el documento y expresarán su conformidad, y si no supieran leer manifestarán al notario su intención para que establezca su concordancia con lo escrito y se cerciore del asentimiento de ellos tanto para obligarse en los términos del documento como para reconocer su contenido y rogar su firma. De otra manera el notario no practicará la diligencia".

Artículo *71.* "El notario no prestará sus servicios si el compareciente fuere absolutamente incapaz absoluto y la incapacidad fuere percibida por aquel o constare en pruebas fehacientes".

Artículo 72. "El reconocimiento practicado en la forma dispuesta en este capitulo, da plena autenticidad y fecha cierta al documento *y* procede respecto del otorgado para pactar expresamente obligaciones".

38 *Diccionario.*. Ibídem.

13.3. AUTENTICACIONES ANTE NOTARIO QUE DE NINGUNA MANERA SON RECONOCIMIENTOS

Ya hemos transcrito los artículos pertinentes del Decreto 960 de 1970, en cuanto hacen relación al reconocimiento de documentos. Existe lo que se conoce con el nombre de autenticaciones, consagradas en los artículos 73 y 77 del mismo ordenamiento, las que de ninguna manera implican reconocimiento del documento y que no se pueden utilizar cuando se trata de documentos donde se hagan constar obligaciones directamente. En términos generales, la diligencia se explica así en el Decreto 960 de 1970:

a) "Si una persona tiene registrada su firma en una notaría, puede llevarse a ésta un documento, a fin de que el notario rinda testimonio de que la firma puesta en aquel, corresponde a la registrada, previa confrontación de las dos. También puede dar testimonio de que ellas fueron puestas en su presencia, estableciendo la identidad de los firmantes" (artículo 73).

b) "Podrá autenticarse una copia mecánica o una literal de un documento, siempre que aquella corresponda exactamente al original que se tenga a la vista a que ésta comprenda la integridad del documento exhibido o lo reproduzca con entera fidelidad" (artículo 74).

c) "La autenticación se anotará en todas las hojas de que conste el documento autenticado, con expresión de la correspondencia de la firma puesta allí con la registrada, o de su contenido con el original; cuando éste reposare en el archivo notarial, se indicará esta circunstancia, con cita del instrumento que lo contiene o al cual se halla anexado. El acto terminará con mención de su fecha y la firma del notario" (artículo 75).

d) "El notario dará testimonio de autenticidad de una fotografía de una persona si establece por sus sentidos que corresponde a ella y está agregada a un escrito en que el interesado asevere ser suya y en que reconozca la firma con que autorice dicha afirmación" (artículo 76).

e) "La autenticación sólo procede respecto de documentos de que no emanen directamente obligaciones, no equivale al reconocimiento, tiene el valor de un testimonio fidedigno y no confiere al documento mayor fuerza de la que por sí tenga" (articuló 77).

13.4. DILIGENCIA PARA PROVOCAR EL RECONOCIMIENTO

13.4.1. Procedimiento

13.4.1.1. Legitimación para solicitarlo

Cualquier persona que tenga interés en el documento y que lo presente, puede solicitar que se cite a otra para que, con ella, se surta reconocimiento. El artículo 272 del C. de P.C., preceptúa: "El que presente un documento en original o reproducción mecánica, podrá pedir su reconocimiento...",

13.4.1.2. Anexos

A la solicitud para provocar el reconocimiento, sea procesal o extraprocesal, se acompaña el documento original, copia al carbón, fotocopia, y cuando se cita al mandatario, la prueba del mandato.

13.4.1.3. A quién se cita

Se solicita la citación de la parte cuyos datos obran en el proceso, y en el evento en que sea extraprocesal, debe indicarse la persona, su domicilio y el lugar donde puede ser notificada.

13.4.1.4. A quiénes se puede citar para el reconocimiento

El párrafo 1° del artículo 272 del C. de P.C., preceptúa:

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

Para que el documento pruebe contra el mandante o representado, se necesita:

a) Acreditar que se trata efectivamente de un mandatario suyo, en ejercicio de sus funciones.

b) Como el mismo artículo citado dice, con facultades para obligar al mandante en actos de esa misma índole, es decir, que si reconoce un documento referido, verbigracia, aun contrato de compraventa por un precio determinado, pueda obligarlo, por tener facultades para celebrar esta especie de contrato hasta por un determinado valor. Esto es obvio, ya que el mandante resulta obligado por los actos realizados por el mandatario, siempre que éste lo haga dentro de las facultades que le hayan sido otorgadas por aquél.

c) El párrafo 3° del artículo 272 del C. de P.C. prevé la hipótesis en que el documento está suscrito por mandatario; en este evento, se podrá citar indistintamente a éste o a su mandante y el reconocimiento que hiciere el primero producirá todos sus efectos si aparece probado el mandato para la fecha del documento. Es necesario entonces, acreditar en el proceso que la persona era mandatario del obligado en la época en que se creó el documento.

Es aconsejable, en los casos de fallecimiento del mandatario, o en su ausencia, citar al mandante y demás obligados, y que ante la posibilidad de que éste afirme no recordar la firma de su mandatario, que el solicitante advierta tal circunstancia y solicite al juez que al decretar la comparecencia del obligado, le ordene investigar la firma de su representante, para que diga si ésta le pertenece o no: Se evita así una respuesta elusiva, como la de decir que no le consta.

13.4.1.5. Decreto de **la diligencia**

El juez señala fecha *y* hora para que tenga lugar la diligencia y el sitio en donde se realizará, el que normalmente debe ser el despacho del juzgado; sin embargo, cuando se trata de una persona detenida o impedida físicamente para comparecer a dicha dependencia, puede llevarse a cabo en otro sitio, verbigracia, en la casa de habitación del citado, en el lugar en que se encuentre recluido, etc.

13.4.1.6. Notificación de la realización de la diligencia

Si se decreta dentro del proceso, la notificación a las partes se hará por medio de estado, a los terceros se les notificará en la forma señalada en los numerales 1° y 2° del artículo 320 del C. de P.C. Si es extraproceso, el interesado podrá pedir que se cite a las personas indicadas en el artículo 272; éstas deben ser notificadas en forma personal, salvo cuando se trate del reconocimiento de documentos que como diligencia anticipada se solicita en los procesos ejecutivos; en este único caso es posible emplazar a la parte citada (inciso final del artículo 301 del C. de P.C.).

13.4.1.7. **Juramento**

La declaración debe ser recibida previa la solemnidad del juramento (promisorio). Si la persona reconoce el documento sin habérsele tomado juramento, la diligencia de todas maneras es válida. En el evento en que, por el contrario, no lo reconozca, en el mismo supuesto, la diligencia es inexistente y hay que realizarla nuevamente. No es válido que después de la diligencia se le reciba juramento.

13.4.1.8. Qué se le pregunta

a) Si está firmado por la persona citada, se le preguntará a fin de que conteste si la firma es suya o no.

b) Si está manuscrito, si fue escrito por ella.

e) Si es una grabación, se le interrogará sobre si la voz es suya o no.

d) Si se trata de una fotografía, se le cuestionará a ella o a sus herederos si ellos y/o el causante aparecen en la fotografía.

e) Si el documento está firmado a ruego de una persona que no sabía o no podía firmar, ésta deberá declarar si se extendió por su orden; si el signatario obró a ruego suyo; si es cierto su contenido; además, si la persona no sabe o no puede leer, el juez debe darle lectura al contenido del documento, dejando constancia en el acta de tales formalidades, ya que si así no ocurre, es tal como si no se hubiera realizado; piénsese en quien no sabe leer y en un juez que se limita a preguntarle si reconoce el documento, en vez de enterarlo de lo que contiene.

13.4A.9. Diligencia de reconocimiento realizada extraproceso

Surtida, se entregará la actuación original al solicitante, dejandoen el juzgado copia auténtica de ella y del respectivo documento.

Como puede observarse, la diligencia puede terminar con el reconocimiento o no del documento.

Al respecto sostiene Hernando Devis Echandía[39]: "Si la diligencia tuvo lugar fuera del proceso, se devuelve el documento a quien lo presentó, si fue reconocido, dejando en el juzgado copia de aquella y del respectivo documento (C. de P.C., artículo 296); pero si es redargüido de falso y se propone la tacha dentro de los tres días siguientes, debe cumplirse por el juez y el secretario la formalidad que ordena el artículo 290 del mismo código y se tramita la tacha como dispone este artículo, en armonía con el artículo 301 del C. de P.C., pero por incidente (lo último por analogía con los casos que regula la parte final del penúltimo inciso del artículo 290 del C. de P.C.)".

Discordamos con el planteamiento del eminente tratadista, por cuanto si la persona no reconoce el documento, la actuación ha terminado', de

[39] DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Compendio....* Cit., pág. 439.

conformidad con el artículo 296 del C. de P.C. Además, no es posible que una persona a quien se cita para reconocer un documento, tenga que tacharlo de falso, ya que le basta con no reconocerlo para que la persona que lo quiere utilizar busque el procedimiento a seguir. El juez al que se le presente un documento público o privado auténtico con el fin de que se reconozca, debe rechazar de plano tal solicitud, pues, ¿para qué, el reconocimiento?, si goza de la presunción de autenticidad. El planteamiento, pues, no tiene cabida, por las razones expuestas.

13.4.1.10. Firmas

Terminada la diligencia, procederán a firmarla el compareciente, el juez, el secretario y los demás intervinientes.

13.4.1.11. No comparecencia

Si el citado no comparece, el juez realiza la diligencia dejando constancia de dicha ausencia. El expediente quedará en secretaría, y si pasados tres días de la fecha de la diligencia, no se disculpa, con prueba al menos sumaria, el funcionario, en nueva diligencia declara surtido el reconocimiento. Si por el contrario, la persona se disculpa y prueba, al menos sumariamente, que su no comparecencia se debió a un impedimento serio, se señalará por segunda vez fecha y hora para el reconocimiento por auto que ya no requiere notificación personal.

13.4.1.12. Negativa a prestar juramento

Puede suceder que el citado comparezca pero se niegue a prestar juramento o a declarar, o que dé respuestas evasivas. En tales eventos, el funcionario debe amonestarlo para que conteste en forma inequívoca y categórica sobre el reconocimiento del documento; en caso de que persista en su conducta, en la misma diligencia se tendrá el documento por reconocido. Es menester que en el acta se deje constancia de la amonestación y de que es en la misma diligencia en la que debe tenerse por reconocido el documento.

13.4.1.13. Desconocimiento del documento

Si el citado comparece (dentro del proceso) y desconoce el documento, el interesado, es decir, la parte que lo adujo, tiene la carga de promover el incidente para verificar su autenticidad en la forma establecida para la tacha de falsedad dentro de los tres días siguientes a la diligencia, o si el juez

considera que se trata de una prueba fundamental para su decisión. Reiteramos, cuando se solicita que una persona sea citada para que reconozca un documento, es porque éste es privado y sin presunción de autenticidad; en tal caso, a la persona citada le basta desconocer el documento, sin necesidad de tacharlo, para que el interesado en hacerlo valer, solicite la aplicación del artículo 275 del C. de P.C.

Diversa situación se presenta cuando el documento privado se aduce dentro de las oportunidades que el C. de P.C. señala, afirmándose que está suscrito o firmado por la contraparte y ésta no lo tacha de falso; en este caso se produce el reconocimiento. En el evento en que lo tache de falso, la carga encaminada a demostrar la autenticidad del documento le incumbe a quien lo aportó.

13.4.2. Consecuencias del reconocimiento

1) Si el documento está firmado y reconocida la firma, se presume cierto el contenido. Eso significa que es al reconocedor a quien le correspondería demostrar que no es cierto su contenido.

2) Si se encuentra manuscrito pero no firmado, el reconocimiento: del escrito no implica el del contenido; debe preguntarse sobre él, y en caso de negarse su veracidad, le incumbe la carga tendiente a demostrar la realidad del contenido, a quien aportó el documento.

3) Ya hemos sostenido, con anterioridad en nuestro criterio con relación a los documentos que no tienen signo de individualidad cabe el reconocimiento tácito. Pero nada impide que se solicite el reconocimiento. Además debe quedar claro que la autenticidad de un documento sin signos de individualidad, como los impresos, etc., puede ser establecida utilizando cualquier medio probatorio.

14. EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS U OTRAS COSAS MUEBLES, LIBROS Y PAPELES DE COMERCIO

14.1. BASES LEGALES

a. El artículo 283 del C. de P.C. regula dos situaciones:

1) La parte que pretenda utilizar documentos privados originales o en copia, que se hallen en poder de otra parte o de un tercero, deberá solicitar en la oportunidad para pedir pruebas, que se ordene su exhibición.

2) También podrá pedir que otra de las partes o un tercero exhiba copia auténtica de un documento público que se halle en su poder, si el original no se encuentra o ha desaparecido y no le fuere posible aportar copia auténtica. Esta hipótesis es muy clara, ya que si el documento se encuentra en una oficina pública, bastará que solicite copia de él.

b. Corno puede observarse, si se presentan las dos situaciones explicadas, no puede pedirse directamente la inspección judicial, sino previa la exhibición para que sea procedente sobre estos documentos, si es del caso.

14.2. REQUISITOS DE LA SOLICITUD DE EXHIBICIÓN

14.2.1. Necesarios

1) Afirmar que el documento se encuentra en poder de la persona llamada a exhibirlo.

2) Se expresarán los hechos que se pretende demostrar con la exhibición. Este requisito tiene que ver con la pertinencia de la prueba; además es importante para saber cuáles hechos se van a tener como demostrados, en el evento en que la oposición a la exhibición no se encuentre justificada, o sencillamente cuando la parte no exhiba.

3) Debe expresarse de qué clase de ,documento se trata y demás características de él, a fin de determinarlo.

14.2.2. Convenientes

Pueden solicitarse las pruebas que tiendan a demostrar que el documento está en poder de la parte a quien se ordena exhibirlo, a fin de que pueda operar lo preceptuado en el artículo 285 del C. de P.C. También pueden pedirse estas pruebas con las demás del proceso pero, en todo caso, no debe correrse el riesgo de no solicitarlas.

14.2.3. Decreto de exhibición

El juez decretará la exhibición si la solicitud reúne los requisitos anteriores (excepto el de pedir pruebas que es conveniente, pero no necesario) y señalará fecha, hora y lugar para llevar a cabo la diligencia. Este auto se notificará a quien se le ordena la exhibición, en la forma señalada en los numerales 1 y 2 del artículo 320, si la persona a la que se le ordena la exhibición es un tercero, a las partes se les notificará por estado según se desprende del artículo 284 del C. de P.C., y de la interpretación sistemática del código.

14.3. OPOSICIÓN A LA EXHIBICIÓN

De conformidad con lo prescrito en el articulo 285 del C. de P.C., la parte a quien se ordenó la exhibición podrá oponerse en el término de ejecutoria del auto que la decrete.

14.4, MOTIVOS PARA LA OPOSICIÓN

La parte que formula la oposición puede alegar que no tiene él docum o que éste goza de reserva legal, o que lo tiene *y* no le pertenece, y que sobre él existe una reserva profesional.

14.5. APRECIACIÓN DE LOS MOTIVOS DE LA OPOSICIÓN

El juez al decidir la instancia mediante sentencia, o al resolver el incidente donde se solicitó la exhibición, apreciará los motivos de la oposición, Si no la encontrare justificada y se hubiere acreditado que el documento estaba en poder del opositor, tendrá por ciertos los hechos que quien pidió la exhibición se proponía probar, salvo cuando tales hechos no admiten prueba de confesión, caso en el cual la oposición se apreciará corno indicio en contra del opositor. En la misma forma se procederá cuando no habiendo formulado oposición, la parte deje de exhibir el documento, salvo cuando dentro del los tres días siguientes a la fecha señalada para la diligencia, pruebe siquiera sumariamente causa justificativa de su renuencia y exhiba el documento en la oportunidad que el juez señale, todo esto de acuerdo con el articulo 285 del C. de P.C.

14.6. ¿QUÉ PRUEBAS SON PERTINENTES PARA DEMOSTRAR QUE LA PARTE TIENE EN SU PODER EL DOCUMENTO?

Puede demostrarse que la parte tiene el documento, fundamentalmente eón declaraciones de testigos, con la confesión de la parte, con un documento distinto que demuestre la existencia del que se pretende sea exhibido y que es la parte quien lo tiene, con un principio de prueba por escrito, complementado con testigos que acrediten la existencia del documento yque la parte lo tiene en su poder.

14.7. EXHIBICIÓN SIN OPOSICIÓN

Puede suceder que la parte a la que se le ordena exhibir, efectivamente presente el documento. El juez lo hará transcribir o reproducir, a menos que quien lo presenta permita su incorporación al expediente. De la misma forma procederá cuando se exhiba espontáneamente un documento. En todo caso,

el funcionario no podrá ordenar que se agregue el documento a las diligencias, si la parte o persona que lo muestra no acepta voluntariamente entregarlo.

14.8. EXHIBICIÓN PEDIDA AUN TERCERO

Si el tercero al que se le ordena exhibir el documento se opone y el juez no encuentra justificada tal oposición, o sencillamente no presenta el documento, como no pueden sacarse consecuencias probatorias, el funcionario le impondrá una multa de cinco a diez salarios mínimos mensuales (artículo 285 del C. de P.C.).

14.9. PERJUICIO QUE SE LE CAUSA A LA PARTE O AL TERCERO CON LA EXHIBICIÓN

De conformidad con el artículo 285 del C. de P.C., los terceros no están obligados a exhibir documentos de su propiedad exclusiva, cuando gocen de reserva legal o la exhibición les cause perjuicio. Esto significa que las partes sí están obligadas a exhibir, aunque el documento les cause perjuicio, ya que sostener lo contrario sería tanto como decir que la parte no está obligada a absolver interrogatorio porque las respuestas le pueden causar perjuicio. Si el documento goza de reserva legal, en ese caso legítimamente la parte se puede oponer a exhibirlo.

15. DOCUMENTOS EN MATERIA DE ESTADO CIVIL

15.1. BASES LEGALES

El artículo 2° del Decreto 1260 de 1970 establece que el estado civil de las personas tiene como sustento hechos, actos y providencias que lo determinan y la calificación legal de ellos. Consecuente con lo anterior, establece en el artículo 5^0: "Los hechos y los actos relativos al estado civil de las personas, deben ser inscritos en el competente registro civil, especialmente los nacimientos, reconocimientos de hijos naturales, legitimaciones, adopciones, alteraciones de la patria potestad, emancipaciones, habilitaciones de edad, matrimonios, capitulaciones matrimoniales, interdicciones judiciales, discernimientos de guarda, rehabilitaciones, nulidades de matrimonio, divorcios, separaciones de cuerpos y de bienes, cambios de nombre, declaraciones de seudónimo, manifestaciones de avecindamiento, declaraciones de ausencia, defunciones y declaraciones de presunción de muerte, así como los hijos inscritos, con indicación del folio y el lugar del respectivo registro". El artículo 6°: "La inscripción de las providencias

judiciales y administrativas que afecten el estado civil o la capacidad de las. personas, se hará en el competente registro del estado civil".

Lo anterior significa que el acto, hecho o providencia que se refiere al estado civil, es la fuente de éste, pero él se acredita con el registro' del estado civil.

15.2. JURISPRUDENCIA

La Corte ha dicho:

"El estado civil de las personas se demuestra con la copia de las actas del respectivo libro de registro del estado civil *y* no con la del acto que declara o crea el estado respectivo. Así, el estado civil de divorciado, se acredita, no con la copia de la sentencia que decretó el divorcio, sino con la copia del acta que, con base en aquella sentencia, se asienta en el libro respectivo de registro del estado civil; y el de hijo natural no se prueba con la copia del testamento en que el padre reconoce al hijo como tal, ni en su caso con la copia de la sentencia que declara la paternidad natural debatida, sino con la copia del registro que, con apoyo en el testamento dicho o en la apuntada sentencia, se hace en el libro de registro de reconocimiento de hijos naturales. No puede pues el censor aspirar a que con la simple copia judicial del acto de la celebración del matrimonio civil, diligencia durante la cual los contrayentes legitimaron el hijo que había nacido, ya se *dé* por demostrado el estado civil de hijo legitimado que pretende tener J.A.R. con relación a J.A.R. El estado civil no se prueba con copia de aquella acta judicial, sino con la del registro que, con base en la misma, debe asentarse en el libro respectivo de registro del estado civil. Para quienes no estén bautizados en el seno de la Iglesia Católica, tanto frente a la vigencia inicial del Código Civil, como frente a la de la Ley 92 de 1938 y al Decreto 1260 de 1970 que ahora rige, el estado civil se ha probado sólo con las copias del acta o folio del respectivo libro de registro del estado civil"[40].

Todo lo dicho por la Corte tiene su sustento en el artículo 106 del Decreto 1260 de 1970, que preceptúa:

"Ninguno de los hechos, actos y providencias relativos al estado civil *y* la capacidad de las personas, sujetos a registro, hacen fe en proceso ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva oficina, conforme a lo dispuesto en la presente ordenación, salvo en cuanto a los hechos para cuya demostración no se requiera legalmente la formalidad del registro".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 26 de agosto de 1976. Ordinario de Clemencia R.S. contra Clara Inés G. Mag. Pon. Dr. Germán Giraldo Zuluaga.

En otra oportunidad la Corte dijo:

"Hoy en virtud de lo que dispusieron los Decretos 1260 (artículos 105 y 106) y 2158 (artículo 9°) de 1970, cuando el terna central del debate es la paternidad natural y no la maternidad, ésta por constituir un verdadero estado civil, sólo puede demostrarse con la copia respectiva del acta o folio del registro civil o con certificados expedidos con base en los mismos si el parto ocurrió con posterioridad a la vigencia de la Ley 92 de 1938, cual ocurre en la especie de esta litis.

"En la actualidad, las partidas de origen eclesiástico relativas a hechos constitutivos del estado civil, generados después de la vigencia de la Ley 92 citada, carecen de virtud para demostrar el respectivo estado. Ahora esas partidas no son prueba siquiera supletoria.

"Sobre este punto la Corte tiene dicho: 'En el sistema original del Código Civil, corno lo disponía su artículo 347, la prueba principal del estado civil de una persona eran las actas civiles del respectivo estado, las que debían asentarse en los libros de registro del mismo. En faltando dichas actas, tenían la calidad de pruebas supletorias, solamente otros documentos auténticos y declaraciones de testigos que hubieran presenciado los hechos constitutivos del respectivo estado; y, sólo en defecto de estas pruebas, el estado civil podía demostrarse con la posesión notoria del mismo, según lo imperaba el artículo 395 de aquel ordenamiento civil'.

"Luego por disposición del artículo 22 del la Ley 57 de 1887, se concedió asimismo valor de prueba principal del estado civil, respecto de nacimientos, o defunciones de personas bautizadas, casadas, o muertas del seno de la Iglesia Católica, a las certificaciones que, con las formalidades legales, expidieron los respectivos sacerdotes, párrocos, insertando las actas o partidas existentes en los libros parroquiales ...

"Después, cuando entró a regir la Ley 92 de 1938, se volvió a un sistema semejante al que originalmente había establecido el Código Civil, al estatuirse en su artículo 18 que, respecto de nacimientos, matrimonios, defunciones, reconocimientos y adopciones que se realizarán con posterioridad a la vigencia de dicha ley, 'sólo tendrían el carácter de pruebas principales' del respectivo estado, las copias auténticas de las partidas del registro del estado civil, expedidas por el funcionario competente. En el artículo 19 se preceptuó que la falta de los antedichos documentos del estado civil podía suplirse, en caso necesario, 'por otros documentos auténticos, o por las actas o partidas existentes en los libros parroquiales, extendidas por los respectivds curas párrocos, respecto de nacimientos, matrimonios o defunciones de personas bautizadas, casadas o muertas en el seno de la Iglesia Católica, por declaraciones de testigos que hubieren presenciado los hechos constitutivos del estado civil de que se trata, y, en defecto de estas pruebas, por la notoria posesión de ese estado...'.

"Pero a partir de la vigencia del Estatuto del Registro del Estado Civil de las Personas (Decreto Extraordinario 126Q de 27 de julio de 1970), no sólo por haber reglamentado íntegramente la materia, sino también por haber dispuesto expresamente, quedaron derogados los artículos 345 a 395 del Código Civil,

la Ley 92 de 1938, los Decretos 1003 de 1939, 160 y 1135 de 1940, los artículos 1 a 13 del Decreto 398 de 1968, y 'las demás disposiciones relacionadas con el registro del estado civil de las personas, que resulten contrarias a este ordenamiento'.

"El nuevo estatuto en tratándose de pruebas del estado civil, no contempla las supletorias que la legislación anterior había consagrado en sus distintas etapas, y establece perentoriamente que los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas, **ocurridos con posterioridad a la vigencia de la Ley 92 de 1938,** se probarán con copia de la correspondiente partida o folio, o con certificados expedidos con base en los mismos"[1].

15.3. ¿QUÉ SUCEDE EN CASO DE PÉRDIDA O DESTRUCCIÓN?

Si los documentos a que nos hemos referido no existen, no puede hablarse de pruebas supletorias, ya que si se pierde o .destruye el instrumento que. sirve para demostrar el estado civil de las personas constituido después de la . vigencia de la Ley 92 de 1938, los actos se probarán con los folios reconstruidos o con el resultante de la nueva inscripción; conforme 'a lo dispuesto en el artículo 100 (articulo 105 del Decreto 1260 de 1970).

"... En caso de falta de dichas partidas o de los folios, el funcionario competente del estado civil, previa comprobación sumaría de aquella, procederá a las inscripciones que correspondan, abriendo los folios, con fundamento, en su orden: en instrumentos públicos o en copias de partidas de origen religioso, o en decisión judicial basada, ya sea en declaraciones de testigos presenciales de los hechos o actos constitutivos del estado civil de que se trate, o ya sea en la notoria posesión de ese estado civil" (Decreto 2158 de 1970, articulo 90).

15.4. EJEMPLO

Si una persona nacida después de la vigencia: de la Ley 92 de 1938, pretende acreditar su estado civil, debe hacerlo por medio del registro civil de nacimiento; no podrá darse por demostrada la maternidad con la partida. eclesiástica, pero con base en ella puede levantarse la partida civil. Ya respectivo proceso, la partida eclesiástica con que se pretenda acreditar el nacimiento de una persona ocurrido después de la vigencia, de la mencionada:

[1] Sentencia de 25 de abril de 1977. Proceso ordinario de revisión (para revisar sentencia proferida por juez de menores que declaró la paternidad). Mag. Pon. Dr. Germán Giralda Zuluaga. No publicada oficialmente.

ley, no probará este hecho ni la maternidad, y si el juez así lo apreciara, incurriría en error de derecho.

15.5. PRUEBA DE LA CALIDAD DE HEREDERO

15.5.1. Noción

La calidad de heredero no es un estado civil, de tal manera que puede probarse con el testamento, o las partidas del registro civil, siempre que se pruebe la aceptación expresa o tácita de la herencia; también puede hacerse con la copia (no certificado) del reconocimiento como tal en el proceso de sucesión. Recalcamos: debe ser copia y no certificación, ya que ésta solo puede expedirse en los casos previstos en el artículo 116 del C. de P.C., y el reconocimiento de herederos no es uno de ellos; por otra parte, tal circunstancia consta en el expediente, lo cual explica que lo que debe allegarse es la copia correspondiente, expedida de conformidad con lo previsto en el C. de P.C.

15.5.2. Jurisprudencia

La Corte, al respecto sostiene:

"El título de heredero no constituye un estado civil: no determina para el asignatario a título universal una especial situación en su familia o frente a la sociedad. No siendo constitutivo de dicho estado no requiere ser registrado en los libros de registro civil, como sí está imperado para todos los demás hechos o actos que constituyen, declaren o modifiquen el estado civil de las personas. No puede, pues, confundirse el título de heredero con el estado civil que, en ocasiones, es la fuente del llamamiento a suceder a un difunto. Así, quien por ser hijo legítimo del causante tiene vocación legal hereditaria para ocupar el lugar que en el mundo jurídico deja vacante el **de** cujus, no por ello, por ser hijo, una vez fallecido su padre, automáticamente se torna heredero de éste. Es cierto que en tal momento se le defiere la asignación (artículo 1013 del C.C.), delación que consiste solamente en el llamamiento a aceptarla o repudiarla; pero para que el hijo pueda llegar a tener la calidad de heredero de su progenitor premuerto, se requiere, a más de su vocación sucesoral, que acepte la herencia expresa o tácitamente.

"Sin esta aceptación, el llamado a suceder no adquiere el título de heredero, pues, como ya se dijo, no basta al asignatario poder suceder, sino que le es indispensable también quererlo. Es indispensable poder y querer. Fluye de lo anterior que si el difunto deja varios hijos legítimos con derecho a sucederlo, sólo tendrán la calidad de herederos suyos quienes hayan aceptado la herencia; y que quienes la repudian, aunque siguen conservando su estado civil de hijos legítimos, no adquieren la calidad de herederos. Una cosa es pues el estado civil del sucesor y otra muy distinta su título de heredero, aunque éste en la

mayoría de las veces, tiene su fuente en la especial situación de parentesco entre él y la persona de cuya sucesión se trata.

"Ninguna duda se presenta sobre el título invocado por la demandante para actuar para la sucesión iliquida de J.A.R. Ella, para obrar así, no ha tomado como fundamento su estado civil de hija legítima del mismo, sino su expreso título de heredera, aunque el título se le concedió precisamente por aquella calidad y por su aceptación. En el poder que la demandante otorgó a quien le representa en este proceso, se lee que lo hace en su `condición de heredera en la sucesión del fallecido A.R.' de la cual, por tanto, es representante. Y en la demanda que el apoderado presentó, se recalca que actúa `en ejercicio del mandato judicial que la señora C. R. S. de R. me ha conferido, en su condición de representante de la sucesión ilíquida del desaparecido J.A.R, como heredera suya en calidad de hija legitima'.

"¿Y cómo se prueba la calidad de heredero entonces?

"Como ya quedó insinuado atrás, demostrado que se tiene vocación a suceder en el patrimonio del causante; ya por llamamiento testamentario, ya por llamamiento de la ley, y, además, que se ha aceptado la herencia. Debe, pues, quien invoca el título de heredero, aportar copia del testamento debidamente registrado, en que se lo instituyó asignatario, o copia de las actas del estado civil que demuestren su parentesco con el difunto, vínculo del que se deriva su derecho sucesorio, pues como lo estatuye el artículo 1298 del Código Civil, la herencia queda aceptada expresamente por quien toma el título de heredero. También puede demostrarse esta calidad con copia del auto dictado dentro del respectivo proceso sucesorio, en que se haya declarado que se le reconoce esta calidad a la persona que la invoca. Es apenas lógico, como lo ha sostenido la Corte desde 1926 (G.J., T. XXXIII, 207), aunque con alcance diferente, que la copia del auto por medio del cual el juez que conoce del proceso sucesorio, reconoce como heredero a cierta persona, sirve de prueba en otro proceso de la dicha calidad de heredero, 'mientras no se demuestre lo contrario en la forma prevenida por la ley', por la potísima razón de que para que el juez hiciera ese pronunciamiento, previamente debía obrar en autos la copia del testamento o de las actas del estado civil respectivas y aparecer que el asignatario ha aceptado.

"Finalmente conviene precisar que quien alega que el juez, sin el lleno de los requisitos legales previos, reconoció la calidad de heredero de quien no demostró su vocación sucesoral, tiene la carga de probar lo que alega para restar el poder probatorio de que, presuntamente, está revestida la copia del auto que reconoce herederos, corno instrumento público que es.

"La Corte, en sentencia de 15 de diciembre de 1970, publicada en la Gaceta Judicial, T. CCCVI, págs. 178 y 179, al decidir un cargo semejante al que se despacha, dijo que la calidad de heredero `se demuestra con copia, debidamente registrada, del testamento correspondiente si su vocación es testamentaria, o bien con copia de las respectivas actas del estado civil o eclesiásticas, según el caso, o con la prueba supletoria correspondiente, si su vocación es legal y además en todos los casos con la comprobación de haberse aceptado la herencia'. Pero la

Corte, reiteradamente, ha predicado que también es prueba idónea de la calidad de heredero la copia del auto en que se ha hecho tal reconocimiento dentro del juicio de sucesión respectivo. Al efecto ha dicho: 'El reconocimiento de herederos que se hace en un juicio mortuorio supone en todo caso la comprobación previa, con copia auténtica de las partidas respectivas o con las pruebas supletorias del caso o con el testamento, de la muerte del causante y del parentesco de esos herederos con éste o de la institución testamentaria. El auto de reconocimiento de herederos ofrece, pues, el respaldo probatorio mencionado, y de aquí que la Corte haya expuesto en repetidas ocasiones la doctrina de que la copia auténtica de ese auto constituye prueba suficiente de la calidad de herederos en los reconocidos cuando se necesita establecer este carácter en cualquier otro juicio diferente del sucesorio o que en la litis no verse precisamente sobre el estado civil que acreditan aquellas partidas'. Así se expresó, por ejemplo, en casaciones de 22 de febrero de 1952 (LXXI-2110, 102 y 104) y de 14 de julio de 1954 (LXXVIII -2144-79). El auto mencionado tiene el valor de documento auténtico, según lo dispuesto por el artículo 632 del Código Judicial, y su copia es prueba idónea para demostrar la calidad de heredero. (Cas. Civ. 25 de julio de 1965, G.J. T. CXVII, 151). Agrégase a lo dicho que presúmese que para dicho reconocimiento, el heredero aceptó previamente'.

"La manifestación expresa de aceptación de los hechos consignados en el libelo donde se cita a los demandados en su calidad de herederos universales del de cujus que contrató, constituye acto válido de aceptación de la herencia"[43].

No sobra advertir que los jueces no pueden expedir certificados sobre hechos de que haya constancia escrita en los procesos, pues la prueba adecuada es una copia de los mismos. Un certificado expedido con transgresión de lo que claramente dispone el artículo 116, no es documento público al tenor de lo dispuesto en el artículo 262 del C. de P.C. y carece de valor probatorio.

Si pretende acreditarse la calidad de heredero con una certificación expedida con violación de lo preceptuado en el artículo 116 y es apreciada por el juez, éste incurre en error de derecho.

Nuestra Corte ha dicho:

"Basta lo expuesto para concluir que está demostrado el error de derecho que la censura le atribuye al Tribunal, pues éste, con claro quebranto de los artículos del Decreto 1260 antes indicados y que el recurrente denuncia como 'violación medio', le dio valor probatorio a un 'certificado' expedido por el juez que

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 26 de agosto de 1976. Mag. Pon. Dr. Germán Giraldo Zuluaga. G.J., T. CLIII, 1ª parte, págs. 338 a 349.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. 15 de marzo de 1983. Mag. Pon. Dr. José María Esguerra Samper. No publicada.

conoció del proceso de sucesión del presunto padre natural, en cuanto a la muerte de éste, del matrimonio que había contraído con la demandada, del nacimiento de los hijos y de la representación de éstos que tenía su señora madre, por ser todavía menores de edad. Ese error de derecho, como es natural, condujo a la violación de las normas sustanciales que se mencionan en el cargo que se estudia, el que por consiguiente está llamado a prosperar"".

15.6. PRESUNCIÓN DE AUTENTICIDAD Y PUREZA DE LAS INSCRIPCIONES HECHAS EN DEBIDA FORMA EN EL REGISTRO DEL ESTADO CIVIL

Según el artículo 103 del Decreto 1260 de 1970, "Se presume la autenticidad y pureza de las inscripciones hechas en debida forma en el registro del estado civil. No obstante, podrán rechazarse, probando la falta de identidad personal, esto es, el hecho de no ser una misma la persona a que se refieren la inscripción o los documentos en que ésta se fundó y la persona a quien se pretende aplicar".

16. LA ESCRITURA PÚBLICA

La escritura pública, según la terminología de Carnelutti [45], es un documento heterógrafo; para Jaime Guasp [46], en rigor estos documentos no debieran considerarse públicos sino privados, debido al tipo de realidad que documentan.

En Colombia, la escritura pública es una especie del documento público, no tanto por la materia documentada, como por el sujeto que documenta, el notario;

El artículo 13 del Decreto 960 de 1970 define la escritura pública como "el instrumento que contiene declaraciones en actos jurídicos, emitidos ante el notario, con los requisitos previstos en la ley y que se incorpora al protocolo".

16.1. ETAPAS EN LA ELABORACIÓN DE UNA ESCRITURA PÚBLICA

16.1.1. Recepción

Consiste en percibir las declaraciones que hacen ante el notario los interesados, es decir, saber después de auscultar, qué es lo que quieren los comparecientes; esta etapa puede estar integrada así:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. 22 de marzo de 1983. Mag. Pon. Dr. José María Esguerra Samper. No publicada oficialmente.

45 CARNELUTTI, FRANCESCO. *La prueba...* Cit., pág. 161.

46 GUASP, JAIME. *Derecho procesal...* Cit., pág. 396.

1611.1. Averiguación de los fines prácticos y jurídicos que los otorgantes se proponen alcanzar con sus declaraciones

Es bien claro que si el notario va a extender un documento que después autorizará, debe saber qué es lo que persiguen los comparecientes desde los puntos indicados. De ahí por qué el artículo 15 del D. 960 de 1970 establece:

"Cuando el notario redacte el instrumento, deberá averiguar los fines prácticos y jurídicos que los otorgantes se proponen alcanzar con sus declaraciones, para que queden fielmente expresados en el instrumento...".

1611.2. Revisión de las declaraciones que le presenten las partes

Si las partes le entregan al notario un escrito contentivo de sus declaraciones, éste debe revisarlas para saber si se acomodan a la finalidad de los comparecientes, a las normas legales y a la clara expresión idiomática; en consecuencia, podrá sugerir las correcciones que juzgue necesarias; todo de acuerdo con las voces del artículo 17 del Decreto 960 de 1970.

16.1.2. Extensión

Consiste en verter a escrito lo declarado; se pueden hacer las siguientes observaciones:

1) La escritura se redactará en idioma castellano. Cuando los otorgantes no lo conozcan suficientemente, serán asesorados por un intérprete que firmará con ellos y de cuya intervención dejará constancia el notario (artículo 16 del Decreto 960 de 1970).

2) El notario velará porque el instrumento contenga los elementos esenciales y naturales propios del acto o contrato y las estipulaciones especiales que los interesados acuerden o indique el declarante único, redactado todo en lenguaje sencillo, jurídico y preciso (artículo 15).

3) Las escrituras se extenderán por medios manuales o mecánicos en caracteres claros y procurando su mayor seguridad y perduración; podrán ser impresas de antemano para llenar los claros con los datos propios del acto o contrato que se extiende, cuidando de ocupar los espacios sobrantes con líneas u otros trazos que impidan su posterior utilización. No se dejarán claros o espacios vacíos ni aún para separar las distintas partes o cláusulas del instrumento, ni se usarán en los nombres abreviaturas o iniciales que puedan dar lugar a confusión (artículo 18).

4) La cantidades y referencias numéricas, se expresarán en letras y, entre paréntesis, se anotarán las cifras correspondientes. En caso de disparidad, prevalecerá lo escrito en letras (artículo 19).

5) Las escrituras originales o matrices se escribirán en papel autorizado por el estado y al final de cada instrumento, antes de firmarse, indicarán los números distintivos de las hojas empleadas si los tuvieren (artículo 20).

6) La escritura, se distinguirá con el número de orden que le corresponda, expresado en letras y cifras numerales. Se anotarán el municipio, departamento y república, el nombre y apellido del notario o de quien haga sus veces y el círculo que delimita su función (artículo 23 del Decreto 960 de 1970).

16.1.3. Otorgamiento

Es el asentimiento expreso que los interesados prestan al instrumento extendido. Con relación a esta etapa, se pueden hacer las siguientes observaciones:

1) Extendida la escritura, será leída en su totalidad por el notario, o por los otorgantes, o por la persona designada por éstos, quienes podrán aclarar, modificar o corregir lo que les pareciere, y al estar conformes, expresarán su asentimiento.

2) La firma de los otorgantes demuestra su aprobación, y como consecuencia, perfecciona esta etapa o fase de la producción de la escritura pública.

3) Si se tratare de personas sordas, la lectura será hecha por ellas mismas, y si de ciegas, únicamente por el notario (artículo 36 del Decreto 960 de 1970)

4) El notario hará a los otorgantes las advertencias pertinentes según el acto o contrato celebrado, principalmente la relacionada con la necesidad de inscribir la copia en el competente registro dentro del término legal (artículo 37).

5) La escritura concluirá con las firmas autógrafas de los otorgantes y de, las demás personas que hayan intervenido en el instrumento. Si alguna firma no fuere completa o fácilmente legible, se escribirá a continuación la denominación completa del firmante (artículo 38).

6) Si alguno de los otorgantes no supiere o no pudiere firmar, el instrumento será suscrito por la persona a quien él ruegue, cuyo nombre,

edad, domicilio e identificación se anotarán en la escritura. El otorgante imprimirá a continuación su huella dactilar, de lo cual se dejará testimonio escrito con indicación de cuál huella ha sido impresa (artículo 39).

16.1.4. Autorización

Es la fe que imprime el notario al instrumento en vista de que se han llenado los requisitos pertinentes y que las declaraciones han sido realidad, emitidas por los interesados. Con relación a esta fase o etapa, pueden hacerse las siguientes precisiones:

1) El notario autorizará el instrumento una vez cumplidos todos los requisitos formales del caso y presentados los comprobantes pertinentes, suscribiéndolo con su firma autógrafa, en último lugar.

2) Cuando algún instrumento ya extendido dejare de ser firmado por alguno o algunos de los declarantes y no llegare a perfeccionarse por esta causa, el notario, sin autorizarlo, anotará en él lo acaecido.

3) El instrumento que no haya sido autorizado por el notario no adquiere la calidad de escritura pública y es inexistente corno tal. Empero, si faltare solamente la firma del notario, y la omisión se debiera a causas diferentes de las que justifican la negativa de la autorización, podrá la Superintendencia de Notariado y Registro, con conocimiento de causa, disponer que el instrumento se suscriba por quien se halle ejerciendo el cargo (artículo 100 del Decreto 960 de 1970).

16.2. FECHA DE LA ESCRITURA PÚBLICA

Como bien lo dice la Corte Suprema de Justicia, es verdad que en los artículos 18, 19, 20, 22 y 23 del Decreto 960 de 1970, no se indica en forma expresa como requisito el señalamiento de la fecha en que se otorga el instrumento:

> "... Tal ausencia no puede significar, sin embargo, que dicho señalamiento no sea un requisito fundamental de la escritura, el que parece obvio pertenece a la esencia de ésta y a su alcance probatorio que le asigna la ley, pues conforme al artículo 264 del C. de P.C. el documento público, en cuanto a su fecha y al hecho de haberse otorgado, está amparado por presunción de autenticidad.
>
> "Tan esencial es el señalamiento de la fecha en la estructura de la escritura pública que el artículo 99 del estatuto notarial, en su numeral 4° indica expresamente la fecha, lo mismo que el lugar de su autorización, como elemento fundamental para la validez formal de la escritura pública. Dice en efecto esta disposición que 'desde el punto de vista formal, son nulas las escrituras... 4°.

Cuando no aparezcan la fecha y el lugar de la autorización, la denominación legal del notario, los comprobantes de la representación, o los necesarios para autorizar la cancelación' "[47].

17. CERTIFICADO DEL REGISTRADOR

El artículo 54 del Decreto 1250 de 1970 dispone:

"Las oficinas de Registro expedirán certificados sobre la situación jurídica de los bienes sometidos a registro, mediante la reproducción fiel y total de las inscripciones respectivas".

Hay que entender que este certificado de ninguna manera suple la titulación misma que en ellos se mencione. El certificado acredita si el título fue inscrito, pero no el propio título.

Al respecto la Corte sostuvo una posición, que aún mantiene su vigencia:

"Cuando este precepto (el artículo 2640, ordinal 4°, del C.C.) confiere a los registradores la atribución de 'certificar', con vista en los respectivos libros, acerca del estado o situación en que se encuentren los inmuebles existentes en el lugar, esa función está circunscrita en el texto a la concreta finalidad de informar sobre esa situación a quienes, interesados en conocerla, soliciten los certificados pertinentes; pero, el precepto no le atribuye a estas certificaciones la virtud de servir, en juicio, de prueba de los títulos traslaticios o declarativos del dominio sobre inmuebles. Quiere decir que las certificaciones del registrador, en estos casos, son prueba de haberse hecho la inscripción del título mismo, cuando ésta ha de acreditarse, lo cual sólo puede hacerse mediante la aducción del propio título, esto es, de su copia formalmente expedida"".

Ejemplo: Si A demanda en un proceso reivindicatorio a B, el certificado del registrador acreditará que la escritura pública por medio de la cual Z dijo vender a A está registrada; pero este certificado no reemplaza el título de adquisición del bien por parte de A; en este evento hay que traer la escritura pública respectiva.

18. LA CONFESIÓN DE QUE HABLA EL NUMERAL 3° DEL ARTÍCULO 6° DE LA LEY 75 DE 1968, DEBE SER ESCRITA

De conformidad con el numeral 3° del artículo 6° de la Ley 75 de 1968, la confesión de que se habla en esta norma debe constar por escrito, lo cual

[4] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 13 de junio de 1983. Mag. Pon. Dr. Humberto Murcia Bailén. No publicada oficialmente.

[48] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. 12 de febrero de 1963, G.J., T. CIII, pág. 190.

descarta cualquier otra especie de documento. La confesión hecha ante testigos podrá demostrar la causal 4ª, contemplada por esa misma disposición, pero, repetimos, no la 3', la que exige ese específico documento.

La Corte ha dicho:

"Lo que sí exige rectificación es la apreciación del Tribunal en cuanto a que la confesión inequívoca de paternidad que consagra la Ley 75 de 1968, como presunción de paternidad natural en el numeral 3° del artículo 6°, puede no ser documental. Para esa presunción, la misma ley como aparece de su texto, establece como requisito **ad probationem** además de ser inequívoca, debe constar en carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre y sobre la obvia base de que esté demostrada la autenticidad de la carta o del escrito"".

19. INSTRUMENTO PÚBLICO DEFECTUOSO

Establece el artículo 266 del C. de P.C.:

"El instrumento que no tenga carácter de público por incompetencia del funcionario o por otra falta en la forma, se tendrá como documento privado si estuviere suscrito por los interesados".

Ejemplo: A otorga poder a B, por medio de escritura pública en el extranjero, para que venda un inmueble. Ese documento público, no cumplió con lo ordenado en el párrafo 2° del artículo 259 del C. de P.C., que dice: "Los documentos públicos extendidos en el extranjero ante agentes consulares en Colombia y las copias autorizadas por ellos, así como los privados reconocidos en el exterior, deberán ser autenticados por el Ministerio de Relaciones Exteriores".

La omisión de lo dispuesto en la norma transcrita, apareja la falta de uno de los requisitos de forma en el documento, y se tendrá como privado, ya que está suscrito por A y lo aportó al proceso sin alegar su falsedad produciéndose en forma implícita su autenticidad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 276 del C. de P.C.".

20. DOCUMENTOS EN IDIOMA EXTRANJERO

De conformidad con el artículo 260 del C. de P.C., el documento que se aporte al proceso, extendido en idioma extranjero, debe acompañarse de la

[49] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. 11 de agosto de 1980. Proceso de E.F.A. contra herederos de T.A. Mag. Pon. Dr. José María Esguerra Samper. No publicada oficialmente.

[50] Ejemplo elaborado teniendo como guía la sentencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. 9 de julio de 1980. Mag. Pon. Dr. Ricardo Uribe Holguín.

respectiva traducción hecha por el Ministerio de Relaciones Exteriores, o por un intérprete oficial; en estos casos la traducción y su original pueden ser presentados directamente; el juez de oficio podrá enviar el documento al Ministerio de Relaciones Exteriores, o designar un traductor o varios, según esté en un solo idioma extranjero o en varios, y cuando el intérprete no sea experto en todos los idiomas.

21. LA TACHA DE FALSEDAD

2L1. TRÁMITE

21.L1. Manera de proponerla

Debe proponerse por escrito, en el que debe expresarse en qué consiste la falsedad y hacerse la solicitud de pruebas para su demostración. En esto se sigue la orientación general del código, en el sentido de no señalar un término específico para pedir pruebas, sino aprovechar las otras oportunidades, y en este caso, el escrito en el que se propone la tacha.

21.1.2. Obligación del juez

El juez ordenará a expensas del impugnante, la reproducción del documento por fotografía u otro medio similar, y con el secretario procederá a rubricarlo y sellarlo en cada una de sus hojas, dejando testimonio minucioso del estado en que se encuentra. Dicha reproducción quedará bajo custodia del juez (artículo 290 del C. de P.C.).

21.1.3. Traslados

Del escrito contentivo de la proposición de la tacha, se corre traslado a las otras partes por el término de tres días, término en el cual podrán solicitar pruebas.

21.1.4. Período probatorio

Surtido el traslado se decretarán las pruebas pedidas y se ordenará, de oficio o a petición de parte, el cotejo pericial de la firma o del manuscrito o un dictamen sobre las posibles adulteraciones. Las pruebas deben producirse en la oportunidad para practicar las del proceso o incidente en el cual se adujo el documento, si fuere posible; de lo contrario, el juez concederá con tal fin un término de 6 días. La decisión se reservará para la providencia que resuelva el incidente o el proceso, es decir, la sentencia, en el último evento.

21.1.5. ¿Cuándo se tramita como incidente?

Hemos indicado que la tacha se decide en la providencia que resuelve el incidente o en la sentencia que le ponga fin al proceso, según sea el caso. Sin embargo, en el proceso ejecutivo y en el de sucesión, debe proponerse, tramitarse y decidirse, como incidente, por cuanto en estos procesos no existe etapa de conocimiento.

21.1.6. ¿En cuál evento, en el proceso ejecutivo, no se tramita como incidente?

Si en el proceso ejecutivo se proponen excepciones, como habrá etapa de conocimiento, la tacha se tramita con y como aquéllas.

21.1.7. Desistimiento para invocar el documento como prueba

El trámite de la tacha termina, digamos que en forma anormal, cuando quien aportó el documento desiste de invocarlo como prueba.

21.1.8. Efectos de la declaración de falsedad

Cuando se declare total o parcialmente falso un documento, el juez lo hará constar así al margen o a continuación de él, con nota debidamente especificada. Si la falsedad recae sobre el original de un documento público, el juez lo comunicará con los datos necesarios a la oficina donde se encuentre, para que allí se ponga la correspondiente nota. En todo caso, dará aviso al juez penal competente a quien enviará las copias necesarias para la correspondiente investigación (artículo 291 del C. de P.C.). Esto indica que es necesario que el juez haga un pronunciamiento expreso para declarar tanto la falsedad como la autenticidad del documento. A propósito la Corte ha dicho:

> "Sea que se haya propuesto la tacha de falsedad sin que ésta se haya demostrado o que habiéndose suscitado el incidente de autenticidad el proponente haya logrado su propósito, el juez deberá hacer pronunciamiento expreso al respecto y por tanto el documento se convertirá en autentico; si por el contrario, la tacha prospera no se logra establecer la autenticidad del escrito, la respectiva decisión judicial comporta necesariamente que el documento carece por completo de valor probatorio en el proceso, y además, debe darse cumplimiento a lo que estatuye el artículo 291"[51].

n CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 5 de agosto de 1980. Proceso ordinario de filiación extramatrimonial y petición de herencia de L.M.C. contra las tres únicas herederas de E.Z., Mag. Pon. Dr. José María Esguerra Samper. No publicada oficialmente.

2L2. PRUEBA DE LA FALSEDAD O DE LA AUTENTICIDAD

2L2.1. Generalidades

La autenticidad o falsedad del documento, puede ser demostrada Con la utilización de cualquier medio probatorio. Así por ejemplo, pueden recibirse declaraciones de personas que observaron el hecho de la firma del documento o el de cuando se manuscribió, pero de todas maneras resulta útil el dictamen de los peritos grafólogos que hagan el cotejo del documento con otros indubitados que provengan del presunto autor cuya tacha de falsedad se investiga, o cuya autenticidad se pretende establecer.

El cotejo de las letras o firmas se puede hacer, como ya se dijo, con documentos indubitados, los que según el artículo 293 del C. de P.C. pueden ser: escrituras públicas firmadas por la persona a quien se atribuye el documento, documentos privados reconocidos expresamente o declarados auténticos por decisión judicial, en los que aparezca la firma o la letra de la persona a quien se atribuye el documento, las firmas y los manuscritos firmados que aparezcan en actuaciones judiciales o administrativas, las firmas puestas en cheques girados contra una cuenta corriente bancaria, siempre que hayan sido cobrados sin objeción del cuentahabiente; las partes pueden reconocer corno idóneos documentos para la confrontación, verbigracia, el interesado en la declaratoria de autenticidad o falsedad puede solicitar que su contendor reconozca un documento distinto al que es objeto del debate para, reconocido éste, lograr la comparación o el cotejo; por último, pueden tomarse planas o dictados a la persona a quien se atribuye el escrito, para el cotejo correspondiente.

21.2.2. ¿Cuál es el valor del dictamen de los peritos grafólogos?

Como todo dictamen pericial, debe ser estudiado muy cuidadosamente por el juez, y sobre todo relacionándolo con otros medios probatorios, y puede, en determinados casos, darle pleno valor. Sin embargo, reiterarnos que la calidad científica de los peritos y los razonamientos y conclusiones del dictamen serán fundamentales para que el juez tome la decisión en uno u otro sentido.

Al respecto la Corte ha sostenido:

"De vieja data ha analizado esta Corporación el valor demostrativo que pueden tener los dictámenes grafológicos *y* jamás, hasta el momento, ha considerado que tenga pleno poder demostrativo, no obstante que con el transcurso del tiempo y el avance de todas las ciencias la grafología ha progresado mucho y otro tanto ocurre con los aparatos científicos y las técnicas que suelen utilizar, los grafólogos.

"Bajo el imperio del estatuto procesal y probatorio vigente (Ley 147 de 1888 con las reformas introducidas por las Leyes de 1890 la 105, 1907 la 40, etc.) en sentencia del 21 de mayo de 1927 aclarada el 20 de junio del mismo año (XXXIII, págs. 308 y ss.) se hizo un detenido estudio de lo que es la grafología como medio de prueba técnico para establecer la autenticidad o falsedad de una firma o de un manuscrito y luego de reproducir textos de autores y de sus propias reflexiones dice que 'las letras, rasgos perfiles y demás circunstancias de una firma, bien pueden ser distintos sin que ello implique necesariamente que fueron escritos por personas diversas. La firma de una persona puede ser tan variada, que fácil es considerarla como escrita por distintas personas. Cierto que hay algo característico y permanente en la firma que una persona acostumbra para sus actos públicos y privados, pero esa persistencia de la forma puede variarse o con el transcurso del tiempo, o por una emoción o enfermedad. En estos casos la forma y rasgos de la letra cambian'. Como resultado de su detenido análisis llegó a la siguiente conclusión: `La grafología no está recibida hoy como ciencia. No hay en ella principios inconcusos de los cuales puedan derivarse conclusiones científicas rigurosamente ciertas... Y en los casos de cotejo de firmas, no tiene como se ha visto conforme al artículo 656 del Código Judicial, valor de plena prueba, pues no es un indicio necesario, sino simplemente indicio, cuya gravedad le corresponde apreciarla al juzgador según las circunstancias especiales que la rodean'.

"Años más tarde, ya en vigencia de la Ley 105 de 1931 en la que predomina la tarifa legal como criterio para apreciar las pruebas, el 1° de abril de 1940, la Sala de Negocios Generales de la Corte acogió, transcribiéndolos, los anteriores conceptos, trajo a cuento desde las Leyes de Partidas hasta conceptos de renombrados expositores y concluyó de la siguiente manera: 'En el libro *`Grafología'* de M. Ras, se publican siete autógrafos de Napoleón escritos en diversas circunstancias, que si no fuera por la seguridad de su autenticidad, nadie podría decir que son escritos de la misma mano. Por eso la Corte ha dicho que la prueba de cotejo puede ser indicio de valor, pero si existe un principio de prueba de que otra persona distinta de la que aparece estampó la firma' " (L., pág. 153).

"En sentencia del 7 de julio de 1944 (LVIII, pág. 28), a propósito de la prueba que se comenta, dijo la Sala de Casación Civil lo siguiente: 'Debido a la circunstancia de que la grafología no es una ciencia exacta, que obedezca a postulados conocidos y de precisión matemática, es por lo que la ley procedimental no les otorga el valor de plena prueba a los dictámenes de esa naturaleza, sino que les asigna el de un indicio más o menos grave o vehemente, según los fundamentos y los medios técnicos de que se hubieren valido para rendirlo y demás circunstancias anotadas por el Tribunal'.

"Por último, en fallo del 7 de abril de 1964 (CVII, pág. 28) la Corte expuso lo siguiente: 'Aun cuando la jurisprudencia no ha asignado a la prueba pericial de grafólogos el valor de plena o completa, si le da el de prueba judicial que unida a otra u otras constituye la plena prueba para decidir el litigio'.

"En el sistema probatorio actualmente en vigencia, el artículo 187 del C. de P.C. dispone que las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica y que el juez debe exponer siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba. Se acoge, pues, como prevalente, que no exclusivo, por cuanto hay determinados actos o hechos jurídicos que de acuerdo con la misma ley deben ser demostrados únicamente por las pruebas que ella misma señala. Tales son, por ejemplo, los actos jurídicos solemnes, todo lo referente al estado civil, la posesión notoria que exige un conjunto de testimonios como también lo exigen los usos o costumbres.

"Con este nuevo sistema de apreciación probatoria, en el que de antemano no se fija el poder de convicción de los elementos de prueba, el juez civil goza de mayor libertad para formarse su convencimiento. Por tanto, no hay inconveniente alguno en que un dictamen de grafólogos expertos, y reputados, razonable y suficientemente fundamentado a juicio del sentenciador *y* apreciado en conjunto con otros elementos, pueda constituir plena prueba de que una firma o un manuscrito tachados de falsos o cuya autenticidad debe demostrarse, sean en efecto apócrifos o auténticos. Es claro, igualmente, que ese poder de convicción del dictamen puede corroborarse o desvirtuarse con otras pruebas que obren en los autos, que a ese respecto no las hay en este proceso"".

[52] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 5 de agosto de 1980. Proceso ordinario de filiación extramatrimonial y petición de herencia de L.M.C. contra las tres únicas herederas de E.Z. Mag. Pon. Dr. José María Esguerra Samper. No publicada oficialmente.

Capítulo IV

LA. INSPECCIÓN JUDICIAL

1. LA DENOMINACIÓN

Es la percepción misma del hecho aprobar por el juez, llamada 'inspección', `acceso', 'reconocimiento', o 'comprobación judicial'.

2. DEFINICIÓN

El artículo 410 del C.P.M., la define "..., el juez procederá a examinar los hechos, materia de inspección, en todas las circunstancias".

El C. de P.C. y el C. de P.P., no definen la inspección; no obstante, el artículo 244 del primero y el 244 del segundo suministran los elementos para lograrla. Es la verificación o el esclarecimiento de hechos materia del proceso, que hace el juez de personas, lugares, cosas o documentos.

3. ACTIVIDAD DEL JUEZ

Por ser prueba directa, en la que hay predominio de la percepción, el juez debe emplear sus propios sentidos en la apreciación de los hechos en el más amplio sentido del vocablo, pues aunque parezca exagerado, debe hacerlo, verbigracia, con el olfato, si es necesario. En esa actividad, según sea el objeto de la inspección, se empleará como ya se dijo, cualquiera de los órganos de los sentidos, tanto los llamados superiores, como los inferiores.

4. NATURALEZA DE LA INSPECCIÓN JUDICIAL

1. Es prueba directa. En ella hay predominio de la percepción, sin descartar, sin embargo, la actividad lógico-inductiva del juez para saber e ir reconociendo los distintos elementos objeto de la inspección y formar sus juicios. Digamos que éste en el testimonio conoce los hechos a través de ese medio probatorio y hace sus juicios y razonamientos; en la inspección los conoce por ésta, e

igualmente hace sus juicios y razonamientos. Es decir, la prueba es la inspección judicial, y el hecho inspeccionado el objeto de la prueba.

2. Es prueba personal. La hace el juez; la prueba se produce por la actividad, las observaciones y verificaciones que haga éste,

5. INSPECCIÓN JUDICIAL CON RESPECTO AL OBJETO INSPECCIONADO: DIRECTA E INDIRECTA

La inspección judicial es prueba directa del hecho que se pretende probar, cuando se puede inspeccionar directamente. Es indirecta, cuando solo se puede inspeccionar el hecho del cual se va a deducir la existencia de otro. En este caso, la prueba de inspección es prueba directa del hecho indicador o indicio, y prueba indirecta del hecho indicado.

6. OBJETO DE LA INSPECCIÓN

El objeto de la inspección judicial lo constituye los hechos que el juez puede reconocer, como ya dijimos, por cualquiera de los órganos de los sentidos, según la naturaleza de los propios hechos. Es posible que haya cesado. su ocurrencia; en este evento, solo podrán ser objeto de inspección los' vestigios, huellas, rastros, residuos, pues de lo contrario el hecho debe existir; salvo que suceda en el momento de la diligencia.

Como en cualquier otro tipo de prueba, las deducciones o suposiciones por parte del juez se harán en el momento de valorarla, de tal manera que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 246, numeral 7°, del C. de P.C. "... se especificarán las personas, cosas o hechos examinados..." y "... los resultados de lo percibido por el juez..."; es decir, la identificación de hechos percibidos, teniendo en cuenta, sobre todo, que hay que relatarlos. pormenorizadamente a fin de que en caso de apelación, el juez de segunda instancia pueda hacer, con base en ellos, las deducciones correspondientes, y además, para evitar que el funcionario las. fundamente en su conocimiento privado, así lo haya adquirido en la diligencia, sin relatarlo, pues esto conllevaría la imposibilidad para la parte afectada, de contradecirlo en la misma diligencia o en otra oportunidad. Esto es precisamente lo que hace de la inspección un verdadero medio de prueba, en el que hay que verter en el acta las observaciones del juez, como sucede exactamente con los otros medios. probatorios. Piénsese en que cuando el juez va recibiendo el testimonio (5), de ninguna manera hace deducciones, sino que es en el momento de ir valorarlo cuando realiza ese tipo de operación mental,

Lo anterior resulta claro si se lee con detenimiento los artículos 244 del C. de P.C., 244 del C. de P.P y 410 del C.P.M., de los que puede establecerse que la inspección debe versar sobre hechos y de ninguna manera sobre suposiciones o relatos de inferencias, ya que esto no sería un medio probatorio, sino un juicio, y por tanto la diligencia sería ineficaz.

El canon 1582 dice: "Si para decidir la causa, el juez considera conveniente acercarse a algún lugar o examinar alguna cosa, debe establecerlo mediante decreto, en el que, habiendo oído a las partes, indique sumariamente el contenido concreto del reconocimiento".

7. SOLICITUD, DECRETO Y PRÁCTICA DE LA INSPECCIÓN JUDICIAL

7.1. MEMORIAL PETITORIO

En el artículo 245 del C. de P.C. se indica que quien pida la inspección expresará con claridad y precisión los puntos sobre los cuales ha de versar y si pretende que se practique con intervención de peritos. Los puntos deben ser precisos, pero de ninguna manera significa que sean minuciosos; basta indicar los principales, teniendo en cuenta que sobre ellos pueden señalarse otros en la propia diligencia. El juez tiene amplias facultades para verificar otros puntos que considere necesarios para el esclarecimiento de los hechos, eso sí, teniendo cuidado, como se dijo anteriormente, de dejar constancia en el acta, por las razones que ya se han dicho. El numeral 4° del artículo 246 del C. de P.C. al decir: "... y tomar cualquiera otra medida que considere útil para el esclarecimiento de los hechos", lo autoriza para ellos. No resultaría útil para el proceso que el juez pudiendo decretar la prueba de oficio cuantas veces lo estime conveniente, no pueda en el momento de la diligencia verificar otros puntos teniendo en cuenta lo indicado; así lo aconseja también la economía procesal.

El artículo 245 inciso 1° del C. de P.P., prescribe: "... Sin embargo, de oficio o a petición de cualquier sujeto procesal, podrá ampliar en el momento de la diligencia los puntos que han de ser objeto de la inspección". En el mismo sentido se expresa el inciso 3° del artículo 411 del C.P.M. Como se consigna en el artículo 245 del C. de P.C. ya transcrito, debe indicarse, si se considera conveniente, que la prueba se realice con la intervención de peritos, cuya omisión no obsta para que el juez, al decretar la prueba y si lo estima necesario, decrete la prueba pericial. Tampoco queda obligado el juez por el hecho de solicitarse tal probanza adicional, pues sólo examinadas su pertinencia y necesidad, la ordenará.

Conforme a lo prescrito en el artículo 245 del C. de P.C., en el auto que decrete la inspección, se señalará fecha y hora para iniciarla, se designarán los peritos si los solicitó el interesado, o si se hace de oficio, por la naturaleza científica, técnica o artística de los hechos que deban examinarse, y se dispondrá cuando se estime necesario, para que la prueba se cumpla con la mayor eficacia.

El párrafo 1° del artículo 245 del C. de P.P. expresa: "La inspección se decretará por medio de providencia que exprese con claridad los puntos materia de la diligencia, el lugar, la fecha y la hora. Cuando fuere necesario, el funcionario judicial designará perito en la misma providencia, o en el momento de realizarla...". En este mismo sentido se expresa el artículo 411 del C.P.M.

7.2. LEGITIMIDAD PARA SOLICITAR LA PRUEBA Y EL DECRETO OFICIOSO POR EL JUEZ

El artículo 244 del C. de P.C. dice que se podrá practicar la diligencia de inspección judicial de oficio o a petición de parte. Cuando es de oficio, de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 179 y 180 del mismo estatuto, se podrá practicar en cualquiera de las instancias.

De conformidad con el párrafo 2° del artículo 244 del C. de P.C. "Cuando exista en el proceso una inspección judicial practicada dentro de el o corno medida anticipada con audiencia de todas las partes, no podrá decretarse otra nueva sobre los mismos puntos, a menos que el juez la considere conveniente para aclararlos". Lo anterior significa que si obra practicada una diligencia de inspección judicial en las condiciones dicha -, el juez la puede decretar de oficio si la considera necesaria, o la puede decretar a petición de parte, siempre y cuando se indiquen cuáles son los puntos que deben aclararse quedando al arbitrio de aquél su ordenación, pues la disposición es muy clara: **"la considere conveniente para aclararlos".** La providencia que niegue su práctica no es susceptible de recurso alguno para el caso examinado, pues para los demás se aplica lo dispuesto en el artículo 355 del C. de P.C.

En algunos procesos, por exigencia,legal es necesario efectuar una diligencia de inspección antes de fallar; el juez, en este caso, debe decretarla de oficio, salvo que las partes se lo soliciten. Ocurre en los lanzamientos por ocupación de hecho en predios rurales y en los posesorios sobre predios rurales, los mismos predios de que trata la Ley 200 de 1936 en sus artículos 16 y 20 y el Decreto Reglamentario número 59 de 1938 en el artículo 69; en los casos que contempla la Ley 100 de 1944; en la prescripción adquisitiva que regula el artículo 413 del C. de P.C.

El numeral 10 del artículo 407 del C. de P.C., ordena: "El juez deberá practicar forzosamente inspección judicial sobre el bien, con el fin de verificar los hechos relacionados en la demanda y constitutivos de la posesión alegada por el demandante" . El 415 que regula lo referente a las servidumbres, dice en el párrafo 2°: "No se podrá decretar la imposición, variación o extinción de una servidumbre, sin antes practicar una inspección judicial con intervención de peritos sobre los inmuebles materia de la demanda...".

7.3. JUEZ QUE PRACTICA LA INSPECCIÓN

Se entiende que el juez que debe practicar la diligencia de inspección judicial es el del conocimiento. De ahí porqué el artículo 181 del C. de P.C. prohibe al juez comisionar para la práctica de pruebas que hayan de producirse en el lugar de su sede, así como para las inspecciones dentro de su jurisdicción territorial. Resulta por demás necesaria la anterior disposición, ya que siendo tan importante esta probanza, la que resulta absolutamente indispensable en algunos procesos, al comisionar se perdería parte de su utilidad; sin embargo, cuando la diligencia haya de practicarse en lugar donde el juez no tenga jurisdicción es necesario comisionar.

En materia penal, el Fiscal General de la Nación y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional, razón por la cual podrán practicar inspecciones y otras pruebas en cualquier lugar de la República durante la instrucción. Durante el juzgamiento, el juez deberá comisionar para la práctica de inspecciones fuera de su sede (arts. 82, 84 y 113 del C. de P.P.).

Cuando la inspección judicial deba ser practicada por la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado o un Tribunal, le corresponderá al magistrado ponente su práctica; pero cualquiera de las partes puede pedir que concurran los demás magistrados que forman la Sala de Decisión y así debe decretarse, o de oficio puede disponerlo así la Sala (artículo 30 del C. de P.C.). No obstante, cuando la inspección judicial deba ser practicada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ésta podrá comisionar cuando lo estime conveniente (artículo 181 C. de P.C.).

7.4. ETAPAS EN LA PRÁCTICA DE LA DILIGENCIA DE INSPECCIÓN JUDICIAL

7.4.1. Iniciación de la diligencia

De conformidad con el artículo 246 del C. de P.C., la diligencia se iniciará en el despacho del juez, y luego se procede al traslado del personal al lugar

donde se debe practicar, que es cuando realmente empieza. Por razones de oportunidad procesal, debe ser iniciada en el despacho del juez. La diligencia debe ser iniciada en el primer minuto de la hora señalada para ella con las partes que concurran y los peritos, si se hubiere ordenado su intervención. Si la parte que la pidió no comparece, el juez podrá practicarla si fuere posible y lo considera conveniente.

Si los peritos no comparecen, el juez debe reemplazarlos; si no es posible en ese momento conseguir los nuevos, *se* procederá a aplazar la diligencia, señalando nueva fecha y hora para su práctica.

7.4.2. **Examen e identificación de los hechos por el juez**

El artículo 244 del C. de P.P. preceptúa que el funcionario judicial mediante la inspección comprobará "... el estado de las personas, lugares, los rastros y otros efectos materiales que fueren de utilidad para la averiguación de la conducta o la individualización de los autores o partícipes en ella"; por su parte, el numeral 2° del artículo 246 del C. de P.C., preceptúa: "En la diligencia el juez procederá al examen y reconocimiento de que se trate,,.". En el mismo sentido se expresa el articulo 410 del C.P.M.

Lo anterior significa que si, por ejemplo, el juez va a reconocer un inmueble, procederá a identificarlo en la forma debida por su ubicación, linderos, construcción, nomenclatura, etc. El juez sólo percibirá y hará juicios sobre lo que está viendo, y verbigracia, dirá que tiene cubiertas las paredes con pintur pero las inferencias que puede hacer, o deducciones, tiene que reservarlas para el momento de la valoración de la prueba, pues si las consigna en la diligencia, la prueba será inexistente, ya que, repetimos, ésta debe versar sobre hechos:

Se verifica cuando se entiende la labor que se está haciendo, de tal manera que si la verificación requiere conocimientos especiales, el juez, corno ya dijimos, debe concurrir a la diligencia acompañado de peritos, quienes por así decirlo, van a mirar por el juez y a suministrarle unos conocimientos qué éste no tiene. En los demás casos es el mismo juez, por medio de sus órganos de los sentidos, quien debe realizar tal verificación,

7.4.3. Labor de fijación o reconstrucción

El numeral 4° del artículo 246 del C. de P.C. preceptúa: "El juez podrá ordenar que se hagan planos, calcos, reproducciones, experimentos, grabaciones mecánicas, copias fotográficas, cinematográficas o de cualquier

otra índole, si dispone de medios para ello, y que durante la diligencia se proceda a la reconstrucción de hechos o sucesos, para verificar el modo como se realizaron, y tomar cualquiera otra medida que considere útil para el esclarecimiento de los hechos".

Sin lugar a dudas esta disposición es aplicable a cualquier tipo de proceso y resulta de una grandísima utilidad práctica; lo ideal sería que toda diligencia de inspección judicial, sobre todo cuando hay reconstrucción de los hechos, se hiciera con el empleo de la cinematografía, o por lo menos con la utilización de la fotografía, medios técnicos que le darán al juez, en la tranquilidad de su despacho, cuando se trate de valorar la prueba, ideas más claras, inclusive, que las que tuvo inicialmente, al practicar la prueba.

7.4.4. Inspección de personas

El numeral 5° del artículo 246 del C. de P.C. preceptúa:

"Cuando se trate de inspección de personas, podrá el juez ordenar exámenes radiológicos, hematológicos, bacteriológicos o de otra naturaleza, respetando la dignidad e integridad de aquéllas. La renuencia de las partes a permitir estos exámenes será apreciada como indicio en su contra".

7.4.5. Extensión de la diligencia a otros puntos

Preceptúa el artículo 245 del C. de P.P.:

"... Cuando fuere necesario, el funcionario judicial designará perito en la misma providencia, o en el momento de realizarla. Sin embargo, de oficio o a petición de cualquier sujeto procesal, podrá ampliar en el momento de la diligencia los puntos que han de ser objeto de la inspección".

Por su parte el artículo 247 del mismo C. de P.P., regla:

"Operaciones técnicas: Para mayor eficacia de la inspección, requisa o registro, se pueden ordenar por parte del funcionario judicial, las operaciones técnicas o científicas pertinentes.

"Los resultados se plasmarán en el acta".

En el mismo sentido el numeral 2° del artículo 246 del C. de P.C. Esta facultad del juez es de suma importancia, ya que le evita a éste el decreto de una nueva inspección; en el lugar de la diligencia es cuando el juez, seguramente, se dará cuenta de la necesidad de ampliar los puntos de la inspección, y consecuencialmente los del dictamen pericial. La decisión que tome al respecto no tiene recurso alguno. Reiteramos que muchas veces la necesidad de ampliar los puntos de la inspección y del dictamen pericial surge en el mismo lugar, cuando se va a practicar la diligencia. Las partes pueden

solicitarle al juez que extienda su observación a aquellos, lo mismo que con relación al dictamen pericial, como ya se indicó. La única limitación que tiene el funcionario es la pertinencia de las pruebas; en caso de duda debe practicarla incluyendo las nuevas cuestiones, ya que de ninguna manera tal decisión lo vincula cuando dicta la sentencia.

7.4.6. Pruebas que tienen que ver con los hechos objeto de la inspección

El numeral 3° del artículo 246 del C, de P.C. preceptúa: "Durante la inspección podrá el juez, de oficio o a petición de parte, recibir documentos y declaraciones de testigos, siempre que unos y otros se refieran a los hechos objeto de la misma". En el mismo sentido se expresan los artículos 244 del C. de P.P. y 410 del C.P.M.

En el momento de la diligencia se pueden presentar documentos que tengan que ver con los hechos objeto de inspección; la pertinencia puede ser, inclusive, mediata; en caso de que exista duda sobre ésta, el juez debe decretar la prueba, ya que de todas maneras la decisión no lo ata. Téngase en cuenta que la pertinencia no es con relación al proceso, sino frente a los hechos que son objeto de la inspección judicial. En el proceso de pertenencia, como la inspección versa sobre los hechos del proceso, creemos que existe con relación a la prueba documental y testimonial una amplia libertad, hasta el punto que se puede afirmar que los documentos y testimonios deben recibirse si se refieren a los hechos de la demanda o contestación, según sea el caso.

Si se admite la aportación de documentos en la diligencia de inspección judicial, igualmente debe permitirse, como consecuencia de ésta, el perfeccionamiento de los mismos a fin de que puedan ser apreciados como prueba por parte del juez; de lo contrario no sería útil la. institución, .

Si por ejemplo, en el momento de la diligencia se aporta un documento *y* la parte contra la cual se aporta está presente y es necesario el reconocimiento, es posible solicitar su interrogatorio, pudiendo, también, operar el reconocimiento a que se refiere el numeral 3 ^{0} del artículo 252 dei C. de P.C.

7.4.7. Notificación de **las** providencias que **se dicten** en la diligencia y recursos contra ellas

Las providencias que se dicten en el curso de la diligencia de inspección judicial son susceptibles de los recursos de acuerdo con su naturaleza; las partes quedan notificadas en el momento de la diligencia aunque no hayan

comparecido. Los recursos de reposición y apelación deben ser interpuestos en la misma diligencia.

7.4.8. Constancias de las partes o de sus apoderados

Si las constancias sobre lo observado no provienen del juez o del fiscal (en el proceso penal), no tienen ningún valor probatorio y sólo serán alegatos de las partes. De tal manera que para que tengan relevancia probatoria, las constancias deben hacer relación a lo observado y dejadas por el juez o corroboradas por él, cuando provienen de alguna o algunas de las partes.

7.4.9. Acta de la diligencia

El numeral 7° del artículo 246 del C. de P.C. preceptúa: "Concluida o suspendida la inspección, se redactará y firmará el acta como lo dispone el artículo 109, en la cual se especificarán las personas, cosas o hechos examinados, los resultados de lo percibido por el juez, las constancias que las partes quieran dejar y que el juez estime pertinentes, el dictamen de los peritos, si fuera el caso, y los demás pormenores de su realización. El acta será firmada por quienes hayan intervenido en la diligencia. Las declaraciones de testigos se suscribirán a medida que se reciban, si es posible".

El artículo 244 del C. de P.P. igualmente habla de ella y preceptúa que se extenderá acta que describirá detalladamente los elementos que se vayan comprobando durante la inspección, y se consignarán las manifestaciones que hagan las personas que intervengan en la diligencia.

"En el mismo sentido se expresa el C.P.M., en los artículos 410 a 412.

El artículo 109 del C. de P.C.

"Actas de audiencias y de diligencias. Las actas de audiencias y de diligencias deberán ser autorizadas por el juez y firmadas por quienes intervienen en ellas, el mismo día de su práctica.

"Cuando se emplee el sistema de grabación magnetofónica o electrónica, dentro de los dos días siguientes a la fecha de la audiencia deberá elaborarse un proyecto de acta que, firmado por quien lo hizo, quedará a disposición de las partes por igual término para que presenten observaciones escritas, las cuales tendrá en cuenta el juez antes de firmarlo a más tardar el día siguiente. Las demás personas las suscribirán en el transcurso de los dos días posteriores; si alguna no lo hiciere se prescindirá de su firma.

"Firmada el acta, se podrá prescindir de la grabación.

"Las intervenciones de cada parte o de su apoderado en audiencia o diligencia, no podrán exceder de quince minutos, salvo norma que disponga otra cosa.

"Cuando alguna de las personas que intervinieron en la audiencia o diligencia no sabe, no puede o no quiere firmar, se expresará esta. circunstancia en el acta".

El artículo transcrito es aplicable en los procedimientos laboral,' contencioso administrativo, penal, ordinario y militar.

La versión en taquigrafía es un acta de tal manera que es aplicable a lo laboral esta modalidad, lo mismo que se puede grabar la diligencia en la forma que aparece en la norma citada. De otra parte, nos parece un importante avance en materia penal la introducción de las grabaciones para recoger los hechos materia de la inspección, tal como lo prevé el artículo 148 del C. de P.P.

De la misma manera está previsto en los artículos 311, 313 y 315 del C.P.M.

En todo caso, en la grabación el juez debe plasmar rigurosamente sus observaciones, para que cuando se levante el acta, éstas queden consignadas.

En el derecho canónico, el canon 1583 preceptúa: "Se levantará acta del reconocimiento realizado',

8. INSPECCIONES JUDICIALES PRACTICADAS FUERA DE PROCESO

El artículo 300 del C. de P.C. preceptúa: "Con citación de la futura contraparte o sin ella, podrá pedirse como prueba anticipada la práctica de inspección judicial sobre personas, lugares, cosas o documentos que hayan de ser materia de un proceso, cuando exista fundado temor de que el transcurso del tiempo puede alterar su situación o dificultar su reconocimiento". Y agrega en el último inciso: "La petición se formulará ante el juez del lugar donde deba practicarse". Este tipo específico de prueba se puede practicar también en lo laboral y en lo contencioso administrativo.

[1] "E] juez puede proceder a la inspección personal *y* directa de cosas o lugares relacionados con el juicio. Cuando esa inspección se realiza fuera de la sede del tribunal se denomina acceso judicial, *y* si se hace en la misma sede reconocimiento judicial". "El nuevo código (de Derecho Canónico) no limita el acceso *y* el reconocimiento al lugar de la controversia o a la cosa controvertida en sí mismos, sino que se extiende a cualquier lugar o cosa en general, relacionada con la causa. El reconocimiento y el acceso puede realizarlo cl juez personalmente o por medio del auditor" (Tomado del *Código de Derecho Canónico,* dirección: LAMBERTO DE ECHAVARRÍA, Biblioteca de Autores Cristianos, la Editorial Católica S.A., Madrid, 1983, pág. 771).

En materia penal es posible practicar inspecciones durante la investigación previa sin providencia que lo ordene (inciso 2° del artículo 245 del C. de P.P.). Así, las diligencias del artículo 290 del C. de P.P. es posible practicarlas sin que aún exista proceso. Para la práctica de estas diligencias están facultados los fiscales y las unidades de fiscalía; también la policía judicial o los funcionarios que ejerzan sus funciones pueden ordenar y practicar pruebas sin que se requiera providencia previa, en el lugar de los hechos, y sólo en los casos de flagrancia (artículo 315); asumida la investigación por el fiscal, la policía judicial sólo podrá actuar bajo su dirección (art. 316). En la instrucción se puede omitir la providencia que la ordena y se procederá conforme a lo previsto en el inc. 2° del art. 245 del C. de P.P.

9. NOTIFICACIONES

Puede solicitarse que la diligencia de inspección judicial se practique con citación de las personas que eventualmente van a ser contraparte en el proceso, donde la inspección judicial se va a hacer valer; esto lo autoriza el artículo 300 del C. de P.C. La notificación a estas personas debe hacerse personalmente, apartándonos de la tesis del profesor Devis Echandía , quien sostiene que se puede convertir, esta diligencia en una especie de proceso y hacer la notificación en la forma establecida en los artículos 318 y 320 del C. de P.C., inclusive con nombramiento de curador (esto se explicaría en un proceso pero nunca en una diligencia de este tipo).

10. ¿PUEDE PRACTICARSE DILIGENCIA DE INSPECCIÓN JUDICIAL ANTICIPADA ANTE EL JUEZ CIVIL Y LLEVARLA A UN PROCESO PENAL?

Es indudable que una diligencia practicada por un juez civil en forma anticipada puede ser llevada a un proceso penal para que el juez respectivo la aprecie, de acuerdo con las reglas de la sana crítica; en este sentido, no compartimos lo sostenido por el maestro Devis Echandía, en cuanto a que estas diligencias ante el juez penal no tienen ningún valor.

DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Compendio de Derecho Procesal.* T. II, *Pruebas judiciales.* 7ª edición, Editorial ABC, Bogotá, 1982, pág. 388: "La citación a esos interesados debe ser personal, como para las demandas; pero puede suplirse mediante la notificación a un curador ad litem, previos los emplazamientos ordenados en los artículos 318 y 320 del mismo código...".

Capítulo V

LA PERICIA

1. NOCIÓN Y BASES LEGISLATIVAS

Cuando en sentido general, en el proceso se requieran conocimientos especializados, es decir, de aquellos que escapan a la cultura de las gentes, puede y debe recurrirse a quienes por sus estudios, experiencia, etcétera, los posean; esos conocimientos pueden ser técnicos, científicos o artísticos. Este criterio es el acogido por el C. de P.C. en el artículo 233.

Por su parte el 249 del C. de P.P. y el 413 del C.P.M. preceptúan con similar redacción: "Cuando se requieran conocimientos especiales científicos, técnicos o artísticos, el funcionario judicial decretará la prueba pericial".

2. LA PERICIA COMO MEDIO DE PRUEBA

El dictamen pericial es un medio de prueba que consiste en la aportación de ciertos elementos técnicos, científicos o artísticos que la persona versada en la materia de que se trate hace para dilucidar la controversia, aporte que requiere de especiales conocimientos. Tal como el testimonio, el documento, la inspección judicial, etc., le hacen conocer al juez unos hechos; así mismo, el dictamen pericial lleva a la mente del funcionario sucesos que darán nuevas luces al debate. Si, verbigracia, se necesitara un dictamen pericial sobre un terna en el cual el juez se encontrara especialmente capacitado, de todas maneras habría que practicar la prueba, pues lo contrario, esto es, que el funcionario se atuviese a sus propios conocimientos, por profundos que sean, seria tanto como que sin necesidad de testimonios, documentos, etc., tuviera por acreditados determinados hechos; los conocimientos del juez le servirán para valorar en mejor forma la prueba, al igual que cuando conoce personalmente los hechos, para estimar el testimonio.

3. NATURALEZA DE LA PERICIA

1) Es prueba personal.
2) Es una declaración de carácter técnico, científico o artístico.

3) Hay autores que sostienen que el perito ocupa una posición intermedia entre el testigo y el juez, ya que muchas veces los conceptos emitidos sirven para fallar el proceso. No compartimos este parecer, entre otras cosas porque el funcionario tiene la obligación de valorar, como cualquier otro medio probatorio, el dictamen de los peritos; distinto es que llegue a la conclusión de que el dictamen es bueno, como cuando concluye que determinados testigos están diciendo la verdad, y con base en sus declaraciones profiere el fallo, o cuando basado en documentos que lo convencen sobre la verdad de determinado negocio, produce el fallo.

4) Es una prueba histórica.

4. PROCEDIMIENTO DE LA PRUEBA PERICIAL

4.1. PROPOSICIÓN DE LA PRUEBA

La parte que solicite un dictamen pericial determinará en forma concreta los puntos sobre los cuales deben conceptuar los peritos. Debe redactarse un cuestionario para que estos le den respuesta.

El artículo 252 del C. de P.P. estatuye: "El funcionario judicial, en providencia que decrete la práctica de la prueba pericial, planteará los cuestionarios que deban de ser absueltos por el perito...".

"... Antes de practicarse la prueba pericial, también propondrá al perito los cuestionarios que con el mismo fin hayan presentado los sujetos procesales y que el juez considere conducentes". En el mismo sentido se expresa el artículo 420 del C.P.M.

4.2. PRONUNCIAMIENTO DEL JUEZ SOBRE LA PRUEBA PERICIAL PROPUESTA

El juez resolverá sobre la procedencia de la pericia, y si la decreta, determinará los puntos que han de ser objeto de la misma, para lo cual, con relación a la parte, basta copiar los puntos incluidos en el cuestionario presentado, o sencillamente limitarse a decir que de acuerdo con éste se incluyen los puntos señalados (he aquí la importancia de redactar en forma precisa el cuestionario). El funcionario puede indicar en el auto que decreta el dictamen, los puntos que, de oficio, considere él que deben ser respondidos (artículo 236 del C. de P.C.). En el mismo sentido el C. de P.P. y el P.M., en los ya citados artículos 252 y 420 respectivamente. El canon 1577 establece que el juez determinará mediante decreto cada una de las cuestiones que debe considerar el dictamen de los peritos.

4.3. LOS PERITOS

En materia penal, el cargo de perito es de obligatoria aceptación; el designado por el juez o el funcionario de instrucción estará obligado a aceptarlo y desempeñarlo.

El perito no oficial deberá concurrir al despacho del funcionario judicial a tomar posesión del cargo prestando juramento legal y deberá explicar la experiencia que tiene para rendir el dictamen, lo cual como lo señala el artículo 257 del C. de P.P., se tendrá en cuenta como criterio para apreciar el dictamen.

4.4. DESIGNACIÓN Y NÚMERO DE PERITOS

Debe quedar claramente establecido que los peritos deben ser verdaderos expertos, a fin de que tenga autoridad cuando rindan el dictamen. Cuando intervienen personas de esas condiciones, y si rinden su dictamen imparcialmente, generalmente las partes, asesoradas por expertos, optan por no objetar su dictamen; pero si se emplean, como sucede a menudo, personas que no tienen preparación de orden científico, técnico o artístico, esos dictámenes terminan siendo objetados, viéndose el juez en la necesidad de nombrar nuevos peritos efectivamente conocedores de la materia, situación que conlleva pérdida de tiempo en detrimento del mismo proceso.

El artículo 8° del C. de P.C. exige que los auxiliares de la administración de justicia entre ellos los peritos, tengan versación y experiencia en la respectiva materia; han de ser entonces personas idóneas.

La Ley 16 de 1968 estableció la elaboración de listas previas de expertos, por especialidades, para que el juez sorteara los peritos, en cada caso, según su especialidad. El Decreto Ley 2204 de 1969 y el artículo 9° del C. de P.C. conservaron el sistema de las listas previas, pero suprimieron los sorteos, autorizando al juez para hacer nombramientos rotativos.

El artículo 234 del C. de P.C. fue modificado por el artículo 24 de la Ley 794 de 2003:

> "Número de peritos. Sin importar la cuantía o naturaleza del proceso, todo dictamen se practicará por un (1) solo perito".

El Código de Procedimiento Laboral en su artículo 51 establece perito único en todos los casos; en el procedimiento penal el funcionario judicial puede designar uno o más peritos (artículo 251); en el mismo sentido reza el artículo 415 del C.P.M.

Cuando se declara probada una tacha, recusación o impedimento, el perito debe ser reemplazado por el juez. Lo mismo ocurrirá cuando no rinda el dictamen dentro del término señalado, o cuando no se posesione oportunamente.

Si los peritos presentan el dictamen fuera del término que se les ha fijado, pero antes de ser reemplazados, el dictamen se tendrá como tal, de acuerdo con lo que prescribe el numeral 5" del artículo 237 del C. de P.C.

4.5. EXIGENCIA ESPECIAL EN MATERIA PENAL Y MILITAR

El artículo 250 en concordancia con el articulo 269 del C. de P.P., y el artículo 418 del C.P.M., establecen que el funcionario judicial amonestará al perito sobre la trascendencia moral y legal del acto y sobre las sanciones penales establecidas contra los que declaran falsamente o incumplan lo prometido, para lo cual se leerán las disposiciones respectivas; luego de esto, el funcionario judicial recibirá el juramento al perito.

En tratándose de peritos oficiales, el Código de Procedimiento Penal no exige que les sea tomado juramento, comoquiera que al asumir sus cargos como empleados públicos lo han hecho, *y* **el** rendir el dictamen que les solicita el juez penal, o el fiscal, está dentro de sus funciones.

Es inexistente la peritación en que se omita cualquiera de las formalidades dichas. En el acta debe constar que efectivamente se hicieron las amonestaciones y que se recibió el juramento; de lo contrario, sin necesidad..: de auto que declare la nulidad del dictamen, hay que repetirlo, cumpliendo con las ritualidades establecidas legalmente.

4.6. POSESIÓN DE LOS PERITOS

En materia civil, **la** posesión de los peritos es de gran importancia; ya: que a esa diligencia pueden comparecer las partes, para conocerlos, y además, para si es del caso, indicar nuevos puntos sobre los cuales verse el dictamen. Es importante concurrir a esta diligencia para, inclusive, brindar a los expertos,.: los servicios que puedan ayudarlos a un mejor cumplimiento de su misión.

Muchas veces las partes se quejan de los dictámenes, pero generalmente cualquiera de **las** quejas desaparecería, si efectivamente cumplieran con la carga que soportan de actuar diligentemente en la actividad probatoria, y una de las formas de hacerlo en la práctica de la prueba pericia], comienza por, asistir a la diligencia de posesión.

En esta diligencia podrán los peritos solicitar que se amplíe el término para realizar sus estudios y rendir el dictamen, y además, que se les suministre lo necesario para viáticos y gastos de la pericia. Estos pedimentos serán resueltos allí mismo, y contra las providencias que los decida no habrá recurso alguno.

Igualmente, los peritos convendrán la fecha y la hora para iniciar el examen de las personas o cosas objeto de la prueba. Esta es una disposición muy útil, ya que las partes y sus apoderados pueden hacerles las observaciones que estimen necesarias, y también participar en los experimentos (esto cuando se está practicando el dictamen), y para ello es menester saber cuándo es que los peritos se van a reunir para realizar las diligencias correspondientes. Pueden, antes de la posesión, mediante escrito, solicitársele al juez que en el momento de asumir el cargo les pregunte cuándo van a empezar a realizar el dictamen correspondiente. Por ejemplo, si se trata del avalúo de un inmueble, y una de las partes, o ambas, tienen interés en concurrir a las diligencias de observación del inmueble, éstas deben pedirle al funcionario que les pregunte cuándo es que se van a reunir para hacer el recorrido del inmueble, y éstos deberán señalar la fecha. Esta es una forma eficiente de vigilar el desarrollo y seriedad de la prueba.

Es importante destacar que durante la posesión el perito debe manifestar que tiene los conocimientos necesarios para rendir el dictamen y explicar su experiencia, conforme lo establecen los artículos 236 (ordinal 3°) del C. de P.C. e inciso 1° del art. 250 del C. de P.P.

En materia procesal penal y procesal penal militar, ya indicamos lo referente a la posesión; en materia de derecho canónico el parágrafo 3° del canon 1677 preceptúa: "Después de oír al perito, el juez le fijará un plazo dentro del cual tendrá que efectuar su estudio y presentar el dictamen".

4.7. CONSIGNACIÓN DEL DINERO NECESARIO PARA LOS VIÁTICOS Y GASTOS DE LA PERICIA

Si dentro del término señalado por el juez no se consignare la suma fijada, se considerará que quien pidió la prueba desiste de ella, a menos que la otra parte provea lo necesario. Sin embargo, podrá el juez ordenar a los peritos que rindan el dictamen si lo estima indispensable, aplicando lo dispuesto en los artículos 388 y 389 del C. de P.C., para el pago de las expensas.

4.8. OPORTUNIDAD PARA PEDIR ADICIONES AL DICTAMEN

Al respecto preceptúa en el numeral 4° del artículo 236 del C. de P.C. "Desde la notificación del auto que decrete el peritaje, hasta la diligencia de

posesión de los peritos y durante ésta, las partes podrán pedir que el dictamen se extienda a otros puntos relacionados con las cuestiones sobre las cuales se decretó y el juez lo ordenará de plano si lo considera procedente, por auto que no tendrá recurso alguno".

Es importante observar que el juez debe vigilar la pertinencia de los nuevos puntos, pertinencia que no hace relación al proceso sino a los puntos sobre los cuales se decretó el dictamen, ya que ésta no es una nueva oportunidad para solicitar pruebas sino sencillamente para que se le dé mayor precisión al dictamen y pueda sacarse mayor utilidad de él.

En lo penal, los artículos 252 y 420 del C.P.M., normas que se explicaron anteriormente, regulan este punto.

4.9. POSIBLES IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES A LOS PERITOS

La importancia que tiene la prueba pericial obliga a garantizar no solamente la idoneidad de los peritos, sino también su imparcialidad, y siendo el perito fungible, la ley ha consagrado causales de impedimento y de recusación. El artículo 235 del C. de P.C. dice: "Los peritos están impedidos y son recusables como los jueces". En el mismo sentido se expresan los artículos 258 del C. de P.P. y 417 del C.P.M. El canon 1576 señala: "Los peritos quedan excluidos o pueden ser recusados por las mismas causas que los testigos".

Si el perito conoce el impedimento en que se encuentra debe excusarse de aceptar el cargo y abstenerse de tomar posesión. Si antes de esta diligencia manifiesta el impedimento, no habrá lugar a ella; si ya está posesionado y manifiesta el impedimento, el juez lo separa del cargo y nombra el reemplazo correspondiente.

Dentro del término de los tres días siguientes a la notificación del auto que designe los peritos, las partes podrán recusarlos por escrito, y en el documento de recusación pedirán las pruebas que con tal fin estimen procedentes. El escrito quedará en la secretaria a disposición del perito y de la otra parte, hasta la fecha señalada para la diligencia de posesión, término en el cual podrán solicitar pruebas relacionadas con la recusación. Si el perito acepta la causal alegada u otra prevista en la ley, se procederá a reemplazarlo y a fijar nueva fecha y hora para la diligencia de posesión. En caso contrario, se decretarán las pruebas, las que deberán practicarse dentro de los cinco (5) días siguientes. Si el término probatorio del incidente o de la instancia todavía es suficiente, es decir, mayor de cinco (5) días, se practican las pruebas dentro del término normal del incidente o dentro del término del proceso, pero si no es suficiente,

verbigracia, por faltar un día para terminar el período probatorio del proceso ordinario, el juez señalará uno adicional que no podrá exceder de cinco días y resolverá una vez practicadas las pruebas sobre la recusación. En el mismo auto que se acepta la recusación se designará el nuevo perito y se fijará fecha y hora para la posesión, a la que debe concurrir el otro perito, cuando son dos, con el objeto que se señaló en renglones anteriores.

Siempre que se declare probada la recusación, se sancionará al perito con una multa de dos a cinco salarios mínimos; en caso contrario, ésta se impondrá al recusante.

Todo lo anteriormente dicho es aplicable en los procedimientos civil, penal, laboral y contencioso administrativo.

4.10. PRÁCTICA DE LA PRUEBA PERICIAL

4.19.1. Actividad de los peritos

Los peritos examinarán conjuntamente las personas o cosas objeto del dictamen y realizarán personalmente los experimentos e investigaciones que consideren necesarios, sin perjuicio de que se puedan utilizar auxiliares o solicitar por su cuenta el concurso de otros técnicos, bajo su dirección y responsabilidad; en todo caso expondrá su concepto sobre los puntos del dictamen. Obsérvese bien: pueden recurrir a la colaboración de otros técnicos y llevar a cabo ellos personalmente, o contratar con laboratorios, la realización de determinados exámenes para rendir el dictamen en mejor forma, pero si bien deben relatar todos los experimentos realizados y hasta los conceptos emitidos por otros técnicos, de todas maneras deben emitir su propia opinión. Así por ejemplo, si para un dictamen grafológico los peritos utilizan laboratorios para que se dijera la clase de tinta, o la edad del papel, etc., estos experimentos podrán ser narrados por los peritos, pero en todo caso, como ya se dijo, deben emitir un concepto personal sobre el escrito que se les ha puesto a su disposición.

Si utilizan conceptos de otros, podrán citarlos, lo mismo que los datos tomados o investigaciones, pero en todo caso deben emitir su opinión personal.

Todo lo anterior aparece consagrado en el numeral 6° del artículo 237 del C. de P.C., el que dice: "El dictamen debe ser claro, preciso y detallado; en él se explicarán los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones". Esta disposición consagra la necesidad de explicar el porqué

se rinde el dictamen en determinado sentido, indicando lo que se tuvo en cuenta para conceptuar, a fin de que las partes, en adecuada forma, puedan utilizar el derecho de contradicción de la prueba. Un dictamen sin la fundamentación o explicaciones correspondientes, no es pericial y a lo sumo será un simple concepto u opinión, y por tanto habrá que practicar el dictamen con el criterio explicado anteriormente; no se necesita declarar la nulidad ni la inexistencia del dictamen, sencillamente el juez debe ordenar que se rinda como se ha explicado, para que una vez hecho, pueda correrse traslado de él.

Hemos precisado que si no se explica el dictamen, no puede ejercerse en debida forma el derecho de contradicción, ya que ¿con base en qué razonamientos podría enjuiciarse el dictamen?, sobre todo si se tiene en cuenta que a menudo las partes no manejan esos conceptos de tipo técnico, científico o artístico, teniendo que recurrir a expertos que las asesoren y éstos necesitan conocer los fundamentos del dictamen para poder asesorar eficientemente a las partes. La asesoría está permitida, y se consagra en el numeral 7° del artículo 238 del C. de P.C., institución que se explicará más adelante.

El artículo 251 del C. de P.P. preceptúa: "El dictamen debe ser claro, y en él se explicarán los exámenes, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones.

"Cuando se designen varios peritos, conjuntamente practicarán las diligencias y harán los estudios o investigaciones pertinentes para emitir el. dictamen...".

El 419 del C.P.M. establece: "El dictamen de los peritos ha de expresar clara y precisamente las razones en que se funda.

"Cuando haya más *de* un perito, juntos practicarán las diligencias y harán los estudios o investigaciones conducentes para emitir el dictamen...".

El juez y las partes pueden acompañar a los peritos y presenciar los exámenes y experimentos, en el curso de los cuales pueden hacerles las observaciones que estimen convenientes (C. de P.C., artículo 237, numeral 3°).

El parágrafo 1° del canon 1578 estatuye: "Cada perito ha de elaborar por separado su propio dictamen, a no ser que el juez mande que se presente uno solo que habrá de ser firmado por todos. En este caso, deben anotarse diligentemente las discrepancias, si así hubiere. Parágrafo 2°. Los peritos

han de hacer constar claramente por qué documentos y otros medios idóneos se han cerciorado de la identidad de las personas, cosas, o lugares, de qué manera han procedido para cumplir el encargo que se les confió, y sobre todo, en qué argumentos fundan las conclusiones a las que hayan llegado. Parágrafo 3°. El perito puede ser llamado por el juez para que añada las explicaciones que aparezcan necesarias".

4.10.2. Informes de terceras personas

Una de las fuentes del testigo mencionado o referenciado es precisamente la que se da cuando los peritos están preparando el dictamen pericial y reciben informes respecto de personas que conocen los hechos sobre los cuales debe versar el dictamen; ellos harán constar en el acta del dictamen tal circunstancia y los nombres y el lugar en donde pueden ser citadas esas personas. El juez podrá ordenar, dentro de las oportunidades que señala el artículo 180 del C. de P.C., que sean citadas a rendir declaración (numeral 3° del artículo 237 del C. de P.C.). Esta norma es aplicable en el procedimiento laboral, y con mayor razón en el penal ordinario y en el penal militar.

4.10.3. Prórroga del término para dictaminar

Los peritos solo podrán pedir prórroga por una sola vez, del término para rendir el dictamen pericial (artículos 237 numeral 5° del C. de P.C., 253 del C. de P.P. y 422 del C.P.M.).

4.10.4. Forma en que se presenta el dictamen pericial

Excepto en los procesos verbales, el dictamen se rinde por escrito y debe ser claro, preciso y detallado; en él, como ya se dijo, se explicarán los exámenes, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones (artículos 237 —numeral 6°— del C. de P.C., 253 del C. de P.P., 422 del C.P.M. y canon 1578 del Código de Derecho Canónico).

El dictamen debe presentarse personalmente por los peritos, y cuando se practica la pericia corno anexa a una diligencia (de inspección judicial u otra) en una circunscripción territorial distinta, hay que comisionar al juez de ésta, quien está facultado para posesionar y reemplazar a los peritos.

El dictamen puede ser presentado ante el comisionado o ante el comitente, en todo caso dentro del plazo señalado por el juez.

4.10.5. El perito tercero

El perito tercero debe dictaminar sobre los puntos en que estén en desacuerdo los dos principales y solamente sobre ellos (artículo 234 del C. de P.C.).

4.11. CONTRADICCIÓN DEL DICTAMEN, SU ACLARACIÓN OBJECIÓN

4.11.1. En materia civil, laboral y contencioso administrativa

El juez debe observar si efectivamente existe dictamen pericial, esto es, analizar cuidadosamente si se cumplieron los requisitos del numeral 6° del artículo 237 del C. de P.C., ya que si no es así, no hay dictamen, y mal podría correr traslado de algo que no existe, No debe el juez correr traslado de un dictamen que no reúne los requisitos indicados, ya que ninguna disponibilidad tiene frente a las exigencias que hace el legislador para hablar del dictamen pericial.

Si por el contrario, el dictamen reúne los requisitos indicados, el juez corre traslado de él a las partes por el término de tres días, durante los cuales podrán pedir que se complete o aclare, u objetarlo por error grave.

Como el juez debe tener el control de toda la actividad probatoria y debe saber cuáles son los puntos sobre los cuales debe versar el dictamen, debe estudiar si es procedente que se haga la adición o aclaración, ya que si considera que está completo, debe negar la petición. De todos modos, la adición es el sentido de que faltaron puntos que fueron oportunamente propuestos; no sería la oportunidad para pedir que el dictamen se extienda a otros puntos que no fueron aducidos oportunamente. Si la considera procedente, el funcionario accederá a la solicitud de aclaración o adición del dictamen y fijará a los peritos un término prudencial para ello, que no podrá exceder de diez días. Si durante el traslado se pide aclaración o adición del dictamen además se le objeta, no se dará curso a la objeción sino después de producidas aquellas, si fueren ordenadas; en ese caso, si la parte que objetó queda satisfecha con las aclaraciones y adiciones, podrá desistir de la objeción.

De las aclaraciones o complementaciones se da traslado a las partes por tres días, durante los cuales podrán también objetar el dictamen por error grave, si antes no lo hicieron (numeral 4° del artículo 238 del C. de P.C.).

En el escrito de objeción se precisará el error y se pedirán las pruebas para demostrarlo. De aquél se dará traslado a las demás partes en la forma indicada en el art. 108, por tres días, dentro de los cuales podrán éstas pedir

pruebas. El juez decretará las que considere necesarias para resolver sobre la existencia del error, y concederá el término de diez días para practicarlas.

La objeción al dictamen es un incidente que solo es de previa definición en los procesos de sucesión, ejecutivos y divisorios, es decir, en los que se necesita el dictamen para que el juez adopte una decisión de inmediato, como la partición de bienes o el remate de los bienes. Salvo estas excepciones, la objeción se resuelve en el auto que haga lo propio con el incidente, o en la sentencia que se dicte en el respectivo proceso en el que el dictamen se practicó.

Al parecer, la prueba idónea por excelencia para demostrar el error grave en un dictamen pericial, es otro dictamen, el cual no es objetable; sin embargo, dentro del traslado las partes podrán pedir que se complete o aclare.

Con relación a los dictámenes rendidos pueden darse las siguientes hipótesis: a) Que prospere la objeción; en ese evento el segundo dictamen no solo le servirá para demostrar el error, sino que, además, podrá el juez tomarlo como dictamen definitivo; b) Que no prospere la objeción; en este caso, puede tomar los dos dictámenes y apreciarlos conjuntamente; c) Que los dos dictámenes periciales practicados no convenzan al juez; éste puede decretar un tercero, haciendo uso de sus facultades oficiosas, dentro de las oportunidades que señala el artículo 180 del C. de P.C.

4.11.1.1. Qué debe entenderse por error grave

Es aquel que de no haberse presentado, otro hubiera sido el sentido del dictamen rendido por los peritos. Nuestra Corte Suprema de Justicia ha dicho que el error grave tiene la característica de ir contra la naturaleza de las cosas o la esencia de sus atribuciones, corno cuando se afirma que un objeto o persona tiene determinada peculiaridad y resulta que tal cualidad no existe; o en tener por blanco lo que es negro o rosado'.

Luis Alzate Noreña define el error grave: "Es todo aquel que es perceptible por la razón de toda persona que proceda con criterio lógico, obedeciendo a las indicaciones de una sana crítica dirigida por un razonamiento sensato"[2].

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Negocios Generales. Autos de 18 de febrero de 1942, LII, 883; 27 de septiembre de 1948, LXV, pág. 217.

[2] ALZATE NOREÑA, LUIS. *Pruebas judiciales.* Imprenta Departamental, Manizales, Colombia, 1941, pág. 236.

Nos parece que lo dicho al inicio ilustra mejor el concepto; efectivamente, es el que se presenta a la mente de cualquier persona de pensamiento sano y que de no haberse incurrido en él, otro sería, como se dijo, el resultado del dictamen.

4.11.1.2. Asesoramiento de las partes, por expertos

Si bien no tenemos una reglamentación tan completa sobre la asesoría a la parte como la que tiene la legislación argentina con el nombre de consultor técnico pericial (artículos 457 y ss. del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), sí se consagró, en el numeral 7° del artículo 238 del C. de P.C., el asesoramiento, como ya se dijo, de expertos.

Como las partes normalmente no manejan los conceptos de orden técnico, científico o artístico, pueden asesorarse de un experto que intervenga fundamentalmente en la vigilancia, producción y objeción de la prueba pericial. Esto significa que la parte podrá comunicar al juez, por escrito, que se asesorará de determinado experto; el funcionario ordenará que se tome nota en el expediente para que pueda acompañar a la parte en la vigilancia de. la prueba y en la formulación de conclusiones sobre ella.

Como el asesor tiene una actividad estrictamente análoga a la del abogado, y actúa en el proceso a la manera de apoderado de la parte, por lo que debe ser considerado como defensor-consultor, no encontrarnos inconveniente en que el juez pueda reconocerlo en el proceso como tal y que pueda asistir a todas las actividades a que pueden asistir las partes o sus apoderados para hacer las observaciones correspondientes. Las alegaciones que haga o presente se tienen como de la parte que lo contrató, y se tendrán en cuenta para la regulación de los honorarios. Es aconsejable, en los procesos en los que el dictamen pericial es difícil y definitivo para el despacho de las pretensiones o de las excepciones, recurrir a esta clase de asesor, pudiendo, reiteramos, dicho colaborador asistir a todas las diligencias tendientes a que se rinda el dictamen, tal corno si fuera la parte.

El numeral 7° del artículo 238 del C. de P.C. es aplicable a los procesos laborales, contencioso administrativos, penales ordinarios (en la etapa del juicio) y penales militares.

4.11.2. En materia penal ordinaria y justicia penal militar

Los artículos 254 y 255 del C. de P.P. reglamentan lo referente al conocimiento del dictamen y su objeción.

Cuando el funcionario judicial reciba el dictamen procederá en la siguiente forma:

1) Verificará si el dictamen cumple con los requisitos señalados en el Código de Procedimiento Penal (especialmente los señalados en el tercer inciso del artículo 251); en caso contrario ordenará que el perito elabore el dictamen cumpliendo con ellos. No se admitirá como dictamen la simple expresión de las conclusiones.

2) Si el dictamen cumple con los requisitos indicados, se correrá traslado a los sujetos procesales por el término de tres días para que soliciten su aclaración, ampliación o adición. Para la ampliación o adición el funcionario judicial fijará término. La objeción podrá proponerse hasta antes de que finalice la audiencia pública.

El funcionario judicial debe examinar si el concepto que entrega el perito cumple con los requisitos que exige la ley para la existencia del dictamen pericial (inciso 1° del artículo 254 del C. de P.P.), lo cual debe efectuarse antes de correr traslado a las partes de él; la adecuada interpretación y aplicación de esta norma se traduce en economía y celeridad procesal.

De conformidad con lo previsto en el artículo 255 del C. de P.P., el dictamen puede objetarse por error. Aunque la ley no lo dice, ha de entenderse que el legislador quiso referirse a un error trascendental, grave y determinante en las conclusiones, sin cuya presencia éstas hubieran sido distintas. No puede tramitarse como objeción un error intrascendente, pues ello se traduce en demora y desperdicio de trabajo.

En el escrito de objeción se precisará el error y se solicitarán las pruebas para demostrarlo; entre tales pruebas puede incluirse el dictamen pericial, el cual en la mayoría de los casos será la prueba idónea para demostrar el error en que se incurrió en el dictamen objetado.

Del escrito de objeción se dará traslado a los demás sujetos procesales por el término de tres días, dentro del cual podrán pedir pruebas y se tramitará el incidente para resolver la objeción.

El dictamen que se rinda como prueba de las objeciones no es objetable, pero dentro del término del traslado las partes podrán pedir que se complete o aclare.

Si no prospera la objeción, el funcionario apreciará conjuntamente los dictámenes practicados. Si prospera aquella, podrá el funcionario acoger el

practicado para probar la objeción o decretar de oficio uno nuevo, que será inobjetable, pero del cual se dará traslado para que las partes puedan pedir que se complemente o aclare.

Los artículos 424 y 425 del C.P.M. regulan el conocimiento del dictamen y su objeción.

De conformidad con el primero de ellos, el dictamen pericial se pone en conocimiento de las partes por el término de tres días, para que durante él puedan pedir que lo amplíe, lo complete o aclare, lo cual se hará dentro del término que fije el juez.

El dictamen en el proceso penal militar puede ser objetado en cualquier tiempo, antes de que el asunto entre al despacho del juez para sentencia.

La objeción en este procedimiento especial se tramita en forma incidental. Si se declara fundada la objeción, el juez designará otro perito que rinda el respectivo dictamen y compulsará las copias con destino a la autoridad correspondiente.

Pensamos que en una futura reforma del C.P.M. debe considerarse como única causal de objeción la del error grave, pues si la violencia y el dolo no generan error en el dictamen que emite el perito, son causales inocuas. De otra parte, creemos que debe eliminarse el dictamen pericial que se practica en el caso de que se declare fundada la objeción, pues si se practica uno dentro del trámite incidental que demuestra el error, creemos que el señalado por la ley en este caso es inútil; cosa distinta es que el juez pueda ordenar oficiosamente un nuevo dictamen sobre los mismos puntos, el cual debe apreciar conjuntamente con el practicado dentro del trámite o de la objeción.

4.12. HONORARIOS DE LOS PERITOS

El artículo 239 del C. de P.C. establece que en el auto de traslado del dictamen se señalarán los honorarios dilos peritos, de acuerdo con la tarifa oficial, y lo que de ellos deba pagar cada parte. En el caso de que se requieran, expertos con conocimientos muy especializados, podrá el juez señalarles los honorarios sin limitación alguna, teniendo en cuenta la presencia de aquéllos y las demás circunstancias del caso.

Antes del vencimiento del traslado del escrito de objeciones, el objetante deberá presentar al juzgado los títulos de los depósitos judiciales o los recibos de los honorarios a su cargo expedido por los peritos.

En el primer caso se entregarán a los peritos los respectivos títulos, sin necesidad de auto que así lo disponga, y se oficiará a la correspondiente entidad para su pago, aun cuando el expediente no se encuentre en el juzgado.

Los peritos restituirán los honorarios si prospera alguna objeción que deje sin mérito el dictamen, o la parte que el juez señale en el caso de que aquella prospere parcialmente. Cuando los peritos no cumplan la aclaración o complementación ordenada, perderán los honorarios, y si los hubieren recibido, deberán restituirlos.

Si los peritos no restituyen los honorarios dentro de los diez días siguientes al envío del telegrama, en la forma como lo dispone el numeral 9 del artículo 9°, en el cual se les comunique la orden, la parte que consignó los honorarios podrá cobrarlos mediante proceso ejecutivo con copia de la providencia respectiva, en la forma prevista en el artículo 391. En este caso, los peritos deberán ser excluidos de la lista de auxiliares de la justicia, para lo cual se comunicará a quien corresponda, sin perjuicio de la acción disciplinaria a que hubiere lugar.

4.13. LOS INFORMES TÉCNICOS DE LOS FUNCIONARIOS OFICIALES

El artículo 243 del C. de P.C. autoriza "solicitar, de oficio o a petición de parte, informes técnicos o científicos sobre avalúos y otros hechos de interés para el proceso, a los médicos legistas, a la policía judicial, al Instituto Geográfico Agustín Codazzi y en general a las entidades y dependencias oficiales que dispongan de personal especializado, y a las que tengan el carácter de consultores del gobierno". Con el fin de dar seriedad a los mencionados informes, se establece que deben ser motivados y rendirse bajo juramento, que se entiende prestado por el solo hecho de la firma. El informe se pone en conocimiento de las partes por el término de tres días, para darles la oportunidad de que pidan que se complete o aclare. No hay posibilidad de objetar el informe por error grave.

No importa que no esté consagrada la posibilidad de objetar el informe por error grave; de todas maneras, la parte asesorándose, si es del caso, de un experto puede enjuiciar el informe, y el juez, si lo considera necesario, ordenará uno nuevo, tomando todas las medidas para que éste resulte logrado en las mejores condiciones para su apreciación.

En lo penal, los informes técnicos de funcionarios oficiales se emplean de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 263 del C. de P.P.

4.14. DEBER DE COLABORACIÓN DE LAS PARTES

El artículo 242 del C. de P.C. consagra el deber de colaboración de las partes para con los peritos y contempla dos hipótesis: Á) Deber de "facilitarles los datos, las cosas y el acceso a los lugares que ellos consideren necesarios para el desempeño de su cargo; y si alguno no lo hiciere se hará constar así en el dictamen y el juez apreciará tal conducta como indicio en su contra, sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral 1°, del artículo 39".

B) "Si alguna de las partes impide la práctica del dictamen, los peritos lo informarán al juez, quien le ordenará facilitar la peritación; y si no lo hiciere, la condenará a pagar los honorarios periciales y multa de cinco a diez salarios. mínimos mensuales. Tal conducta se apreciará como indicio en su contra"

4.15. EL CASO DE LOS AVALÚOS Y OTRAS REGULACIONES NUMÉRICAS

Decía el articulo 721 del C.J., derogado: "Cuando se trata de avalúos de cualquier regulación en cifra numérica, el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado de los peritos, hace plena prueba.

"Si hay desacuerdo, se toma el medio aritmético, a menos que la diferencia entre los dos extremos exceda de un cincuenta por ciento de la cantidad menor, pues en este evento, el juez hace la regulación que estime equitativa conforme a los mismos dictámenes y demás elementos del proceso; y aún puede decretarse de oficio otro avalúo por medio de peritos que él designe".

La disposición citada, como puede observarse, se refería al dictamen uniforme y debidamente fundamentado de los peritos, como aquel que hacía plena prueba. Lo anterior significaba que a pesar de que existieran dos dictámenes periciales, si uno de ellos no era fundamentado, no era explicado; no era razonado, podía el juez escoger, aún en el sistema tarifarlo; el otro dictamen, en el cual no se presentaran tales deficiencias. Si los dos dictámenes coincidían en el valor, pero no eran fundamentados ni explicados, el juez podía optar por designar nuevos peritos para que hicieran el avalúo.

Si los dos dictámenes eran fundamentados, explicados y razonados de tal manera que el juez tuviera la certeza de que se había usado toda la técnica y la ciencia, en su caso, hacía la elaboración de él, y podía tornar el medio aritmético entre los dos dictámenes, salvo que uno con relación al otro excediera del cincuenta por ciento. Si por ejemplo, unos peritos decían que el

bien valía cincuenta y otros que ciento uno, corno existía la diferencia señalada, entre los dos dictámenes, en este. evento el juez podía hacer la regulación o, lo más aconsejable, decretar un nuevo dictamen pericial. Obsérvese bien: para que pudiera tomarse el medio aritmético se requería que no excediera, como ya se dijo, el uno del otro en más del cincuenta por ciento, pero tampoco debía existir disparidad en los fundamentos en que se apoyaran los dictámenes, ya que si ello ocurría no podía tomarse en absoluto el medio aritmético, pues se trataba de cifras logradas sobre supuestos o fundamentos distintos.

La Corte Suprema de Justicia en reiteradas oportunidades y a pesar de que, corno ya se dijo, con el artículo 721 del C.J. se tarifaba la prueba pericial, sostuvo que el juez tenía las más amplias facultades para proceder a estudiar la fundamentación de la prueba pericial. La mencionada norma del C.J. es hoy una buena regla que se debe tener en cuenta, cuando se trata de apreciar la prueba pericial en la especie de avalúos o regulación en cifras numéricas; en este sentido, pueden sacarse las siguientes conclusiones:

a. Para tomar el medio aritmético se requiere que los dos, o los varios, dictámenes periciales, no tengan disparidad sino en la cifra señalada como avalúo, y se refieran a fundamentos idénticos, evento en el cual el precio se puede obtener sumando las cantidades indicadas por los distintos expertos y dividiendo por el número de sumandos (siempre y cuando ninguna exceda del cincuenta por ciento sobre la otra cifra o las varias existentes como resultado de las distintas pericias).

b. Cuando existen entre los dictámenes fundamentos distintos para señalar la cifra, no podemos decir que hay varios dictámenes con relación a unos fundamentos determinados, pues como se ha sentado ya, se apoyan en bases distintas. En este evento, el dictamen que se refiera a las bases que el juez conoce que son las que deben tenerse en cuenta, pueden ser apreciadas por el juez e inclusive decretar un nuevo dictamen que se refiera a esos fundamentos, pues de acuerdo con la facultad oficiosa en lo probatorio que tiene el juez, lo puede señalar y una vez practicado, si es del caso, tomará el medio aritmético.

c. Si se practican, por ejemplo, tres dictámenes periciales, y dos de ellos se refieren a los fundamentos que se deben tener en cuenta en el proceso, entre éstos se debe tomar el medio aritmético.

d. Es importante tener en cuenta que si existen dos dictámenes periciales para señalar una cifra, y media entre los dos una diferencia de más del cincuenta por ciento, siempre que se tengan presentes los fundamentos, uno de los dos

dictámenes es equivocado; en este caso, lo aconsejable es decretar la realización de uno nuevo, para saber cuál es el errado. Por ejemplo, A y B, peritos, dicen que el bien vale cien; C y D dicen que cuarenta y cinco; no podríamos tomar el medio aritmético entre estos dos dictámenes porque alguno de los dos es equivocado. Al decretarse un tercer dictamen, los peritos, X y Y, dicen que el bien vale cincuenta, demostrándose que el que sostuvo que el precio era cien, incurría en un yerro manifiesto; se toma el medio aritmético sumando cuarenta y cinco más cincuenta, y dividiendo por dos ese será el precio.

4.16. ALGUNOS CASOS QUE DEMUESTRAN LA UTILIZACIÓN DEL DICTAMEN PARA AVALÚOS O SEÑALAMIENTO DE CIFRAS NUMÉRICAS

4.16.1. Procesos de servidumbres

El artículo 415 del C. de P.C. establece: "Al decretarse la imposición, variación o extinción de una servidumbre, en la sentencia se fijará la suma que deba pagarse al demandado a título de indemnización o de restitución, según fuere el caso. Consignada aquella, se ordenará su entrega al demandado y el registro de la sentencia, que no producirá efectos sino luego de la inscripción". La disposición es sumamente clara en cuanto a la oportunidad para señalar el valor de la indemnización, que es en la sentencia; de que no es posible hacer la condena **in genere** o en abstracto, ya que la norma citada es muy escueta y concreta. Como en este proceso necesariamente debe practicarse una diligencia de inspección judicial, el juez debe ir acompañado de peritos para que señalen el monto de la indemnización y así poder cumplir con lo ordenado en la disposición que se comenta.

4.16.2. Arrendamiento comercial

De conformidad con el artículo 519 del C. de Co. "Las diferencias que ocurran entre las partes en el momento de la renovación del contrato de arrendamiento se decidirán por el procedimiento verbal, con intervención de peritos". Con respecto a esta disposición debe decirse que los peritos los debe nombrar el juez, aplicando el C. de P.C., y que estos deben verdaderos expertos en el campo de los bienes inmuebles y su rentabilidad a fin de calcular el precio del arrendamiento, teniendo en cuenta que existe una tendencia innegable a correlacionar el valor del alquiler locativo con del venal del bien, es decir, el del alquiler locativo representando una rentabilidad del capital invertido en el inmueble: tal procedimiento es

pero no debe ser empleado con exclusividad. En la práctica, es perceptible que el valor del alquiler locativo tiene relativa vida propia y no depende del valor del inmueble, pues hay muchos factores que inciden en el precio y por tanto solo los expertos pueden tomarlos en cuenta.

El articulo 522 del C. de Co. dice: "Si el propietario no da a los locales el destino indicado o no da principio a las obras dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la entrega, deberá indemnizar al arrendatario los perjuicios causados, según estimación de peritos. Igual indemnización deberá pagarles si en esos mismos casos arrienda los locales, o los utiliza para establecimientos de comercio en que se desarrollen actividades similares a las que tenía el arrendatario".

"En la estimación de los perjuicios se incluirán, además del lucro cesante sufrido por el comerciante, los gastos indispensables para la nueva instalación, las indemnizaciones de los trabajadores despedidos con ocasión de la clausura o traslado del establecimiento y el valor actual de las mejoras necesarias y útiles que hubiera hecho en los locales entregados.

"El inmueble respectivo quedará especialmente afecto al pago de la indemnización y la correspondiente demanda deberá ser inscrita como se previene para las que versen sobre el dominio de inmuebles". Este precepto legal se refiere, en primer término, al lucro cesante y, en segundo lugar, enumera daños que están comprendidos en el concepto de daño emergente.

4.16.3. Expropiación

Notificada la sentencia que decreta la expropiación, aun cuando sea recurrida en apelación, que se concederá en el efecto devolutivo, se procede al avalúo tanto de la cosa expropiada como de la indemnización a favor de los distintos interesados. Por primera vez la ley distingue entre el precio de la cosa expropiada y los perjuicios nacidos de la expropiación. Cuando existen varios demandados los peritos deben avaluar por separado lo que corresponda a cada uno de ellos, en ambos renglones. La Constitución Nacional en su artículo 30 habla de "indemnización", y si bien algunas veces ésta coincide con el valor del bien, en otras es algo más, pues son patentes los perjuicios sufridos por el expropiado, como cuando se trata de empresas industriales, o cuando los bienes constituyen un monopolio natural o artificial, producto de un especial rendimiento, los cuales no podrán avaluarse solamente por su valor venal.

Por otra parte, si los demandados son comuneros, los peritos deben fijar el valor que corresponda a cada uno, en proporción a los derechos en la comunidad; si la propiedad está desmembrada, el que incumba a cada uno de los titulares de los respectivos derechos reales; si existe arrendatario por escritura pública, el monto que le pertenezca como ordena el numeral 2° del artículo 2018 del C.C.

4.16.4. Divisorios

No importa que el juez decrete la venta del bien común, o propiamente hablando, la división material, de todas maneras hay que proceder al avalúo del bien por expreso mandato del artículo 471 del C. de P.C.; en este evento, los peritos no solamente harán el avalúo de los bienes sino que también apreciarán por separado el valor de las mejoras alegadas por terceros y el de las zonas donde ellas se encuentren. El artículo 472 del C. de P.C. ordena que el comunero que tenga mejoras en la cosa común deberá reclamar su derecho en la demanda o en la contestación; especificándolas debidamente y pidiendo las pruebas correspondientes. Si se hubiere formulado oposición, el juez decidirá sobre las mejoras en el auto que las resuelva; de lo contrario, el reclamo sobre éstas se tramitará como incidente.

En el auto en que se reconozcan las mejoras, el juez dispondrá que los peritos las avalúen por separado.

4.16.5. Ejecutivo

En el proceso ejecutivo el avalúo de los bienes tiene una extraordinaria importancia, ya que sin él no es posible adelantar las diligencias para el remate de bienes, por cuanto como se sabe, esto no es más que una venta hecha por autoridad de la justicia, en la que deben darse los requisitos de todo contrato de compraventa para su validez, y uno de éstos es precisamente el precio del bien a vender, que lo señalan los peritos. Igualmente sin el avalúo no se sabe cuál es la base de la consignación para ser postor en el remate; tampoco se podría utilizar la reducción de embargos de que trata el articulo 517 del C. de P.C.

En el proceso ejecutivo, el avalúo, que es una especie del dictamen pericial, y por tanto, un medio probatorio, es además una etapa del proceso ejecutivo importantísima para el desarrollo de las subsiguientes, y para que algunas instituciones de gran utilidad en éste se lleven a la práctica.

El artículo 52 de la Ley 794 de 2003, que reformó el artículo 516 del C. de P.C., estableció un procedimiento para determinar el avalúo de los bienes, para cuya explicación haremos los siguientes apartes:

Oportunidad para hacerlo

Practicados el embargo y secuestro, y en firme la sentencia que ordena seguir adelante la ejecución.

Sujeto legitimado inicialmente

El ejecutante deberá presentarlo en el término de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia o a la notificación del auto que ordena obedecer y cumplir lo resuelto por el superior, o la fecha en que quede consumado el secuestro según el caso.

Quien hace el dictamen que presenta el demandante

El ejecutante, podrá contratar directamente con entidades o profesionales especializados o con un avaluador de la lista oficial de auxiliares de la justicia.

Dictamen presentado por el demandante

Si el demandante presenta el dictamen oportunamente, se le dará el trámite del artículo 238 del C. de P.C. Se debe tener en cuenta que si se objeta el dictamen pericial, como sustento de ella, deberá acompañarse un avalúo como fundamento de ella y no serán admisibles pruebas diferentes (la objeción por error grave). Cuando solo se solicite aclaración o que el dictamen se complete, no es necesario como es obvio, acompañar otro dictamen pericial.

Dictamen presentado por el ejecutado

Si el dictamen no es presentado por el demandante dentro del término indicado, puede ser presentado por el demandado. En este caso, no habrá lugar a objetar el dictamen, pero sí se podrá que se aclare o complete.

En todo caso se debe tener en cuenta que el juez valora el dictamen pericial de conformidad con lo establecido en el artículo 241 del C. de P.C., de tal manera que si no lo convence, puede separarse de él y dar sus razones o decretar uno de oficio.

Conducta del juez cuando ninguna de las partes presenta el avalúo

En este evento el juez designará el perito avaluador.

Avalúo de bienes inmuebles o de vehículos automotores

Si se trata de bienes inmuebles, el valor será el del avalúo catastral del predio incrementado en un cincuenta por ciento (50%) y cuando se trate de vehículo automotor, será el fijado oficialmente para calcular el impuesto de rodamiento incrementado en un cincuenta por ciento.

La parte que presenta el avalúo catastral o el valor fijado oficialmente para calcular el impuesto de rodamiento, puede considerarlo no idóneo para establecer su precio real

Ya hemos indicado que cuando se trata de inmuebles, el valor será el del avalúo catastral del predio incrementado en un cincuenta por ciento (50%) y si es de vehículos automotores, el valor será el fijado oficialmente para calcular el impuesto de rodamiento incrementado en un cincuenta por ciento (50%) pero puede suceder que quien los presente considere que no es idóneo para establecer su precio real. En este evento, con los respectivos avalúos oficiales deberá presentarse dictamen obtenido en la forma indicada anteriormente. También podrá acompañarse como dictamen, el precio que figure en la publicación especializada, adjuntando una copia informal de la página respectiva y si se trata del demandante se correrá traslado en la forma indicada en el artículo 238 y puede ser objetado por error grave.

Cuando lo presenta el demandado, porque el demandante no lo presentó el dictamen no es objetable, pero sí se puede solicitar que se aclare o complete.

Procedimiento cuando *el* valor se hubiere acreditado con certificación catastral o de impuesto de rodamiento

Cuando el demandante para acreditar el valor del bien (avalúo) hubiere utilizado la certificación catastral o impuesto de rodamiento, ese avalúo es objetable por error grave. Si bien la norma literalmente dice, refiriéndose a la certificación, "esta sólo será susceptible de objeción por error", lo cual es una redundancia. Lo que quiso significar es que no se puede solicitar aclaración o adición, lo cual es apenas lógico.

4.16.6. Ejecución con título hipotecario

En la sentencia que decreta la venta, y con el mismo criterio que se tiene para el proceso ejecutivo singular, se decreta el avalúo del bien; la única diferencia consiste en que en el ejecutivo hipotecario el avalúo se hace después de la sentencia que ordena la venta del bien; en cambio, en el ejecutivo singular,

como ya se dijo, existe un tiempo más o menos largo y se puede hacer antes de que se dicte la sentencia que ordena seguir adelante la ejecución.

4.17. LA VALORACIÓN POR EL JUEZ DEL DICTAMEN DE LOS PERITOS

Si se tiene presente que el perito es un auxiliar del juez y el dictamen un medio probatorio, resultaría un verdadero contrasentido que el funcionario tuviera que aceptar ciegamente las conclusiones de los peritos, pues si ello fuese así, éstos serían los falladores.

El juez debe analizar el dictamen de los peritos, y si lo convence, puede tenerlo en cuenta para edificar sobre él, en todo o en parte, la decisión que tome; así mismo debe examinar los fundamentos y las conclusiones, y si les halla mérito lo tiene como base para fallar; caso contrario, debe desecharlo.

El funcionario tiene la suficiente formación para analizar un dictamen de peritos; como ya se consignó en su lugar, es recomendable en determinados asuntos que las partes se asesoren de expertos que presenten conclusiones o que hagan enjuiciamiento a la pericia, pues esto le permitirá al juez escudriñada en mejor forma.

Nuestra Corte Suprema de Justicia ha dicho:

"Para efectos distintos tuvo el Tribunal en cuenta toda la prueba pericial que obra en el proceso: como demostrativa de la lesión enorme invocada en la demanda *y* como pauta o derrotero para determinar la suma que el demandado tendrá que pagar a los demandantes en el caso de optar por el complemento del justo precio con deducción de una décima parte.

"A) El sentenciador encontró probada la lesión enorme basándose en una comparación entre el precio estipulado en la escritura de venta ($250.000) y el valor asignado al inmueble en los dictámenes producidos dentro del proceso, es decir, el de los peritos R y L ($1.073.250.00) y de los peritos R y G ($1.141.200.00)".

A continuación, la Corte se adentra en el análisis del dictamen (demostración clara, del poder que tiene el juez para hacer la valoración de los dictámenes periciales).

"Analizando el experticio rendido por los peritos R y L, se observa que éstos hicieron una detenida descripción del inmueble, discriminando todos y cada uno de los diferentes locales y las habitaciones, indicando el material en que fueron construidos o reformados. Posteriormente hicieron un cálculo del valor de los arrendamientos en la época a que se concreta el avalúo, aspecto que es muy importante por cuanto la rentabilidad de una cosa incide necesariamente en el valor de la misma. Cuánto renta, cuánto vale, posteriormente hicieron el

cálculo de los metros de construcción de la edificación y los avaluaron separadamente del lote. Todos los anteriores factores llevaron a los señores peritos a dar un guarismo corno valor total del inmueble. No es pues atendible la censura en el sentido de que el experticio carece de motivación. La tiene, como queda demostrado, Y además una motivación razonable que el tribunal dentro de su libertad de apreciación de la prueba estimó suficiente..."[3].

La anterior sentencia demuestra cómo efectivamente el juez es soberano (sin arbitrariedad) para examinar el dictamen pericial, sin estar sujeto a ningún valor preestablecido, pero de todos modos tendrá que decir, como lo hizo en el presente caso, por qué lo acepta, por qué cree en lo dicho por los peritos y, en caso contrario, igualmente deberá dar las razones por las cuales no lo acoge.

En el mismo sentido Vittorio Denti sostiene: "Las relaciones nacionales han puesto de relieve cómo el problema central de la prueba pericial, destinado a asumir aspectos de gravitación creciente en el mundo actual, está constituido por las relaciones entre la valoración del juez y la del perito en la constatación del hecho. En consecuencia, puesto que al perito se le exige cumplir una operación lógica que difiere de la del juez sólo en cuanto las reglas científicas van más allá de los conocimientos del hombre medio ¿qué posibilidad tiene el juez de controlar el juicio del perito?

"La respuesta dada unánimemente por los ordenamientos modernos es *que el* juez tiene libertad *de* valoración *frente* a los *resultados de la* peritación, y puede, por ende, con una motivación adecuada, apartarse de las conclusiones a las cuales ha llegado el perito". Más adelante', agrega: "... Los ordenamientos procesales contemporáneos repudian el valor vinculante de la peritación para el juez y reconocen a éste, si bien con la variedad de significados que el criterio asume en los diversos sistemas jurídicos, la libertad de valoración de la obra del perito. Este control de la peritación por parte del juez expresa la necesidad de garantizar que el aporte al proceso de los conocimientos científicos suceda de tal manera que haga posible la comprensión y el consenso de los grupos sociales en los cuales y para los cuales el proceso se celebra".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 24 de agosto de 1982. Proceso ordinario de Rosa Castillo de Lozada contra Deogracias Lozano Pcnagos. Mag. Pon. Dr. Jorge Salcedo Segura.

DENTE, VITTORIO. *Estudios de derecho probatorio*. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1974, pág. 291.

DENTI, VITTORIO. Estudios..., pág. 306.

Reiteramos, el juez debe ejercer un poder de señorío y estudio del dictamen pericial, y es él, en últimas, quien decide si es de recibo como prueba, sobre todo teniendo presente la fundamentación de éste, la que no solamente le sirve para saber si lo acepta, sino también para permitirles a las partes contradecir la prueba y utilizar asesores, los que podrán aconsejar a la parte y emitir conceptos que puedan servir para que el funcionario, con mejores elementos de juicio, pueda valorar el experticio. Con relación a lo anterior, en otra oportunidad dijo la Corte Suprema de Justicia: "Uno de los requisitos **sine qua non** que debe ofrecer todo dictamen pericial para que pueda ser admitido como prueba de los hechos que versa, consiste en que sea debidamente fundamentado; y que compete al juzgador apreciar con libertad esa condición, dentro de la autonomía que le es propia"[6].

El artículo 241 del C. de P.C. preceptúa: "Al apreciar el dictamen se tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso.

"Si se hubiere practicado un segundo dictamen, éste no sustituirá al primero pero se estimará conjuntamente con él, excepto cuando prospere objeción por error grave".

En materia procesal penal, en los artículos 257 del C. de P.P. y 426 del C.P.M., se consagra el sistema de la libre convicción para valorar la prueba pericial, dejando claro que, como se dijo, el juez tiene que exponer las razones por las cuales acepta o, por el contrario, no acepta el dictamen pericial.

El canon 1579, parágrafo 1°, preceptúa: "El juez ha de ponderar atentamente no sólo las conclusiones de los peritos, aunque éstas sean concordes, sino también las demás circunstancias de la causa. Parágrafo 2°. Cuando exponga las razones de su decisión, debe hacer constar por qué motivos ha aceptado las conclusiones de los peritos".

4.18. EXPERTICIOS EMITIDOS -POR INSTITUCIONES O PROFESIONALES ESPECIALIZADOS

Hemos indicado con anterioridad que el artículo 183 del C. de P.C., fue reformado por el artículo 18 de la Ley 794 de 2003. La reforma consistió en

[6] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. 9 de octubre de 1953, G.J. T. LVII, pág. 532; G.J.,T. LXXXVI, pág. 578; 5 de abril de 1967, sin publicar.

adicionar el articulo mencionado, insertando el texto del numeral 1 del artículo 10 de la Ley 446 de 1998.

El texto de la adición es el siguiente:

"Cualquiera de las partes, en las oportunidades procesales para solicitar pruebas; ' podrán presentar experticios producidos por instituciones o profesionales. especializados. De existir contradicción entre varios experticios, el juez procederá a decretar el peritazgo correspondiente".

Esta norma merece varios comentarios:

1. Se trata de introducir una modalidad de la prueba pericial (experticios), propio de los sistemas procesales adversariales, es decir, cuando el manejo de las pruebas es una cuestión de las partes. Y resulta extraño en los procesos con tendencia inquisitiva, donde el juez tiene facultades para decretar pruebas de oficio como sucede en Colombia,

2. Debe entenderse que estos experticios serán rendidos por instituciones o profesionales especializados, lo cual significa que se obligan a acreditar esas calidades cuando se presente el dictamen y narrar en el dictamen cuál es la experiencia, etc., que se tiene en esa labor, para poder valorar el eventual dictamen.

3. Se entiende que la persona o entidad que rinde el experticio, no debe estar inmersa en una causal con relación a la parte que la contrató que la haga sospechosa de parcialidad. Es muy frecuente que por ejemplo una empresa aporte un experticio rendido por el contador de la misma empresa. Ese aporte de entrada debe ser desechado. No se puede afirmar que ello se debe resolver en el momento de valorar la prueba, ya que de la redacción de la norma se deduce fácilmente que lo que se quiere es que ese aporte tenga una fuente distinta a la propia parte.

4. El dictamen pericial presentado sé debe correr traslado para que la otra parte pueda ejercer el derecho de contradicción.

5. Una de las maneras de ejercer el derecho de contradicción en una forma activa es presentando otro dictamen. Si hay contradicción entre ellos, el juez decretará la prueba pericia]. Pero se puede ejercer la contradicción enjuiciando el experticio en cuanto se refiere a sus conceptualizaciones, etc.

6. Si el dictamen por ejemplo se presenta con la demanda, el juez al admitir la demanda, debe advertir al demandado que le corre traslado del dictamen pericial, para que éste ejerza su derecho de contradicción en la forma que lo considere más conveniente a sus intereses.

7. Si no se corre traslado en forma clara, no se puede estimar ese dictamen (experticio), por cuanto en el proceso no se pueden estimar pruebas que no ingresen permitiendo el derecho de contradicción.

8. Si no existe contradicción entre varios experticios, el juez valorará el o los varios presentados de conformidad con lo que establece el artículo 241 del C. de P.C.

9. Debe existir claridad, que si una parte presenta un dictamen pericial y se le corre traslado a la otra y ésta no aporta otro dictamen, ello no implica aceptación de lo que afirmaron los expertos. El juez debe estimar el dictamen (experticio) si lo convence, ya que de lo contrario debe decretar uno de oficio.

Capítulo VI

LOS IN DICIOS

1. ETIMOLOGÍA

Indicium es una derivación de **indicare** que significa indicar, hacer conocer algo, mostrar, hacer saber.

Con un criterio dinámico, preferimos pensar que indicio proviene de **indicere,** resultante de la contracción de "inde-dicere", que denotaría el hecho pero iluminado por el argumento probatorio que de él obtiene el intérprete. Cuando a una persona le decimos: está probado que en esta pared se encuentra la huella de X, inmediatamente el intérprete (que se supone tiene experiencia) afirma que la persona (X) tocó la pared.

También se le denomina prueba **circunstancial,** derivada de circum y **stare,** de estar alrededor y ello supone que ónticamente no es la cosa misma, pero sí está relacionada con proximidad a ella.

Obsérvese lo que dice Mittermaier[1]:

> "En la mayor parte de los casos se observa la falta de ciertos medios que, según las ideas comúnmente admitidas dan origen a lo que se llama prueba natural, o mejor dicho, no existen en la causa la inspección del juez, la confesión, ni los testigos del hecho.
>
> "Pero el talento investigador del magistrado debe saber hallar una mina fecunda para el descubrimiento de la verdad en el raciocinio, apoyado en la experiencia y en los procedimientos que forma para el examen de los hechos y de las circunstancias que se encadenan y acompañan al delito. Estas circunstancias son otros tantos testigos mudos, que **pare haber colocado la** Providencia **alrededor del** crimen para hacer resaltar **la luz de la sombra en que el** criminal se ha esforzado en ocultar el hecho principal; ***son como un fanal que alumbra el entendimiento del juez y le dirige hacia los seguros vestigios que basta seguir para llegar a la verdad.***

[1] MITTERMAIER, C.J.A. *Tratado de la prueba en materia criminal.* 9ª edición, Madrid, Editorial Reus, 1959, pág. 428.

"El culpable ignora, por lo regular, la existencia de estos testigos mudos, o los considera de ninguna importancia; además, no puede alejarlos de si o desviarlos; los mismos clavos de la suela de sus zapatos señalan su paso por el lugar del delito; un botón caído en el mismo sitio suministra un indicio vehemente; una mancha de sangre en su vestido atestigua su participación en el acto de la violencia. Todas estas circunstancias sirven de punto de partida al juez".

2. BREVE HISTORIA DE LA PRUEBA INDICIARIA (PERO MIRANDO SU FORMACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA TEORÍA DEL CONOCIMIENTO)

Está demostrado, por múltiples evidencias, que el hombre fue durante milenios cazador. Obsérvese el método desde el punto de vista racional (hay varias racionalidades):

"La acumulación de innumerables actos de persecución de la presa le permitió aprender a reconstruir las formas y los movimientos de piezas de caza no visibles, por medio de huellas en el barro, ramas quebradas, estiércol, mechones de pelo, plumas, concentraciones de olores. Aprendió a olfatear, registrar, interpretar *y* clasificar rastros tan infinitesimales como, por ejemplo, los hilillos de baba. Aprendió a efectuar complejas operaciones mentales con rapidez fulminea, en la espesura de un bosque o en un claro lleno de

El hombre cazador empezó a realizar un proceso intelectual de "leer los rastros" y poder pensar: "por aquí pasó tal animal", y así disponer lo necesario para lograr su captura. Se acostumbró a observar detalles y a deducir realidades no observadas directamente *(el* animal que hay que cazar)[3].

GINZBURG, CARLO. *Mitos, emblemas, indicios. Morfología e historia.* Editorial Gedisa, Barcelona, España, 1989, págs. 138 a 164.

El hombre forma su imaginación para intuir. Sostiene JACOB BRONOWSKI: "Para nosotros, las pinturas rupestres recrean el estilo de vida del cazador como un vislumbre de historia; vemos el pasado a través de ellas. Mas para el cazador, sugiero, constituían una mirilla hacia el futuro; miraba hacia adelante. En cualquier dirección, las pinturas rupestres actúan como una especie de telescopio de la imaginación: dirigen la mente desde lo que **se puede ver hasta lo que se puede inferir o conjeturar**". Agrega más adelante: "El arte y la ciencia son acciones privativas del hombre fuera del alcance de lo que cualquier animal puede hacer. Y aquí vemos que provienen de la misma facultad humana: la habilidad de visualizar el futuro, de prever lo que puede ocurrir y de hacer planes para anticiparse a ello *y* representárnoslo en imágenes que proyectamos *y* movemos en nuestra mente o en un cuadro de luz sobre la oscura pared de una cueva o en la pantalla de un televisor" (BRONOWSKI, JACOB. *El ascenso del hombre.* Fondo Educativo Interamericano, pág. 56). La habilidad del hombre para inferir es adquirida a muy temprana edad de su ascenso como hombre.

Lo que caracteriza ese saber del cazador es su capacidad de remontarse desde datos experimentales aparentemente secundarios a una realidad compleja, no experimentada en forma directa'.

Podemos ahora hacer un salto y elaborar una nueva estampa, parafraseando a Carlo G-inzburg, podemos decir que a finales del siglo XIX (1876-1879) se da una triple coincidencia, encontramos tres médicos que trabajan con "datos aparentemente secundarios, como herramientas, para abordar realidades complejas. El primero de ellos fue Giovanni Morelli, quien se dedicó a la crítica de la pintura italiana; llegó a la conclusión que muchos cuadros estaban mal atribuidos. Según él, la tarea de devolver cada cuadro a su autor verdadero es muy dificil porque: "muy a menudo hay que vérselas con obras no firmadas, repintadas a veces, o en mal estado de conservación. En tal situación, se hace indispensable poder distinguir los originales de las copias".

Pero para ello, según sostenía Morelli, no hay que basarse, como se hace habitualmente, en las características más evidentes, y por eso mismo más fácilmente imitables, de los cuadros: ojos alzados al cielo de los personajes del Perugino, la sonrisa de los .Leo[P]ardos, y así por el estilo. Por el contrario, se deben examinar los detalles menos transcendentales, y menos influidos por las características de la escuela pictórica a la que el pintor pertenecía: "los lóbulos de las orejas, las uñas, la forma de los dedos de manos y pies". **Con Morelli** se podrá hablar **entonces de rasgos pictóricos para `descubrir' al autor de la pintura** correspondiente".

El segundo de los médicos mencionados fue Freud, quien se refiere a Morelli en los siguientes términos: "Yo creo que su método se halla estrechamente emparentado con la técnica del psicoanálisis médico. También ésta es capaz de penetrar cosas secretas y ocultas a base de elementos poco apreciados o inadvertidos, de detritos 'desperdicios' de nuestra observación". **Con Freud, se puede hablar de síntomas para diagnosticar la enfermedad.**

Por último, el médico Artur Conan Doyle irrumpe con su famoso Sherlock Holmes, éste en las distintas historias aparece interpretando huellas en el barro, cenizas de cigarrillos, etc. Con Artur Conan Doyle, se puede hablar de indicios para descubrir al autor de un delito.

El sentido de guía del indicio, como lo utiliza el cazador y lo utilizarnos para no desviarnos en la investigación, lo encontrarnos en *La Divina Comedia,* en el Canto VII. En el purgatorio, en el encuentro con Virgilio: "Mas si sabes y puedes, un indicio danos, con qué poder llegar más pronto a donde el purgatorio da comienzo".

Pues bien, **'rasgos pictóricos', 'síntomas', 'indicios',** son objetividades que nos permiten hacer ingreso a realidades más complejas: "autor-pintor, **la enfermedad, el delincuente".**

Es suficiente utilizar un ejemplo en medicina, para observar en toda su majestad este método que nos permite esculcar realidades aparentemente inalcanzables, a partir de objetividades que parecen alejadas de lo investigado, Los principales síntomas (objetividades, realidades, no suposiciones) del sarampión son: A) Fiebre moderada que asciende (realidad-objetividad), B) Enrojecimiento de los ojos y fastidio por la luz (objetividades). C) Tos seca muy intensa y molesta (no existe sarampión sin tos. Objetividades). D) A los tres días aparecen en los carrillos unos punticos blancos como granos de sal rodeados de un halo rojo, es el llamado **signo de Koplick,** considerado como característico del sarampión (objetividades).

Ejemplo: "Usted iba a exceso de velocidad (no lo vimos). Lo deducimos. - de los siguientes hechos (síntomas en medicina, rasgos pictóricos) del estado corno quedaron los cadáveres (se prueba con las actas de levantamiento): El señor K presentó decapitación, encontrándose su cabeza aun metro del cuerpo, múltiples fracturas y aplastamiento total del abdomen con expulsión de vísceras; por su parte, su hijo Kk, también sufrió varias fracturas en miembros superiores e inferiores y pared lateral del tórax, ruptura de varios tejidos y también registró salida de vísceras. A tan violentos destrozos debe aunarse el aparatoso volcamiento del Toyota y los graves daños externos que sufrió al chocar contra el barranco, dejándolo en pésimas condiciones que le impedían rodar por si mismo".

Detengamos nuestra atención así: el hecho probado (con las actas de levantamiento, el estado de los cadáveres) indica (no vimos, ni está registrado en ningún objeto el exceso de velocidad) el **exceso de velocidad** (hecho que' no vimos), pero que está mostrado, señalado o indicado por el que tenemos probado: el estado de los cadáveres,

3. DEFINICIÓN DE INDICIO

El art. 284 del C. de P.P. (incluye los elementos de los indicios): **"Elementos.** Todo indicio ha de basarse en la experiencia y supone un hecho indicador, del cual el funcionario infiere lógicamente la existencia de otro".

El art, 248 del C. de P.C. recalca sobre el hecho (indicador —que debe ser objeto de prueba, como más adelante se explicará—): **"Requisitos de** los

indicios. Para que un hecho pueda considerarse corno indicio, deberá estar plenamente probado en el proceso"'.

4. NUESTRO CRITERIO

El indicio es un hecho del cual se infiere otro desconocido. Deber quedar suficientemente claro que el indicio es, por así decirlo, un hecho especialmente cualificado porque tiene la propiedad de salirse de sí mismo y mostrar otro. **"Ordo unius ad** aliud". Un orden de una cosa hacia otra. Ese mutuo **ser uno hacia el otro** de los hechos ha de ser de **naturaleza real, objetiva6.**

Se ha hecho necesario, incluir en la definición de indicio, las reglas de la experiencia (e indicadas como elementos del indicio) con fines fundamentalmente garantizadores. Pero en realidad son instrumentos que se utilizan para valorar absolutamente todos los medios probatorios.

5. CRITERIO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SOBRE LA NOCIÓN DE INDICIO EN MATERIA PENAL

Podemos tomar tres momentos importantes sobre el concepto de indicio:

A) El 17 de febrero de 1958, cuando se dijo:

"... Es una prueba excelente por su origen y también porque su apreciación es subjetiva, individual, encargada a la sagacidad y a la inteligencia, facultades humanas tan variables como distintas sean las capacidades de razonamiento de cada uno y corno diversas las rutas que se siguen para sacar las conclusiones..."[7].

B) Auto de fecha mayo 26 de 1971, en donde la Corte Suprema de Justicia abandona la anterior tesis. Con ponencia de Luis Carlos Pérez, la Corte dice:

El art. 239 del Código Procesal Penal para el Brasil, dice: "Considera-se indicio a circunstancia conhecida e provada que, leudo relacao com o fato, autorizo, por inducao, conluir-se a existencia de outra ou outras circunstancias".

Para los italianos: "Nel primo caso, per indizi si intendono le prove cosiddette logiche o indirette, attraverso le guali da un fatto certo si risale, per massime di comune esperienza, ad uno incerto" (en el primer caso, por indicios se entienden las llamadas lógicas o indirectas, a través de las cuales de un hecho cierto, por reglas de la experiencia común, se remonta a uno incierto).

[6] LABANDEIRA, EDUARDO. *Las presunciones en el derecho canónico.* Pamplona, España, 1967, pág. 55.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de febrero 17 de 1958. Mag. Pon. Dr. Ricardo Jordán Jiménez. G.J., tomo LXXVIII.

"Los indicios son hechos de los cuales se infiere la producción de otros hechos. Y los hechos son pura objetividad, existencias, independientes de las ideaciones, los quereres y las ilusiones"8.

C) Sentencia de fecha julio 26 de 1982. Magistrado Ponente: Alfonso Reyes Echandía, donde se dice:

"El indicio como mecanismo probatorio se plasma en un juicio de inferencia lógica que emite el juez teniendo en cuenta la existencia probada de un hecho indicador que lo lleva a concluir la presencia de otro indicado. Tal instrumento conceptual le permite al juez adquirir certeza sobre la autoría y responsabilidad del procesado cuando otros medios probatorios no se la brindan; la confiabilidad descansa en la demostración racional del hecho indicador y en la capacidad del, juez para valorarlo e inferir de él la existencia del hecho indicado y su lógica conexión con el sujeto a ellos ligado".

La anterior definición del indicio coloca como centro de éste el juicio, cuando dice:

"Se plasma en un juicio de inferencia lógica".

Y tan cierto resulta la anterior afirmación, que más adelante la Corte agrega:

"Tal instrumento conceptual... Ya hemos expuesto nuestra tesis sobre el indicio y afirmamos que el indicio es un hecho y que cuando se ensayen definiciones sobre el indicio, se debe pensar que el centro de gravedad de este es el hecho, El hecho demostrado (objeto de prueba), es al que le aplicamos las reglas de la: experiencia y el proceso lógico: para que nos indique el otro (ese otro es el que se necesita para la investigación)",

La Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, ha dicho:

"Y, como lo ha reiterado la doctrina de esta Corporación, en la prueba por indicios se trata fundamentalmente de que el juzgador, por el hecho conocido, pase a descubrir el hecho que se controvierte..."9.

6. EL INDICIO COMO OBJETO DE PRUEBA

Es claro que el indicio ingresa al torrente probatorio a través de otros medios probatorios, lo cual significa que debe ser probado (debe ser objeto de prueba)[10].

[9] Auto de fecha mayo 26 de 1971. Mag. Pon. Dr. Luis Carlos Pérez. G.J., tomo CXXXVIII, Nos, 2340-2345. Más adelante transcribiremos toda la sentencia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. 16 de febrero de 1996. Expediente No. 4.575.

[10] Que es lo que dice el Código Procesal Penal, para el Brasil: **"Considera-se Indicio:** a circunstancia **conhecida** e provada", o lo que dice la doctrina italiana: "Attraverso le gualida un fano ceno si risale, per massime di comune esperienza, ad uno incerto".

Se debe ser muy cuidadoso y especialmente estudioso del expediente, para descubrir los hechos indicios. Y observar que efectivamente se encuentre probado. Una vez que hay seguridad sobre lo anterior, podemos emprender la tarea de hacerle cumplir con seguridad la función de medio probatorio. Si suponemos (subjetividades) el hecho base, la función de medio probatorio resultará completamente equivocada, porque con sustento tan deleznable nada bueno para la investigación se puede lograr.

En el ejemplo utilizado anteriormente, con las actas de levantamiento, hemos probado cómo quedaron los cadáveres (es decir, que con esa especie de prueba pericial, o si se prefiere, con ese documento) tenemos, sin discusión, probado el estado de los cadáveres. Ese es el hecho base que nos permite exigirle que cumpla su función de mostrarnos otro hecho (el que interesa para la investigación), cuestión que estudiaremos en el número inmediatamente siguiente".

Cuando en materia civil nos referimos al precio bajo, como un indicio de la simulación, el precio bajo debe estar probado, por la prueba pericial (y seguramente discutida la prueba). Habiendo sido objeto de prueba, nos sirve como hecho base para que cumpla su función de medio de prueba.

7. EL INDICIO COMO MEDIO DE PRUEBA

Teniendo la circunstancia, el hecho base demostrado, podemos hacer la inferencia lógica para llegar a la circunstancia que es la que realmente interesa para la investigación. El hecho base, por enfoque mental y desplazado con la regla de la experiencia común, nos muestra el otro hecho, y aquí es donde se cumple la función de medio de prueba del indicio. Al señalarnos, indicarnos otro hecho (el que interesa para la investigación) cumple su función de medio de prueba.

Se dice por la doctrina italiana: "Para que de él (se está refiriendo al hecho base) pueda deducirse la existencia de un hecho, la circunstancia asumible como indicio debe ser cierta. Este requisito, aunque no lo indique expresamente el art. 192 del C. de P.P. italiano, debe considerarse ínsito en la provisión de este precepto. En efecto, con la certeza del indicio se postula la verificación procesal acerca de la real existencia del indicio mismo, puesto que no se podría fundamentar la prueba crítica (indirecta) sobre un hecho verosímilmente ocurrido, supuesto o intuido, valorando de manera inadmisible en contra de postulados indiscutibles de cultura jurídica imaginaciones o impresiones personales de quien decide...". (CONSO, GIOVANNI y GREVI, VITTORIO. ***Comentario breve al Nuovo Codice di Procedura*** *Penale*).

En el ejemplo propuesto (obsérvese bien) hemos probado con las actas de levantamiento, el estado de los cadáveres. Ese hecho pareciera exigir su propia regla de la experiencia, y decimos, por el estado en que quedaron los cadáveres, el vehículo que arrolló a las personas, iba a una gran velocidad (la velocidad, que es el hecho mostrado, nos la indica el estado de los cadáveres).

El precio vil o bajo nos indica, nos muestra, que la venta probablemente fue simulada. Obsérvese cómo se desplaza la racionalidad: probado el precio bajo, nadie vende por un precio tan bajo, nadie vende para perder (reglas de la experiencia), luego racionalmente hay que entender que probablemente la venta fue simulada.

8. NATURALEZA DE LA PRUEBA INDICIARIA

Los indicios son una prueba crítica, lógica, indirecta. Siguiendo a Carnelutti podemos decir que cuando se habla de prueba directa, el hecho lo presencia el juez; en la prueba histórica como, por ejemplo,. en el testimonio o en el documento, se le representa al juez el hecho a probar; en la prueba de indicios ni el juez observa el hecho ni éste está representado lo que tiene es un hecho que le sirve para indicarle otro. Las actas de levantamiento de los cadáveres que hemos utilizado como ejemplo no nos representa la velocidad. El juez no inspecciona, no observa directamente la velocidad, pero el estado de los cadáveres (corno si fuera el dedo nos indica el exceso de velocidad.

La Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, ha dicho:

"... En otros términos, el indicio no comporta una subjetividad del intérprete, sino una situación concreta de donde se deduce otra situación concreta por un proceso lógico o de enfoque mental. La misma lógica indica que los pensamientos surgen de la realidad y vuelven a ella para entenderla y trasformarla"[12].

9. NECESIDAD DE LA PRUEBA INDICIARIA

Quien realiza un acto lícito voluntariamente, y como medida de seguridad o por imposición de la ley lo documenta, lo hace frente a testigos, o le indiferente que se presencie su realización; aun en el mismo acto de simular, los documentos o comportamientos que se fingen son en cierta forma

[12] Auto de fecha mayo 26 de 1971. Mag. Pon, Dr. Luis Carlos Pérez. G.J., tomo CXXXVIII, Nos. 2340-2345. Más adelante transcribiremos toda la sentencia.

realizaciones voluntarias que permiten descubrir el acto oculto o la no realización del acto. Por el contrario, quien prepara la comisión de un delito procura hacerlo de tal manera que nadie lo presencie; sin embargo, por ser este un comportamiento humano que afecta en alguna forma la realidad, deja huellas producidas en la comisión del mismo que permiten descubrirlo e identificar a su autor. La "pequeña historia del proceso", permite identificar circunstancias que tienen que ver con la víctima (por ejemplo, que era zurda, que era manco, cojo); el lugar donde ocurrieron los hechos permite identificar pisadas realizadas calzando zapatos con suelas de determinada modalidad o defecto, las circunstancias nacidas de todo lo que el delincuente hace pueden encontrar su expresión y dejar su rastro en la forma de cometer el crimen[1].

Estos indicios originados por el culpable en el lugar del crimen pueden ser, bien los producidos por él sobre las cosas (dedos) o los producidos por las cosas sobre su persona (sobre sus vestidos). Igualmente pueden existir indicios de las huellas dejadas por el victimario sobre la víctima, semen, pelos, etc. Los dejados por la víctima en el cuerpo del criminal, como rasguños, pelos, líquidos, etc.

Igualmente, si no fuera por la prueba indiciaria, tendríamos que renunciar a indagar la intencionalidad de una persona (ver capítulo del hecho psíquico), cuando por ejemplo comete el delito (también el tentado) de homicidio porque tendríamos que atenernos a un criterio de responsabilidad objetiva: si se ha producido la muerte, la persona (el victimario) tiene que responder por homicidio. Para poder buscar la verdadera intencionalidad del autor del hecho, tenemos que alejarnos del resultado y como juiciosos discípulos escrutar ciertas objetividades para saber si existe el llamado ***animas necandi.*** Esas objetividades son: A) Clase de arma, reiteración en su empleo, región afectada y distancia. La Corte Suprema de Justicia de Colombia, con relación al escrutinio de las objetividades indicadas ha dicho: "Reunidas marcan una muy segura orientación en la labor de señalar la índole de la disposición espiritual que acompañó al autor de la agresión"[14].

También ha dicho la Corte de Colombia:

"La incapacidad que deja una lesión en la integridad física de una persona no es suficiente para la adecuación típica de la conducta, es necesario escudriñar

[1] MITTERMAIER, C.J.A. *Tratado de la prueba en materia criminal.* 9ª edición, Madrid, Editorial Reus, 1959, pág. 428.

[14] Sentencia de Casación Penal, 3 de julio de 1992. Mag. Pon. Dr. Gustavo Gómez Velásquez.

sobre el elemento subjetivo de la acción, aspecto éste complejo desde luego, pero que además de las manifestaciones verbales la mejor manera de conocerlos es a través de los actos externos ejecutados, y siendo ello así, en el *sub judice* ese querer se puede deducir del arma utilizada, la forma y el número de veces en que es usada, la causa y el momento de su empleo, la localización de la herida, elementos todos estos que concurren en el presente caso de manera trascendente para deducir con seguridad la orientación de la intención y la finalidad homicida perseguida con los disparos que se dirigieron contra humanidad de D.A." . La jurisprudencia española ha dicho:

"Para la determinación de la presencia del **animus necandi,** que diferencia las.. formas imperfectas del homicidio y sus tipos cualificados, del delito consumado de lesiones, se suele atender:

"a) La naturaleza de las relaciones existentes con anterioridad entré el autor y la víctima; enemistad, resentimiento, amistad, indiferencia o desconocimiento.

"b) La causa para delinquir, razón o motivo que provocó de manera inmediata la agresión.

"c) Las circunstancias, en que se produce la acción, valorando no solamente las condiciones objetivas de espacio, tiempo y lugar, sino el comportamiento de todos los intervinientes, en el conjunto de incidencias que desembocaron en la agresión, particularmente la concurrencia y en su caso Seriedad, gravedad y reiteración de actos provocativos, palabras insultantes o amenazas.

"d) Las manifestaciones del agresor, y de manera muy especial, las palabras que acompañan a la agresión, que como dice la STC de 15 de enero de 1990 (R. 1990, 310): 'Constituyen a veces confesión espontánea del alcance de la intensión lesiva'; así como su actividad anterior, coetánea y posterior a la comisión del delito.

"e) La personalidad del agresor y del agredido, esto es, la llamada por **los::** clásicos: 'índole del culpable'.

"f) Como dato de especial relevancia, el tipo de arma Utilizada o lo que es igual, la idoneidad del medio empleado; la parte del cuerpo a que se dirija la. agresión; la distancia entre ofensor y ofendido; la gravedad de la lesión ocasionada; la repetición de los golpes, lo que evidencia la reiteración de la voluntad homicida manifestada en la repetición de actos agresivos; en fin, cuantos datos externos rodean el hecho; sin que esos elementos constituyan un numerus clausus, sino que todos los actos anteriores, coetáneos y posteriores han de conjugarse para fijar los propósitos o intencionalidades"[16].

[15] CORTE SUPREMA DEJUSTICIA. Abril 27 de 1999. Mag. Pon, Dr. Ricardo Calvete Rangel. Editora Jurídica de Colombia, primer semestre de 1999, pág. 177.

[16] Las hemos tomado de RIVES SEVA, ANTONIO PABLO. *La prueba* en *el proceso penal.* Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, Editorial Aranzadi, 2' edición, Pamplona (España), pág. 111.

En materia civil, la prueba indiciaria nos permite indagar la simulación, el fraude pauliano, el error, la fuerza, el dolo, etc. Con relación a la prueba de la simulación ha dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil:

> "Visto está que la acción de prevalencia pueden ejercitarla los terceros que se ven perjudicados por la apariencia, entendida ella como la que propende que caiga el disfraz del acto externo, y se devele por tanto lo oculto. Su ejercicio exitoso, como se comprenderá, en la mayoría de las veces les resultará más difícil que a los propios simulantes; éstos, a la par con su cometido, se cuidarán mutuamente *y* tomarán las previsiones que estimen adecuadas en orden a impedir que de la situación generada por la mentira se consoliden posiciones ventajosas que no correspondan a la realidad. Generalmente dejarán testimonio de la verdad. Por contraste, dado el sigilo en que están empecinados, procurarán que la luz no invada lo secreto, no dejar huella de su intención, abocando a los terceros a una prueba de difícil obtención, con tintes de proeza. De ahí que acudan, lo más, a la prueba indiciaria, como única vía para satisfacer la carga probatoria que de cualquier manera pesa sobre sus hombros; verdaderamente, con todo y que sonterceros, están en el deber de aducir la prueba con que pretenden infirmar lo que se presume: la seriedad y sinceridad con que se conducen los sujetos de derechos. Necesidades de interés social así lo reclaman".

El desafío probatorio para demostrar la simulación, casi que se podría decir que en forma responsable, sólo puede ser encarado esgrimiendo la prueba indiciaria. Los 'contratantes que simulan' deben simular activamente luego de disimular: el que 'vende simuladamente' tiene que disimularse, y el que compra, simular activamente que compra. Para que esa simulación sea perfecta "se requiere que no lo sea" (somos conscientes de la redacción: es un contrasentido, es decir que sea real) y por ello dejaría de ser objeto deproceso, pero corno no lo puede ser, una observación cuidadosa del negocio, hecha con mesura y esmero, permitirá descubrir hechos que bien manejados mostrarán la verdadera intencionalidad de los contratantes. Ejemplo: A `compra' un inmueble suntuoso, pero sin embargo sigue habitando el anterior que es muy precario; la circunstancia anterior es un verdadero resquicio en la supuesta realidad del negocio que manejado con las reglas de la experiencia nos permite mostrar un indicio de la simulación.

No hay simulación que logre obturar la realidad, pero se requiere la paciencia del artesano de miniaturas para descubrir los indicios. Prueba

[17] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil. Sentencia de fecha 11 de junio de 1991. Mag. Pon. Dr. Rafael Romero Sierra. Revista *Jurisprudencia y Doctrina.* Torno XX, No. 236, agosto de 1991, pág. 651.

casi única, pero que se muestra idónea y segura para descubrir y mostrar el engaño".

Obsérvese: K, agente de la policía, vivía en el puesto de policía, y en ese lugar encontró la muerte, por un disparo de arma de fuego. Estaba acompañado de otros tres agentes. No existe duda sobre su presanidad. La muerte del agente, en las circunstancias anotadas, pone en evidencia que falló el servicio de protección a su vida. Se dio así una falla presunta, solo desvirtuable, en principio, por fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero. Se alegó: **culpa exclusiva de la** víctima. El agente se suicidó.

Veámos por qué se llega a la conclusión de que no se suicidó (dice el Consejo de Estado):

1. Afirman los agentes testigos que oyeron el disparo y que al poco rato apareció K, que venía de su alojamiento, teniéndose el estómago y dijo: 'Mi cabo, me maté'.

Indicios:

[18] "Expúlsese lo natural (se podría **decir lo real)** y éste vuelve al galope. Comprímase la ingenuidad de la expresión y ésta surge en algún punto, en algún rasgo mal cuidado (en la simulación **de los negocios, una circunstancia mal cubierta: en el ejemplo que el vendedor** retenga la posesión). Se necesita tanta energía para adaptarse íntimamente a una máscara (el disfraz en la simulación) que esa energía **(en la simulación, la atención)** falla en algún punto. Entonces el rostro más artificiosamente compuesto se disloca (la **retención de la posesión).** La disimulación ha perdido ahora su esencial unidad".

Una página de Balzac expone a la luz toda esa dialéctica. En la patología **de la vida** social, Balzac pone en escena a un capitalista y a un banquero. El banquero solicita un préstamo de medio millón durante veinticuatro horas "prometiendo devolverlo en tales y tales valores". Be aquí el clímax de la conversación consignada por el capitalista: "Cuando el Banquero O... me detalló los valores, la punta de su nariz se puso blanca, pero sóló del lado izquierdo, en el ligero círculo descrito por un espacio plano que hay allí.

"Ya había yo tenido oportunidad de notar que cada vez que O mentía ese espacio se ponía blanco.

"Así supe que mis quinientos mil francos quedarían comprometidos durante algún tiempo" y Balzac agrega: "Todos nosotros (se puede decir **en la** simulación) tenemos algún espacio plano donde triunfa el alma **(en la simulación: lo real),** un cartílago de oreja que enrojece, un nervio que se estremece, una manera demasiado significativa de desplegar los párpados, una arruga que se ahonda intempestivamente, una parlante expresión de los labios, un elocuente temblor de la voz, una respiración que se dificulta. '**Qué quiere usted. El** vicio no es perfecto' ". Tomado (excepto los paréntesis) de BACHELARD, GASTÓN. *El derecho de soñar.* Fondo de Cultura Económica, 1993, pág. 215.

Recomiendo a quien vaya a hacer una demanda de simulación, consultar este libro porque le da el sentido de miniatura y de la búsqueda con calma.

Aquí está el primer indicio en contra. No es lógico que quien se dispara, en las condiciones anotadas, *y* se cause una herida de naturaleza mortal, salga a informar verbalmente de su hecho a su superior. No es creíble que dada la gravedad de la herida haya tenido fuerzas y conciencia para dar ese 'parte'. Se confirma esto con la necropsia que detalla que la herida abdomino-toráxica por arma de fuego, de naturaleza mortal, produjo lesión en los tejidos blandos y heridas en el diafragma, pulmón izquierdo, miocardio, pericardio y pleuras y médula espinal y fractura en la tercera vértebra dorsal (hecho base: la naturaleza mortal de las heridas) indica que es muy improbable que se haya desplazado, como dicen los testigos).

Segundo indicio en contra. La trayectoria del proyectil dentro del cuerpo del occiso,

Afirma la necropsia que la trayectoria del proyectil "fue de abajo para arriba, de delante a atrás, de izquierda a derecha y de fuera hacia dentro".

Pues bien. Esta trayectoria da a entender que el señor K no pudo ser su propio victimario, dado que una persona diestra no podía hacer tales torsiones a su mano para producir un disparo con semejante dirección. Recuérdese que se afirma, aunque no existe el documento correspondiente que lo pruebe, que el guantelete de parafina que se le hizo dio positivo en su mano derecha. Pero, lo que es peor aún, ni siquiera para una persona que manejara su mano izquierda sería creíble un disparo de esas características.

Tercer indicio. El arma homicida no fue la de dotación oficial que tenía el agente K, sino precisamente la pistola de propiedad privada del cabo X, quien, según algunos testigos de oídas, fue el agente homicida.

¿Por qué no utilizó su arma de dotación? ¿Qué fundamento existe para creer que K antes de morir fue al alojamiento de X para tomar el arma homicida? ¿Por qué X tenía esa pistola, cuando los reglamentos del servicio no se lo permiten?

Cuarto indicio. Dada la confusión creada por los hechos y las distintas versiones, por qué no se les practicó la prueba de guantelete a los demás agentes.

Quinto indicio. Por qué no quedaron en la cama, donde se dice dormía K, huellas de sangre.

Sexto indicio. Por qué nadie afirma si Arteaga, antes de los hechos, estaba nervioso o manifestaba un estado especial que hiciera presumir lo que pensaba hacer con su vida.

Séptimo indicio. Por qué nadie habla de la embriaguez de X y sí de la de K.

En conclusión, la hipótesis del suicidio fue una coartada mal concebida y peor probada[19].

[19] Sentencia del CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Octubre 25 de 1991. Expediente No. 6.465.

La prueba judiciaria resulta axial para que muchas conductas no queden impunes.

10. CONSTRUCCIÓN DEL INDICIO

Ya hemos indicado que el hecho base debe aparecer demostrado por los otros medios probatorios. Ese hecho es objeto de prueba. En el ejemplo que hemos utilizado, las actas de levantamiento nos indican el estado de los cadáveres (hecho objeto de prueba-hecho probado). Descubierto en el expediente el estado de los cadáveres (consta en las actas nombradas), *ese* hecho obliga a que se razone: si quedaron en semejante estado debió ser porque hubo exceso de velocidad. El estado de los cadáveres ejerce regencia sobre mi racionalidad y me obliga a utilizar la regla para aceptar la indicación que me está haciendo sobre el exceso de velocidad (dice C. J. A. Mittermaier: "un indicio es un hecho que está en relación tan íntima con otro hecho, que un juez llega del uno al otro por medio de una conclusión muy natural").

Una vez que tengo 'capturado el hecho', 'exceso de velocidad', tengo que cumplir con el principio de legalidad, es decir explicitar los elementos del indicio (aquí hay que abandonar cualquier criterio teórico, en beneficio del garantismo).

Pensemos. El art. 232 del C. de P.P. dice: **"Necesidad de la prueba.** Toda providencia debe fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación". El artículo 284 del C. de P.P. dice: **"Elementos.** Todo indicio ha de basarse en la experiencia y supone un hecho indicador, del cual el funcionario infiere lógicamente la existencia de otro".

El articulo 248 del C. de P.P. (derogado) decía: "... **Los indicios se tendrán en cuenta en el momento de realizar la apreciación de las pruebas siguiendo las normas de la sana crítica".** (Esa era una buena regla).

Lo anterior nos permite afirmar, para que exista legalidad de la prueba judiciaria, casi diríamos, para que exista la prueba, se requiere que el funcionario explique los elementos de la prueba indiciaria.

Elemento [20]: Según el diccionario de autoridades, es el móvil o parte integrante de una cosa, luego debe explicarla: a) Cuál es el hecho base; B) La regla de la experiencia que muchas veces es obvia y por ello no se requiere

[20] Elemento. M. Nombre dado por los antiguos a la tierra, al aire, al agua y al fuego, considerados como las substancias simples o principios de que está formado el universo físico.

explicitar, como por ejemplo cuando se dice que se encontró la huella digital de K en una pared, indicativo de que estuvo en ese lugar, no se requiere explicar (por obvia) que los brazos se encuentran adheridos al cuerpo y que no es posible tocar algo sin que esté la persona; C) La inferencia, es decir el raciocinio; D) El hecho indicado (como si se tratara del dedo índice de los niños señalando). Si el funcionario toma naturalísticamente los hechos y hace un simple inventario, o se limita a decir **"aquí hay indicios",** o se atreve a calificarlos sin decir por qué, está tomando la decisión sin pruebas. Cuando el juez sólo nana el hecho indicador, no está tomando la decisión, con base en pruebas regular y oportunamente aportadas al proceso.

Si se dice por ejemplo: "Considerando que se ha encontrado una mancha de sangre en la chaqueta de Ticio, que en el registro de su casa se ha hallado una pistola del mismo calibre que el arma con la que disparó el proyectil extraído del cuerpo de Cayo, que a Ticio se le vio salir de la casa de Cayo pocos minutos después de la hora en que presumiblemente falleció, por tanto queda probado que Ticio mató a Cayo'".

Aquí hay un inventario grosero de hechos, pero de ninguna manera prueba indiciaria; se requiere explicitar los elementos, para estar frente a una prueba regular y oportunamente aportada al proceso[1].

[1] IGARTÚA SALAVERRIA, JUAN. Ob. cit., pág. 202.

[22] El Tribunal Constitucional Español, frente al siguiente caso: "La Audiencia de Barcelona condenó a una empresaria por un delito de homicidio en la persona de uno de sus empleados; condena que fue confirmada por el T.S. Resumiendo: había diferencias entre ambos por asunto salarial, que empeoraban cuando el trabajador demandó a la empresa ante la Magistratura; la acusada citó al empleado a una entrevista un sábado por la tarde (no laborable, por tanto), en un despacho de la fábrica; la empresaria no regresó a su domicilio hasta la una de la madrugada siguiente; el cadáver del trabajador apareció medio calcinado en una caseta de camioneros a unos kilómetros de distancia; al día siguiente de conocerse la noticia, la procesada comentó a su marido que conocía el hecho por haberlo presenciado; aconsejada por un amigo de su marido se personó en el cuartel de la guardia civil dando una versión de los hechos que la investigación posterior iba a desvirtuar.

"Los indicios eran, a lo que se ve, abrumadores. Perola audiencia olvidó (y el TS no se dio cuenta de ello) explicar por qué era razonable, en base a ese cúmulo de pruebas asignar a la procesada la autoría del homicidio. Por ello, El T.C. (Tribunal Constitucional Español) reconoce el derecho de la recurrente a que se dicte nueva sentencia en la que conste de forma expresa los indicios considerados probados y el razonamiento que a partir de ellos conduce a la Sala sentenciadora a apreciar que la recurrente es o no autora de los hechos sobre los que recae el proceso... " (tomado de IGARTÚA SALAVERRIA, JUAN. Ob. cit., págs. 202 y 203).

La Corte Suprema de Justicia de Colombia ha dicho:

"La sentencia implica un juicio sobre los hechos y sobre el derecho. Pero la fijación de los hechos implica una tarea que está más allá de su consideración histórica dada la circunstancia dé que a ellos se llega a través de los medios de prueba y que sobre éstos han de hacerse juicios de apreciación o valoración jurídicos (guiados por normas de experiencia, ciencia o lógica, o reglas que les asignan o niegan un determinado valor) o juicios de legalidad o validez. La fundamentación apunta precisamente a que el documento en que se recoge el acto de jurisdicción, o sea la sentencia, comprenda ambas clases de juicios de modo que dé la manera más explícita posible asertiva, afirmativa y que no hipotetice. De ahí que cuando la sentencia no es expresa o terminante, o se manifiesta de manera ambigua o contradictoria, o se estructura de manera **simplemente enunciativa con referencia a los actos de prueba y prescindiendo** del thema probandi, constituye un acto procesal defectuoso (en casación se puede anular la sentencia, la cual debe ser dictada nuevamente por el Tribunal)[23].

El Tribunal Constitucional Español ha dicho:

"El Tribunal ha precisado también (SSTC 174/1985 y 175/1985) que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, pero para que ésta pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados —no puede tratarse de meras sospechas— y el órgano judicial debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el procesado realizó la conducta tipificada como delito. Exigencia esta última que deriva también del art. 120.3 de la Constitución según el cual las sentencias deberán ser siempre motivadas, y del art. 24.1, de la misma, pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en derecho ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo. Finalmente, ha señalado que la versión de los hechos ofrecida por el inculpado constituye un dato que el juzgador debe tener. en cuenta, pero ni aquél tiene por qué demostrar su inocencia ni el hecho de que su versión de lo ocurrido no sea convincente o resulte contradicha por la prueba debe servir para considerarlo culpable.

"En definitiva, si existe prueba indiciaria, el Tribunal de instancia deberá precisar, en primer lugar, cuáles son los indicios probados y, en segundo término, cómo se deduce de ellos la participación del acusado en el tipo penal, de tal modo que cualquier otro Tribunal que intervenga con posterioridad

[23] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal. Marzo 25 de 1999. Mag. Pon. Dr. Carlos E: Mejía Escobar. Editora Jurídica de Colombia, primer semestre de 1999, pág. 404.

pueda comprender el juicio formulado a partir de tales indicios. Es necesario, pues —frente a lo que sostiene la audiencia en el considerando segundo de su sentencia— que el órgano judicial explicite no sólo las conclusiones obtenidas, sino también los elementos de prueba que conducen a tales conclusiones y el iter mental que le ha llevado a entender probados los hechos constitutivos del delito, a fin de que pueda enjuiciarse la racionalidad y coherencia del proceso mental seguido *y* constatarse que el Tribunal ha formado su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia y, una vez alegada en casación la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, al Tribunal Supremo incumbe analizar no sólo si ha existido actividad probatoria, sino si esta puede considerarse de cargo, y, en el caso de que exista prueba indiciaria, si cumple con las mencionadas exigencias constitucionales"".

11. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y CONTROL DEMOCRÁTICO DE LA PRUEBA DE INDICIOS

En las democracias que hemos vivido por suerte, todo o por lo menos el poder ejecutivo y el legislativo se legitiman a través de la mayoría. El órgano jurisdiccional logra su legitimidad[24] utilizando la racionalidad. La mayoría no legitima la condena de un inocente. Se puede condenar 'legítimamente' como virtualmente lo dice el art. 232 del C. de P.P., cuando obre prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado.

Lo anterior significa que no siendo suficiente para la legitimidad democrática el control que ejercen los sujetos procesales sobre las pruebas y sus valoraciones, el juez o el fiscal deben abundar en el razonamiento que se hacen sobre los hechos, y en el caso de la prueba indiciaria, además, como ya se dijo, sobre las reglas de la experiencia.

Obsérvese: Casi todas las providencias son ricas en citas de autores del derecho material, mientras son generalmente raquíticas en el análisis de los hechos y en la explicación de las reglas de la experiencia.

El pueblo de las democracias no puede ejercer control sobre la cita de los autores del derecho material, porque ello requiere formación jurídica, pero sí la puede ejercer sobre los hechos, la manera de enjuiciarlos y sobre

[24] VEGAS TORRES, JAIME. *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal.* Madrid (España), Editorial Ley, 1993, págs. 137 y 138.

[25] IGARTÚA SALAVERRIA, JUAN. *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal.* Tiran lo Blanch Alternativa, 1995, Valencia (España), págs. 176 y 177.

las reglas de la experiencia que aplicó el fiscal o juez. Cualquier persona de mediano juicio sabe que si a alguien le encuentran 80 toneladas de cocaína (hipérbole), no puede entender que es para su autoconsumo, sino para expenderla. En el ejemplo que hemos trabajado anteriormente, el estado de los cadáveres (recuérdese: El señor K presentó decapitación, encontrándose su cabeza a un metro de su cuerpo), indica exceso de velocidad del vehículo que los arrolló „. Esa consecuencia la puede comprender cualquier persona de mediano juicio.

Cuando, como sucede la mayor parte de las veces, la sentencia o la resolución es raquítica en el análisis de los hechos y de las reglas de la experiencia, se está evitando el control social de la providencia, y como consecuencia, la publicidad es pura especulación, porque no puede haberla sin que se comprenda lo difundido.

"La publicidad es el alma de la justicia"", sentenció Bentham, sin entender no hay publicidad y por consiguiente esa justicia no tiene alma,

Como indudablemente en la prueba indiciaria se requiere realizar un mayor rodeo lógico que con relación a los demás medios probatorios, el funcionario que no hace explicación de la regla de la experiencia que sí puede entender la gente, prácticamente hace una justicia secreta y resulta válido lo, que sostiene Bentham:

> "La *opresión* en *todas* sus *formas,* trata *de rodearse del* mayor secreto; *no* hay nada que tema tanto como la luz del día. El magistrado más tiránico se hace moderado, el más audaz, se convierte en circunspecto, desde el momento en que, expuesto e todas las miradas, advierte que no puede formular ningún juicio sin ser juzgado el mismo".

12. CLASIFICACIÓN **DE LOS INDICIOS**

El indicio se puede clasificar:

12.1. INDICIO NECESARIO

Es aquel hecho que de manera infalible e inequívoca demuestra la existencia del hecho investigado. El indicio preciso es lo que la doctrina denomina indicio necesario.

BENTHAM, J. *Tratado de las pruebas judiciales.* Vol. II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1983, pág. 321.

12.2. NUESTRO CRITERIO

Indicio necesario sería aquel hecho que, debidamente probado en el proceso, muestra la existencia o inexistencia de otro de una manera inexorable, fatal; lo cual quiere decir que en estos indicios sólo se dan en el cumplimiento de ciertas leyes de la naturaleza, pero que a medida que el hombre las va conociendo, éstas pueden cambiar. El embarazo no indica fatalmente las relaciones sexuales (existe la inseminación artificial). Un ser humano puede vivir más de trescientos días en el vientre materno. Es posible hablar de indicios necesarios en las condiciones dichas, buscando ejemplos más especulativos que reales; pero debe quedar claro que en nuestra opinión, en materia penal no pueden existir indicios necesarios del elemento subjetivo del delito como para que se pueda decir, como lo dijo La Corte Suprema de Justicia, "quien podría negar la capacidad probatoria para la demostración del elemento intencional del que obtiene la cédula de ciudadanía sin haberse hecho presente en las oficinas de la Registraduría del Estado Civil, cuando se sabe que allí se deben reseñar los datos morfológicos del ciudadano, se deben estampar las huellas digitales y se hace imprescindible la firma de variados documentos. El hecho de obtenerla a control remoto por intermedio de un tramitador es un indicio necesario demostrativo de la culpabilidad, en el sentido de que el titular de dicho documento debe haber sabido que el mismo era de origen falso'.

12.3. INDICIO CONTINGENTE

Es aquel hecho que demostrado, puede tener varias causas. Se suele clasificar en: A) Graves; B) Leves; C) Levísimos.

Ha dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal:

"... Pues la connotación de levedad o gravedad del indicio no corresponde a nada distinto al control de su seriedad y eficacia corno medio de convicción que en ejercicio de la discrecionalidad reglada en la valoración probatoria realiza el juez, quien después de contemplar todas las hipótesis confirmantes e infirmantes de la deducción establece jerarquías según el grado de aproximación a la certeza que brinde el indicio, sin que ello pueda confundirse con una tarifa de valoración preestablecida por el legislador.

"Se trata de una simple ponderación lógica que permite al funcionario asignar el calificativo de grave o vehemente al indicio contingente cuando el hecho indicante se perfila como la causa más probable del hecho indicado; de leve,

' CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de 3 de octubre de 1996, Mag. Pon. Dr. Edgar Saavedra.

cuando se revela sólo como una entre varias causas **probables,** y podrá darle la menguada categoría de levísimo cuando deviene apenas como una causa posible del hecho indicado"[28].

Tenemos mucha necesidad de referirnos al indicio grave, porque con sustento en él, se pueden dictar resoluciones y sentencias. Se podría decir que esta especie de los indicios contingentes es el que tiene mayor beligerancia, en cuanto a su utilización, y como consecuencia a su estudio ponderado y serio.

Regla el art. 356 del C. de P.P.:

"Requisitos. Solamente se tendrá como medida de aseguramiento para los imputables la detención preventiva.

"Se impondrá cuando aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso.

"No procederá la medida de aseguramiento cuando la prueba sea indicativa de que el imputado pudo haber actuado en cualquiera de las causales de ausencia de responsabilidad".

El art. 397 del C. de P.P. regla lo siguiente:

"Requisitos sustanciales de la resolución de acusación. El Fiscal General de la Nación o su delegado dictarán resolución de acusación, cuando esté demostrada la ocurrencia del hecho y exista confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, **indicios graves,** documento, peritación o cualquier otro medio probatorio que señale la responsabilidad del sindicado".

12.4. NUESTRO. CRITERIO

Existe **indicio grave** cuando entre el hecho demostrado (indicio) y el hecho a probar, exista una relación lógica inmediata. Ejemplo: si encontramos en poder de una persona los objetos hurtados (hecho probado), este hecho se relaciona lógica e inmediatamente con el hecho investigado, que es establecer quién es el autor del delito. La relación debe ser lógica, es decir, surgir de la realidad y no de la imaginación, ni de la arbitrariedad; por tanto, la relación entre el hecho base y el hecho presunto ha de tener un fundamento real, objetivo, independiente del sujeto que lo piensa".

Encontrar los objetos hurtados en poder de X, es una relación probable de autoría. La relación debe ser inmediata, es decir, que el hecho demostrado plenamente, esté estrechamente vinculado con el investigado, que esté cercano.

[28] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. 8 de mayo de 1997. Mag. Pon. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Radicado No. 9.858.

[29] LABANDEIRA, EDUARDO. *Las presunciones...* Ob. cit., pág. 55.

En el ejemplo propuesto, encontrar los objetos hurtados en poder de X, es próximo, cercano al descubrimiento del autor del hurto (hecho investigado).

13, .SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, DE MAYO VEINTISÉIS DE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y UNO

En nuestro criterio es muy importante y por ello hacemos la transcripción de lo que resulta importante, para que sea tenida en cuenta por los estudiosos.

"El indicio es grave cuando entre el hecho que se conoce (indicante, indicador o causal) y el hecho que se quiere conocer (consecuencial o indicado), referente al delito o la responsabilidad del agente, media un nexo probable, creado por la dependencia inmediata con el fenómeno principal, o por una cadena causal fuertemente acentuada, o por la exterioridad reveladora de su composición. **Probable** es lo que puede ocurrir fácilmente, pues se funda en **razones serias y estables,** a diferencia de lo posible, que puede tomar forma o no, ejecutarse o confinarse a un simple proyecto. El juicio de probabilidad depende, pues, del grado en que pueden sucederse racionalmente los actos y los acontecimientos. Por vía de enunciación dícese que son indicios graves: las manifestaciones serias e inequívocas previas al delito, evidenciadas, por ejemplo cuando la víctima de un ultraje anuncia explícitamente vengarse del ofensor y al poco tiempo aparece apuñaleado el cadáver de éste; la propiedad del arma homicida; el encuentro de la persona secuestrada en casa o local del imputado, o bajo su vigilancia coactiva; la tenencia de objetos con que se haya cometido el delito o que provenga de su ejecución; la ocultación deliberada del sujeto (no por mera ignorancia ni por casualidad), mediante la fuga o con cualquier otro ardid; borrar las huellas del delito, como cuando se lavan prendas ensangrentadas del muerto o se esconden las cosas sustraídas a otro; el ofrecimiento de indemnizaciones a las víctimas o a sus familiares; el intento de corrupción, mediante soborno o cohecho, de los funcionarios que investigan o intervienen en el proceso; la súbita prosperidad económica sin motivo que la justifique, ostensible en la adquisición de objetos inalcanzados antes, respecto del peculado, infracciones contra la propiedad y otras afines; la presencia inmediata en el lugar del delito con anterioridad a su comisión, o al tiempo de ejecutarse, o poco después, máxime cuando se destruyen bienes vinculados a la infracción o que la materializan; el hallazgo en poder del sindicado de las cosas sustraídas. En los anteriores ejemplos, la probabilidad de la inferencia está representada por la compenetración objetiva entre el conocimiento y la forma como se desenvuelven los datos reales y será tanto más aproximativa a la evidencia cuantas menos posibilidades distintas resulten"".

[30] La jurisprudencia continúa así: "El indicio en general y el indicio grave en particular, no consisten, pues, como admitió una jurisprudencia del 17 de febrero de 1958 (G.J. LXXX VII, pág. 211) en 'una prueba excelente por su origen y también porque su

Más adelante y para desterrar todo subjetivismo, y por consiguiente arbitrariedad, sobre todo con el indicio grave, dice la Corte:

"En otros términos, el indicio no comporta una subjetividad del intérprete, sino una situación concreta de donde se deduce otra situación concreta por un proceso lógico o de enfoque mental. La misma lógica indica que los pensamientos surgen de la realidad y vuelven a ella para entenderla y transformarla. Los indicios no se agravan porque los capte una inteligencia superior o una sagacidad extraordinaria, ni se convierten en leves o en levísimos porque sean deficientemente comprendidos. Los indicios son hechos de los cuales se infiere la producción de otros hechos. Y los hechos son pura objetividad, existencias, independientes de *las ideaciones, los quereres y* las ilusiones. Exponen *su* faz a la mirada de todos y: demuestran su presencia mientras ésta dura, Si las apreciaciones de los mismos fueran subjetivas o individuales, no podrían someterse a otras individualidades jerárquicamente encargadas de revisarlas. Los juicios lógicos se puntualizan, examinan, reproducen y hasta se sintetizan, con validez común, porque si así no fuera el proceso penal se convertiría en una peligrosa encrucijada y el derecho de defensa quedaría circunscrito a límites tan inestables como las distintas capacidades del juzgador. La libre valoración de la prueba no puede conducir a tan sutiles extremos sin malograr la afortunada prestancia de sus aportes"[3].

---

apreciación es subjetiva, individual, encargada a la sagacidad y a la inteligencia, facultades humanas tan variables corno distintas sean las capacidades de razonamiento de cada uno y corno diversas las rutas que se sigan para sacar las conclusiones' ",

[3] Se trata de un juez, a quien se le entregó una suma de dinero, que fue encontrada en un cadáver... El dinero desapareció del despacho del juzgado.

La Corte dice: "El indicio que consiste en la 'oportunidad para delinquir' no implica una formación puramente psicológica que conduzca a deducciones de la misma índole Conformado sobre el antiquísimo refrán de que la 'ocasión hace al ladrón', resume una serie de inferencias objetivas relacionadas con la actuación del imputado y sus múltiples relaciones reales, que le facilitan, mejor que a otros la comisión del delito. El depositario de bienes de cualquier clase y a cualquier título puede apoderarse de ellos con más expedición que el extraño. La gravedad del indicio está encarecida por el corto vínculo entre el hecho conocido (depósito) y la responsabilidad por la apropiación ilícita. Pero es claro que pueden darse otras infercncias, por ejemplo, la de que una tercera persona poseía la llave del local, o de que la vieron entrar a él antes de la pérdida. Por eso el indicio de la oportunidad para delinquir es, de ordinario, grave, lo cual no significa que sea definitivo ni necesario.

"En el caso de autos no cabe duda de que la guarda del dinero implicaba obligaciones perentorias, como la de *buscar,* o *al menos* intentar hacerlo, el depósito inmediato en cualquier lugar seguro, o trasladarse a un centro distinto en el caso en que en B no fuera posible la conservación puntual de los valores. Tuvo el funcionario un término de cinco días para cumplir este deber imperiosamente establecido por el Decreto 1111 de 1940, y no lo hizo, de donde se desprende nítidamente el indicio grave de la oportunidad para

Estamos de acuerdo con la jurisprudencia anterior de la Corte, sólo agregando que es posible todo lo contingente; es decir, lo que tiene aptitud para ser, pero que puede suceder o no. A su vez, probable es el juicio de existencia de un hecho, cuando está fundado en razones prudentes, la probabilidad es una especie de lo posible, pero fundada en **"razones serias y estables",**

14. LA NECESIDAD DE INFORMACIÓN Y LA PRUEBA INDICIARIA

Debemos pensar que la gente común, normalmente el encartado, no tiene experiencia para descubrir en los otros medios probatorios: los hechos indicadores, por ello se requiere quizá, con mayor énfasis que con relación a los demás medios probatorios mostrarle con nitidez los hechos indicios y explicarle la regla de la experiencia y el proceso lógico por el cual se considera señalado o indicado otro hecho que es el que interesa para la investigación. Esas indicaciones no son solamente para que se pueda hablar como ya lo explicarnos, de la legalidad de la prueba indicaria, sino además, porque hay que tener en cuenta que el hombre es además de **homo sapiens, *homo quaerens:*** necesita información.

Dejándonos guiar por Nicholas Rescher, podemos utilizar algunos de sus planteamientos para mostrar la necesidad de información que tiene el hombre, y son de mayor tonalidad y colorido (con ansiedad), cuando se trata de la persona encartada. No negamos que la explicación debe ser para todo el material probatorio, pero por requerir la prueba indiciaria, señalar el camino que se siguió, para que se pueda tener por mostrado un hecho (Ojo: no se debe olvidar que la prueba de indicios no se solicita, ni se señala fecha para su recepción, como sucede con los demás medios probatorios), deducido de otro que es aportado por los demás medios probatorios, se requiere actuar como un pedagogo aplicado, para que entiendan las razones por las cuales se hizo la deducción (con razón algunos la llaman prueba artificial, Prueba construida).

Si no se hace lo señalado, podemos afirmar con el autor citado:

a) **"La incomodidad de no saber.** Constituye un sentimiento humano natural".

---

delinquir, examinado anteriormente, considerablemente relievado por la cuantiosa suma entregada por la policía. No aparecen gestiones del juez para poner a salvo ese valor sino todo lo contrario una omisión desplegada en un tiempo largo como el que medió entre el recibo, comprobado inclusive con su confesión, y el desaparecimiento".

b) "El hombre se ha desarrollado en la naturaleza para llenar el hueco de un ser inteligente. El requerimiento de comprensión, es decir, de acomodación: cognoscitiva al entorno o de conocer el **'camino'**, constituye uno de los requerimientos fundamentales de la condición humana. El hombre es homo **quaerens.** Se nos plantean preguntas y queremos, más que **necesitamos respuestas".**

c) "La necesidad de información para la orientación cognoscitiva en nuestro entorno representa una necesidad humana tan importante como la de comer. Somos animales racionales y debemos alimentar nuestras mentes tanto. . como debemos alimentar nuestros cuerpos. Al buscar información, como a buscar comida, estamos dispuestos a conformamos con lo mejor que podemos conseguir en cierto momento".

d) "Se nos plantean preguntas y necesitamos respuestas, las Mejores' que podamos conseguir aquí y ahora, sin que importe su grado de perfección".

e) "La necesidad básica de información y de comprensión nos presiona, de modo que estamos urgidos a movernos hacia su satisfacción".

"Nosotros, los seres humanos, querernos y necesitamos los compromisos cognoscitivos que consisten en historias inteligibles, es decir, en dar explicaciones coherentes y comprensivas de las cosas. Para nosotros' no cabe esperar una satisfacción cognoscitiva sobre otras bases, ya que la necesidad de información (el conocimiento que nutre nuestra mente) es tan . imprescindible como el alimento que nutre nuestro cuerpo. Un vacío cognoscitivo o un desacuerdo es tan molesto como el dolor físico. Él desconcierto y la ignorancia —si damos a la suspensión del juicio un nombre más fuerte— tienen un precio sustancial para nosotros"[32].

La larga cita de Rescher nos debe permitir (y sobre todo, a los funcionarios y dentro de ellos a los fiscales) reflexionar, sobre la necesidad sentida, más que cualquier otra, de explicarle completamente al encartado los elementos del indicio, para que su necesidad de información sea satisfecha plenamente. Si el **conocimiento mismo satisface una necesidad práctica, sube de tono ella cuando se trata de explicarle a una persona por qué tenemos prueba indiciaria que lo compromete.**

RESCHER, NICHOLAS. *La racionalidad.* Editorial Tecnos, Madrid (España), 1993, págs. 81-82.

El funcionario que no precisa los elementos del indicio, deja insatisfecha a la persona encartada y sobre todo porque incumple su misión solidaria, corno componente, él también, de una especie que casi insaciablemente necesita que se le informe, y con mayor razón cuando lo afecta (el objeto de información) sobre todo en sentido negativo. **La solidaridad como humano (poseedor de la misma necesidad y ansiedad), obliga al funcionario a precisar los elementos del indicio.**

15. VALORACIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA

Se debe pensar que tratamos de reconstruir un hecho. Estamos en un presente, tratamos de 'lograr' el pasado con unos hechos (de *circum stare:* que están alrededor) que no son ónticamente los buscados. Pero estos, con el empleo de la racionalidad y las reglas de la experiencia, nos indican el buscado (el hecho buscado no está representado ni observado por el juez; lo que tenemos es un hecho que lo señala. Es decir, el que nos interesa no está en el expediente, lo que hay es otro hecho que lo indica, lo señala).

Salvo que se trate del indicio necesario, la prueba indiciaria, como sucede con los síntomas (recuérdese el ejemplo del sarampión), tiene fuerza en su conjunto (porque hay pluralidad, como es apenas obvio), pero previo un inventario de los indicios singularizados.

Es necesario, entonces, recordar los textos legales. Ellos son:

El art. 287 del C. de P.P. regla:

"Apreciación de los indicios. El funcionario apreciará los indicios en conjunto teniendo en cuenta su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con los demás medios de prueba que obren en la actuación procesal".

El artículo 250 del C. de PC, tiene la misma redacción, sólo cambia: `juez' por el 'funcionario', para incluir al fiscal.

¿Cómo se hace esa apreciación?:

1) De los demás medios probatorios deben surgir los hechos indicadores, o los hechos base (por ello dice el art. 286: **"Prueba del hecho indicador.** El hecho indicador debe estar probado"). Se debe mirar por el funcionario qué medio probatorio acredita el hecho del cual parte, para evitar suponerlo o, por el contrario, pretermitirlo, o desfigurarlo.

2) Identificado y probado el hecho, se procede por el funcionario a individualizarlo y estructurarlo individualmente. Aquí el funcionario debe

contemplar todas las posibilidades lógicas. La Corte ha dicho: "La valoración integral del indicio exige al juez la contemplación de todas las hipótesis confirmantes e. invalidantes de la deducción, porque sólo cuando la balanza se inclina seriamente hacia las primeras y descarta las segundas, puede afirmarse la gravedad de una prueba que por naturaleza es contingente. Rechazar la otra posibilidad lógica que puede ofrecer un hecho indicador, sin cerciorarse de que ella en realidad haya sido objeto de examen y desestimada expresa o tácitamente por el juez, sólo porque éste ya tiene sus propias conclusiones sin atención a un juicio lógico integral, sería alentar un excesó de omnipotencia contrario al razonable acto de soberanía judicial en la evaluación de la prueba, que consiste precisamente en el ejercicio dé una discrecionalidad reglada en la valoración probatoria'".

El T.C. (El Tribunal Constitucional Español) ha considerado imprescindible que el Tribunal ordinario razone cómo se pasa de unos hechos probados a tener otros como acreditados por medio de indicios, obligando a • exponer las interpretaciones posibles de tales hechos probados y por qué se elige la interpretación inculpadora .

3) Estructurado e individualizado cada indicio, procede el funcionario a ordenarlos, para **estudiarlos en conjunto.**

Si el funcionario sin prejuicios se deja afectar por los hechos, estos bien escrutados indicarán a la racionalidad su lugar.

Sea permitido construir el siguiente ejemplo: Si a K le es hurtado un vehículo automotor, el cual tenía las iniciales del propietario en la puerta delantera. K encuentra la puerta delantera en un potrero y empieza a encontrar piezas que todas ensamblan. La **racionalidad de K** se afecta concluyendo que encontró su vehículo y que por ello las piezas ensamblan. Está 'reconstruyendo' su vehículo. Cada pieza toma su lugar. Las que ya ocupan su lugar, facilitan o señalan los espacios de las otras, casi en forma natural, y así sucesivamente hasta lograrse la totalidad. Si las piezas no ocuparan lugar, o hubiese necesidad de hacer adaptaciones, eso te indica a K que

[33] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. 17 de abril de 1997. Mag. Pon. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Aprobado por acta 38.

Tomada la cita de CHAMORRO BERNAL, FRANCISCO. ***La tutela judicial efectiva.*** Bosch, Barcelona (España), 1994, pág. 212. Se entiende que la exigencia de esa motivación se limita a la prueba indiciaria en el proceso penal, el ATC 851/1988 de 4 de julio, F. J. 3 J. C XXI, pág. 1,302.

encontró por lo menos la totalidad de su vehículo. **No está reconstruyendo, está construyendo por lo menos parcialmente otro vehículo,**

4) Miremos, para recalcar el estudio en conjunto de la prueba indiciaria, el siguiente caso:

X fue encontrado muerto. Presentaba varios impactos de bala y aplastamiento parcial de la bóveda craneana producido por la acción de las llantas de un vehículo, cuyas huellas quedaron registradas en el rostro de la víctima y sobre el asfalto en la escena del crimen.

Se estableció por medio de prueba testimonial que X estuvo acompañado de los hermanos K y S y que los tres se movilizaban en el camión Ford, tipo estacas, color verde, de placas W.W. de propiedad de K, quien lo conducía.

Al día siguiente de los hechos, dicho vehículo fue hallado abandonado en el Barrio S. A., por miembros de la Policía Judicial, con huellas evidentes de sangre en diferentes partes, con mayor notoriedad en sus llantas traseras del lado izquierdo, y varios impactos de proyectil de arma de fuego.

Los hermanos K y S desaparecieron de sus residencias desde el día de los hechos.

Posteriormente S se presentó voluntariamente y rindió indagatoria. Reconoció que estuvo todo el día ingiriendo licor con X y su hermano K, que se quedó dormido y no sabe nada; que su hermano portaba un revólver y que ese día se movilizaban en el camión de éste (K) de color verde, quien lo conducía.

Uno de los hermanos de X declaró en el proceso y manifestó que al otro día de haber sido encontrado muerto su hermano (X) se encontró casualmente con K y este lo amenazó con un revólver.

K fue condenado por el homicidio de X. Lo fue con sustento en cuatro indicios a saber: A) Oportunidad para delinquir; B) Posesión del arma; C) Ocultación del vehículo, y D) Huida.

Estudiemos, citando a la Corte, cómo son los indicios enrostrados a K, y cómo opera su estudio en conjunto:

A) Oportunidad para delinquir: Dice la Corte "como se sabe surge a partir de la circunstancia de encontrarse la persona en el sitio y en el momento del hecho. Espacio y tiempo deben aparecer indisolublemente unidos para que el indicio adquiera connotación probatoria".

¿Cuáles son las circunstancias? (los hechos de este indicio). Veamos: La prueba que aparece aportada al proceso enseña que X fue visto con vida por última vez alrededor de las 6:30 de la tarde, en la tienda de la señora P, en compañía de los hermanos S y K, *y* que se movilizaban en el camión de propiedad de este último. Dos horas después apareció su cadáver en *el* barrio S. A., con varios impactos de bala producidos por un revólver calibre 38 y aplastamiento parcial de la bóveda craneana por el paso de las llantas de un vehículo.

Este indicio: "adquiere especial entidad si se vincula con las manchas de sangre halladas en las ruedas traseras del lado izquierdo del vehículo de propiedad del procesado con las huellas del labrado de las llantas que a su vez aparecen en la escena del crimen, y los impactos de bala que el automotor presenta, pues estas circunstancias adicionales permiten vincular directamente el automotor con el lugar de los hechos y por contera al procesado (K), quien esa noche lo manejaba".

Este hecho, indica, señala que probablemente K es el autor del homicidio de X.

B) **El indicio de estar el procesado en posesión de un arma de las características de la disparada contra la humanidad de X,** lo deducen las sentencias del dictamen de balística, en donde se concluye que las balas examinadas y que fueron encontradas en el cuerpo de la víctima corresponden a un revólver 38, lo cual guarda relación con el tipo de arma que K portaba la noche de los hechos, según se desprende de las afirmaciones de S (su hermano) quien lo acompañaba y la del hermano del muerto cuando fue amenazado.

Las balas encontradas en la humanidad de X indican que probablemente K utilizó su arma contra la humanidad de X, por ser del mismo tipo de revólver.

Obsérvese cómo opera con relación al revólver el fenómeno probatorio: los indicios se comunican colorido entre sí, y tempranamente empiezan a tomar su ubicación y a lograr su síntesis. Se argumenta: "En esta ciudad W, la brigada señaló la venta de centenares de -revólveres vendidos en la ciudad. ¿Porqué la muerte se produjo con esa arma? ¿Dónde está la conexidad del revólver de K y los impactos en el cuerpo del occiso? ¿Otro revólver no producía los mismos tiros?".

Se contesta: "El censor olvida que no todos los potenciales poseedores se encontraban en condiciones temporo-espaciales de cometer el crimen, como sí lo estaba el procesado" (obsérvese el colorido que recibe este indicio, del de oportunidad), según el indicio de oportunidad que las sentencias

acertadamente lo deducen, por lo que la gravedad del indicio no surge del hecho aislado de tener un revólver, sino de la vinculación de esta circunstancia con la de haber estado en el lugar y en el momento del crimen, que es la operación lógica de interrelación que el actor pretermite".

Piénsese: cien (100) personas tienen el mismo tipo de revólver; lógico sería pensar que si las cien disparan, prácticamente no tendríamos argumento para decir cuáles y percutadas por quién hicieron blanco en la humanidad de X. Pero si de esas cien, la única persona que estuvo con X, fue K, este fue muy probablemente quien percutó el revólver en contra de la humanidad de X.

La tonalidad es así: K estaba en el escenario de los hechos portando un revólver del tipo que fue usado para causar la muerte a X.

No se está diciendo: "Como usted **K tenía un revólver del mismo tipo del usado para matar a X, usted probablemente lo mató".** No, por ahora se está diciendo: "Como usted estaba en el escenario de los hechos donde fue muerto X, y lo fue por impactos de revólver del tipo que usted posee, **probablemente usted es el homicida".**

Tener un revólver del mismo tipo con el cual se causó la muerte a X, no significa nada. Pero si sólo K, que estaba en el escenario de los hechos, tenia esa especie de revólver, cuyas balas le causaron la muerte a X, probablemente fue K.

C) **El abandono del vehículo. Siendo K el dueño y conductor, no parece razonable que lo abandone. Además, tiene mucha mayor tonalidad por ser la persona que fue vista por última vez en posesión del mismo.**

K pudo perder el vehículo, y ello no significa nada. K puede abandonar o esconder su vehículo y ello tampoco significa nada. Pero si es el vehículo que aparece relacionado con el escenario de los hechos, el que tiene impactos de bala, que era en el que se desplazaban, aparece entonces situado, y como consecuencia incrimina a K.

D) **El indicio de huida,** demostrado ;por la desaparición de K de su residencia al otro día de sucedidos los hechos.

Este indicio, unido a los otros, les da colorido y a su vez lo recibe. Hay un "mutuo encendido"

Aplicando el artículo 287 del C. de P.P. tenemos:

Los indicios se aprecian (es decir se estiman en conjunto). K estaba en el lugar de los hechos y el vehículo de su propiedad. K portaba un revólver del

tipo del utilizado en el homicidio. 1. era propietario y manejaba el vehículo y lo escondió. K huyó.

Cada uno de estos indicios tiene peso, pero su poder incriminatorio se muestra diáfano, porque concuerdan (ensamblan, sin artificio, en forma natural) y convergen (desplazan la racionalidad), seducen la racionalidad al incriminar a K, como el autor del homicidio de X, con certeza objetiva.

¿Cuál era el hecho investigado? ¿Quién mató a X? ¿Qué logramos?: A) el indicio de oportunidad es un hecho distinto al investigado, pero está relacionado. B) Poseer el arma de la mismas características de la usada para causar la muerte de X, es un hecho distinto al investigado, pero está relacionado. C) El abandono del vehículo, es un hecho distinto del investigado; pero está relacionado. D) La huida, es un hecho distinto del investigado, pero está relacionado".

[35] El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo Español se han pronunciado sobre la prueba indiciaria, pronunciamientos de los cuales se extraen las siguientes conclusiones:

1. La primera nota exigible para tomar en cuenta esta forma de actividad probatoria es la necesidad de que el indicio no sea aislado sino que exista una pluralidad . La STS do 8 de marzo de 1994 (R) 1994, 1864, llega a aplicar el símil **indicium unus, indicium n** u s. Aunque no puede indicarse con carácter nomotésico, como hacen algunas legislaciones extranjeras, cuál haya de ser el número preciso, sí se ha de recalcar que esos hechos periféricos absolutamente probados a partir de los que se fija la existencia del indicio han-de ser *más* de uno.

"Tal requisito se explica precisamente porque individualmente considerado cada indicio no es una prueba acabada *e* irrebatible. Por el contrario, la acumulación de indicios en un - mismo sentido es lo que permite formar la convicción del Tribunal excluyendo toda duda (STS de mayo 9 de 1996 (R) 1996, 3808)".

2. En segundo término, tales hechos base han de estar absolutamente probados ce la causa, y demostrados por prueba de carácter directo.

"No otro sentido cabe dar a la exigencia contenida en cl art. 1.249 del Código Civil; que estén plenamente acreditados. Y ello es obvio, por cuanto la admisión de lo contrario comportaría una especie de creación **ex nihilo** y por ello mismo incursa en el área de la arbitrariedad". (SSTC de]3 de mayo de 1996 (R) 1996, 3817, 21 de mayo de 1996 (R) 1996, 3941, 24 de mayo de 1996 (R) 1996, 4089 *y* 13 de julio de 1996 (R) 1996, 5930).

3. Necesidad de que sean periféricos respecto del dato fáctico que se debe probar. Ha de tratarse de hechos, sucesos o acontecimientos no desconectados del supuesto delito; dicho de otro modo: es necesario que los indicios hagan relación, material y directa, con el hecho criminal *y* a su agente, pues de lo contrario se estaría en el vedado campó de las

Los hechos probados no están desconectados del supuesto delito, no son ónticamente la prueba de la autoría, pero son *circum* y *stare*, y señalan en forma inequívoca y natural a K, como el autor del homicidio investigado.

Finalmente, resulta pertinente citar a Antonio Dellepiane: "Observaremos, desde luego, la confusión de ideas e incorrección de todos los tratadistas al emplear las palabras concordancia, convergencia, concurrencia y otras análogas, como sinónimos". Así, López Moreno escribe: "Cuando varios hechos diferentes se relacionan por diversos modos con un tercero, induciéndose (sic) éste de aquéllos por distintos caminos, resulta lo que se llama concurrencia o convergencia de los indicios y constituida la prueba artificial".

Para nosotros, **concordancia** y **convergencia** son diferentes: la primera se refiere a los indicios o hechos indicadores; la segunda, a las deducciones o inferencias indiciarias. Son éstas, las deducciones o inferencias formadas con los indicios, las que convergen o concurren a un mismo punto, esto es, a una misma conclusión, por ejemplo: fulano es el autor. En cuanto a los indicios o hechos indicadores no convergen propiamente, sino que, en su calidad de partes accesorias de un todo, como hechos parciales o modalidades

---

presunciones en contra del reo y se estaría vulnerando el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

"No todo hecho puede ser relevante así. Resulta preciso que sea periférico o concomitante con el dato fáctico a probar. No en balde, por ello, esta prueba ha sido, tradicionalmente, denominada como circunstancial, pues el propio sentido semántico, como derivado de *circum y stare,* implica estar alrededor y esto supone ónticamente no ser la cosa misma, pero sí estar relacionado con proximidad a ella".

4. Interrelación. "Derivadamente, esta misma naturaleza periférica exige que los datos estén no sólo relacionados con el hecho nuclear precisado de prueba, sino también interrelacionados; es decir, como notas de un mismo sistema en el que cada una de ellas repercute sobre las restantes en tanto en cuanto forman parte de él. La fuerza de convicción de esta prueba dimana no sólo de la adición o suma, sino también de esta imbricación".

5. Es preciso, por último, que entre los indicios y la conclusión exista una correlación que descarte toda irracionalidad en el proceso deductivo; es decir, que el juicio de inferencia no sea arbitrario o absurdo, sino que sea coherente y se ajuste a las normas del criterio humano: debiendo ser explicado en la sentencia ese proceso lógico de deducción realizado, para cumplir con las exigencias de motivación derivadas del art. 120.3 de la Constitución.

Tomado todo lo anterior de RIVES SEVA, PABLO ANTONIO. ***La prueba en el proceso penal.*** Aranzadi, 2' edición, Pamplona (España), 1996, págs. 102 y 103.

circunstanciales de un mismo suceso, concuerdan entre sí, esto es, ensamblan los unos con los otros, de manera de constituir un hecho natural, lógico, coherente. Y ¿por qué esta concordancia o acuerdo de los hechos? Lo hemos ya insinuado: porque siendo los indicios hechos accesorios de un hecho principal, o partes circunstanciales de un suceso único, de un pequeño drama humano, deben necesariamente obedecer a la ley de las tres unidades de tiempo, de lugar y de acción; de modo que cada indicio, como los episodios de una tragedia, estará obligado, al combinarse con los otros, a tomar su lugar correspondiente en el tiempo y en el espacio, y todos a combinarse entre sí, cada uno según su carácter o naturaleza, según las relaciones de causa a efecto, de medio a fin, de coexistencia, etc., que los vinculan, conformidad con las relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas, empleando la fórmula de Montesquieu"[ ]. La Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal ha dicho:

"En la valorización de la prueba judiciaria, el juzgador no debe considerar aisladamente cada hecho, con independencia absoluta los unos de los otros, pues su resultado, para los fines del proceso, no se obtiene sino por la coordinación de los indicios entre sí, y por la relación de dependencia que ofrecen los unos con los otros para llegar a la comprobación del hecho que se trata de demostrar"[37].

En esta misma sentencia se cita otra de la Corte del 2 de diciembre 1944:

"Los indicios no necesarios pueden constituir plena prueba de la responsabilidad cuando, analizados en su conjunto, pluralidad, precisión, gravedad y conexión, inequívocamente señalan procesado autor de la infracción".

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, ha dicho:

"Con el propósito de buscar seguridad y acierto en las deducciones o inferencias del juez, el art. 249 del C. de P.C., en armonía con la ciencia de las pruebas, establece que para atribuir eficacia probatoria a los indicios, estos deben apreciarse en 'conjunto', teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso. La gravedad es el requisito que mira al efecto serio y ponderado que los indicios produzcan en el ánimo del juzgador; la precisión hace relación al carácter del indicio que conduce a algo inequívoco como consecuencia; y la conexidad o

DELLAPIANE, ANTONIO. *Nueva teoría de la prueba.* 9ª edición, Bogotá, Temis, págs. 89 y 90.

[37] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de 16 de junio de 1950, G.J. T. LXVII, pág. 520.

concordancia, a que lleven a una misma conclusión o inferencia todos los hechos indicativos"[38].

Estudiemos, no con criterio de erudición, sino para hacer comparaciones útiles, para encarar la prueba indiciaria, sin temor, la legislación y la jurisprudencia italiana, suscribiéndola a materia penal.

El art. 192 del Código de Procedimiento Penal italiano dice:

"Valoración de la prueba... 2. No podrá deducirse la existencia de un hecho por medio de indicios, a menos que éstos scan graves, precisos y concordantes"'.

Dice la jurisprudencia italiana:

"Graves son los indicios consistentes, es decir resistentes a las objeciones y, por tanto creíbles y convincentes; precisos con aquellos no genéricos y no susceptibles de una interpretación diferente, igual o mayormente verosímil y, por tanto no equívocos: concordantes son aquellos indicios que no se contradicen entre ellos mismos o incluso con otros datos o elementos ciertos. Cuando tienen estas características, los indicios pueden constituir prueba de un hecho, si se valoran en su conjunto y en coordinación lógica". Para que de él pueda deducirse la existencia de un hecho, la circunstancia asumible como indicio debe ser cierta. Este requisito, aunque no lo indique expresamente el art. 192, debe considerarse ínsito en la provisión de este precepto. En efecto, con la certeza del indicio se postula la verificación procesal acerca de la real existencia del indicio mismo, puesto que no se podría fundamentar la prueba crítica (indirecta) sobre un hecho verosímilmente ocurrido, supuesto o intuido, valorando de manera inadmisible –en contra de postulados indiscutibles de la cultura jurídica– imaginaciones o impresiones personales de quien decide [39]. Para los fines indicados en el art. 192, el requisito de la **gravedad** del indicio puntualiza la capacidad demostrativa, es decir, la pertinencia del dato respecto del thema probamdum; no se puede, de hecho utilizar como prueba un indicio al cual se le puede atribuir un significado muy diferente de aquél que se infiere (en la relación lógica entre hecho probado [notorio] y hecho a deducir)[42].

"Precisos: son aquéllos no genéricos y no susceptibles de una interpretación diferente, igual o mayormente verosímil y, por ende, no equívocos; concordantes

[38] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 3 de marzo de 1984, Mag. Pon. Dr. Humberto Murcia Bailén. No publicada oficialmente.

[39] C-13-12-91, Grillo y otro. A N proc. Pen. 92, 623; conforme C-5-6-92, Minniti, ivi 92, 807.

[40] C-30-1-91, Bizzantino, C. Pen. 92, 2795 cfr. C 20-6-91, Pernice, ivi, 92, 1. 849 supra & III, I.

[41] C-13-12-91, Grillo y otro, A n. proc. Pcn. 92. 619. Confr. C 25-1-93, Bianchi, ivi, 93, 48.

[42] C-13-12-91, Grillo y otro, ivi, 92, 619.

son aquellos indicios que no se contradicen entre ellos mismos e incluso con otros datos o elementos ciertos. La **precisión** del indicio, particularmente supone su certeza en el sentido de la acertada verificación histórico-naturalística de la circunstancia que lo constituye, por la objetiva existencia directamente o por deducción inequívoca y segura de otros elementos; por exclusión, en contra, de la significación disconforme o antitécnica. La verificación objetiva y rigurosa del dato desconocido, al cual se puede llegar sobre la base indiciaria, debe ser la salida necesaria y estrictamente consecuencial, en el plano lógico-jurídico, de las premisas indiciarias en el hecho, con exclusión de cualquier otra solución proyectable, *en* términos de equivalencia o de alternatividad. En otras palabras, el juicio concluyente debe ser el único posible de acuerdo con los elementos disponibles, según los criterios de racionalidad dictados por la experiencia humana". Dentro del tema de los requisitos que los indicios deben poseer para tener valor probatorio, la **'precisión'** del indicio significa que el hecho probado (notorio) debe ser indiscutible, cierto, en su objetividad, no siendo lógicamente deducible un hecho desconocido de un hecho a su vez hipotético; la `gravedad' del indicio significa que el hecho notorio (probado) debe tener una relevante cercanía lógica con el hecho desconocido (la 'gravita' dell 'indizio' sta a denotare che il fatto noto deve avere una rilevante contiguitá logica con il falto ignoto). La 'concordancia' indica que los indicios, precisos en su ser, lógicamente próximos al hecho desconocido, deben moverse en la misma dirección, deben ser lógicamente del mismo signo (la **'concordanza'**, infine, sta ad indicare che gli indizi, precisi nel loro essere, prossimi logicamente a] falto ignoto, debbono muoversi nena stessa direzione, debbono essere logicamente dello stesso segno). La **'precisión'** y la **'gravedad'**, además, deben aseverarse poniendo los indicios al estudio ante todo de manera separada y, en un segundo momento, particularmente en lo que atañe a la. **gravedad, de manera conjunta,** pudiendo la gravedad de unos adquirir cuerpo por la verificada gravedad de los otros, mientras la 'concordancia' debe valorarse confrontando los indicios y poniendo de manifiesto *si* éstos, en el plano lógico, convergen o divergen. Finalmente, debe resaltarse entre mayores sean las características de graves, precisos y concordantes de los indicios, más fácil es el juicio de probabilidades"".

" C-24-6-92, Re, ivi 93, 172. Ver infra & v, 2 y 3. Tomado de *Commentario breve al Nuevo Codice Procedura Penale.* CONSO, GREVI. Cedam. Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1994.

La **'precisione'** e la **'gravitá'**, inoltre, vanno accertare sottoponendo gli indizia vaglio anzitutto separadamente *e,* in un sccondo momento, soprattutto per que/ che riguarda la gravitá, **congiuntamente**, potendola gravites degli uní acquistare spessore dalla accertata gravitá degli altri, vientre la "concordanza" va valutata confrontando gli indizi e ponendo in evidenza se gli stessi sul piano logico convergano o divcrgano. Va infine rilevato che pió seno gli indizi gravi, precisi e concordanti, piú facile e il

16. LA PRUEBA INDICIARIA Y LA CASACIÓN EN MATERIA PENAL

Quien pretenda recurrir en casación y la prueba que pretenda enjuiciar sea la indiciaria, tiene que tener en cuenta, primero que todo, su estructura; en efecto: la censura se puede referir a cualquiera de los momentos de su construcción"'. Cuando el **hecho indicio es objeto de prueba** o cuando sirve **propiamente de prueba,** que es en el momento que nos **señala otro hecho** (el que interesa para el proceso)".

La Corte ha dicho: "Es verdad sabida que dos son los aspectos más salientes dentro de la construcción del indicio. El primero, **constituido por el hecho indicador, que no ingresa al proceso, independientemente, libremente, sino que de manera fatal se vale de un medio de prueba".** (Las negrillas son nuestras).

Aquí se debe recordar el ejemplo plasmado anteriormente:

Por el **estado de los cadáveres,** deducimos el **exceso de velocidad.**

Reflexiónese: ¿Cuál de los dos momentos se quiere enjuiciar? La prueba que sirve de base al hecho **indicador o la inferencia.**

---

giudizio di probabilitá. (C-26-6-92), Di Iorgi, C. pen 94, 368. Pag 237 *(Commentario breve al nuovo codice di procedura penale. Complemento guirisprudenziale* —a cura di Vittorio Grevi–, Cedam).

Para que le quede fácil al recurrente debe mirar: "... La censura puede orientarse ordenadamente a cualquiera de los momentos de su construcción, esto es:

"1) A la materialidad de la prueba del hecho indicador (es el primer paso lógico).

"2) A la operación mental de unir el dato indicante con el indicado (en su individualidad) (segundo paso).

"3) A la valoración individual o articulada de su poder suasorio.

"En cada una de esas etapas ha menester hacer la diferenciación, puesto que los errores, en cada una de las hipótesis, son de naturaleza distinta". Ver Sentencia de Casación de julio 31 de 1996. Mag. Pon. Dr. Fernando E. Arboleda Rincón.

Ver sentencia de abril 17 de 1997. Mag. Pon. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

[46] Dice la Corte Suprema de Justicia: "Reiteradamente ha dicho la Corte que, atendida la estructura lógica de la prueba indiciaria, la censura puede orientarse hacia cualquiera de los momentos de la construcción, esto es, a la prueba que soporta el hecho indicador, a la operación mental de inferencia del dato indicado o a la valoración individual o articulada de su poder suasorio. Sólo que ha menester precisar en la demanda en cuál de los diferentes pasos se presenta el error y de qué especie es, podrían ser de naturaleza distinta. Sentencia CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Mayo 8 de 1997. Mag. Pon. Dr. Jorge Aníbal Gallego. Acta No. 47.

17, ENJUICIAMIENTO DE LAS PRUEBAS QUE INGRESAN AL TORRENTE PROBATORIO: EL HECHO INDICADOR

Si el resultado de la reflexión es enjuiciar las pruebas que sustentan el hecho base (el hecho que indica —imagínese el dedo de un niño señalando—). En la demanda se debe señalar que la censura apunta a las pruebas del pechó: base (a las pruebas que permitieron su ingreso al torrente probatorio, es decir, la prueba, en nuestro ejemplo, que ingresó el hecho: **"El señor K presentó decapitación, encontrándose su cabeza a un metro... ".** Es decir, el estado de los cadáveres).

Pues bien, si esa es la decisión, veamos qué errores se pueden haber cometido. Recuérdese: el hecho del estado de los cadáveres ingresó al torrente, probatorio mediante "descripción hecha **en las actas de levantamiento de los cadáveres"** (medio probatorio). En las pruebas que permiten el ingreso del hecho base (en nuestro ejemplo: las actas de levantamiento de los cadáveres), qué errores se pueden haber cometido. Veamos:

17.1. ERROR DE DERECHO

En el ejemplo propuesto (el acta). Este puede ser de **legalidad o** de **convicción.** Se incurre en el primero cuando se viola la ley para su incorporación al proceso (prueba ilegal, prueba ilícita, etc.), o porque a pesar de no tener ningún vicio del tipo indicado, se le enrostra y por tanto se le repudia. Se incurre en el segundo, de **convicción,** cuando existiendo tarifa probatoria (no la tenemos), se viola.

17.2. ERROR DE HECHO

Mírese bien: Si se le encuentra error de hecho a la prueba que muestra el hecho base (las **actas del estado de los cadáveres,** en nuestro ejemplo), debe indicarse si es de ***existencia*** **o** ***de identidad.***

Cuando se alega el primero **(existencia)** se debe demostrar que se omitió considerar una prueba (en el ejemplo propuesto, que el funcionario no hubiera considerado el acta de levantamiento, la hubiera pretermitido), o que la hubiera supuesto (no está el acta y la supone). Cuando se trata del segundo **(identidad)** la Corte ha dicho: "Debe demostrarse que el juzgador, modificó el contenido fáctico de la prueba dándole un alcance menor o mayor del que en realidad tiene y de manera tal que vale tanto como haberlo

supuesto o eliminado"' (en el ejemplo propuesto, sí vio el **acta de levantamiento,** pero no 'captó' la entidad **de las lesiones,** o en el supuesto caso que las actas se refirieran a lesiones leves, el funcionado las entendiera de *gran* entidad).

18. ENJUICIAMIENTO CUANDO EL HECHO INDICADOR CUMPLE SU FUNCIÓN DE MEDIO DE PRUEBA

Retomemos el ejemplo:

El **acta de levantamiento de los cadáveres** es el medio probatorio que nos permitió ingresar al torrente probatorio: **El estado de los cadáveres, uno de los cuales se encontraba decapitado...** Esa prueba que nos acredita los hechos indicantes, nos permitió hacer la inferencia del exceso de velocidad del vehículo (el que los arrolló) (hecho indicado).

Si lo que se pretende es enjuiciar ese segundo tramo, es decir cómo se paso del **hecho indicador** (estado de los cadáveres), al hecho indicado **(exceso de velocidad),** el error siempre será de hecho, ya que no existe tarifa legal"

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Mag. Pon. Dr. Carlos E. Mejía E., octubre 2 de 1996. No. de Rad. S-9538-96. Publicada en *Autos y Sentencias.* Ediciones Doctrina y Ley, José María Forero, junio a diciembre de 1996, número IX, pág. 405.

[48] Dice la Corte: "Debido a que en el Derecho Procesal Penal Colombiano se ha fijado el sistema de apreciación libre y racional de la prueba por parte del juez, de acuerdo con las reglas de la experiencia, la lógica y la ciencia, por oposición al método de la tarifa legal, resulta desatinado entonces alegar un **error de derecho,** por falso juicio de convicción, cuando la ley no establece —y racionalmente es imposible hacerlo— cuotas de credibilidad o de persuasión predeterminadas en relación con el medio probatorio. La experiencia, la lógica y la ciencia son fenómenos que no se dejan tasar a priori, sencillamente porque ellas mismas son herramientas de medición del grado de persuasión que se activan creativamente al contacto con la singuralidad y la variedad de los casos concretos. De esta manera, la Corte ha estimado que la separación drástica del juez del método de la sana critica, al punto de llegar a suponer o pretextar un fundamento empírico, lógico o científico que no surge del material probatorio, es un despropósito directamente relacionado con los hechos y no con las normas, razón por la cual el error configurado es también de **hecho** y **no de derecho.** Atribuir a la conclusión silogística una fundamentación apriorística, en lugar de la real o empírica que se exige por tributo de las pruebas, o pretextar verdades lógicas o científicas que corresponden a otros contextos o que apenas son válidas en abstracto, no es más que distorsionar el contenido y valor del acervo demostrativo, aspecto que doctrinariamente se conoce como error de hecho por violación de las reglas de la evaluación racional, y que es la vía formalmente exigible para atacar la sentencia en virtud de tales disfuncionalidades". Sentencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Agosto 5 de 1997. Mag. Pon. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Aprobado Acta No. 92.

(dice la Corte: "o de vacíos protuberantes en la consideración de la experiencia; la lógica o las ciencias al momento de abordar la 'inferencia lógica', o de las falencias en el examen del mérito individual y después en conjunto de los indicios; claridad argumentativa")".

Con relación a ese error de hecho se ha dicho por la Corte:

"Puede ser que este encuadramiento suponga ampliar el ámbito del error de. hecho; pero con todo y eso, es preferible ejercer dicha opción a dejar en el vacío y por fuera de contradicción y control aquellos eventos en que se privilegia de manera absurda el contenido formal del medio de convicción o se equivoca la inferencia, por encima y a pesar del sentido común y de la justicia"[50].

Retomemos el ejemplo: El hecho indicado es **el exceso de velocidad.** Se observa y se retiene el estado de los cadáveres, pero se infiere que ello no indica exceso de velocidad, sino por ejemplo la mala calidad de las latas del vehículo arrollado (aquí, en el paso de un hecho al otro; en la inferencia reside el error y es de hecho). El recurrente debe indicar la inferencia correcta; la Corte ha dicho que el reclamo podría caber: "dentro **de los caracteres del falso juicio de identidad por omisión relevante en el examen lógico-crítico de la prueba indiciaria"**[51].

En el ejemplo propuesto, el recurrente debe enrostrar el error de hecho y dejando intocado el hecho base, argumenta que la deducción correcta; partiendo de los **efectos del impacto en los cuerpos arrollados, descritas (sic) en las actas de levantamiento de los cadáveres, de acuerdo con las cuales el señor K presentó decapitación...,** es el exceso de velocidad.

Ahora, no se debe olvidar que este tipo de error también se presenta cuando no se hace la concordancia correctamente, sea porque los hechos indicados no ensamblan, y a pesar de ello el juzgador la pregona, o lo contrario. Igualmente, cuando el juzgador no ve la convergencia de los indicios, existiendo, o lo contrario.

La Corte ha dicho:

" Sentencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Mag. Pon. Dr. Jorge Anibat Gómez Gallego. Mayo 8 de 1997. Acta No. 47.

" Sentencia de Casación de 13 de febrero de 1995. Mag. Pon. Dr. Carlos E. Mejía Escobar. Se debe leer cuidadosamente, por ser muy útil para los recurrentes.

[51] Sentencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. 17 de abril de 1997. Mag. Pon. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Aprobado Acta 26.

"Cuando de atacar la prueba indiciaria se trata, el demandante no puede desconocer que por la naturaleza misma de este medio probatorio los indicios se valoran ***en*** su conjunto y que por tanto es el vínculo que surge de la concordancia y convergencia de ellos, el que hace que la inferencia pase de la probabilidad a la certeza.

"Por tanto, si bien el ataque a los hechos indicadores debe ser independiente, esto no significa que el conjunto indiciario se cercene en su logicidad para hacerle perder el valor probatorio que sólo adquiere fuerza de convicción sí se valora globalmente"".

Finalmente resulta importante transcribir la sentencia de fecha 13 de febrero de 1995. En efecto:

"Es verdad sabida que dos son los aspectos más salientes dentro de la construcción del indicio. El primero, constituido por- el **hecho indicador,** que no ingresa al proceso, independientemente, libremente, sino que de manera fatal se vale de un medio de prueba. Lo cual comporta que, en tratándose de esta primera fase, puede, ciertamente, presentarse un **error de derecho,** por falso juicio de ***legalidad,*** esto es, porque haya un vicio en la aducción o incorporación de la prueba o porque sin estar ésta afectada de ninguna anomalía en su producción, empero se le repudie como tal.

"Déjese de lado, por ahora, lo que pueda relacionarse con el falso juicio de convicción.

"Y, desde luego, en el análisis de las pruebas mediante las cuales supuesta o realmente ingresó el ***hecho indicador*** **al proceso,** es dable la aparición del ***error de hecho,*** ya por falso juicio de existencia, ya por falso juicio de **identidad".**

•• CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Mag. Pon. Dr. Carlos Gálvez Argote. Agosto 8 de 1996. No. de Radicación S-9302-96. Tomado de José María Forero, junio a diciembre de 1996, pág. 215.

[53] "Ahora bien: 'como el casacionista fue expreso en decir que impugnaba la fuente del indicio' (no la 'inferencia lógica' definitoria del indicio, art. 300 [hoy 284) del C. de P.P.), estaba en la obligación de demostrar si con respecto a algunas de esas pruebas se incurrió en error de derecho por falso juicio de legalidad (hacer valer una prueba sin los requisitos legales para ello) o en error de hecho por falso juicio de existencia (olvido o suposición) o de identidad (distorsionamiento de la prueba, ilogicidad en su asunción). Pero nada de esto hizo el censor, se limitó a disentir del criterio judicial en una alegación libre no técnica, lo cual no es de recibo en casación" (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Enero 29 de 1999. Mag. Pon. Dr. Didimo Páez Velandia).

"Tratándose del falso juicio de identidad... se debe acreditar que el contenido material de la prueba ha sido deformado por virtud del mayor o menor alcance otorgado por el fallador, de tal manera que aprehendió de la misma lo que ella en realidad no demostraba y tal equivocación por ende, altera el sentido de la decisión que resultaba pertinente" (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Junio 29 de 1999. Mag. Pon. Dr. Carlos E. Mejía Escobar).

"Es evidente que dándose un falso juicio de legalidad, o un falso juicio de existencia o de identidad, ya no interesa advertir la índole y características del desarrollo de la inferencia lógica (sana crítica o persuación racional), porque con bases tan viciadas, la consecuente reflexión no podrá representar nada bueno, y por tanto, ésta tendrá que correr igual suerte de desprestigio e improcedencia, resultando efectivas las censuras montadas sobre esas realidades, sin necesidad de incursionar en el campo de las deducciones, inferencias o resultados.

"Trátese ahora de lo que puede relacionarse con el falso juicio de convicción. Teóricamente se le puede admitir cuando se vulneran **las reglas de la sana** crítica **o persuasión racional** (experiencia, lógica *y* postulados de la ciencia o técnica pertinentes al análisis de la respectiva probanza), para negar en la práctica, la censura, bajo la consideración de la prueba, por no ser tarifada, no resiste predicamento de esta clase de error. En síntesis, la impugnación se atiende si se logra evidenciar un ***error de hecho,*** por falso juicio de **existencia** o de **identidad.** Y se desatiende cuando el casacionista está advirtiendo que la prueba en si, materialmente estimada, no ha sufrido estos menoscabos, esto es, que ni se ha supuesto ni se ha ignorado, ni se ha tergiversado. Porque lo que objeta es. la inferencia lógica, la indebida aplicación u omisión total de las reglas de la sana crítica, o sea, que teniéndose una prueba en el nivel real *y* legal en que aparece, sin embargo lo defectuoso y dañino es la valoración que quiere dársele pretextando fiel apego y respeto a esa sana crítica. Tal y como se ha considerado hasta ahora, de nada valdría que se recomendase la proposición de *error de hecho* por no acomodarse a lo que se alega y visualiza en las dos eventualidades del mismo. Y tampoco será viable el ***error de hecho*** porque la legislación no ha tarifado el mérito de los medios de convicción, ni se ocupa de las pautas que *permiten* hacer que la ***deducción*** o la ***inferencia se*** correspondan con ***la*** experiencia vital. .

"Pero alegar el ***error de hecho*** resulta válido si se mira que todo apartamiento o traición fundamental y ostensible a las reglas de la sana crítica (experiencia, lógica y ciencia) entraña tergiversación o suposición del fundamento lógico de la inferencia, la cual surge de hechos *y* no de normas.

"En cambio, los del error de derecho no son aceptables, porque la norma no define a priori (y no lo podria hacer por la naturaleza de las cosas) cuáles son las reglas de la experiencia, de lógica y de ciencia que hay que observar para obtener conocimiento y certeza, limitándose a mandar que ellas sean tenidas en cuenta para hallar los contenidos materiales de las pruebas.

"Puede ser que ello suponga ampliar el ámbito del error de hecho; pero con todo y eso, es preferible ejercer dicha opción a dejar en el vacío y por fuera de contradicción y control aquellos eventos en que se privilegia de manera absurda el contenido formal del medio de convicción o se equivoca la inferencia, *por* encima *y* a pesar del sentido común y de la justicia" 54

[54] Sentencia de febrero 13 de 1995. Mag. Pon. Dr. Carlos E. Mejía Escobar.

19. LA PRUEBA INDICIARIA Y EL RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIA CIVIL

El artículo 250 del C. de P.C. regla:

> **"Apreciación de los indicios.** El juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso".

Cuando la violación de la ley sustancial se hace con rodeo, es decir a través de los **medios probatorios,** la violación será indirecta y ya centrados en la prueba indiciaria; los errores pueden ser de hecho o de derecho.

Ejemplo (muy elemental y escueto, pero que sirve para ubicar el fenómeno): Se depreca la declaratoria de **simulación** y no se aplica el art. 1766 del C.C. por considerar que no hay prueba de la simulación; se pueden invocar errores de hecho o de derecho, porque sí existe prueba y, en el evento que nos ocupa, prueba indiciaria. Igualmente puede suceder que se declare la simulación, en el ejemplo propuesto, afirmando que hay prueba, cuando realmente no la hay (o eso pretende demostrar el recurrente), hay error de hecho, por aplicación indebida del artículo 1766 del C.C.

Ejemplo (también muy simple y escueto):

Están probados, en un proceso de simulación (con otros medios probatorios), los siguientes indicios:

A) Relación entre los contratantes: el afecto de K hacia J.

B) Precio exiguo: La prueba pericial establece que los bienes valían $7.000.000 y se dijo venderlos por $3.000.000.

C) La inejecución del contrato, siguió mandando en el inmueble K.

D) La no justificación de la enajenación a título oneroso: Está acreditado que K tenía ochenta años, y para proveerse sus mínimos gastos podía seguir utilizando la anticresis, que le proveía lo que necesitara, sin vender.

E) La inmodcabilidad del patrimonio activo del enajenarte: Es natural que el contrato bilateral produzca la mutación del patrimonio de ambos contratantes. En la compraventa, del uno sale el bien y del otro el dinero; una y otra cosa destinado al patrimonio del contratante en el que no se encontraba. En este caso se empobreció el patrimonio de K, sin que le haya ingresado ningún dinero.

F) Manera singular como se trata de justificar el pago del precio: Generalmente los simulantes optan por justificar el pago del precio, con el socorrido expediente del pago anticipado. Aquí se dice lo mismo.

G) La ancianidad y enfermedad del enajenante: En razón de su edad, K trata de disponer de sus bienes, como el hecho de haberlos ofrecido en donación.

H)Antecedentes *personales del enajenante:* Establecido que K malquería a esposa e hija, en ella se ve el motivo nítido del por qué K prefirió la ficción.

1) *Enajenación en bloque de todos los bienes:* K dijo vender los dos bienes que poseía.

F) *La conducta procesal de los demandados.*

Obsérvese: Si no se ve la prueba que acredita el hecho indicio, por ejemplo . la confesión, donde se narra **la "manera singular corno se trata de justificar el pago del precio",** se comete error de hecho, lo mismo si sucede lo contrario: (cuando se supone la prueba).

Es importante tener en cuenta lo que dice la Corte, frente a los indicios que a título de pincelada se han dejado enunciados (esa jurisprudencia y ejemplo sirve para cualquier caso donde se quiera enjuiciar la prueba indiciaria, sea porque se pretermitió, existiendo, o porque se supuso), en efecto:

> "En su momento se vio el grado de probabilidad y la acentuada causalidad que vincula el hecho establecido con aquél que se trata de inferir; de ahí su gravedad. La precisión, en que el análisis global no deja en el ánimo de la Corte ningún género de duda. Y, en fin, la concordancia estriba en que amalgamando unos . con otros, todos a una apuntan a darle firmeza a la convicción, como que' mutuamente fortalecen la conjetura que cada uno aporta individualmente considerado; amén de observarse que en ningún momento se neutralizan o excluyen; ciertamente, las deducciones que vienen de sentarse revelan, así por su número corno por su calidad, un encadenamiento que a más de palmario constituye un juicio dialéctico irrebatible. De modo, pues, que aplicadas aquí la severidad *y* estrictez que debe guiar al juez para establecer si un negocio es simulado, desaparece el temor a la equivocidad que siempre se ve errar en tan delicada materia"[55].

[55] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. 11 de junio de 1991. Mag. Pon; Dr. Rafael Romero Sierra. *Jurisprudencia y Doctrina.* Tomo XX, No. 236, agosto de 1991, pág. 651.

No se debe olvidar que el recurrente no solo debe hacer un análisis individual de los indicios, sino en forma fundamental del conjunto'.

20. LA PRESUNCIÓN DE RACIONALIDAD HUMANA Y LA PRUEBA INDICIARIA

Dícese: "Porque es apenas obvio que todo indicio —dice la Corte— presuponiendo una labor intelectiva de enlace entre el hecho conocido y el por conocer, enlace que se robustecerá cuando al primero de tales hechos le siga la más de las veces el investigado, y que se debilitará lógicamente en el caso contrario, tiene siempre en su punto de partida un juicio **meramente hipotético,** que bien podría expresarse con esta proposición, que no por simple resulta inocua: *si tal cosa aparece probada, acaso esta otra* (sentencia de 11 de julio de 1990)"[57].

El hombre se presume racional. El hombre cuando se examina a sí mismo, cuando hace introspección considera que todo lo que hace es racional. El

[56] Aprovechando la sentencia citada, podemos hacer algunos ejercicios.

"Decir, verbi gratia, que el afecto del finado K a G, 'sirve también para explicar lo reducido del precio de los bienes'; o que la soledad de K puede tomarse 'como un motivo por el cual el señor K necesitaba enajenar sus bienes y disponer de dinero para sus necesidades en la senectud'.

"Veamos:

"Relación de afecto entre los contratantes. Es uno de los indicios que hace probable que se haya simulado.

"El precio exiguo, es otro de los indicios que hace probable que se haya simulado.

"Pero hacer lo que hace el tribunal de decir: 'Es que precisamente el afecto explica por qué el precio es exiguo, es una ideación' son aseveraciones incontestables por cuanto contienen predicamentos meramente hipotetizados; es decir, obedecen a una mera probabilidad; por lo que mirados individualmente pueden parecer en verdad insignificantes. Pero eso es precisamente todo indicio, excepto el calificado de necesario. El indicio destaca probabilidades. Su fuerza dependerá no sólo de su relación causa a efecto, sino de la comparación que se haga con otros. No es procedimiento conecto en la materia esbozar un análisis aislado para descubrir, en este caso una simulación, campo en donde el juez, poniendo a prueba todo su discernimiento, debe rastrear con exhaustividad cualquier detalle, por mínimo que a priori juzgue, en el entendimiento de que en cualquiera de ellos es posible encontrar el hilo conductor de la investigación. Si de otro modo se pensara, sería caer en la exageración de desdeñar la prueba indiciaria, desde luego que los indicios no son más que signos que sirven de brújula al juzgador".

[57] Sentencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Cit. en sentencia de 11 de junio de 1991. Mag. Pon. Dr. Rafael Romero Sierra. Cit., pág. 651.

yugo de sus acciones es ejercido por la razón. A su vez no corno acto de generosidad, sino de seguridad presume a todos los demás hombres como racionales. Ese, por decirlo en alguna forma, reciproco atributo de racionalidad, nos hace predecibles. **"Para coexistir con una interacción fructífera es necesario que la gente sea predecible, necesitamos ser nosotros mismos inteligibles para otros con vistas a la coordinación de nuestras actividades"".**

Las reglas de la experiencia retenidas por el hombre y manejadas con la razón, permiten el uso de la inferencia, la posibilidad, la probabilidad y por consiguiente la prueba indiciaria.

Si todos somos racionales (presunción) y tenernos experiencia, podernos con seriedad hacer el cálculo de probabilidad, tomando lo que resulta 'normal' dentro del suceso que investigamos.

Obsérvese: Si dos vehículos han colisionado y se encuentran completamente destrozados (está probado) ese destrozo es lo 'normal', es lo que casi siempre ocurre cuando hay exceso de velocidad. **Como tal cosa se encuentra probada** (el destrozo) **acaso hubo exceso de velocidad** (el inferido).

Si la pequeña historia del proceso es la simulación (proceso podemos tener nuestra racionalidad alerta y hacer la siguiente reflexión: Como tal cosa se encuentra probada (el precio vil), **acaso la venta fue simulada.**

Esos 'acasos plurales' sustentados en hechos (probados), nos permiten: capturar en cualquier investigación la certeza objetiva.

21. UNIDAD DEL INDICIO

Dice el art. 285 C de P.P.:

"Unidad de indicios. El hecho indicador es indivisible. Sus elementos constitutivos no pueden tomarse separadamente como indicadores".

Este tema tiene una gran importancia, sobre todo en nuestro país, que de acuerdo con el número de indicios graves, podemos tomar, como ya se dijo, determinadas decisiones. Resulta democrático que no se construyan "pluralidades de indicios" en los escalpelos mentales de los funcionarios, sino que realmente exista esa pluralidad.

[58] RESCHER, NICHOLAS. *La racionalidad.* Ob. cit., pág. 213.

Quien trabaja con los indicios, no debe estar bajo el yugo de la ansiedad y de los prejuicios, porque si ello es así, se equivocará fatalmente. Lo mismo si descendemos específicamente al tema que trabajamos; por ello el funcionario debe dejar que la objetividad lo afecte, para que pueda discernir sin mayor dificultad si está en presencia de varios indicios o por el contrario de varias circunstancias que le dan más fuerza a uno solo.

Si capturamos indicios necesarios, no tenemos necesidad de estar haciendo estos esfuerzos lógicos. Pero como normalmente lo que tenemos son indicios contingentes y que sean verdaderamente útiles los graves (pero son contingentes. Recuérdese: **"si tal cosa aparece probada, acaso ésta otra"),** .se requiere tener muy claro el tema.

Un hecho puede estar demostrado por varios medios probatorios, testimonio, confesión, etc., pero no significa pluralidad de hechos indicadores. **El hecho indicador es indivisible** y por tanto sólo se tendrá un hecho indicador (un solo dedito) que permitirá inferir un hecho desconocido.

Carrara decía: "Aquí debe recordarse también que la **fuerza del indicio** no aumenta a causa de la prueba más espléndida que se dé acerca de él como hecho. Verbigracia, el indicio sacado de la posesión de un arma no aumenta, en su fuerza indiciaria, por la mayor certeza que se tenga de la prueba de esa posesión. Con tal que el hecho esté probado en sí mismo, tendrá siempre un mismo valor, tanto si lo prueban dos testigos como si lo prueban diez y es un sofisma vicioso el que pretende multiplicar los indicios al multiplicar las pruebas de un **solo hecho;** este será siempre uno mismo, y será siempre uno solo, aunque sea probado por un ejército de testigos"59.

Tampoco hay que caer en el error de sostener que de un solo medio probatorio, solo puede surgir un hecho indicador. Pueden surgir varios. *Ejemplo: "...* El testimonio del señor X no sólo revela que el suboficial X pudo ser el autor del homicidio investigado, sino que también es la fuente prístina de establecimiento del indicio material de la presencia antecedente, concomitante y posterior del procesado en relación con el lesionamiento mortal de la víctima, así como del hecho indiciario personal de las manifestaciones ulteriores del delito, según el cual el acusado se cuidó de preguntarle interesadamente, un mes después de los hechos, qué comentarios había

59 CARRARA, FRANCESCO. *Programa de derecho criminal.* Parte general, volumen II, Editorial Temis, Bogotá (Colombia), págs. 454 y 455, número 975.

escuchado en tomo a la muerte de Z, 'que se comentaba del muerto de esa madrugada', fue la expresión utilizada por el requiriente"[60].

Igualmente, un hecho puede estar demostrado en distintos momentos o circunstancias, sin que ello signifique pluralidad de indicios. Esos momentos no se pueden dividir para crear pluralidad de indicios, porque ella no seria real sino ficticia. Ejemplo: El indicio de súbita prosperidad económica aparece demostrado así: A) Unos afirman haber visto á Z gastando un millón de pesos en ropa. B) Hay una escritura pública que acredita que compró un inmueble por $50.000.000. C) Hay otro documento donde consta que hizo una donación cuantiosa. En este caso sólo está demostrado un indicio *y*, tan cierto es lo anterior, que si suprimimos cualquiera de las circunstancias, el indicio se sostiene, si objetivamente miramos los hechos. El gastar un millón de pesos, comprar el inmueble, comprar el carro, hacer la donación, todos apuntan, todos muestran que tiene dinero; pero ninguno de esos hechos tiene autonomía para mostramos algo distinto. Si seguimos con el ejemplo anterior, y en un delito por hurto aparece demostrado lo anterior y hay unos testigos que vieron *a* Z saliendo del lugar donde había cien millones de pesos, con un maletín, este hecho apunta hacia otro lado muy distinto al de la súbita prosperidad y tendríamos indicios.

Ejemplo[61]: En el mes de febrero de 1982, desapareció de la finca del señor P. H. A. C, ubicada en el municipio de Tuta (Boyacá), un novillo de su propiedad. Al ser buscado en la ciudad de Tunja, fue hallado cerca de la plaza de venta de ganado en poder de A. C. quien lo había comprado poco antes a D. M. V., sujeto éste que más tarde fue capturado y puesto a disposición de las autoridades judiciales.

En segunda instancia el señor D. M. Y fue condenado por hurto agravado.

Se recurrió en casación, y al sustentar su alegato se puntualizó que Tribunal fundamentó la condena del procesado en los siguientes cuatro indicios: 1) La posesión del semoviente en manos de D. M. V. 2) El afán con que vendió el animal. 3) El intento de soborno al agente de la policía que lo capturó, y 4) El que ninguna de las personas que citara para que declarasen sobre su conducta, quisiera hacerlo.

[0] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal, 5 de agosto de 1997. Mag. Pon. Dr. Jorge. Aníbal Gómez Gallego, Acta No. 92.

Se pueden conocer, mucho más, en nuestra obra *Indicios y presunciones.* Torno IV, Ediciones Librería del Profesional.

El recurrente, respecto del primer indicio, afirma que es de carácter leve, pues el procesado dio explicaciones que considera satisfactorias sobre la adquisición del animal. En relación con el segundo, advierte que no tiene el carácter de indicio porque se trata de un aspecto del primero, ya que es uno mismo el hecho indicador. En cuanto el tercero, anota que no fue probado el presunto soborno, pues el policía no lo concretó y se limitó a declarar que D. M. V. le propuso 'pasarle algo'. Y en el punto al cuarto indicio, destaca que nada tiene que ver con imputación delictiva. Agrega que los supuestos indicios no están correlacionados entre sí y que solamente queda en pie el primero de ellos, sin fundamento probatorio para construir sobre él una sentencia de condena.

Dice la Corte:

"1. Aspecto fundamental del indicio como prueba —ha dicho esta sala— es el de su unidad al que se refiere nuestro estatuto procesal penal cuando señala 'las circunstancias o momentos referentes a un solo hecho indicador, constituyen un solo indicio'; conforme a este principio de universal aceptación, de un hecho indicador solo puede surgir un indicio; las más frecuentes dificultades que en su desarrollo se presentan, derívanse de la confusión entre el hecho indicador y circunstancias o momentos que lo integran y que en veces se toman como otros hechos indicadores; estos son el factum que con objetiva autonomía hacia la persona con la que se conecta materialmente; aquéllos son datos que lo nutren y conforman, pero que no tienen por sí mismos el poder unívocamente orientador del hecho indicante (Cas. de julio 27 de 1982)".

Continúa la Corte:

"Cuando se habla, pues, de pluralidad de indicios, es necesario examinar si realmente existen varios hechos indicadores simples o circunstancialmente complejos, con entidad propia y unidireccionalmente orientados hacia el mismo hecho punible o hacia el mismo autor; sin embargo esta intrínseca autonomía naturalística de aquéllos no significa aislamiento o insularidad ontológica; al contrario ha de estar acompañada de una lógica concxidad y de una convergencia mutua respecto del mismo hecho indicado.

"2. La posesión lógicamente inexplicada del semoviente en poder del procesado, su presurosa venta y el mismo precio notablemente reducido a la transacción ($25.000 en vez de $38.000 que era su valor comercial) no son, como lo sostiene el recurrente, un solo indicio, sino pluralidad de ellos con autonomía pero convergentes hacia la persona de D. M. V. como autora de la sustracción, pues cada uno tiene vida propia, como que el apoderamiento y posesión del animal no conduce necesariamente a su venta ni ésta lleva a la fijación de un precio notoriamente inferior al real. Constituyen sí anillos de una misma cadena probatoria que se cierra, junto con los que se precisarán en seguida, en torno al procesado.

"3, En efecto, a éstos han de sumarse otros dos bien dicientes a saber: La devolución parcial del precio del novillo que hizo D.M. V a quien se lo vendió cuando fue capturado días después ($19.000 que tenía en ese momento y la promesa de entregarle el resto), actitud que no explicaría en quien tuviese la certeza de la legítima procedencia del animal y el intento de soborno al agente de la policía que lo aprehendió para que no cumpliera la orden de captura que pesaba sobre él, comportamiento éste que permite suponer racionalmente la inocultable pretensión de eludir una investigación penal. Conviene precisar en. relación con este último indicio —para refutar una apreciación del recurrente— que aunque el procesado no le ofreció al agente de la policía G. L. una determinada cantidad de dinero, el empleo de la expresión 'pasarle algo' es bien diciente y no puede ser entendida sino en el sentido de oferta económica; por lo demás nada se opone a otorgarle plena credibilidad al funcionario policial en éste corno en los demás aspectos de su testimonio, claro, enfático y circunstanciado".

No se casó la sentencia".

Comentario.

Podemos resumir nuestro comentario en la siguiente forma:

A) La autonomía de los indicios, como muy bien lo dice la sentencia de la Corte, "no significa aislamiento o insularidad ontológicas"; al contrario, los hechos deben tener conexidad, deben ser concordantes: La posesión inexplicada del semoviente, su presurosa venta, el precio reducido de la transacción, la devolución parcial del precio, el intento de soborno; todos convergen, muestran, indican, nos 'hablan' de que el. autor del hurto agravado fue el señor D. M, V

B) Estudiados los indicios en la forma como se hace en la sentencia, se tiene la seguridad que la certeza (que D. NI, V. cometió el hurto agravado) se edificó sobre la verdad real.

22. LAS HUELLAS MATERIALES: CADA UNA **ES UN INDICIO**

Se plantea el problema de la indivisibilidad del **hecho indicador.**

El reclamo del recurrente: El Tribunal construyó un indicio del **exceso de velocidad,** a partir del estado en que quedaron los cadáveres; y dedujo otro, para dar la idea de pluralidad, del estado en que quedó el automotor. Y residencia

Ejemplo elaborado con base en la sentencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Noviembre 10 de 1983. Mag. Pon. Dr. Alfonso Reyes Echandia.

su reclamo: El falso juicio de identidad consiste en que ambas circunstancias se refieren a un mismo hecho indicador, los **"efectos del siniestro"**, por lo que configuran la unidad de indicios de que da cuenta el art. 301 del Código de Procedimiento Penal y que fue desconocida (hoy art. 285).

Dice la Corte:

"Cuando se está ante los denominados indicios de las huellas materiales del delito debe considerarse que cada vestigio, es decir, cada uno de los efectos producidos por el hecho que se averigua, constituye un hecho indicador de la inferencia. Por tanto no contraría la regla de la **indivisibilidad la multiplicidad de huellas sobre diversos objetos** (las personas y el automotor) como sí la infringiría, en cambio, dividir como indicios separados cada **una de las huellas dejadas en el** mismo objeto. Bien señala Ellero que bajo ciertos aspectos, los indicios, son efectos de los cuales pueden inferirse las causas, y por ello 'el conjunto de los efectos. Considerado entonces como uno, **determina la unidad de** la causa o **bien la** especialidad del indicio' (Pietro Ellero. *Tratado de la prueba en materia criminal,* pág. 106). Sólo que no es la cantidad lo que les otorga su fuerza probatoria, sino su mayor o menor capacidad de señalar como causa probable el hecho inferido porque es de su clase y su relación con el hecho de donde surge su capacidad para producir certeza. Eso, precisamente, es lo que explica la regla del art. 303 del Código de Procedimiento Penal para que sean apreciados en conjunto, y que corresponda a una máxima lógica incorporada a la legislación.

"Los variados y graves daños causados en el automotor al chocar contra el talud permiten inferir la fuerza con que venía impulsado y esto encuentra explicación en la velocidad inapropiada del campero. Los destrozos causados por el automotor en los cuerpos de las víctimas, también revelan dicha velocidad. Pero la unidad de causa a que apuntan no constituye unidad de indicio, ya que se trata de efectos distintos causados por la velocidad sobre objetos distintos"".

23. CONTRAINDICIOS

Es aquel hecho que desvirtúa el hecho base y por consiguiente la inferencia que con sustento en él se pudiera hacer.

Pero lo que realmente se debe llamar contraindicio, es la desvirtuación de un hecho exculpatorio expuesto por el imputado. Por ejemplo: La falsa coartada, la explicación de una fuente para obtener dinero lícitamente, que resulta desvirtuada. Si bien el imputado puede guardar silencio, si aduce en

[63] Sentencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Junio 29 de 1999. Mag. Pon. Dr. Carlos E. Mejía Escobar. Tomada de Editora Jurídica de Colombia, primer semestre de 1999, pág. 665.

su defensa un dato nuevo y tal dato es falso, ese es un indicio, que se puede llamar contraindicio, porque se construyó en parte con base en los hechos exculpatorios expuestos por el sindicado. Debe por consiguiente sufrir las consecuencias de que se demuestre la falsedad de sus alegaciones exculpatorias (son hechos).

Dentro de los contraindicios, veamos la coartada.

Coartada (de coartar). Argumento de inculpabilidad de un reo por hallarse en el momento del crimen en otro lugar.

Si X dice que se encontraba el día *y* la hora de un hurto en la ciudad de B. Puede suceder que no pueda probar la coartada, porque las personas que declaren no recuerdan si fue ese día. Pero si la coartada resultara desvirtuada, estamos frente, no cabe duda, a un indicio de culpabilidad; ya que no resulta normal que una persona que no ha cometido un delito cree una falsa coartada. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ha dicho:

> "En primer lugar la falsa coartada que pretendió urdir el condenado cuando quiso hacer creer que para la fecha de los hechos, se encontraba en la ciudad de B y que fue infirmada con el testimonio de sus propios familiares.
>
> "Si se estudia esta prueba en relación con el conjunto del material probatorio, dedúcese la importancia de este indicio, ya que una persona que es totalmente ajena a la comisión de un ilícito, no tiene motivo alguno para mentir y afirmar en contra de la verdad, que precisamente para el día de la ocurrencia del delito que se le atribuye, se encontraba en un lugar distinto de aquél en que ese hecho se realizó"[64].

24. CLASIFICACIÓN DE LOS INDICIOS

No se puede negar que hay una tendencia a realizar clasificaciones de los indicios. Esto corresponde a la influencia de la lógica formal. A los intérpretes. les debe quedar claro que las clasificaciones son arbitrarias. Que cada caso debe regularse por el universo que suministra. Hay que escrutar juiciosamente el expediente, para capturar un hecho que demostrado tenga la propiedad de mostrarnos por enfoque mental el que nos interesa para la investigación. Las clasificaciones 'acartonan' la racionalidad y le impiden utilizar la imaginación. Esta última bajo el rigor de la racionalidad. En esas clasificaciones se hace 'magro' el hecho. Se le quitan las circunstancias y por ello conducen a que los funcionarios se equivoquen.

[64] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia de abril 13 de 1984, Mag. Pon. Dr. Luis Enrique Aldana Rozo.

El funcionario judicial, debe, sin prejuicios, tomando los hechos en bruto, hacer acopio del sentido común, de las máximas de la experiencia, de lo que es de común ocurrencia, aplicando todo esto a los hechos que le antecedieron, como a los concomitantes y posteriores al suceso invocado.

No importa el nombre que le dé al indicio, lo importante es que lo sea.

Sin embargo, como dice la Corte, 'con la suficiente alerta'. Exhortando a los estudiosos que no se dejan disecar y momificar el razonamiento por esas clasificaciones. Sin embargo, no resulta del todo inútil o inoportuno el esfuerzo que han hecho la doctrina y la jurisprudencia para guiar u orientar la tarea investigativa.

No se puede rechazar, de plano y con desprecio, todo ese trabajo, porque muchas veces resulta útil, para hacer que la racionalidad del intérprete aprenda a captar, pero eso sí teniendo en cuenta lo dicho.

Puede resultar útil, por ejemplo, para la investigación del delito de estafa realizado a través de cheques, por parte de la secretaria de un banco. K es: A) La secretaria del gerente de un Banco; B) Tenía la tarea de confirmar telefónicamente cheques de apreciable valor; C) Tenía conocimiento de los teléfonos de los cuentacorrentistas afectados; D) La disponibilidad que tenía sobre los sellos utilizados para concretar tales confirmaciones; E) La efectiva manipulación de ellos.

Además K consignó en el reverso de los cheques su confirmación (confirmación mentirosa).

La clasificación de los indicios (el hecho indicador), en **anteriores, concomitantes** y **subsiguientes,** resulta útil, porque sin esos conocimientos teóricos no se podría decir: "aquí hay un hecho anterior al delito (nutrido por varias circunstancias) que es la **oportunidad para delinquir".** Y caer en la cuenta, que el estampado en el reverso de los cheques es un hecho concomitante con la ejecución del ilícito, son huellas materiales del mismo, lo que permite individualizarlo, identificarlo y poder argumentar que se trata de otro indicio distinto al de la oportunidad para delinquir.

Colocaré algunos ejemplos de indicios.

24.1. EL INDICIO DE OPORTUNIDAD PARA DELINQUIR

El indicio de oportunidad para delinquir surge de ciertos hechos que colocan a determinada persona en condiciones que le faciliten cometer el

delito. Dice Piero Ellero: "De la oportunidad para delinquir. Entiéndase por ésta la condición especial en que el acusado se encontraba, ya por sus cualidades personales, ya por sus relaciones con las cosas, y merced a la cual resulta para él más o menos fácil la perpetración del delito".

Dice la Corte:

"En el procedimiento cumplido para defraudar **la** C. A. se refleja la necesidad de conocimientos (apunta a una persona con ellos) *y* poder de disposición en la tramitación de operaciones de cuenta corriente, de tal manera que inexorablemente se infiere la participación de algún empleado (cualidades personales) de la institución en dicha defraudación. La **oportunidad física para delinquir,** de tal manera, se sitúa en el secretario K, quien, entre otras funciones, se ocupaba de revisar la integridad de los documentos para la apertura de cuentas; supervisar el normal desenvolvimiento contable de la entidad; examinar la correcta elaboración de las cartas de remesa, firmarlas y procurar su rápido despacho; exigir las conformidades de las remesas; supervigilar **el** libro de correos; organizar, dirigir *y* controlar a los demás empleados de **la** oficina. Se agrega (cualidades personales) también la experiencia de más de doce años que tenía el acusado en estos menesteres".

Obsérvese el siguiente caso (por sus condiciones personales):

"K (es un suboficial experto **en** investigaciones criminales) es sindicado de dar muerte a un taxista, con el fin de despojarlo de un automotor, y se le enrostra ese conocimiento (cualidades personales). Una ponderada preparación hecho, propia de quien obtiene una especializada capacitación en esa clase de pesquisas, funcionalmente adjudicadas a ese organismo del Estado, o adquirida por la experiencia en la persecución de esas conductas, capacidad que se manifiesta al cuidar hasta el mínimo detalle, **como es el caso de precaver** que, desaparecido el conductor, no quedaría en el taxi vestigio sobre el atentado, y por supuesto, tampoco de los proyectiles, que a través de un cotejo permitieron la posterior identificación del arma"[65].

Y no es la presencia física siempre de la persona en el lugar de los hechos. como algunos piensan, sino a veces por 'sus relaciones con las cosas'. Veamos el siguiente caso: "K es hallado responsable, a titulo de **determinador, del delito de hurto calificado y agravado".**

La pequeña historia del proceso (el universo): Se trata de entregar inmueble por orden de la jurisdicción civil. El inmueble estaba en poder de

Ver Sentencia de abril 17 de 1997. Mag. Pon. Dr. Aníbal Gómez Gallego. Ediciones. Doctrina y Ley Ltda., primer semestre de 1997, José María Forero Bautista, pág. 257.

Ver Sentencia de julio 31 de 1996. Mag. Pon. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.

K. Cuando se hizo la entrega definitiva, el inmueble estaba literalmente desmantelado (los sanitarios y lavamanos fueron sustraídos y otros bienes). **El indicio de oportunidad para delinquir** fue sustentado así: A) El edificio siempre estuvo en poder del procesado y sus empleados quienes tuvieron libre acceso a él. B) Cuando el sindicado trasteó los objetos que tenía en el inmueble, éste quedó en poder de X, empleado de aquél. C) El celador X pasó la noche anterior a la entrega cuidando el edificio, y en el momento de la diligencia, cumpliendo órdenes de su jefe (K), lo cerró y se abstuvo de entregar las llaves, razón por la cual hubo que utilizar cerrajero para que el funcionario pudiera entregar el inmueble.

K se encontraba en circunstancias (aunque no estaba presente) especiales que le facilitaban planear y dar las órdenes e instrucciones precisas para que los autores materiales la ejecutaran.

En este indicio incluimos como ya lo explicamos, el llamado de **capacidad física e intelectual.**

Este indicio, ateniéndonos al universo del proceso, puede ser grave.

En nuestra obra ***"La prueba indiciaria"***, hay una mayor información.

24.2. EL INDICIO DEL MÓVIL PARA DELINQUIR

El universo creado por el acontecimiento que debemos investigar, nos debe mostrar el móvil (lo que desplazó la voluntad de la persona para realizar el hecho). Algunos de esos hechos, no necesariamente realizados bajo el yugo de la razón, sino muchas veces por emociones, como los dos grandes gigantes del alma: **El odio y el amor.** El mal sacro: **los celos, motivos económicos, etc.**

Se puede decir que la experiencia nos informa que el hombre siempre hace algo por algún motivo (sin tomar la palabra en el sentido de la racionalidad) en el amplio sentido del vocablo.

Ejemplo: El caso narrado en el número anterior, de conformidad con el cual K fue condenado **a título de determinador por el delito de hurto calificado y agravado.**

El indicio del **móvil para delinquir** se logró con las siguientes fuentes: A) K se opuso a toda costa a la entrega del inmueble. B) K siempre exteriorizó su disgusto por no haber sido admitido como parte en el proceso civil, porque no se le reconocieron las mejoras que dice le introdujo al edificio, porque a pesar de haber hecho abonos según dijo, a la deuda, y haber recibido la promesa

de que no rematarían el bien, este acto se cumplió sin darle razón del dinero abonado; y también porque la parte no le aceptó otra alternativa de arreglo, cuando para la época le habían ofrecido una muy importante cantidad de dinero por el inmueble".

F es condenada por homicidio agravado, le causó la muerte a P.E. (mujer también), la cual fue golpeada y rociada con gasolina y prendido fuego.

Pequeña historia del proceso (universo del proceso): F mantenía relaciones amatorias con K. Este le anunció que regresaría con su antigua .. amante P.E.

> "Los administradores de justicia consideraron integral y acertadamente otros medios de comprobación con el indicio del móvil para delinquir, que se fortaleció en circunstancias muy coincidentes por el anuncio que hizo K, de regresar con su antigua novia, precisamente P. E, que así se confirmaba como la rival acérrima de F, dándole a ésta la torcida razón para quitarla del medio".

K (agente secreto), es acusado de haber dado muerte a un taxista, para apoderarse del vehículo que conducía, con el fin de apoderarse de unas piezas para reparar un carro oficial que tenia en su poder y había deteriorado. Los superiores le exigieron perentoriamente entregar en buen estado el vehículo.

Si efectivamente el agente se apoderó de las piezas del vehículo que necesitaba para arreglar el oficial, tan "solo en él recaía el interés por realizarlo, pues no se olvida que si el móvil para matar al conductor era el de despojarlo del rodante para tornar las piezas requeridas en la reparación del carro asignado al escolta, tal situación no aparecía predicable de ninguna persona distinta de C, quien admitió inclusive el apoderamiento de las piezas"[69].

Ver Sentencia de mayo 8 de 1997, Mag. Pon, Dr. Aníbal. Gómez Gallego.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal. Marzo 17 de 1999. Mag. Pon. Dr. Nilson E. Pinilla Pinilla. Editora Jurídica de Colombia, primer semestre de 1999, pág. 631.

Ver Sentencia de julio 31 de 1996, Mag. Pon. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.. Publicada por Editora Jurídica de Colombia, *Jurisprudencia penal,* segundo semestre, 1996, pág. 44.

Capítulo VII

LAS PRESUNCIONES

1. CONCEPTO

La presunción es un juicio lógico del legislador o del juez, que consiste en tener como cierto o probable un hecho, partiendo de hechos debidamente probados.

2. CLASIFICACIÓN DE LAS PRESUNCIONES

2,1. CON RELACIÓN A SU FUENTE

a. Las creadas por el legislador. Que pueden ser **iuris et de iure** (de derecho y por derecho), e **iuris tantum** (tan solo de derecho).

b. Presunciones de hombre, juez **(praesumptio hominis)**.

2,2. TENIENDO EN CUENTA SI PRODUCEN CERTEZA O SOLO PROBABILIDAD

1. Las presunciones **iuris et de jure** producen una certeza definitiva, y como consecuencia no admiten prueba en contrario; son presunciones indestructibles, definidas por el legislador en los siguientes términos:

> "Art. 66 (inciso final). Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisible la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias".

En materia civil, el ejemplo clásico hasta la expedición de la C-004/98 fue el artículo 92 del C.C. que establecía:

> "Art. 92. De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente: Se presume (de derecho) que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento".

Mediante la sentencia antes mencionada, la Corte Constitucional declaró inexequible la parte "de derecho", con lo cual la presunción allí consagrada

pasó de ser una presunción iuris et **de hure** a ser una presunción **iuris tantum,** esto es, susceptible de desvirtuarse.

En materia mercantil, el articulo 324 del C. de Co. consagró expresamente una presunción **iuris et de jure:**

"Art. 324. La razón social de las comanditarias se formará con el nombre completo o el solo apellido de uno o más socios colectivos y se agregará la expresión 'y compañía' o la abreviatura '& Cía.', seguida en todo de la indicación abreviada 'S. en C.', o de las palabras 'Sociedad Comanditaria por Acciones' o su abreviatura 'S.C.A.', si es por acciones, so pena de que para todos los efectos legales se presuma de derecho que la sociedad es colectiva.

El socio comanditario o la persona extraña a la sociedad que tolere la inclusión de su nombre en la razón social, responderá como socio colectivo".

Esta presunción se sustenta en que las sociedades en comandita tienen su distintivo en las expresiones mencionadas, y si estas se omiten, las personas que celebren negocios con ella pueden pensar que se trata de una sociedad colectiva, cuyos socios responden también con su haber particular, siendo ésta una garantía para aquellos que contratan, puesto que es más seguro tener, además del respaldo de la sociedad, el personal del socio.

3. LA INFERENCIA INDUCTIVA

3.1. NOCIÓN

Eh de Gortari' sostiene:

"El conocimiento adquirido por la experimentación es, en parte, la descripción de lo que se ha observado y, en parte, es aquello que se infiere de la experiencia pasada para predecir la experiencia futura. Este último aspecto de la adquisición del conocimiento es lo que constituye la inducción".

Tina experimentación repetida, permite generalizaciones, de tal manera que utilizando la expresión del autor citado se puede decir: "La inducción es la operación lógica que se utiliza para generalizar la experiencia". La experiencia repetida de que quien posee es normalmente el propietario, permitió generalizarla hasta llegar al párrafo 2° del articulo 762 del C.C.: "El poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo", Si bien lo anterior es cierto, debe quedar claro que la generalización se logra a través de la inducción, y que

DE GORTARI, ELÍ. *Introducción a la lógica dialéctica.* Ed. Grijalbo, México, 1979,. pág. 246.

una vez establecida, para juzgar un caso concreto se utiliza la deducción. Habrá que establecer plenamente, remitiéndonos al caso examinado, si una persona es poseedora, para deducir que se tiene como propietaria.

3.2. PRINCIPIOS DE LA INDUCCIÓN

Los fundamentos de la inducción, de acuerdo con lo dicho y según lo enseñado por el maestro De Gortari, son:

3.2.1. **Principio de la deducibilidad**

Los procesos existentes en el universo son susceptibles de deducción a partir de cada una de sus manifestaciones. Y esta deducibilidad del universo es una condición indispensable para poder establecer inferencias inductivas.

3.2.2. Principio de eliminación

Según el cual la posibilidad de que una inferencia se cumpla queda expresada por la diferencia entre certeza —o sea, la unidad— y la probabilidad de que los resultados observados se produzcan si esa inferencia es falsa[1]. Ejemplo de Laplace, citado por Elí de Gortari[2]: Si entre los tipos desordenados de un taller de imprenta se encuentra formada la palabra Constantinopla, se infiere que fue un hombre quien dispuso intencionalmente tal ordenación; pero esto no excluye enteramente la posibilidad de que se hubiese formado al azar, solo que esta última posibilidad (probabilidad) es muy remota.

3.2.3. Principio de generalización

En virtud del cual la experiencia se generaliza.

Los fundamentos de la inducción nos permiten afirmar que entre ésta y la deducción hay una síntesis dialéctica y que la eliminación permite ir pensando en una conclusión determinada, eliminando otras posibilidades, que hacen que por ello se pueda generalizar.

La creación de la norma del párrafo 2° del artículo 762 del C.C. es una síntesis entre inducción y deducción, como ya lo dijimos. La eliminación, la logramos cuando sostenemos que normalmente quien posee es propietario, y esto nos permite generalizar "el poseedor es dueño".

[1] DE GORTARI, ELÍ. *Introducción...* Pág. 248.

[2] DE GORTARI, ELÍ. *Introducción...* Ibídem.

3.3, DOMINIO DE LA CERTEZA O DE LO PROBLEMÁTICO

Partiendo de la base de que toda inferencia inductiva se mantiene en el dominio de lo problemático, el legislador saca algunas de éste y las coloca el de la certeza definitiva (**iuris et de iure**) o provisional (**iuris tantum**), El legislador da certeza a las inferencias que él realiza; las que hace el juez quedan en el dominio de la probabilidad (lo problemático).

El articulo 66 del C.C. regula esta materia:

"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,

"Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.

"Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisible la prueba contraria, supuestos los antecedentes y circunstancias".

3.4. PLENA PRUEBA DE LOS ANTECEDENTES O CIRCUNSTANCIAS

Como se dijo en el concepto de presunción, se debe partir de hechos-base que deben estar debidamente probados. El artículo 176 del C. de P.C. recalca esta circunstancia cuando dice:

"Las presunciones establecidas por la ley serán procedentes, siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados.

"El hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice",

3.5. QUIÉN HACE EL PROCESO INDUCTIVO EN LAS PRESUNCIONES

a. En las presunciones legales (**iuris et de iure** o en las **kifis tantum**), el legislador tuvo en cuenta los resultados de la inducción y generalizó, de tal manera que el juez debe prescindir de este proceso ya que está implícito en la norma.

b. En las presunciones judiciales, el juez debe hacer el proceso de inducción, en la especie de reconstrucción'.

DE GORTARI, EL]. *Introducción...* Pág. 250: "Las inferencias inductivas pueden ser de trece tipos: 1) Por enumeración completa; 2) Por obligación; 3) Por reconstrucción;

Al respecto sostiene Elí De Gortari[5]:

"La inferencia por reconstrucción es la que establece una relación ya desaparecida, con base en los documentos, registros, testimonios, *y* otros indicios que subsistan, que son considerados como pruebas de la existencia de un hecho o, por lo menos, como huellas que hacen probable su existencia pasada. De esta manera, las consecuencias son los indicios que sirven como punto de partida, en tanto que lo inducido es el hecho reconstituido. En las inferencias que se establecen para reconstruir, se presentan muchas posibilidades de cometer equivocaciones y, por supuesto, con un solo error que se cometa puede quedar inválida la cadena entera de razonamientos. Además, aunque los testimonios conservados sean numerosos, generalmente no son completos y, por tanto, es necesario suplir los datos que faltan por medio de conclusiones inferidas por analogía. La reconstrucción inductiva se utiliza principalmente en la historia, la arqueología, la geología, la paleontología, la cosmología, la jurisprudencia y las averiguaciones judiciales; y por ende, los elementos en que se basa una inducción por reconstrucción son de lo más variado. En todo caso, dichos elementos tienen que ser sometidos previamente a una crítica rigurosa, para determinar su origen, su autenticidad, su admisibilidad, su veracidad, su exactitud, su valor testimonial y su significado objetivo. Y solo después de haber sufrido ese examen, es que la interpretación lógica de esos elementos puede servir como fundamento para establecer las inferencias reconstructivas que permiten explicar y comprende los hechos pasados".

3.6, ACTIVIDAD DEL JUEZ EN LAS PRESUNCIONES JUDICIALES

a. Actividad volitiva. El juez debe querer tener como fijado el hecho presumido[6].

b. La presunción es el resultado de la actividad de pensar. Los hechos son estáticos; el juez, al pensar y razonar sobre éstos, les da movimiento y deduce,

---

4) Por amplificación; 5) Por concordancia: 6) Por diferencia; 7) Por concordancia y diferencia; 8) Por residuo; 9) Por variaciones concomitantes; 10) Por muestreo; 11) Por estadística; 12) Por inducción matemática; y 13) Por recursión".

5 DE GORTARI, ELÍ. *Introducción...* Pág. 251.

6 DE LA OLIVA, ANDRÉS y FERNÁNDEZ, MIGUEL ÁNGEL. *Lecciones de derecho procesal.* T. II, *Objeto, actos y recursos del proceso civil,* PPU (Promociones, Publicaciones Universitarias), Barcelona, 1984, pág. 301.

c. En el pensar y razonar, el juez induce y deduce, sobre todo de las reglas generales de la experiencia.

d. Emplea la lógica dialéctica para reflexionar, imaginar y deducir.

4. LAS PRESUNCIONES NO SON MEDIO DE PRUEBA

Si se piensa un poco en la presunción del párrafo 2° del artículo 762 del C.C., se llegará a la conclusión de que las presunciones no son medios de prueba, ya que una de las funciones que cumplen es eximir de prueba. El poseedor es reputado dueño, es decir, que sin demostrar que es dueño, tiene esa calidad, para poder ser comparada, si es el caso, con las de otras personas que dicen tenerla. La posesión se puede demostrar con indicios que produzcan plena convicción, pero éstos son la presunción, serán la base para hacer la inferencia lógica (que es lo que constituye la presunción). En síntesis, las presunciones no son medio de prueba, en ninguna de sus especies.

Capítulo VIII

EL JURAMEN TO

EL JURAMENTO COMO MEDIO DE PRUEBA

En Colombia, como medio de prueba existen dos clases de juramento: El deferido por la ley, que sirve para suplir una prueba que por renuencia de una de las partes no pudo ser practicada, y el estimatorio, cuando a una parte se le permite que estime en una suma de dinero la prestación, o en general, los perjuicios a que tiene derecho.

El artículo 211 del C. de P.C. preceptúa:

"El juramento de una parte cuando la ley la autoriza para estimar en dinero el derecho demandado, hará prueba de dicho valor mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto que lo admita o en el especial que la ley señale; el juez de oficio podrá ordenar la regulación cuando considere que la estimación es notoriamente injusta o sospeche fraude o colusión.

"Si la cantidad estimada excediere del doble de la que resulte en la regulación, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte, a título de multa, una suma equivalente al diez por ciento de la diferencia".

Ejemplos de juramento estimatorio se encuentran en el Código de Procedimiento Civil, para el proceso ejecutivo, en los artículos 493 a 496 y 499 a 501.

En el C. de P.P., el artículo 278 consagra este medio de prueba al reglar:

"Juramento estimatoria Para determinar la competencia en las conductas punibles contra el patrimonio económico, la cuantía y el monto de la indemnización, podrá ser la que fije el perjudicado bajo la gravedad del juramento, siempre y cuando no sea impugnada durante la investigación por cualquiera de los sujetos procesales, caso en el cual el funcionario decretará la prueba pericial para establecerla".

El juramento previsto en la legislación procesal penal es un juramento estimatorio de gran utilidad, pues es útil para determinar no sólo competencia y cuantía en los procesos que se adelanten por delitos contra el patrimonio

económico, sino también para establecer el monto de la indemnización; este último será el que tendrá en cuenta el juez al dictar sentencia, de acuerdo con lo probado, siempre que no haya sido impugnado durante la "investigación" por cualquiera de los sujetos procesales, caso en el cual el monto de la indemnización se establecerá por medio de un perito.

Capítulo IX

ASPECTOS PROBATORIOS DE LA LEY 906 DE 2004

1. LA PRUEBA DE OFICIO EN MATERIA PENAL

Debemos, necesariamente reflexionar sobre el artículo 361 de la Ley 906 de 2004 que dice: "En ningún caso el juez podrá decretar pruebas de oficio".

1.1. CUANDO EL JUEZ PENAL DECRETA PRUEBAS DE OFICIO NO COMPROMETE SU IMPARCIALIDAD

Debo partir, para hacer la anterior afirmación de un logro realmente brillante de Vergé Grau que dice: "De ahí que la principal crítica que se hace al proceso inquisitivo es la de haber comprometido la imparcialidad del juez. Como decíamos más arriba, a partir de los años cuarenta, Schimidt y Vogt constatan que el proceso inquisitivo también puede iniciarse por acusación de un tercero, y que lo importante para distinguirlo del acusatorio es ***la forma en que el juez actúa,*** pues en el inquisitivo lo característico es la investigación que se efectúa por orden judicial para conocer la verdad del hecho, cuyo resultado se convierte en la base fáctica de la sentencia. En este sentido Tomás y Valiente, recogiendo esas mismas ideas, afirma que la falta de imparcialidad del juez es la primera nota distintiva del proceso inquisitivo, por ser "casi siempre el indagador de los hechos y el encargado de suministrar pruebas, sobre cuyo contenido deberá juzgar después él mismo'.

GRAU, VERGÉ. *La defensa del imputado y el principio acusatorio.* L.M. Bosch Editor, S.A. 1994, pág. 23.

Y, además, agrega: "Es por ello que ya los clásicos decían que en el proceso acusatorio "los jueces no deben hacer nada distinto que pronunciarse sobre la verdad o falsedad de la acusación, pues este proceso se caracteriza por la pasividad del juez al recoger las pruebas, sean de cargo o de descargo "que lo más hermoso de la instrucción penal de los antiguos era que el acto de interrogar a las partes y a los testigos dependiera de las partes mismas o de sus abogados, pero no de los jueces pues, corno dice Carnelutti, si el juez se encuentra frente al imputado termina por tener que luchar con él o "al menos, por

Pero en un proceso inclusive, con marcada tendencia acusatoria, el hecho de que el juez decrete pruebas de oficio no compromete su imparcialidad. Reténgase bien: el juez compromete su imparcialidad, cuando tiene que hacer hipótesis para buscar la prueba, porque tiene que indagar e investigar y al hacerlo se compromete psíquicamente con lo que logra y ese imperio psíquico, por decirlo en alguna forma opaca la racionalidad y le hace perder al juez su imparcialidad, porque arrastrará prejuicios y preconceptos. Pero si en la etapa del juicio, donde el juez es prácticamente un espectador, se presentan vacíos cognoscitivos y para poder decidir con sustento en la verdad, hay pruebas que se muestran objetivamente como

---

comprometer su imparcialidad. Esta es la razón por la cual la función punitiva sé desdobla en la distinción de la acusación respecto del juicio. Tal desdoblamiento es una garantía imprescindible de la imparcialidad del juez; y la imparcialidad del juez es una garantía imprescindible de la justicia del juicio. Desde los primeros estudios sobre el proceso —prosigue-- he notado el contraste entre las exigencias de la investigación y las exigencias de la valoración, afirmando la necesidad de exonerar al juez, en cuanto sea posible, del cometido de buscar. Precisamente FAIRÉN, que también atribuye al proceso inquisitivo el principal defecto de confundir la función de juzgar con la de investigar, reproduce unas palabras del maestro italiano, que con el máximo interés dice: la investigación es un trabajo psíquico y a menudo físico, que puede alterar el juicio en el sentido de que el investigador puede ser arrastrado a una supervaloración de los resultados de la investigación, delineándose en él un interés por el éxito de aquélla; pero tal disposición de ánimo, si bien favorece la investigación, perjudica a la valoración; también juzga el acusador después de haber investigado; indaga el juez también antes de valorar los indicios; las investigaciones, los interrogatorios practicados incluso por él mismo —pero sin embargo prevalece en la actividad de uno el momento de la investigación, y en la del otro, el momento de la valoración"—, Ciertamente —dice STEIN— el juez se halla en la imposibilidad psicológica de "enjuiciar imparcialmente su propia testificación... juzgar el valor o la carencia de valor de la propia percepción.

El fin del procedimiento penal —dice GOLDSCHMIDT— es la averiguación de la verdad, pero para ello hay dos caminos distintos; el que el juez proceda de oficio a investigar y recoger el material a fin de adquirir el conocimiento de los hechos (inquisitivo), o bien que se limite al fallo (acusatorio), dejando a las partes aquella labor. Y, añade "esta configuración del proceso (...) parte del enfoque de que el mejor medio para averiguar la verdad y verificar la justicia es dejar la invocación del juez y la recogida del material procesal a aquellos que persiguen intereses opuestos y sostienen opiniones divergentes; pero descargando de esta tarea al que ha de fallar el asunto **garantizando de este modo su imparcialidad.**

También SERRA llegaba a la misma conclusión: el proceso inquisitivo puro, decía, "no es un proceso jurisdiccional sino un simple proceso administrativo. Por ello la creación del ministerio fiscal sirve para "poder adoptar la forma normal del proceso jurisdiccional —el contradictorio— en el proceso penal y poder paliar en lo posible la parcialidad teórica del órgano jurisdiccional.

expeditas y que el juez no las buscó de propósito, y que devienen en útiles y necesarias para lograr construir la sentencia con sustento en la verdad las debe decretar y no por ello compromete su imparcialidad.

1.2. EL GARANTISMO EN MATERIA PENAL Y LAS PRUEBAS DE OFICIO

Ferrajoli, en su modelo garantista y concretamente con sustento en el axioma A9, **Nulla accusatio sine probatione** (principió de la carga de la prueba o de verificación)[2] y: sobre todo cuando se refiere: "La separación de juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás. Esta separación, requerida por nuestro axioma A8 **nullum iudicium sine accusatione** (principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación), es la base de las garantías orgánicas estipuladas en nuestro modelo teórico S.G. Comporta no sólo la diferenciación entre los sujetos que desarrollan funciones de enjuiciamiento y los que tienen atribuidas las de postulación —**con la consiguiente calidad de espectadores pasivos y desinteresados reservada a los primeros como consecuencia de la prohibición** *ne procedat* ***iudex ex officio***—, sino también, y sobre todo, el papel de ***parte*** —en posición de paridad con la defensa— asignado al órgano de la acusación, con la consiguiente falta de poder alguno sobre la persona del imputado. La garantía de la separación, así entendida, representa por una parte, una condición esencial de la imparcialidad (terziéta) del juez respecto a las partes de la causa; que, como se verá, es la primera de las garantías orgánicas que definen la figura del juez; por otra, un presupuesto de la ***caiga de la imputación y de la prueba,*** que pesan sobre la acusación que son las primeras garantías procesales del juicio"[3].

Con el fin de tomar una posición responsable, sobre una de las teorías en materia penal, más influyentes de la última mitad del siglo XX, y que ha llegado a rebasar los límites del derecho penal, se hace necesario que nos ubiquemos en el apartado 41 en el número 3 de la extraordinaria obra Derecho y Razón . Y nos permitimos hacer unas pinceladas de lo dicho por al autor para poder tomar una posición. En efecto:

FERRAJOLI, LUIGI. ***Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.*** Edit. Trotta, Madrid 1995, pág. 93.

[3] FERRAJOLI, L. Obra cit., pág. 567. No. 39.3.

FERRAJOL1. Obra cit., pág. 610, aparte 41.3. titulado: ***"La carga acusatoria de la prueba. Fuentes y medios de prueba".***

i) Con relación a la verdad, no es la monologante, además absoluta o sustancial, perseguida por el proceso inquisitivo; sino por el contrario la perseguida por el proceso acusatorio es concebida como relativa o formal, y no es monologante, ya que se adquiere corno en cualquier investigación empírica, a través del "procedimiento de ensayo o error".

ii) En el proceso inquisitivo, la actividad probatoria se le confía al juez, quien es al mismo tiempo acusador; en cambio en el proceso acusatorio dice el autor textualmente lo siguiente: "la principal garantía de **su obtención se confía a la máxima exposición de las** hipótesis acusatorias a la **refutación de** la defensa, es decir, **-al** libre desarrollo del conflicto entre las dos **partes del** proceso, **portadoras de puntos de vista** contrastantes, **precisamente** porque **son titulares de intereses** opuestos". (Las negrillas son nuestras).

iii) El conflicto del proceso acusatorio, obliga que el primer movimiento sea dado por la acusación, ya que el justiciable está asistido por la presunción de inocencia, y, por consiguiente, **la** prueba en contrario la debe suministrar quien la niega y quien ha formulado la acusación,

iv) Por la rígida separación de papeles de los actores del proceso, impide que esa carga pueda ser asumida por otros sujetos y dice textualmente: **"ni tampoco por el juez, que tiene** la función de juzgar libremente **la fiabilidad de las verificaciones o refutaciones expuestas".** Afirmado que lo mismo sucede con el acusador a quien le están vedadas las funciones de enjuiciamiento. Y esto según el autor lo diferencia del proceso mixto "donde el ministerio público forma las pruebas y decide sobre la libertad personal del imputado y el juez instructor tiene, a su vez, poderes de iniciativa en materia probatoria y desarrolla de hecho las investigaciones con ayuda de la acusación".

Conclusión: Ferrajoli, con relación a su diseño ha dicho: "Se trata de **un** modelo limite, sólo tendencia! y nunca perfectamente satisfacible" . Si ello es cierto, se puede afirmar que puede tener el juez poderes para decretar pruebas de oficio, sin que se deje de pertenecer al modelo concebido por Ferrajoli y mucho menos que por ello el proceso no sea acusatorio, sino inquisitivo. Se podrían enunciar algunas razones para confirmar nuestra aseveración:

i) El dominio de la prueba (por decirlo en alguna forma) corresponde a las partes: acusación y defensa.

Obra cit., pág. 94.

ii) El juez no ha participado en la indagación, ni en la investigación, luego no tiene ni ha tenido compromisos de tipo psíquico con la búsqueda de las pruebas.

iii) La necesidad de decretar pruebas de oficio surge de las audiencias que tienen que ver con la postulación de lo ya averiguado por otros funcionarios y en los cuales no ha participado el juez.

iv) El juez aquí se muestra imparcial, que es de lo que de él se demanda: No tiene intereses particulares en el proceso y, además, no está contaminado por la búsqueda de la prueba. No participó en la instrucción. No hay un ser humano que tenga su racionalidad en blanco frente a un acontecimiento y mucho menos un juez, siempre tendrá una hipótesis y esto no le hace perder su imparcialidad, porque sin ella todo lo que pensaría sería caótico y la racionalidad no podría operar.

v) Pero si las argumentaciones anteriores, no son suficientes, es bueno recordar que en la concepción garantista el mayor saber (el mayor cognoscitivismo), le quita área al decisionismo y la providencia tendrá mayor legitimidad. Luego si la prueba de oficio arroja luz, habrá crecido el conocimiento y la decisión tendrá mayor legitimidad. Y si el reproche es por el decreto oficio de pruebas por parte del juez, éste desaparece si se permite que las partes ejerzan su derecho de contradicción.

vi) No permitir que en determinados casos el juez decrete pruebas de oficio, como lo hemos afirmado anteriormente, es obligar al juez que decida sin el conocimiento necesario que hubiera podido lograr con el decreto aludido, sobre todo si se tiene en cuenta que de acuerdo con el garantismo, el método que se sigue para evaluar las pruebas es rigurosamente inductivo y pensando siempre en la motivación, luego es muy difícil que el juez pueda realizar rigurosamente este itinerario si tiene vacíos cognoscitivos que no pudo llenar por un texto legal que le prohibe el decreto de pruebas o por no romper el modelo ideal diseñado por el garantismo"[6].

[6] IBÁÑEZ, PERFECTO ANDRÉS. ***Garantismo: Una teoría crítica de la jurisdicción.*** Editorial Trotta, 2005, pág. 69. Dice: "Pero la prueba no pertenece al mundo del psiquismo, en que las cosas ocurren, sino que, en la perspectiva del juez, es un proceso de adquisición de conocimiento, que éste debe pilotar de forma consciente, es decir, con criterio racional y para hacerlo discurrir en todo su iter por los cauces de lo justificable, es decir de todo lo que es susceptible de motivación.

En este planteamiento, que, obviamente, no es jurídico, pero sí el único que permite acceder a una verdad de calidad sobre un hecho que se presenta como incierto, los

13. SISTEMAS PENALES QUE SIN DEJAR DE SER ACUSATORIOS, CONSAGRAN LA POSIBILIDAD DE DECRETAR PRUEBAS DE OFICIO

El código orgánico procesal penal de Venezuela en su artículo 359 dice: **"Nuevas pruebas.** Excepcionalmente, el Tribunal podrá ordenar, de oficio o a petición de parte, la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen hechos o circunstancias nuevos, que requieran su esclarecimiento. El tribunal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes.

Puerto Rico (reglas de Evidencia). 43(D) "El juez podrá, a iniciativa propia o a petición de parte llamar testigo a declarar, permitiendo a todas las partes contrainterrogar al testigo así llamado. También podrá el juez, en cualquier caso, interrogar a un testigo ya sea éste llamado a declarar por él o por la parte". La regla federal 614 dispone lo mismo'. En efecto la regla 614(a)

---

enunciados fácticos deben ser asumidos por el juez en calidad de hipótesis, para operar con ellos en consecuencia. Esto es, tratando de evaluar racionalmente su eficacia explicativa a la vista de lo que resulte de las distintas aportaciones probatorias. De manera que los sucesivos pasos del discurso sobre la prueba, a los largo del proceso decisional, sean conscientemente asumidos como otros tantos estadios o momentos de un conocimiento en curso de evolución.

Sobre esta base, el deber de motivación en materia de hechos se concreta en la justificación de una inducción, que sí vierte al exterior como actividad de realización ex post, es decir, a partir de la adopción de la decisión, está dotada al mismo tiempo de una intensa virtualidad prescriptiva, de método, que ha de operar ex ante, cubriendo todo el tratamiento del material probatorio y el proceso decisional.

' OBESA, ERNESTO. *Tratado de Derecho Probatorio. Reglas de Evidencia de Puerto Rico y Federales.* Publicaciones JTS. En Pueblo vs. Pabón el Tribunal Supremo de Puerto Rico, abordó el tema del rol del juez en los juicios criminales en Puerto Rico. El apelante impugnó su convicción alegando que el juez, en juicio sin jurado, actuó "como juez fiscal", haciendo un número de preguntas proporcionalmente mayor a las formuladas por el fiscal, tratando de probar hechos no probados por el fiscal. El Tribunal Supremo, aunque rechazó el planteamiento, aprovechó el recurso apelativo para expresarse en torno a las diferencias entre el juicio acusatorio adversativo *y el* juicio inquisitorial. "La función del juez en los dos sistemas es en principio distinta. En el juicio acusatorio, el juez es básicamente un árbitro o moderador; en el inquisitorial, el juez juega un papel activo en la búsqueda de la verdad". Pero a renglón seguido se aclara que "tanto en Puerto Rico como en los Estados Unidos la jurisprudencia le ha ido asignando al juez un papel crecientemente más activo". - Se advierte el desarrollo de la jurisprudencia de Puerto Rico y Federal en esta zona, con efecto de que "se ha hecho ya decididamente más borrosa la antigua línea divisoria entre el juicio acusatorio y el inquisitorial de hace siglos. Aquí el Tribunal Supremo señala que por

expresamente permite al Tribunal llamar a declarar a un testigo y la jurisprudencia lo aprueba. Se justifica esta facultad para fomentar la búsqueda de la verdad y como mecanismo para que pueda ser llamado un testigo que ninguna parte quiere llamar, aunque por razones estratégicas. De ordinario se va a sostener en apelación la discreción del Tribunal en esta zona, aunque cabe el error por mal juicio o abuso de discreción'.

L4. OPINIÓN PERSONAL CON RELACIÓN A COLOMBIA

La Constitución colombiana, es promulgada para asegurar entre otros valores la justicia, y el conocimiento (el Preámbulo). De tal manera que ese marco hace muy difícil sostener que el juez no puede decretar pruebas de oficio (cuando se necesita para conocer la verdad) para poder administrar la justicia. No es justa una sentencia cuando no se sustenta en la verdad de los hechos. Uno de los principios rectores con respaldo en la Constitución Nacional es el consagrado en el artículo 5 de la Ley 906 de 2004, titulado imparcialidad. En ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia".

La noción de principio la tomamos con el siguiente significado: "Fundamento, razón fundamental sobre la cual se procede discurriendo en cualquier materia", de tal manera que la imparcialidad es un fundamento para interpretar el código. La imparcialidad se logra si se establece con objetividad la verdad y la justicia. Luego es fácil entender que en determinados casos el juez podrá decretar pruebas de oficio para cumplir con este principio que en el mejor de los sentidos contamina toda interpretación.

---

razón de nuestra tradición jurídica básica, existe todavía mayor razón para reexaminar la función del juez en las causas criminales". Se concluye así:

"El concepto de juicio acusatorio, en su versión primitiva, parece hallar especial apoyo en la creencia que la justicia se produce mágicamente del combate entre dos adversarios, presidido por un juez cuya función esencial es ver tan sólo que se cumplan las reglas del juego. Rechazarnos dicha visión de la función del juez.

El juez no es el simple "árbitro de un torneo medieval entre la defensa y el Ministerio Público o el retraído moderador de un debate. El juez es participe y actor principal en el esclarecimiento de la verdad y en la determinación de lo que es justo. El juez puede y debe ser en casos vistos con o sin jurado, aunque con mayor libertad en los segundos, participante activo en la búsqueda de la justicia, siempre que no vulnere la imparcialidad que su alto oficio reclama...". Págs. 350 y ss.

CHIESA. Ob cit., pág. 351.

El artículo 361 de la Ley 906 de 2004, resulta "sitiado" por la Constitución como ya lo dijimos y, además, por el principio indicado, y si bien el legislador puede dentro de su competencia consagrar esa disposición como regla general, para que no se desvirtúe la tendencia acusatoria, en determinados casos podrá. el juez decretar pruebas de oficio.

Haciendo la afirmación que esa probabilidad de decretar pruebas de oficio es excepcional. Si resulta cierto afirmar que obligar al juez a reprimir, lo que él cree que es verdad, no es una solución que se ajusta a la constitucionalidad y a la legalidad y mucho menos a la racionalidad. El gran pensador colombiano, Estanislao Zuleta escribe: "bacan dice que la verdad no es lo mismo que la realidad, porque la realidad es algo a lo que uno puede adaptarse, mientras que uno no se puede adaptar a la verdad. La verdad transforma nuestro pensamiento o es reprimida, pero a una verdad nueva no se le puede abrir campito en medio del conjunto de convicciones y dejarla allí, en un rinconcito porque la verdad es contaminadora. Por todas partes empieza a echar retoños, a tocar otras cosas. que se creían verdad y que no resultan compatibles. A la verdad no se adapta una persona: se deja transformar por ella o la reprime"[9]. No parece que reprimir la verdad sea el trabajo de los jueces (pero siempre teniendo en cuenta que esa facultad de decretar pruebas de oficio debe ser excepcional).

1.5. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SOBRE LAS PRUEBAS DE OFICIO

Dice la Corte Suprema de Justicia de Colombia: "4.4. Descartado como está en la Carta Política, y por vía jurisprudencial, tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional, que el juez cumpla un papel de mero árbitro en el sistema acusatorio regido por la Ley 906 de 2004, la prohibición de que el juez decrete pruebas de oficio podría tener eventuales excepciones; para ello es imprescindible que el juez argumente razonablemente frente a cada caso concreto que de aplicarse literalmente la restricción contenida en el artículo 361, se producirían efectos incompatibles con la Carta y, por ende, inaceptables.

Por lo tanto, es factible que por razones de índole constitucional, excepcionalmente el juez decida inaplicar la prohibición del artículo 361 de la Ley 906 de 2004, para en su lugar aplicar la Constitución Política como

[9] ZULETA ESTANISLAO. *Arte y Filosofía.* Editores: Fundación Estanislao Zuleta. Medellín - Colombia, 2004, pág. 48.

norma preponderante que es, con el fin de garantizar precisamente el cumplimiento de alguno de los fines constitucionales del proceso penal...

Más adelante la Corte dice: "Es así que, en términos generales, el juez penal está en la obligación de acatar el artículo 361 de la Ley 906 de 2004, en cuanto prohibe decretar pruebas de oficio, pues se trata de un mandato legal que tiene razón de ser en el sistema acusatorio implementado en Colombia.

"Sin embargo, cuando por motivos de índole constitucional el juez arribe a la convicción de que es imprescindible decretar una prueba de oficio, antes de hacerlo debe expresar con argumentos cimentados las razones por las cuales en el caso concreto la aplicación del artículo 361 produciría efectos inconstitucionales, riesgos ante el cual, aplicará preferiblemente la Carta, por ser la "norma de normas", como lo estipula el artículo 4 constitucional.

Solo después de un ejercicio de esa naturaleza el juez, excepcionalmente puede decretar una prueba de oficio. Este modo de discernir tiende a garantizar la realización práctica de los cometidos constitucionales en las situaciones específicas, y no conspira contra la vigencia general de la prohibición contenida en el artículo 361 de la Ley 906 de 2004"[10].

2. EL PRINCIPIO DE LA INMEDIACIÓN — SENTENCIA C-591/2005

El artículo 16 regla:

"Inmediación. En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas. Sin embargo, en circunstancias excepcionalmente previstas en este código, podrá tenerse como prueba la producida o incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el juez de control de garantías".

El artículo 379 dice:

"Inmediación. El juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia. La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional".

De lo anteriormente transcrito se concluye lo siguiente:

1. El medio probatorio, es decir, lo que el juez puede tornar como prueba se forma, o se puede estimar corno tal, porque se ha producido o presentado en la audiencia del juicio oral.

[10] Corte Suprema de Justicia. M.P. EDGAR LOMABANA TRUJILLO. Sentencia de marzo 30/2006.

2. El juez que presencia la producción de la prueba, por ejemplo observa' cuando el testigo produce el testimonio y por ello puede tener en cuenta lo que dice el artículo 404 del C. de P.P.; para la prueba pericial lo que dice el artículo 420; para la prueba documental lo que dice el artículo 432 del C. de P.P.; para la prueba de referencia lo que dice el artículo 441 del C. de P.P., etc.
3. No son pruebas sino las practicadas y controvertidas en presencia' del juez. Si el juez no estuvo presente, no se habrá producido el medio probatorio. Lo que se pretende es que el juez coloque su' percepción bajo el "yugo de la atención".

La importancia de la atención en la forma que **la** concebimos, es convencernos' que el pensamiento debe estar en acto, por cuanto que si lo concebimos como simple registro, consideramos el pensamiento en una actitud pasiva, es decir, como una situación. Si concebimos la percepción (el pensamiento) como acto, es. decir en actitud dinámica, trabajando y captando todo lo que los medios probatorios —medios de conocimiento— aportan, estaremos seguros que la memoria, trabajando bajo la guía de la imaginación le permitirá al juez sedimentar lo que ha retenido ir haciendo armonizaciones y críticas a medida que se produce uno y otro medio' probatorio, de una u otra parte, de tal manera que la valoración será un acto, madurado, sopesado, hecho con tiempo y no repentino.

Así pues, cuando se hace en la forma señalada, la valoración, la crítica dé la prueba será un resultado que se logra con mayor facilidad y con mayores posibilidades de acierto, distinto a si la valoración la hiciera un juez que no estuvo presente físicamente, o que a pesar de estarlo no tuvo su percepción como ya se dijo, bajo el yugo de la atención. La valoración debe ser un fruto madurado a lo largo de la producción de la prueba. El juez hace anticipaciones de valoración que retiene en su memoria con cada medio de prueba, y la va relacionando con los que se vayan practicando y así sucesivamente hasta lograr la totalidad y la valoración surge sin realizar proezas o actos heroicos. He aquí la verdadera importancia de la inmediación.

Como excepción a la práctica de la prueba en la audiencia oral, como ya se dijo, se consagró la prueba anticipada (arts. 274 y 284 de la Ley 906 de 2004).

2.1. LA INMEDIACIÓN Y LAS ENTREVISTAS O EXPOSICIONES

Debe retenerse el artículo 379 del C. de P.P. que dice: **"Inmediación.** El:: juez deberá tener en cuenta corno pruebas únicamente las que hayan sido

practicadas y controvertidas en su presencia. La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional.

Y el artículo 347 del C. de P.P. que dice: **"Procedimiento para exposiciones.** Cualquiera de las partes podrá aducir al proceso exposiciones, es decir declaraciones juradas de cualquiera de los testigos llamados a juicio, a efectos de impugnar su credibilidad.

La Fiscalía General de la Nación podrá tomar exposiciones de los potenciales testigos que hubiere entrevistado la policía judicial, con el mismo valor anotado en el inciso anterior, si a juicio del fiscal que adelanta la investigación resultare conveniente para la preparación del juicio oral.

Las afirmaciones hechas en las exposiciones, para hacerse valer en el juicio como impugnación, deben ser leídas durante el contrainterrogatorio. **No obstante, la información contenida en ellas no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al contrainterrogatorio de las partes".**

[11] Dice Perfecto Andrés Ibáñez, refiriéndose a la inmediación y con relación al terna que nos ocupa lo siguiente: "Así las cosas, la inmediación, rectamente entendida, debe incidir en la producción de la prueba, es decir, en el examen original de las distintas fuentes de ésta; de ahí que, en rigor, su vigencia impida al juzgador recibir o hacerse eco de la información obtenida por otros sujetos y en otros momentos anteriores al juicio propiamente dicho. Este imperativo, de una lógica irreprochable, se ha traducido en la prohibición legal de introducir en ese acto materiales de la instrucción.
Ahora bien, tal prescripción ha sido universalmente desoída en la práctica jurisdiccional, al extremo de que la verdadera historia del juicio oral durante más de 150 años es, en gran parte, la de su sistemática derogación. En efecto, el contenido de diligencias de la instrucción llevado al juicio mediante lectura, suele recibir en la jurisprudencia el tratamiento de material susceptible de rehabilitación como prueba, que se dice efectivamente obtenido en forma contradictoria, sólo porque las partes hayan podido pronunciarse sobre él. Por tanto, mediante una ficción insostenible, que consiste en pasar por alto el dato de la imposibilidad objetiva de confrontación de las partes y el juez con/sobre las fuentes de producción de los datos. Semejante expediente, reservado por la ley para las situaciones realmente excepcionales —por razón de imposibilidad material sobrevenida de traslado de aquéllas al juicio—, ha sido administrado con extraordinaria generosidad, hasta el punto de llegar a proyectarse incluso sobre el atestado policial, por el trámite de la ritual ratificación en la vista. Buen ejemplo de las pseudotestificables per relationem, consistentes en una monosilábica confirmación, de que habla Cordero. O de "farsa de la "confirmación" de la declaración de la declaración ya producida, que muchísimas veces es la confirmación de la confirmación hecha en la base de instrucción, de las declaraciones realizadas en comisaría", a que muy plásticamente se refiere Massa.... *Teoría práctica de la jurisdicción. Sobre el valor de la inmediación.* (Una aproximación crítica).

Interpretando entonces el artículo 347 del C. de P.P., hay que entender que esas entrevistas, solo pueden ser utilizadas para fines de impugnación, es decir para desacreditar la credibilidad del testigo. Ejemplo: el testigo dijo antes de la audiencia en una entrevista recogida en un documento por la Fiscalía, que el día 8 de octubre a las diez de la mañana se encontraba en un centro comercial y presenció determinado hecho. Y ahora en la audiencia dice que ese día y a la hora indicada, se encontraba durmiendo en su casa. La declaración anterior sirve para desacreditar la credibilidad del testigo, para que el juez valore su testimonio teniendo en cuenta ese motivo, pero no se puede tener como prueba sustantiva para tener por acreditado que se encontraba en el centro comercial. Si la utilizamos como prueba sustantiva, iríamos contra el texto legal, pero mucho más grave contra la estructura como fue concebido el interrogatorio al testigo, en la Ley 906 de 200412.

Qué es lo que impide tenerla, como prueba sustantiva:

i) Que es prueba de referencia no admisible para tenerla como tal.

ii) Que en varias disposiciones del código, hay manifestaciones muy claras que indican el objetivo para el cual, pueden ser utilizadas. No solo el artículo en comentario, sino, además, en los artículos 393, 403, etc.

iii) Que es bien claro, que el centro de la actividad probatoria es la audiencia reglada en los artículos 366 a 453 del C. de P.P. y que la prueba no es un monólogo ante cualquier funcionario, sino muy por el contrario es un debate dialéctico entre contendientes de tal manera que de ahí surja el conocimiento que necesita el juez para valorar la prueba y a ello es

[12] En Puerto Rico, sí puede ser utilizada como prueba sustantiva. En efecto **la regla 63** dice: "Declaraciones anteriores del testigo: Es admisible corno excepción a la regla de prueba de referencia una declaración anterior de un testigo que está presente en el juicio o vista y sujeto a ser contrainterrogado en cuanto a la declaración anterior, siempre que dicha declaración fuere admisible de ser hecha por el declarante como testigo".

Valga ya señalar que bajo la regla 63 de evidencia de Puerto Rico: "Distinto a la situación bajo la regla federal 801, se admite con gran liberalidad la declaración anterior de un testigo corno prueba sustantiva. De ahí que la distinción entre prueba de impugnación *y* prueba sustantiva sea mucho más importante bajo las reglas federales. Sin embargo, aunque la declaración anterior del testigo, incompatible con su testimonio en corte, sea prueba de referencia admisible corno evidencia sustantiva, la parte que la ofrece puede insistir en usarla también para fines de impugnación en la medida en que sirva para poner en entredicho la credibilidad general del testigo y todo su testimonio". CHIESA, Ernesto. *Tratado de Derecho Probatorio.* Tomo 1, pág. 423.

a lo que se refiere el artículo 347 cuando dice: **por no haber sido practicada con sujeción al contrainterrogatorio de las partes.** Cuando se toma la entrevista prácticamente como prueba sustantiva, se torna un monólogo petrificado que sólo sirve para impugnar y se le hace cumplir fines para la cual no fue consagrada. No hubo contrainterrogatorio o la posibilidad de él dentro de la declaración rendida (inmediatamente), por tanto, no puede utilizarse como prueba sustantiva y ese es el recto entendimiento de la norma que estamos comentando, no en forma aislada, sino corno toda una institución.

2.2. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

liaremos, un resumen de algunos presupuestos sentados por la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, de fecha 9 de noviembre de dos mil seis[13].

i) Refiriéndose a la Ley 906 de 2004, afirma que si bien el legislador ha contemplado múltiples etapas en la averiguación de la verdad (refiriéndose a las regulaciones probatorias), éstas, en toda su dimensión se concentran en el juicio. Toda la actividad anterior tanto de la Fiscalía como de la defensa no tienen el carácter de "pruebas" en sentido estricto. Sólo adquieren el carácter de pruebas cuando son aducidos al juicio.

ii) El juicio es el centro de gravedad en el esquema de la Ley 906 de 2004, mientras que en el esquema anterior, al iniciarse el juicio ya existe un recaudo probatorio importante. En el sistema actual no hay permanencia de la prueba. La "prueba", en sentido estricto, solo se adquiere cuando los elementos de conocimiento son aducidos en el debate público, y con "sujeción a los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción y concentración".

iii) Y con relación a las entrevistas dice:

"Detengámonos, por ser ese el objeto de este desarrollo jurisprudencial, en el alcance de las entrevistas, declaraciones juradas o interrogatorios que las partes puedan recolectar antes del juicio".

"De acuerdo con el artículo 206, la entrevista la realiza la policía judicial cuando considere fundadamente que una persona ha sido víctima o testigo presencial de un delito, o que tiene información útil para la indagación o

[13] Mag. Pon.: Sigifredo Espinosa Pérez.

investigación que se adelanta. La misma debe adelantarse observando las reglas técnicas aconsejadas por la criminalística, empleando los medios idóneos para registrar los resultados del acto investigativo".

"También, de acuerdo con el artículo 271, el imputado a su defensor tiene la facultad de entrevistar a personas con el fin de encontrar información útil para la defensa, quienes al igual que en el anterior podrán recoger y conservar la diligencia por escrito, en grabación magnetófonica, en video o en cualquier otro medio idóneo.

"Por su parte, la **declaración jurada** que en el código también recibe el nombre de exposición (art. 347) se recibe al eventual testigo descubierto en la entrevista o por cualquier otro medio lícito, y podrá ser tomada por el fiscal si considera que resulta conveniente para la preparación del juicio oral; o por el imputado o la defensa, quienes para tal efecto deberán acudir a un alcalde municipal, inspector de policía o notario público (art. 217), acto que igualmente podrá recogerse por escrito, grabación magnetofónica, en video o cualquier otro medio técnico idóneo".

Finalmente, al tenor del artículo 282, el interrogatorio al indiciado puede tornarlo el fiscal o el servidor de policía judicial, según el caso, y se dirige a la persona sobre la cual se tengan motivos fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en la ley, para inferir que es autora o partícipe de la conducta que se investiga. En tales eventos, advierte el precepto en cita, el interrogador no podrá hacerle imputación alguna al indiciado, y le debe dar a conocer que tiene derecho a guardar silencio y que no está obligado a declarar contra sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consaguinidad o civil, o segundo de afinidad, y siempre deberá estar en presencia de un abogado.

Ahora bien, aunque la entrevista, la declaración jurada y el interrogatorio no son pruebas por sí mismas, porque corno ya se vio se practican fuera del juicio, sin embargo, cuando son recogidas y aseguradas por cualquier medio pueden servir en el juicio para dos fines específicos: a) para refrescar la memoria del testigo (artículo 392-d); b) para impugnar la credibilidad del mismo ante la evidencia de contradicciones contenidas en el testimonio (arts. 347, 393-b y 403).

El problema se suscita a la hora de concretar cuáles son los efectos derivados de la utilización de esos elementos probatorios en el juicio, especialmente si los mismos pueden acceder a la valoración judicial, aspecto sobre el cual gira la discusión planteada en la demanda[14].

[14] La Corte dice con relación al Fiscal Delegado y a lo dicho por la Procuraduría con relación a tan útil tema:

Y la Corte continúa y dice:

a) Frente al uso de las declaraciones previas como medio para refrescar la memoria del testigo.

Doctrinariamente se admite el uso de las declaraciones previas en el juicio oral para refrescar la memoria de un testigo que no recuerda con precisión algún punto específico de su declaración al momento de testimoniar en juicio.

Y más adelante dice:

... que ese uso puede deducirse del contenido del artículo 392 d) que dice:

"El juez podrá autorizar al testigo para consultar documentos necesarios que **ayuden a su memoria.** En este caso, durante el interrogatorio, se permitirá a las demás partes el examen de los mismos;..." (el resaltado es de la Corte).

"En tales eventos, no se suscita ningún problema frente a las consecuencias del uso del escrito, pues se supone que el testigo no entra en contradicción con lo que dijo en la declaración previa, sino que no recuerda con precisión algún punto específico de su dicho al momento del juicio. Por lo tanto, si ratifica lo allí informado el juez se limita a valorar su testimonio en el juicio, claro está que sopesando la utilización del documento para refrescar la memoria, pues precisamente dentro de los criterios de apreciación del testimonio, el artículo 404 de la normatividad de que se trata establece que el juez tendrá en cuenta "los procesos de rememoración".

b) Las declaraciones previas como medio para impugnar la credibilidad del testigo.

Esta posibilidad sí aparece contemplada en múltiples preceptos del nuevo Código de Procedimiento Penal colombiano. De manera específica en el artículo 403 se establece la finalidad de la impugnación y se enuncian los aspectos sobre los cuales recaer.

A su vez, al fijar las reglas del contrainterrogatorio, el artículo 393 establece que para tales efectos se puede utilizar: "Cualquier declaración que hubiese hecho el testigo sobre los hechos en entrevista, en declaración jurada durante la investigación o en la propia audiencia del juicio oral".

Finalmente, el artículo 347 reitera que las afirmaciones hechas en las exposiciones o declaraciones juradas "para hacerse valer en el juicio como

---

"El fiscal delegado que intervino en la audiencia de sustentación del recurso, propugna la tesis de que en tales eventos la declaración jurada, accede por anexión al testimonio rendido en el juicio y, por tanto, puede ser objeto de valoración.

Por su parte, la Procuradora Delegada, advierte que en el primer caso, al ratificar el testigo sus anteriores afirmaciones, esa primera versión se incorpora al testimonio realizado en el juicio oral y se constituye como ese elemento que refresca la memoria. Pero cuando el testigo no admite en la audiencia del juicio oral las afirmaciones hechas en la declaración previa, éstas no pueden ser objeto de valoración por el juez, quien entonces debe acudir a otros medios de comprobación para acreditar el hecho que en la audiencia oral no ratificó el testigo.

impugnación, deben ser leídas durante el contrainterrogatorio. No obstante, la información contenida en ellas no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al contrainterrogatorio de las partes".

Es claro para la Sala, como lo fue para el fiscal y la Procuradora Delegada que intervinieron en la audiencia de sustentación del recurso de casación, que a través de este mecanismo no se puede introducir la declaración previa como prueba autónoma e independiente, pues como claramente lo expone la ley, la finalidad de su utilización es aportar al juicio un elemento que permita sopesar la credibilidad de las afirmaciones del testigo en el juicio oral. **Pero lo que no puede admitirse es que el juez tenga que sustraerse por completo al conocimiento que obtiene a través de ese medio legalmente permitido, cuando previamente, con su lectura y contradicción, se han garantizado los principios que rigen las pruebas** ***en*** **el sistema de que se** trata. (Las negrillas son nuestras).

"Es cierto que el citado artículo 347 señala que la información contenida en las exposiciones o declaraciones "no pueden tomarse como una prueba", pero esa prohibición parte del presupuesto de que sobre ellas las partes no hayan ejercido el derecho de contrainterrogar, facultad que al tenor del artículo 393 tiene por finalidad *"refutar,* ***en todo o en parte, lo que el testigo ha contestado",*** como clara expresión del derecho de contradicción".

Por lo tanto, en el caso de que en el juicio oral un testigo modifique o se retracte de anteriores manifestaciones, la parte interesada podrá impugnar su credibilidad, leyendo o haciéndole leer en voz alta el contenido de su inicial declaración. Si el testigo acepta haber rendido esa declaración, se le invitará a que explique la diferencia o contradicción que se observa con lo dicho en el juicio oral. **Veáse cómo el contenido de las declaraciones previas se aportan al debate a través de las preguntas formuladas al testigo y sobre ese** interrogatorio subsiguiente a **la lectura realizada las partes podrán** contrainterrogar, refutando **en todo o en parte lo que el testigo dijo entonces** y explica ahora, **actos con los cuales se satisfacen los principios de inmediación, publicidad y contradicción de la prueba en su integridad.** (Negrillas nuestras).

Si se cumplen tales exigencias, el juez puede valorar con inmediación la rectificación o contradicción producida, teniendo en cuenta los propios datos y razones aducidas por el testigo en el juicio oral. **Se supera de esta forma la interpretación** exegética que se pretende dar al artículo 347 **del Código de Procedimiento Penal, pues lo realmente importante es que las informaciones recogidas en la etapa de** investigación, ya por la Fiscalía o ya por la defensa, accedan al **debate procesal público ante el juez de conocimiento, cumpliendo** así la triple exigencia constitucional de publicidad, inmediación y contradicción de acuerdo con el artículo 250, **numeral 4 de la Carta Política.** (Negrillas nuestras).

No se trata, se reitera, de que la declaración previa entre al juicio como prueba autónoma, sino que el juez pueda valorar en sana crítica todos los elementos

que al final de un adecuado interrogatorio y contrainterrogatorio ejercido por las partes, entran a conformar el testimonio recibido en su presencia. Lo declarado en el juicio oral, con inmediación de las manifestaciones contradictorias anteriores que se incorporan a éste, junto con las explicaciones aducidas al respecto, permitirán al juzgador contrastar la mayor veracidad de unas y otras, en una apreciación conjunta con los restantes elementos de juicio incorporados al debate público.

"Véase cómo desde la perspectiva de la **inmediación,** el juez tiene en su presencia al autor del testimonio. Puede por ello valorar su cambiante posición frente a afirmaciones anteriores y también puede valorar lo manifestado al ejercer la última palabra, optando por la que en su convicción considere más fiable. Desde las exigencias de la publicidad ya se ha expuesto cómo el contenido de las declaraciones previas accede al juicio oral a través del interrogatorio y contrainterrogatorio de las partes. Y frente al derecho de contradicción, queda salvaguardado con el hecho de que se permita a la parte contraria formular al testigo todas las preguntas que desee en relación con los hechos previamente relatados e incorporados al testimonio en el juicio oral a través del procedimiento señalado.

El juez debe tener libertad para valorar todas las posibilidades que se le puedan llevar al conocimiento de un hecho más allá de toda duda razonable, sin tener que desdeñar situaciones conocidas a través de medios procedimentales legales y obligatorios.

Aquí no puede obviarse que en muchos eventos la contradicción del testigo puede llevar a evidenciar la falta de fiabilidad del mismo y esto permitirá al fallador no basarse en su testimonio para fundar la sentencia, pues el testigo que cambia su declaración y se retracta de lo dicho durante la fase previa se está mostrando como voluble y poco creíble, a menos que el fallador encuentre una razón convincente para explicar el cambio producido.

"También habrá casos en que el cambio evidencie un comportamiento doloso del testigo. En tales eventos, el juez se verá precisado a compulsar las copias pertinentes para que se le investigue por el eventual falso testimonio en que pudo incurrir, ya en audiencia del juicio oral o en la declaración jurada rendida previamente.

"En conclusión, las exposiciones previas son simples actos de investigación del delito y sus autores, que no constituyen en sí mismas prueba alguna, pues su finalidad es la de preparar el juicio oral, proporcionando los elementos necesarios a la fiscalía y a la defensa para la dirección de su debate ante el juez de conocimiento, por lo que para que puedan hacerse valer en el juicio como impugnación, además de haberse practicado con las formalidades que el ordenamiento procesal establece, debe observarse el procedimiento explicado.

2.3. CRÍTICA AL PLANTEAMIENTO DE LA CORTE

Hemos hecho una cita, ciertamente muy larga de la jurisprudencia de la Corte, por tratarse de un tema que es de vital importancia, como es el valor de

las entrevistas y su uso. Precisaremos nuestra crítica (a pesar de que ya hicimos algunas con anterioridad) en la siguiente forma:

i) ¿Cuál debe ser la interpretación del art. 347 del C. de P.P.?

Para responder con claridad, transcribimos el inciso 3 del artículo 347 del C. de P.P. que dice:

> "Las afirmaciones hechas en las exposiciones, para hacerse valer en el juicio como impugnación, deben ser leídas durante el contrainterrogatorio, **No obstante, la información contenida en ellas no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al contrainterrogatorio de las partes".**

De la parte de la norma transcrita, resulta claro que lo dicho en las exposiciones o entrevistas sólo pueden ser utilizadas con fines de impugnación. La misma norma afirma que no puede tomarse como prueba y explica el porqué. Por no haberse practicado con sujeción al contrainterrogatorio.

ii) ¿Qué significa la frase por no haberse practicado con sujeción al contrainterrogatorio?

Esa frase significa que el legislador no quiere que se lleve la entrevista al juicio, porque no ha sido formada en contradictorio y no se puede pretender hacerlo con posterioridad - diferido'.

iii) Si el legislador hubiera pensado como lo hace la Corte, no se hubiera redactado la norma en esa forma.

[15] En el trabajo ya citado de Perfecto Andrés Ibáñez., se hace la siguiente cita: "En la interpretación habitual de este precepto (se está refiriendo al artículo 714 de la ley de enjuiciamiento criminal, que dice: Cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme **en** lo sustancial con **la** prestada en el sumario, podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes.

Después de leída, el Presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe) por nuestra jurisprudencia, se reconoce al Tribunal la facultad de optar entre las manifestaciones del testigo o del imputado producidas durante la fase de la investigación *y* las del juicio. Al obrar así se pierde de vista que como ha escrito Ferrua (en casos como los del precepto citado) la declaración sumarial es "un medio que sirve al contradictorio, en cuanto constriñe al examinado a dar cuenta del cambio en la versión de los hechos ... no ha sido formada en contradicción. Por lo que "ninguna acrobacia logrará nunca acreditar como prueba "formada en contradictorio" una declaración recibida unilateralmente... Mientras no actúe la regla del contrainterrogatorio en la formación de la prueba, la puesta de manifiesto de una declaración sumarial vale lo que vale una pregunta, es decir, sirve para estimular una respuesta *y* no se puede pensar en usar como prueba una pregunta.

iv) La Corte optó por un criterio eficientista y por ese camino se desvirtúa el sistema del código.

v) No diríamos, que es un regreso al sistema anterior, sino algo más grave, porque muchas veces se tratara de entrevistas rendidas ante funcionarios que no pertenecen a la especialidad y en un ambiente muy distinto a lo que debe ser el recaudo de una prueba (contradicción) porque prácticamente (sin eufemismos) la Corte así ha considerado la entrevista.

3. DERECHO DE DEFENSA[16]

Debe quedar perfectamente claro que el derecho de defensa que se encuentra consagrado en el artículo 29 de la C.P. merece un tratamiento muy

[16] De lo anterior se puede concluir: ... (Sentencia de la Corte Constitucional C-799/05. Referencia expediente D-5.464).

- La correcta interpretación Constitucional del derecho de defensa implica que este no tiene un límite temporal.

- Si no existiera desde el inicio de la investigación esta proporcionalidad basada en el derecho de defensa, fácilmente la persona puede pasar de investigada, a imputada, a acusada y a condenada; sin haber actuado en equilibrio de fuerzas con quien lo investiga. Razón por la cual, existiría una clara violación al derecho de igualdad y al derecho de defensa.

- En consecuencia, no es de relevancia para el ordenamiento Constitucional el nombre que jurídicamente se le otorgue a una persona al interior de una investigación o de un proceso penal. Lo trascendente acá, es que a dicha persona no se le apliquen excepciones temporales al ejercicio de su derecho de defensa, pues ella en cualquier etapa pre o procesal puede hacer uso del ejercicio constitucional a defenderse.

- Por consiguiente, el ejercicio de dicho derecho de defensa por parte de la persona investigada obtiene constitucionalmente realce. Lo anterior, por cuanto nadie más interesada que la persona sujeta de investigación en demostrar que no debe ser ni siquiera imputada de los delitos que se investigan.

- En conclusión, no permitir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia Una investigación en su contra, tenga ésta el carácter de pre-procesal o procesal, es potenciar los poderes investigativos del Estado -sin razón Constitucional alguna en desmedro del derecho de defensa de la persona investigada.

Por el contrario, corresponde al ordenamiento jurídico reforzar el principio de dignidad humana, de raigambre Constitucional, permitiendo que la persona ejerza general y universalmente su derecho de defensa. Lo anterior, para evitar que la persona en realidad sea ***sujeto*** del proceso penal y no ***objeto*** del mismo.

Finalmente, resta a esta Corte confrontar la disposición acusada con base en los planteamientos Con ionales esbozados

minucioso en un estudio sobre derecho procesal penal, pero por la naturaleza de esta obra, nos vamos a referir a él, con un marco de referencia específico que son las pruebas.

Interpretaciones de la norma demandada.

En este orden de ideas, constata esta Corporación que del enunciado de la norma bajo análisis, es decir *"Defensa. En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal..."* se pueden desprender dos diferentes interpretaciones del texto en estudio:

Una primera, según la cual **exclusivamente** se puede ejercer el derecho de defensa desde el momento en el cual se adquiere la condición de imputado. Es decir, el termino " ... *una vez adquirida..."* denotaría una posición y por consiguiente una interpretación *excluyente* de las restantes condiciones a las cuales se ve sometida una persona antes de la imputación. En consecuencia, y otorgándole una interpretación radical al término "... *una vez adquirida..."* se podría entender que el derecho de defensa únicamente puede ejercerse desde que se *adquiera* la condición de imputado *y* no antes.

Una segunda interpretación, según la cual el término "... *una vez adquirida.."* expresa la adquisición de *una* de las diferentes condiciones en las cuales se puede encontrar una persona en un proceso penal, pero en momento alguno excluye a las restantes. En este orden de ideas, esta interpretación sería *incluyente,* respecto de condiciones anteriores a la imputación, lo que implicaría que el derecho de defensa se pueda ejercer antes de adquirirse la condición de imputado.

Así las cosas, corresponde a esta Corte establecer ¿Si circunstancias anteriores a la condición de imputado, requieren del ejercicio del derecho de defensa?

Para lo anterior, se expondrán algunas hipótesis en las cuales *se activa el derecho de defensa* antes de adquirirse la condición de imputado.

Hipótesis en las que se Activa el Derecho de Defensa antes que se adquiera la Condición de imputado

Primera: Cuando se efectúa un allanamiento por parte de autoridad pública competente, bajo el entendido que se pretende obtener material probatorio y evidencia física por ejemplo, lo razonable a la luz de los postulados Constitucionales es que aquella persona que se vea sometida a dicha carga pública pueda desde ese momento cuestionar la evidencia física que se recauda.

¿Qué pasa si el objeto —arma de fuego— que se pretende hallar no se encuentra en el inmueble allanado sino en la casa vecina? ¿Qué sucede si la existencia de insumos para el procesamiento de estupefacientes era totalmente ajena a la persona allanada? Para poder dar respuesta a estos interrogantes hipotéticos, siempre será necesario el ejercicio del derecho de defensa.

En efecto, si se realiza un allanamiento es porque existe un motivo para hacerlo. La persona en un Estado de derecho debe tener la posibilidad de controvertir desde un primer momento dicho motivo, con base en el derecho de defensa. Así entonces, el solo hecho de la aplicación de una medida cautelar, que no es la detención preventiva, implica la

activación del derecho de defensa; por consiguiente, con mayor énfasis deberá operar ante la propia detención preventiva.

No obstante, esta Corporación hace claridad que una cosa es que la autoridad pública no esté obligada a avisar del momento en el cual va a realizar un allanamiento, en aras de la eficacia de la justicia, y otra distinta es que la persona que esté siendo objeto del allanamiento no pueda defenderse.

Por consiguiente, el derecho de defensa, debe poder ser ejercido no solo desde que se adquiera la condición ale imputado sino igualmente antes de la misma.

Segunda: En el instante mismo de un accidente de tránsito y ante la evidencia de un posible homicidio culposo; la persona sobre la que recae la supuesta responsabilidad debe poder ejercer su derecho de defensa, con el propósito de demostrar que, por ejemplo, su vehículo estaba en otro carril, el croquis no responde a la realidad de los hechos, solicitar testimonios de personas que afirmen su dicho, entre otras. Hechos estos posibles de aclarar con *la activación del derecho de defensa y* no necesariamente ostentando la condición de imputado.

Tercera: Ante los posibles señalamientos públicos, efectuados por la Fiscalía General de la Nación, la Policía Nacional o cualquiera de los intervinientes en el proceso penal, en los cuales se endilga algún tipo de responsabilidad penal, debe poder la persona *activar su derecho de defensa* no necesariamente teniendo la condición de imputado.

En consecuencia, la activación del derecho de defensa es una prioridad esencial para aquella persona que se vea sometida a la vulneración de uno de sus derechos fundamentales. El caso representativo es la vulneración del derecho fundamental a la libertad a través de la captura, la cual inmediatamente *activa el derecho de defensa* de la persona capturada.

La activación del derecho de defensa en un capturado trae consigo un conjunto de derechos y prerrogativas en quien recae dicho acto, precisamente porque se está violentando el derecho a la libertad personal, esencial en un estado de Derecho. Entre este conjunto de derechos encontramos entre otros:

— El derecho a guardar silencio y que éste no se utilice en su contra.

— El derecho a conocer la razón por la cual se realiza la captura. Así mismo, a entender la razón a través de un intérprete si le es imposible hacerlo por los órganos de los sentidos o hacerlo oralmente.

— El derecho a cuestionar la propia privación de la libertad.

— El derecho a ser conducido ante un juez en el término de treinta y seis horas que estipula la Constitución.

— El derecho de no autoincriminación.

— El derecho a ser representado por un abogado de confianza.

— El derecho a comunicarse efectivamente con su abogado.

— El derecho a que se le nombre un abogado de oficio si la persona capturada no cuenta con recursos para costearse uno propio.

— El derecho a disponer de un término razonable para preparar su defensa.

Interpretación Sistemática de la Ley 906 de 2004

Ahora bien, el mismo Código de Procedimiento Penal —Ley 906 de 2004— establece la posibilidad de *activar el derecho de defensa* y varios de los derechos que lo componen, en cabeza de una persona y antes de que esta adquiera la condición de imputado. Al respecto

Cada vez que exista la probabilidad de mantener o recaudar pruebas o en general cualquier información o evidencia que pueden inculpar a una persona, debe existir el derecho a ejercer el derecho de defensa. No permitir activar este derecho, alimenta el riesgo que los elementos materiales probatorios, la evidencia física o la información obtenida se estratifique y si es equivocada hace estragos muy graves sobre la averiguación de la verdad. Si por ejemplo con base en unas evidencias, que se tiene la seguridad que se encontraron en determinado lugar (lo cual es equivocado), se hacen hipótesis y no se permite ejercer el derecho de defensa, ellas tienden a estratificarse y después al inculpado le quedaría, aun con un contradictorio muy bien ejercido en el juicio, dificil desmontar todo ese universo que se ha formado a través de esa equivocación.

Se podría inclusive afirmar, que permitir que se ejerza el derecho de defensa, tempranamente, le sirve al investigador para conocer las objeciones que se hacen a las hipótesis que tiene sobre determinados hechos y si es del caso reorientar sus investigaciones.

La activación del derecho de defensa, es una garantía que presta una gran utilidad encaminada a la averiguación de la verdad.

El artículo 8 de la Ley 906 de 2004, que dice: **Defensa.** En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho

J) Solicitar, conocer y controvertir las pruebas;...

---

se puede observar el artículo 282: "Interrogatorio e indiciado. El fiscal o el servidor de policía judicial, según el caso, que tuviere motivos fundados de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que una persona es autora o partícipe de la conducta que se investiga, **sin** hacerle imputación alguna, le dará **a conocer** que tiene derecho a guardar silencio y que no está obligado a declarar contra sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consaguinidad o civil, o segundo **de afinidad. Si el indiciado no hace uso de sus derechos** y manifiesta su **deseo de declarar, se** podrá interrogar **en presencia de un abogado.**

De esta forma, y efectuando una interpretación sistemática, se evidencia que la misma Ley 906 de 2004 otorga derechos que permiten la activación del derecho de defensa, en cabeza de una persona que aún no siendo imputado se le debe reconocer el derecho a guardar silencio, el derecho a no autoincriminarse, el propio Código señala las causas y la oportunidad para ejercer el derecho de defensa en las distintas etapas del proceso.

Así pues, fuerza **es concluir que la** ***activación del derecho de defensa*** no solo opera desde el momento en el cual se adquiere la condición de imputado, sino que varias hipótesis demuestran que debe poder activarse desde antes de que se adquiera dicha condición. Posición esta reforzada por un análisis sistemático del mismo Código de Procedimiento Penal, que permite el ejercicio del derecho de defensa antes de obtener la condición de imputado".

Como bien lo dice la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia citada al pie de página, el artículo 8 admite dos interpretaciones:

i) Una **Interpretación excluyente:** El derecho de defensa se activa a partir del momento en el cual se adquiere la calidad de imputado.

ii) Una **Interpretación incluyente:** que indica que la expresión: **"una vez adquirida",** a que se refiere el artículo 8, es una de las condiciones que puede adquirir la persona en el proceso, sin que ello excluya que el derecho de defensa se puede ejercer con antelación a que se adquiera dicha calidad.

4. DESCUBRIMIENTO DE LOS ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS Y EVIDENCIA FÍSICA

4,1. DEFINICIÓN

Presupuesto previo: Debe tenerse en cuenta, para elaborar cualquier definición lo que dice el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia: "En el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que le sean favorables al procesado".

Ese descubrimiento, tiene vocación de juicio. Es una manifestación de voluntad que hace la Fiscalía y la defensa del material que utilizarán en el juicio oral. Pero a pesar de ser un acto de voluntad, existe de otra parte la obligación a cargo de la Fiscalía (tiene que ver con el debido proceso y la lealtad, art. 12 de la Ley 906 de 2004) de suministrar los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia que sean favorables al procesado (estos aunque no le hayan sido solicitados).

Luego el descubrimiento implica que si una parte quiere hacer valer en el juicio determinada evidencia o información, debe darla a conocer a la otra. Es lo que conoce con el nombre de igualdad de armas.

4.2. CRITERIOS A TENER EN CUENTA PARA PODER INTERPRETAR LO QUE SE CONOCE, COMO EL "DESCUBRIMIENTO DE LOS ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS Y EVIDENCIA FÍSICA"

1. Que la persona en términos genéricos inculpada, tiene inicialmente a su favor la presunción de inocencia, por consiguiente, la Fiscalía orientará toda su actividad probatoria a desvirtuarla.

2. Que el derecho de defensa se activa inclusive, antes de la imputación, como ya quedó explicado. De tal manera que si de conformidad con lo que preceptúa la letra J del artículo 8 de la Ley 906 de 2004, ello implica, que puede **"Solicitar, conocer y controvertir las pruebas"**, la defensa puede paulatina y razonadamente ir preparando su trabajo para el juicio (téngase en cuenta los artículos 290, 267 y 268 de la Ley 906 de 2004)[17]. La iniciativa probatoria corresponde en forma preponderante a la Fiscalía y la defensa[18].

3. El método que sirve de apoyo para que la igualdad de armas sea una realidad (debe tenerse en cuenta siempre la presunción de inocencia), es dialéctico y que en abstracto se puede sintetizar así: i) La Fiscalía descubre el material de convicción que llevará al juicio, con el propósito de desvirtuar la presunción de inocencia; ii) La defensa igualmente, a solicitud de la Fiscalía hará otro tanto, es decir que entregará copias de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio (art. 344 de la Ley 906 de 2004); iii) Como la Fiscalía descubrirá lo que pretende llevar al juicio, si la defensa está interesada que otro material que la Fiscalía no ha considerado relevante y por ello no lo ha descubierto, lo indicará y la Fiscalía debe descubrirlo; iv) Ese descubrimiento mutuo, permite lo que muy bien recalca la Corte Constitucional: **"el descubrimiento tiene lugar con anterioridad al juicio**

[17] El artículo 290 regla: **Derecho de** defensa. Con la formulación de la imputación la defensa podrá preparar de modo eficaz su actividad procesal, sin que ello implique la solicitud de práctica de pruebas, salvo las excepciones reconocidas en este código.

El artículo 267.- Facultades **de quien no es imputado.** Quien sea informado o advierta que se adelanta investigación en su contra, podrá asesorarse de abogado. Aquél o éste podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios, y hacerlos examinar por peritos a su costa, o solicitar a la policía judicial que lo haga. Tales elementos, el informe sobre ellos y las entrevistas que hayan realizado con el fin de descubrir información útil, podrá utilizarlos en su defensa ante las autoridades judiciales.

Igualmente, podrá solicitar al juez de control de garantías que lo ejerza sobre las actuaciones que considere hayan afectado o afecten sus derechos fundamentales.

Art. 268.- **Facultades del imputado.** El imputado o su defensor, durante la investigación, podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios y evidencia física. Con la solicitud para que sean examinados y la constancia de la Fiscalía de que es imputado o defensor de este, los trasladarán al respectivo laboratorio del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, donde los entregarán bajo recibo.

[18] Artículos 114, 124 y 125 de la Ley 906 de 2004.

para que la defensa recopile las pruebas de descargo y la Fiscalía complemente las pruebas de cargo".

4. La Corte Constitucional, ha razonado el propósito central de la diligencia de descubrimiento así:

> "... manifestación concreta del principio de igualdad de armas, es, entonces, que la defensa conozca el material de convicción que el fiscal hará efectivo en el juicio, cuando se decreten las pruebas por parte del juez del conocimiento, incluyendo las evidencias que la Fiscalía haya recaudado y que favorezcan al acusado.
>
> En complemento de lo anterior y con la intención de que el despliegue del principio de igualdad de armas sea una realidad para la controversia procesal, el legislador ha querido también que la Fiscalía conozca el material de convicción que la defensa ha podido recopilar desde el momento en que se presentó la formulación de la imputación e, incluso, desde el momento en que tuvo conocimiento de la existencia de la indagación preliminar, si así hubiese ocurrido. Por ello, en la diligencia de descubrimiento, el fiscal también puede pedir a la defensa que entregue copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio (CPP, art. 344)".

5. Niego que antes de esta audiencia, se pueda hablar ponderadamente de descubrimiento de la prueba, sin que se pretenda negar la activación del derecho de defensa como lo explicarnos en número anterior. El descubrimiento de la prueba es una institución que tiene una teleología: un fin, que se sepa con anterioridad al juicio qué es lo que cada parte pretende llevar para que se convierta en prueba en el juicio oral, público concentrado. Esto solo puede ocurrir ante el juez de conocimiento.

Ahora, si bien el artículo 250 de la C.P. de Colombia, indica que la "Fiscalía debe suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios o informaciones de que tenga noticia incluidos los que le sean favorables al procesado". Lo cierto es que la Fiscalía descubrirá, lo que pretenda hacer valer en el juicio y siempre los que favorezcan al procesado. (Ya se explicó en forma abstracta).

6. La Fiscalía descubre los materiales, con un sentido de utilidad, los que le sirven para ser llevados al juicio de conformidad con la hipótesis que haya construido del caso. Pero pueden existir otros que no son favorables al procesado y que no pretende utilizar, pero que la defensa considera que si le pueden ser útiles, puede solicitar que se le descubran. (Se explicó en forma abstracta).

Un elemento probatorio, por decirlo en alguna forma, neutro o inútil en la percepción de la Fiscalía, puede ser lo contrario para la defensa y servir como

desencadenante de inferencias probatorias de alto valor defensivo, de ahí porqué la posibilidad reglada en el artículo 344 en los siguientes términos: "Dentro de la audiencia de formulación de acusación se cumplirá lo relacionado con el descubrimiento de la prueba. A este respecto la defensa podrá solicitar al juez de conocimiento que ordene a la Fiscalía, o a quien corresponda, el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento y el juez ordenará, si es pertinente, descubrir, exhibir o entregar copia según se solicite, con un plazo máximo de tres días'.

7. Ese descubrimiento, igualmente se puede predicar de terceros como bien lo entiende la Corte Constitucional cuando dice: "A lo anterior puede sumarse que según se desprende del artículo 344 del Código de Procedimiento Penal, la solicitud de descubrimiento específico de la defensa no está restringida a la Fiscalía, sino que puede solicitarse a otras entidades, públicas y privadas, o incluso, a personas naturales, pues la disposición expresamente sostiene que "la Defensa podrá solicitar al juez de conocimiento que ordene a la Fiscalía, o **a quien corresponda, el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga** conocimiento"[20].

8. El descubrimiento de la prueba, tiene un desarrollo en el tiempo y ocupa etapas del juicio:

i) Empieza con el escrito anexo que debe acompañar la Fiscalía con la acusación (art. 337 de la Ley 906 de 2004), lo cual es obvio, porque el acusado tiene a su favor la presunción de inocencia; ii) Continúa con la audiencia de acusación; iii) Termina generalmente con la audiencia preparatoria.

[1] La Corte en la Sentencia C-1194 de 22 de nov. de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy, en forma muy sencilla explica el fenómeno así: La plena vigencia del deber constitucional integrado al texto de la norma legal permite a la Corte concluir que, presentado escrito de acusación, en la audiencia de acusación, la Fiscalía General de la Nación debe suministrar todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia, incluidos los que le sean favorables al procesado, pero que —adicionalmente— la defensa también podrá pedir el descubrimiento de elementos probatorios específicos y de material probatorio que tenga conocimiento que está en poder de la Fiscalía.

Sin embargo, dice la misma sentencia: "si la defensa lo considera conveniente y provechoso para su estrategia defensiva, el artículo 344 le confiere una herramienta adicional para que, además del material que ya fue genéricamente descubierto, el fiscal descubra otros elementos que estén en su poder y que, por no haber sido considerados relevantes, no fueron descubiertos".

[20] S. de la C.C. No. C-1194 de 22 de nov. de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

9. En concreto las etapas se cumplen en la siguiente forma:

PRIMERO: En la acusación: en el numeral 5 del artículo 337 se lee: "El descubrimiento de las pruebas. Para este efecto se presentará documento anexo que deberá contener:

a) Los hechos que no requieren prueba.
b) La transcripción de las pruebas anticipadas que se quieran aducir al juicio, siempre y cuando su práctica no pueda repetirse en el mismo.
c) El nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en el juicio.
d) Los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, junto con los testigos de acreditación.
e) La indicación de los testigos o peritos de descargo indicando su nombre, dirección y datos personales.
f) Los demás elementos favorables al acusado en poder de la Fiscalía.
g) Las declaraciones o deposiciones.

SEGUNDO: En la audiencia de formulación de acusación y dentro de ella se iniciará (en sentido estricto), el descubrimiento de la prueba, corno ya quedó explicado con anterioridad[21].

TERCERO: En la audiencia preparatoria, se dice en el numeral 3 del artículo 356 de la Ley 906 de 2004, que la Fiscalía y la defensa enuncien la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia del juicio oral y público. Y por su parte el artículo 374 de la Ley 906 de 2004 dice:

> **"Oportunidad de** pruebas. Toda prueba deberá ser solicitada o presentada en la audiencia preparatoria, salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo 357, y se practicará en el momento correspondiente del juicio oral y público".

[21] Dice bien la Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. M.P. Edgar Lombana Trujillo. Sentencia de 30 de marzo de 2006. En cumplimiento de su deber funcional y en acatamiento del principio de lealtad, la Fiscalía debe anunciar desde el escrito de acusación todas las pruebas que pretenda hacer valer en el juicio oral (art. 337, num. 5); además la Fiscalía tiene la obligación de descubrir todas las pruebas en la audiencia de formulación de acusación (art. 344); y debe anunciar nuevamente la totalidad de las pruebas en la audiencia preparatoria (art. 356, num. 3).

[22] El inciso final del artículo 357 dice: Excepcionalmente, agotadas las solicitudes probatorias de las partes, si el Ministerio Público tuviere conocimiento de la existencia de una prueba no pedida por estas que pudiera tener especial influencia en los resultados del juicio, solicitará su práctica.

10. Algunas cuestiones específicas que hay que tener cuenta en la dialéctica del descubrimiento de pruebas:

i) Ya quedó explicitado que la Fiscalía debe, con el escrito de acusación presentar un documento anexo donde descubrirá las pruebas.

ii) En la audiencia de formulación de acusación, la Fiscalía como ya se dijo debe descubrir todas las pruebas (art. 344) y la defensa si lo solicita la Fiscalía debe descubrir las pruebas que pretenda hacer valer en el juicio y tiene la obligación de descubrir las que tenga en ese momento y que tengan la vocación de ser utilizadas en el juicio. No se puede perder de vista que gozando el inculpado de la presunción de inocencia, no está obligado a presentar pruebas de descargo o contraprueba, ni a intervenir activamente durante el juicio oral (art. 125.8 de la Ley 906 de 2004). Lo anterior significa que la estrategia de la defensa puede ser la de no solicitar pruebas, y por ejemplo defenderse con los contrainterrogatorios. Pero si la estrategia es presentar pruebas de descargo tiene la obligación de descubrirlas en esta audiencia si" lo solicita la Fiscalía.

iii) Si no se cumplió con el descubrimiento de la prueba, de conformidad con lo ordenado en la audiencia de formulación de acusación, el juez en la audiencia preparatoria lo rechazará y como consecuencia se le aplicará la sanción del artículo 346 de la Ley 906 de 2004.

iv) En la audiencia preparatoria. El artículo 356 de la Ley 906 de 2004, además de referirse a las observaciones con relación al descubrimiento de las pruebas, agrega:

> ... 2. Que la defensa descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física. (No olvidar que pudo haber existido petición de la Fiscalía y haber sido exhibidos algunos que ya existían en poder de la defensa con vocación de ser, llevados al juicio).
>
> 3. Que la Fiscalía y la defensa enuncien la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia del juicio oral y público.
>
> 4. Que las partes manifiesten si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias. En este caso decretará un receso por el término de una (1) hora, al cabo del cual se reanudará la audiencia para que la Fiscalía y la defensa se manifiesten al

[23] El abogado que opte por esta estrategia, debe explicarle a su cliente tal circunstancia. El razonamiento del abogado que lo lleve a tal comportamiento supone un gran conocimiento y trabajo y, además, una gran honradez.

respecto'. Si se llegan a celebrar esos acuerdos, esto incidirá indudablemente en la solicitud de pruebas.

11. La Audiencia Preparatoria y las solicitudes probatorias.

El artículo 357 de la Ley 906 de 2004, regula el asunto. En ella el juez en efecto:

i) Durante la audiencia el juez dará la palabra, primero a la Fiscalía y después a la defensa, para que soliciten las pruebas encaminadas a sustentar sus pretensiones.

ii) El juez debe estudiar la pertinencia de las pruebas.

iii) Las partes pueden probar sus pretensiones a través de los medios lícitos que libremente decidan para que sean debidamente aducidos al proceso.

iv) Excepcionalmente, agotadas las solicitudes probatorias de las partes, si el Ministerio Público tuviere conocimiento de la existencia de una prueba no pedida por estas que pudiere tener esencial influencia en los resultados del juicio, solicitará su práctica.

v) Exhibición de los elementos materiales de prueba.

Regla el artículo 358 de la Ley 906 de 2004, que a solicitud de las partes, los elementos materiales probatorios y evidencia física podrán ser exhibidos durante la audiencia con el único fin de ser conocidos y estudiados.

vi) En la audiencia preparatoria, podrán las partes solicitar al juez; la exclusión (arts. 23, 455, 457 y 360 de la Ley 906 de 2004) y, el rechazo (art. 375 de la Ley 906 de 2004), inadmisibilidad (art. 376 de la Ley 906 de 2004).

Igualmente inadmitirá los medios de prueba que se refieren a las conversaciones que haya tenido la Fiscalía con el imputado, acusado o su defensor en desarrollo de manifestaciones preacordadas, suspensiones

[24] El par. del numeral 4 del artículo 356 de la Ley 906 de 2004, dice: "Se entiende por estipulaciones probatorias los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias".

En el numeral 5 del artículo 356 de la Ley 906 de 2004, también se dice: "Que el acusado manifieste si acepta o no los cargos. En el primer caso se procederá a dictar sentencia reduciendo hasta en la tercera parte la pena a imponer, conforme lo previsto en el artículo 351. En el segundo caso se continuará con el trámite ordinario.

condicionales y aplicación del principio de oportunidad, a menos que el imputado, acusado o su defensor consientan en ello.

Siguiendo los lineamientos, se pudiera decir que universales, cuando el juez excluya, rechace o inadmita una prueba deberá motivar oralmente su decisión y contra esta procederán los recursos ordinarios.

Prácticamente se reitera lo de la exclusión de la prueba ilegal y en efecto en el artículo 360 se dice:

> "Prueba ilegal. El juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código".

5. EL PRINCIPIO DE LA CONCENTRACIÓN

Regla el artículo 17 de la Ley 906 de 2004, lo siguiente:

> "Concentración. Durante la actuación procesal la práctica de la pruebas *y* el debate deberán realizarse de manera continua, con preferencia en un mismo día; si ello no fuere posible se hará en días consecutivos, sin perjuicio que el juez que dirija la audiencia excepcionalmente la suspenda por un término hasta de treinta (30) días, *si* se presentaren circunstancias especiales que lo justifiquen. En todo caso el juez velará porque no surjan otras audiencias concurrentes, de modo que concentre su atención en un solo asunto".

El artículo 454 de la Ley 906 de 2004, regla:

> "La audiencia del juicio oral deberá ser continua salvo que se trate de situaciones sobrevinientes de manifiesta gravedad, y sin existir otra alternativa viable, en cuyo caso podrá suspenderse por el tiempo que dure el fenómeno que ha motivado la suspensión.
>
> El juez podrá decretar recesos, máximo por dos (2) horas cuando no comparezca un testigo *y* deba hacérsele comparecer coactivamente.
>
> Si el término de suspensión incide sobre el transcurso del tiempo en la memoria de lo sucedido en la audiencia y, sobre todo de los resultados de las pruebas practicadas, ésta se repetirá. Igual procedimiento se realizará si en cualquier etapa del juicio oral se debe cambiar al juez".

En todo proceso y por sobre todo penal, la escena de la vida que encuadramos en aquél, ya sufre bastante al obrar sobre él las diversas categorías procesales que lo desmembran para incluir sus fragmentos, mediante la teoría del caso presentada por la Fiscalía y por la defensa (que aunque no la manifieste seguramente la tiene), para que además, contribuyamos a destrozarlo aún más, tratando de trasladar los hechos al proceso con prácticas de pruebas

separadas en el tiempo y en el espacio". Así las cosas, se ve "cuán necesaria es una meditada aceleración del proceso".

Esa medida para acelerarlo es concentrar las actuaciones en un espacio de tiempo lo más corto posible, reuniendo en la menor cantidad posible de tratamiento todo el contenido del proceso'. Este principio aparece relacionado con la oralidad y la inmediación".

Con el fin, de que no haya interrupción de la audiencia de formulación de acusación, el art. 339 del C. de P.P. regla:

> "Abierta por el juez la audiencia, ordenará el traslado del escrito de acusación a las demás partes; concederá la palabra a la Fiscalía, Ministerio Público y Defensa para que expresen oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, si las hubiere, y las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato".

Con la audiencia preparatoria en el fondo se persigue, que el juicio oral —donde se practicará la prueba— se realice sin interrupciones, para lograr la concentración. Se deben eliminar todos los obstáculos que puedan interrumpir el debate oral, El juicio oral (arts. 366 y ss.) debe ser una unidad. Para lograr todo lo anterior y mantener la identidad del juez, se establece de conformidad con las normas transcritas lo siguiente:

1. La audiencia debe realizarse de manera continua, en lo posible en un solo día o en días consecutivos.

2. Excepcionalmente se podrá suspender por un término hasta de treinta días (30).

[25] BERNHARDT. *Die aufklarung des Sachverhalts ¡tu Zivilprocess.* 1948. pág. 11. Cita de VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN. *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso.*

[26] FAIRÉN GUILLÉN, VÍCTOR. *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso,* Valencia (Esp.), pág. 513.

[27] En su escrito *Oralidad y escritura. Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil del Reich.* Buenos Aires. 1958, dice Mal: "El procedimiento oral llega a ser realizable y conveniente sólo por los medios de concentración y disposición de la materia, así como la documentación, de los que el procedimiento está provisto. El ideal del proceso oral es la concentración en una sola audiencia de todos los alegatos de las partes, de las afirmaciones, ofertas de prueba, excepciones de prueba *y,* si fuere posible, de la recepción de la prueba. Este ideal es inasequible, *y* la tarea del legislador y del tribunal que maneja la ley, sólo puede consistir en aproximar lo más posible el procedimiento a la idea". Citado por FAIRÉN GUILLÉN, VÍCTOR. *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso.* Valencia (Esp.), pág. 513.

3. El juez velará porque no surjan otras audiencias concurrentes, de modo que concentre su atención en un solo asunto. Esto resulta muy importante para que la memoria, predicado concretamente de las pruebas, pueda realizar —bajo el yugo de la imaginación— su labor de sedimentación de lo logrado en la práctica de las pruebas, como se explicó en el principio de la inmediación.

Armonizando lo contemplado en el artículo 17 del C. de P.P. —la suspensión no puede pasar de 30 días— con lo dispuesto en los artículos 26 y 454 del C. de P.P. se concluye que si la suspensión es mayor al término indicado, es necesario repetir la audiencia.

6. EL PRINCIPIO DE LA PUBLICIDAD

Regla el artículo 18 del C. de P.P.

"Publicidad. La actuación procesal será pública. Tendrán acceso a ella, además de los intervinientes, los medios de comunicación y la comunidad en general. Se exceptúan los casos en los cuales el juez considere que la publicidad de los procedimientos pone en peligro a las víctimas, jurados, testigos, peritos y demás intervinientes; se afecte la seguridad nacional, se expongan a un daño psicológico a los menores de edad que deban intervenir; se menoscabe el derecho del acusado a un juicio justo; o se comprometa seriamente el éxito de la investigación".

Dicho principio se encuentra desarrollado en los artículos 149 a 152 del C. de P.P. La publicidad es un principio de carácter político que se encuentra constitucionalizado para la administración de justicia en el artículo 228 de la C.P. y en el caso del proceso penal en el numeral 4° del artículo 250 de la C.P.

Se ha dicho por el maestro español Víctor Fairén Guillén, citando a Watson, que según tal principio "los juicios han de estar abiertos al público. La base racional de esta regla es la de que la publicidad del Tribunal, es una de las garantías básicas del derecho de los individuos a obtener un proceso justo y correcto (*fair*). La publicidad tiene un efecto disciplinario sobre el Tribunal, sobre los letrados, y sobre los "testigos". En efecto, en numerosas ocasiones, los tribunales superiores han aplicado esta norma general y han declarado impropios los procedimientos llamados ***in*** *camera*"[28].

En el campo específico de la prueba, que acredita los hechos, el público podrá no solamente asistir, sino captar perfectamente la cuestión, ya que estos

[28] FAIRÉN GUILLÉN, VÍCTOR. *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso.* Caja de Ahorros de Valencia, pág. 534.

y ella pertenecen a la racionalidad común. Hay publicidad si el público en general entiende. Sin entendimiento no hay publicidad. Esa es la razón por la cual, como una aplicación en concreto de la publicidad en la actuación procesal y predicado concretamente de la prueba, en el artículo 377 se dice:

> "Publicidad. Toda prueba se practicará en la audiencia del juicio oral y público y en presencia de las partes, intervinientes que hayan asistido y del público presente, con las limitaciones establecidas en este código".

7. EL PRINCIPIO DE LA PERTINENCIA Y CONDUCENCIA DE LA PRUEBA

7.1. INTRODUCCIÓN

Es aplicable, lo que se dice en el resto del libro sobre este tema, solo habría que agregar un comentario en cuanto hace al artículo 375 que se refiere a la pertinencia, cuando se dice:

> "El elemento material probatorio, la evidencia y el medio de prueba deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así corno a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando solo 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"".

Si hacernos una disección (lenguaje visual: en el sentido de abrir la norma para estudiarla) de la norma lograremos las siguientes conclusiones:

1. Que la pertinencia puede ser directa o indirecta. Estaremos frente a la primera cuando un testigo vio que una persona mató a otra y, frente a la segunda cuando un testigo vio salir de un lugar corriendo a una persona, donde posteriormente se encontró un cadáver y lo que estamos investigando es la muerte de esa persona (estaremos frente a la prueba indiciaria o circunstancial).

2. Se dice en la norma: "También es pertinente cuando solo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados". Esta parte de la norma ratifica lo ya dicho en la primera parte, pero si se le busca el sentido práctico, podemos entender por ejemplo que en el caso de la huida de la persona que a título de ejemplo hemos utilizado, una

[29] La regla 18 de Reglas de Evidencia de Puerto Rico, dice:

"B) Evidencia pertinente es aquella tendente a hacer la existencia de un hecho más probable o menos probable de lo que sería sin tal evidencia; dicho hecho debe a su vez, referirse a una cuestión en controversia o a la credibilidad de algún testigo o declarante".

prueba será pertinente si hace menos probable que efectivamente la persona estuviera huyendo del lugar o acreditar que después la vieron en el aeropuerto tratando de encontrar un pasaje para un vuelo al exterior.

3. De igual manera, la norma —siendo consecuente con lo que se maneja en el Código— establece que la prueba también es pertinente cuando se refiera a la credibilidad de un testigo o un perito (arts. 403 y 405 inciso 2°).

7.2. ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA PERTINENTE

Regla el artículo 376 de la Ley 906 de 2004:

"Toda prueba pertinente es admisible, salvo en alguno de los siguientes casos:

a) Que exista peligro de causar grave perjuicio indebido

b) Probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o exhiba escaso valor probatorio, y,

c) Que sea injustamente dilatoria del procedimiento"".

La norma anterior, puede estar en contravía con el artículo 29 de la C.P. que elevó a rango constitucional el derecho a la prueba (ver pág. 116 de esta obra), ya que si bien el legislador tiene un amplio margen para regular los procedimientos, en principio podría afirmarse que toda prueba pertinente —siempre que no sea superflua (repetitiva) o que exista prohibición legal para investigar el hecho, o exista imposibilidad de practicarla (problemas de orden público)— debe ser decretada por el juez, por imperio constitucional. Además, la mayoría de las causales están pensadas para el jurado y no para un juez de derecho. Estudiaremos las causales y expondremos unas conclusiones.

[30] Reglas de Evidencia de Puerto Rico. Regla 19.

"Evidencia pertinente puede ser excluida cuando su valor probatorio es de poca significación (las negrillas son nuestras) en relación a cualquiera de estos factores:

a) Peligro de causar perjuicio indebido.

b) Probabilidad de confusión.

c) Desorientación del jurado.

d) Dilación de los procedimientos.

e) Innecesaria presentación de prueba acumulativa".

Con relación a la norma del C. de P.P. colombiano, en éste no se hizo ese balance cuando su valor probatorio es de poca significación y las causales. Solo se hizo referencia a este criterio en la letra b) cuando se dice: "o exhiba poco valor probatorio". Tampoco aparece consagrada la causal e) de regla 19 de Evidencia de Puerto Rico. En la causal a) del C. de P.P. se dice: "Que exista peligro de causar grave perjuicio indebido". Tampoco se consagra como causal expresa la instituida en la letra e), que apunta a la prueba superflua.

a) "Que exista peligro de causar grave perjuicio

Obsérvese que al haber empleado el adjetivo grave (que pesa, grande, de mucha entidad e importancia), el juez tendrá que calificar si ese perjuicio tiene esa entidad. Si por ejemplo se presenta una fotografía del cadáver, que sea pertinente para demostrar un hecho que interese al proceso de conformidad con lo prescrito en el artículo 374 del C. de P.P., así despierte emociones, el juez la debe decretar. Si por el contrario no tiene ese propósito, sino mostrarlo lleno de sangre, lo que sucede en ese caso es que la prueba no es pertinente. Esta causal lo que persigue —pensando en el jurado—, es evitar que una emoción resulte siendo el sucedáneo de las pruebas, riesgo que no se corre con el juez de derecho".

b) "Probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto" o exhiba escaso valor probatorio".

[31] En la doctrina de Puerto Rico, se afirma: "Se le concede discreción al Tribunal para no admitir evidencia pertinente cuando su valor probatorio es de poca significación en relación con el "peligro de causar perjuicio indebido". Se trata de evidencia con gran potencial de apelar a las emociones o pasiones del juzgador, particularmente al jurado, lo que hace probable que se juzgue el caso sobre bases impropias.

[32] En el Pueblo vs. Echavarría, el Tribunal Supremo de Puerto Rico se expresó en la siguiente forma: "Se indicó que el. Tribunal debe estimar si el proponente persigue un fin legítimo de ilustración o rin intento de prejuiciar el ánimo del jurado. El Tribunal debe admitir las fotografías si al ponderar su valor probatorio y el efecto adverso que podría tener su admisión en el jurado, determina que la evidencia tiene el propósito legítimo de ilustrar hechos esenciales sobre el cual han declarado los testigos, o demostrar lesiones sufridas, o para corroborar el testimonio de algún testigo. En cuanto a las fotografías relacionadas con los hallazgos de una autopsia —lo que ciertamente puede impresionar al jurado— se dijo que no abusa de su discreción el Tribunal que admite las fotografías presentadas con el propósito de corroborar la versión de un testigo, en oposición a la declaración de otro, sobre la forma en que se le causó la muerte a la víctima y aclarar ciertas inconsistencias en las declaraciones de un patólogo forense sobre el objeto con el que se propinaron las punzadas a la víctima, a pesar de la probabilidad de que las fotografías inflamen el ánimo del jurado, se resolvió que la balanza se inclina hacia la admisibilidad en virtud del valor probatorio de la evidencia. Se repitió, además que el mero hecho de que una fotografía pueda impresionar desfavorablemente al jurado no justifica su exclusión". Tomado de CHIESA. ERNESTO L. *Tratado de Derecho Probatorio.* Tomo 1. Publicaciones JTS. San Juan P.R., pág. 10. 1ª edición (Reimpresión). 2005.

[33] "De conformidad con la regla 19, el Tribunal puede excluir evidencia pertinente cuando su valor probatorio es de poca significación en relación con la probabilidad de confusión (apartado (b) de la regla 19) o con desorientación del jurado (apartado (c) de la regla 19). Aquí hay imbricación *(overlapping)* entre ambos factores. La prueba que confunde igualmente desorienta al jurado, así como ocasiona dilación en los

Este predicado es fundamentalmente aplicable al jurado, no al juez de derecho. El manejo de la evidencia matemática de probabilidad, no resulta más complejo que el manejo y valoración de la prueba del A.D.N. que debe entender y valorar el juez.

Es muy difícil, decir que una prueba ofrece escaso valor probatorio y tal como está redactado el artículo 375, si la prueba es pertinente debe ser decretada. La regla 19 de Evidencia de Puerto Rico, de donde fue tomada no le da entidad a esta causal, sino que la toma para todos los casos, haciendo un balance entre el valor probatorio cuando es de escasa significación y las causales como el peligro de causar perjuicio indebido, etc. En Colombia, de conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política, dicha prueba debe ser decretada (el derecho a la prueba).

c) "Que sea injustamente dilatoria del procedimiento"".

Aquí tampoco se indica el balance que se exige en la regla 19 de Puerto Rico, de donde se tomó la norma que comentamos, luego sin ese condicionamiento pierde sentido, no obstante, teniendo claro el concepto de pertinencia se podría manejar el asunto. Si se solicita por ejemplo una inspección judicial, para exhibir y autenticar elementos materiales probatorios y evidencia física, y ello se puede hacer en la audiencia, el juez debe negar la prueba, porque por otro procedimiento se puede lograr el fin perseguido (arts. 435 y 436 del C. de P.P.).

---

procedimientos. La confusión y la desorientación se refieren al peligro de que el jurado infiera un hecho que no se derive lógicamente de la prueba. Por supuesto, la probabilidad de confusión puede suscitarse en casos con o sin jurado, distinto al apartado c), que sólo aplica a casos por jurado. Un caso típico de confusión es el relativo a evidencia matemática de probabilidad, aunque esto debe considerarse bajo los principios de la evidencia científica. Antes de excluir evidencia pertinente por su efecto de confusión o desorientación al jurado, el Tribunal debe considerar si con la exclusión parcial de la evidencia ofrecida se disipa el riesgo; esto puede salvar la evidencia de considerable valor probatorio, mientras se excluye aquella parte de la evidencia que engendra confusión o desorientación al jurado". Tomado de CHIESA, ERNESTO L., obra cit., pág. 12.

"De conformidad con la regla 19 (d) de las Reglas de Evidencia de Puerto Rico, el Tribunal tiene discreción para excluir evidencia pertinente cuando su valor probatorio es de poca significación en relación con la dilación de los procedimientos que causa su admisión. De nuevo aquí hay imbricación con los apartados (b) y (c) de la regla. Como ha indicado el Tribunal Supremo de Puerto Rico, se trata aquí de "consideraciones de eficiencia en la administración de la justicia. A menudo el valor probatorio de una evidencia no justifica el tiempo que consumirá su presentación". CHIESA, ERNESTO L., obra cit., pág. 13.

8, EL PRINCIPIO DE LA NO TAXATIVIDAD DE LOS MEDIOS DE CONOCIMIENTO

El artículo 382 del C. de P.P. regla:

> **"Medios de conocimiento.** Son medios de conocimiento la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico".

No se hace una enumeración taxativa de los medios de conocimiento, de tal manera que la prueba indiciaria se puede y debe utilizar, como lo demostraremos más adelante, lo mismo que la prueba de confesión, que pierde su identidad y hace parte de lo que el Código llama por ejemplo, aceptación por el imputado, como sucede en el artículo 283 del C. de P.P. donde se lee:

> "La aceptación por el imputado es el reconocimiento libre, consciente y espontáneo de haber participado en alguna forma o grado en la ejecución de la conducta delictiva que se investiga".

Este planteamiento es consecuente con el principio de la inmediación probatoria consagrado en el artículo 379, específicamente en el sentido que solo es prueba la que se produce con contradicción frente al juez de conocimiento (excepcionalmente la prueba anticipada y la prueba de referencia).

9. EL PRINCIPIO DE LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS DE CONFORMIDAD CON LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA

El artículo 380 del C. de P.P. regla:

> **"Criterios de** valoración, Los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, se apreciarán en conjunto. Los criterios para apreciar cada uno de ellos serán señalados en el respectivo capítulo".

Si el anterior artículo se relaciona con los artículos 404 (apreciación del testimonio), 420 (apreciación de la prueba pericial), 432 (apreciación de la prueba documental) y 441 (valoración de la prueba de referencia), se llega fácilmente a la conclusión que sin nombrarlo se consagró el sistema de las reglas de la sana crítica. Es decir, que existe libertad del juez para valorar las pruebas, pero esa es una libertad que tiene límites y ellos son las reglas de la experiencia, las reglas de la lógica, las reglas de la ciencia y las reglas de la técnica.

Cuando en el artículo 404 del C. de P.P. se dice por ejemplo que para valorar el testimonio se tendrán en cuenta los principios técnico-científicos sobre la percepción *y* la memoria, etc., y en la prueba documental, refiriéndose al contenido se dice "que dicho contenido sea conforme con lo

que ordinariamente ocurre" (art. 432 del C. de P.P.), se nos indica que se consagró el sistema de las reglas de la sana crítica, explicado a espacio en los capítulos de esta obra.

10. EL PRINCIPIO DE LA NECESIDAD DE LA PRUEBA

Aparece consagrado en el inciso final del artículo 435 del C. de P.P. que dice: "En ningún caso el juez podrá utilizar su conocimiento privado para la adopción de la sentencia a que hubiere lugar". Todo lo dicho sobre este principio en esta obra se aplica.

11. DESCUBRIMIENTO DE LA PRUEBA EXCULPATORIA

El inciso final del artículo 250 de la C.P. reza: "En el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que sean favorables al procesado"".

CHIESA APONTE, ERNESTO. *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos.* Volumen II. No. 10.3, pág. 29. Editorial Fonim, dice: "La Corte Suprema de los Estados Unidos, desde hace más de 55 años, resolvió que el uso deliberado de falso testimonio por el Ministerio Público constituye una violación al debido proceso de ley. El procedimiento ha de ser limpio. El Ministerio Fiscal no sólo no debe utilizar prueba falsa, sino que debe revelar a la defensa los indicios de falsedad de la prueba de cargo, en la medida que ello constituya prueba exculpatoria (Alcorta vs. Texas, 1957). En este caso se imputaba al acusado haber matado a su esposa. La defensa invocó arrebato de cólera o pasión que lo llevó a matar a su esposa cuando la encontró besándose con otro en un carro estacionado. El amante, testigo de cargo, había informado al fiscal que había sostenido relaciones sexuales con la víctima en varias ocasiones. El fiscal le indicó que no adelantara tal información al declarar, pero que si le preguntaba dijera la verdad. En el juicio, el testigo negó que estuviera besando a la víctima y declaró que ellos eran solo amigos. El fiscal no corrigió esta información o falso testimonio en tomo de la verdadera relación entre el testigo y la víctima. El jurado halló al acusado por asesinato en primer grado. La Corte Suprema de los Estados Unidos revocó la convicción al resolver que se violó el debido proceso de ley cuando el Estado acusador no corrigió este testimonio que afectaba un elemento esencial del delito. El testimonio era crucial en cuanto a si la responsabilidad del causado era por asesinato o sólo por homicidio. En Brady vs. Maryland (1963) la Corte Suprema amplía la protección del debido proceso en la zona de descubrimiento de la verdad y resuelve que el Ministerio Fiscal tiene la obligación de revelar a la defensa evidencia exculpatoria".

12. LA PRUEBA TESTIMONIAL

Haremos referencia, fundamentalmente a lo que resulte novedoso, ya que los demás aspectos de la prueba testimonial, se encuentran en el resto del libro.

12,1. OBLIGACIÓN DE RENDIR EL TESTIMONIO

El artículo 383 del C. de P.P. mantiene la regla general según la cual toda persona está obligada a rendir bajo juramento, el testimonio que se le solicite en el juicio oral y público o como prueba anticipada, salvo las excepciones constitucionales y legales (arts. 274 y 284 de la Ley 906 de 2004).

Al testigo menor de doce (12) años no se le recibirá juramento y en la diligencia deberá estar asistido, en lo posible, por su representante legal o por un pariente mayor de edad. "El juez, con fundamento en motivos razonables", podrá practicar el testimonio del menor fuera de la sala de audiencia, de acuerdo con lo previsto en el numeral 5° del artículo 146 de este Código, pero siempre en presencia de las partes, quienes harán el interrogatorio como si fuera en juicio público".

Es acertado, no exigirle juramento a un menor de doce años, pero resulta aconsejable interrogarlo sobre aspectos que permitan inferir si tiene alguna noción de verdad. Según la edad, por ejemplo a los cuatro años, el concepto de verdad en abstracto no lo puede manejar el niño, pero de ciertas preguntas se puede llegar a la conclusión que en concreto sí tiene alguna opinión sobre la verdad y que la maneja. Los niños suelen ser buenos testigos sobre hechos comunes.

" "Se establecía una especie de presunción de que los niños menores de edad no podían testificar. Así, nuestra anterior Ley de Evidencia disponía que no podían ser testigos los menores de diez años que parecieran incapaces de recibir impresiones exactas de los hechos (se está refiriendo a Puerto Rico), respecto de los cuales fueran examinados ni relatarlos con exactitud. Bajo nuestra actual regla 37 (se está refiriendo a Puerto Rico), la edad del niño no es impedimento para declarar, siempre que comprenda su obligación de decir la verdad y pueda expresarse de forma que lo entienda el juzgador. El testimonio de niños, particularmente en el caso de víctimas de delitos sexuales, presenta problemas especiales. Los estados tienden a adoptar mecanismos especiales para facilitar el testimonio de niños abusados, particularmente para protegerlos de la confrontación cara a cara con el acusado. Se ha desarrollado la teoría del síndrome del niño maltratado, para evaluar este tipo de testimonio. Hay un estatuto federal que regula lo relativo al testimonio de niños abusados. También hay tendencia a reconocer excepción especial a la regla de exclusión de prueba de referencia cuando se trata de declaraciones de menores víctimas de abuso sexual". Tomado de CHIESA, ERNESTO L. Ob. cit., pág. 293.

Fundamentalmente para proteger al niño, y en los casos de abuso sexual, cuando la víctima sea el testigo, teniendo en cuenta su edad, se puede razonablemente disponer que el testimonio de ese menor se reciba en la forma que indica el numeral 5° del artículo 146 del C. de P.P.".

12.2. COMPARECENCIA DE LOS TESTIGOS

En cuanto a este tema se siguen las reglas generales, el artículo 384 dispone:

"Si el testigo debidamente citado se negare a comparecer, el juez expedirá a la Policía Nacional o cualquier otra autoridad, orden para su aprehensión y conducción a la sede de la audiencia. Su renuencia a declarar se castigará con arresto hasta por veinticuatro horas (24), al cabo de las cuales, si persiste su negativa, se le procesará.

Las autoridades indicadas están obligadas a auxiliar oportuna y diligentemente al juez para garantizar la comparecencia obligatoria de los testigos, so pena de falta grave".

12.3. EXCEPCIONES CONSTITUCIONALES AL **DEBER DE DECLARAR**

Regla el artículo 385 de la Ley 906 de 2004:

"Nadie podrá ser obligado a declarar contra si mismo o contra su cónyuge, compañero o compañera permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.

El juez informará sobre estas excepciones a cualquier persona que vaya a rendir testimonio, quien podrá renunciar a ese derecho. Son casos de excepción al deber de declarar, las relaciones de:

Regla el numeral 5 del articulo 146 de la Ley 906 de 2004:

"Cuando este Código exija la presencia del imputado ante el juez para efectos de llevar a cabe audiencia preparatoria o cualquier otra audiencia anterior el juicio oral, a discreción del juez dicha audiencia podrá realizarse a través de comunicación de audiovideo, caso en el cual no será necesaria la presencia lisias del imputado ante el juez.

El dispositivo de audiovideo deberá permitirle al juez observar y establecer comunicación oral y simultánea can el imputado y su defensor, o con cualquier testigo. El dispositivo de comunicación por audiovideo deberá permitir que el imputado pueda sostener conversaciones en privado con su defensor.

La señal del dispositivo de comunicación por audiovideo se trasmitirá en vivo *y en* directo, y. deberá ser protegida contra cualquier tipo de interceptación,

En las audiencias que deban serpúblicas se situarán monitores *en la* sala *y* en el lugar de encarcelamiento,: para asegurar que el público, el juez y el imputado pueden observar en forma clara la audiencia. .

Cualquier documento utilizado durante la audiencia que se realice a través de dispositivó audiovideo, debe poder transmitirse por medios electrónicos. Tendrán valor de firmas originales aquellas que consten en documentos transmitidos electrónicamente.

PAR.- La conservación y archivo de los registros será responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación durante la actuación previa a la formulación de la imputación. A partir de ella, del secretario de las audiencias. En todo caso, los intervinientes tendrán derecho ala expedición de copias de los registros".

a) Abogado con su cliente;

b) Médico con paciente;

c) Psiquiatra, psicólogo o terapista con el paciente;

d) Trabajador social con el entrevistado;

e) Clérigo con el feligrés;

f) Contador público con el cliente;

g) Periodista con su fuente;

h) Investigador con el informante".

12.4. IMPEDIMENTO DEL TESTIGO PARA CONCURRIR

Regla el artículo 386 del C. de P.P. lo siguiente:

"Si el testigo estuviere físicamente impedido para concurrir a la audiencia pública donde se practicará la prueba, de no hallarse disponible el sistema de audiovidco u otro sistema de reproducción a distancia, esta se realizará en el lugar en que se encuentre, pero siempre en presencia del juez y de las partes que harán el interrogatorio.

El testigo que no permaneciere en el lugar antes mencionado, injustificadamente, incurrirá en arresto hasta por quince (15) días, previo trámite sumario y oral, o en multa entre diez (10) y cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes".

12.5. TESTIMONIOS ESPECIALES

Desaparece la declaración por certificación, que en realidad desvirtuaba toda noción de prueba testimonial, y solo se consagran testimonios especiales para el Presidente de la República o el Vicepresidente de la República y se regla:

"Se informará previamente al declarante sobre la fecha y hora, para que permanezca en su despacho, a donde se trasladarán el juez, las partes y el personal de secretaría necesario para la práctica del medio de prueba. Se observarán en ello las reglas de este capítulo".

12.6. TESTIMONIOS DE AGENTE DIPLOMÁTICO

Cuando se requiera el testimonio de un Ministro o agente diplomático de nación extranjera acreditado en Colombia o de una persona de su comitiva o familia, se le remitirá al embajador o agente respectivo, por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, nota suplicatoria para que si lo tiene a bien concurra a declarar o permita que la persona solicitada lo haga, o acceda a rendirlo en sus dependencias. Con relación al juramento, nos remitimos a lo dicho en el resto del libro.

12.7. EXAMEN DE LOS TESTIGOS

Dispone el artículo 390 del nuevo C. de P.P.:

"Los testigos serán interrogados uno después del otro, **en** el orden establecido por la parte que los haya solicitado". Primero serán interrogados los testigos de la acusación y luego los de la defensa. Antes de iniciarse el interrogatorio a un testigo, el juez le informará de los derechos previstos en la Constitución y la ley, y le exigirá el juramento en la forma señalada **en el** artículo anterior. Después pedirá que se identifique con sus nombres y apellidos *y* demás generales de ley".

Nos debemos olvidar, con el método que vamos a explicar, de aparentar desinterés cuando postulamos a alguien para que declare, porque la realidad es otra. Si lo que dice en la entrevista o lo que ha dicho en declaraciones anteriores, favorece nuestra tesis, lo postulamos, en caso contrario, no.

Las partes que "contienden" en el proceso deben estar interesadas en sacar avante su tesis, ya que el sistema está montado sobre supuestos intereses contrapuestos. La entrevista con el testigo, para saber qué es lo que recuerda y prepararlo para que declare, no significa sustituirle sus percepciones por las que se le ocurran al postulante de la prueba, o crearle sucedáneos de la percepción para que mienta".

Se puede, sin temor a incurrir en error, pensar que quienes interrogan pueden ser en un momento dado imparciales, como por ejemplo cuando lo hace el juez, que indaga con el fin de saber la verdad, sin embargo frente a esa afirmación se dice: "Por lo demás, como enseña la psicología jurídica, la

[18] Cada parte debe planificar cuidadosamente el orden en que presentará la prueba, ello con el fin de que el juez pueda ir haciendo un "ensamblaje racional" de los distintos medios de prueba y en el caso que nos ocupa, de la prueba testimonial. Debe recalcarse que se trata de jueces-abogados no de jurados, por ello hay que ser muy serios en la presentación de la prueba.

[39] Se dice en las- actas de la Convención Italiana para la Preparación del Nuevo Código Procesal: "El objetivo es presentar al Tribunal la declaración del testigo; en su versión original de los hechos, para que el jurado pueda valorarla sin alteraciones, sin que el testigo incurra en infracciones legales por falta de preparación, como Por ejemplo, mencionar anteriores condenas del procesado que puedan predisponer al jurado en su contra". MARTIN, R. *11 moto del contrainterrogatorio nel processo penale americano; nel nuovo codice per una nuova giusticia.* Padova, 1989, págs. 464, 153-154. Tomado del escrito *La técnica de las pruebas orales como presupuesto de eficacia del juicio acusatorio* de VERGER GRAU, JOAN. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Año IV. No. 5-2004 (Instituto Iberoamericano de Direito Processual).

manera de hacer la pregunta nunca es neutral y tiene cierta influencia sobre la respuesta. Aun cuando se confíe a un órgano imparcial el cometido de interrogar (como el caso del juez), puede aceptarse su neutralidad o imparcialidad en el sentido de que se trata de un sujeto "desinteresado" respecto al portador de determinado interés procesal, pero es ilusorio presumir virginidad mental del juez, como si este no tuviera ninguna hipótesis"".

Compartimos en parte este planteamiento, pero teniendo en cuenta que la hipótesis que tenga el juez (imparcial) debe haber surgido de los hechos y de las pruebas, y que si resulta equivocada debe ser abandonada por él, comportamiento que ni por lumbre le podemos pedir a las partes interesadas. Por ello, se sostiene, que se trata a menudo de un planteamiento inocente hablar de imparcialidad cuando se interroga, pero sí admitimos que puede haber imparcialidad, como lo dejamos planteado, lo que para algunos es muy difícil de aceptar y, además, difícil de asir. Lo mejor, es decir, con franqueza que debemos confiar el interrogatorio a los parciales o interesados.

Se afirma: "La declaración testifical ha de realizarse en forma dialéctica y no a través de uno o varios monólogos" y se agrega: "Hay que abandonar la idea de que la conducta de un sujeto supuestamente imparcial sea la mejor técnica para examinar a un sujeto portador de información. Al contrario, es mejor confiar, sin hipocresía, en **un acercamiento multilateral de varios sujetos psicológicamente "interesados", pues si bien se producirá el intento de obtener del sometido a interrogatorio la contestación "deseada" las dos o más "verdades parciales" que se obtengan formarán parte de la síntesis a la que llega el que regula y preside el** debate"[41].

Las partes son dueñas del interrogatorio, ese es el método en este sistema, cada parte interroga, teniendo como viático su interés y retenida en su memoria la hipótesis del caso, ello para tratar de convencer al juez con sustento en lo que logre el interrogatorio que haga. Metafóricamente, en el interrogatorio se puede ir de caza en pos de un animal determinado, pero no arriesgarse a ver qué animal se caza, porque sería una irresponsabilidad.

Se puede decir que con este método: "En definitiva, parece que vale más aceptar la inevitable e involuntaria falta de neutralidad de los que declaran y

[40] VERGER GRAU, JOAN. *La técnica de las pruebas orales como presupuesto de eficacia del juicio acusatorio,* pág. 270.

[41] VERGER GRAU, JOAN. *La técnica de las pruebas orales como presupuesto de eficacia del juicio acusatorio,* pág. 271 (las negrillas son nuestras).

de los que interrogan contradictoriamente y, al propio tiempo, confiar en la obra final de reconstitución mental del juez facilitada con una adecuada técnica de interrogatorio pues, en ese cometido, en esta reconstrucción histórica de los hechos que influirán en la sentencia, puede ser verdaderamente "imparcial" o neutral, al menos hasta donde pueda serlo la mente humana"[42].

"La preparación y la carga sicológica de quien pregunta, por obtener una determinada respuesta, termina por influir en la respuesta del testigo, y se puede decir con Carofiglio, que la comunicación no es sólo y simplemente un instrumento para representar objetos independientes o en ella contenidos, sino que, al mismo tiempo, condiciona la estructura de los hechos y de su **conocimiento. Como en las ciencias, en suma, el observador perturba fatalmente el objeto de su observación".**

12.8. ETAPAS DEL INTERROGATORIO

Se trata, como se ha dicho de un proceso de partes, lo cual significa que son válidas las estrategias que cada parte utilice para presentar las pruebas, ello justifica que el artículo 390 de la Ley 906 de 2004 establezca que los testigos serán interrogados en el orden establecido por la parte que los haya solicitado. Primero serán interrogados los testigos de la acusación y luego los de la defensa. Además, antes de iniciar el interrogatorio a un testigo, el juez le informará de los derechos previstos en la Constitución y la ley, y le exigirá el juramento. Posteriormente le preguntará por sus generales de ley que son muy importantes para valorar la prueba y además para que el juez pueda cumplir con lo que aparece ordenado en el artículo 397 del C. de P.P. (Ley 906 de 2004).

Se persigue rescatar, lo más objetiva que sea posible la información que posee el testigo (en la forma señalada), para lo cual se utiliza un método de interrogatorio, que tiene las siguientes fases:

12.8.1. Interrogatorio directo

Quien postuló el testigo (por ejemplo el fiscal tiene derecho a interrogarlo en primer lugar. Este interrogatorio se llama directo (*esame **directo**, examination **in clief** o **direct** examination*) y se limitará a los aspectos

[42] VERGER GRAU, JOAN. Ob. cit., pág. 270.

[43] Ibídem.

principales de la controversia, se referirá a los hechos objeto del juicio o relativos a la credibilidad de otro declarante.

Ciertamente, uno de los temas descuidados por el sistema inquisitivo, era la posibilidad que se pudiera utilizar la prueba testimonial para desacreditar la credibilidad de otro testigo. A menudo los jueces consideraban impertinente este tipo de cometido, obligando y prácticamente particularizando este tipo de institución a que todo se lograra en el interrogatorio. Esto aparece además corroborado en el artículo 375 del C. de P.P. (Ley 906 de 2004). Este interrogatorio limita el tema sobre el cual versará el interrogatorio para ese testigo en su totalidad, y por ello se dice en el inciso 2° del artículo 391, que el contrainterrogatorio "se limitará a los temas abordados en el interrogatorio directo".

12.8.2. Contrainterrogatorio

La parte (en nuestro ejemplo la defensa) distinta a quien solicitó el testimonio, podrá interrogar al testigo (contrainterrogatorio).

12.8.3. Interrogatorio re-directo

Quien formuló el interrogatorio directo podrá formular interrogatorio dirigido a la aclaración de los puntos debatidos en el contrainterrogatorio.

12.8.4. Re-contrainterrogatorio

Finalmente, el declarante podrá ser nuevamente preguntado por la otra parte, si ésta considera necesario hacer claridad sobre las respuestas dadas en el re-directo y sujeto a las pautas del contrainterrogatorio.

En cuanto al interrogatorio cruzado y el interés de la parte, debe señalarse que las partes, que son las que indagan, deben tener claro que en últimas esa indagación está destinada al juez. Las partes tendrán como viático para sus interrogatorios la hipótesis del caso y de acuerdo con ello formularán sus preguntas:

1. El postulante de la prueba pretende probar un hecho, que le interesa para la hipótesis o teoría del caso y de conformidad con ese viático, preguntará en el interrogatorio directo (la defensa). Por ejemplo pretende probar que el señor K –su cliente– accidentalmente tropezó con Z y éste cayó de espaldas y quedó parapléjico. J (testigo) mediante el interrogatorio directo cuenta todo lo del accidente ocurrido. Se le pregunta si estando como lo dijo en el almacén, se les advirtió a los visitantes que habían sido derramadas unas gaseosas y

que el piso estaba resbaloso a lo cual contestó que no. La defensa ha logrado de conformidad con su interés que el testigo cuente el accidente (el hecho o suceso, como accidente)".

2. El que hace el contrainterrogatorio (*controesame* o ***cross examination)*** tiene que limitarse a los temas abordados en el interrogatorio directo, persiguiendo refutar en todo o en parte, lo que el testigo ha contestado. De acuerdo con la hipótesis del caso la Fiscalía pregunta a J:

P: ¿Ese día tuvo usted una charla con un hombre que investigaba el incidente en el almacén?

R: Sí.

P: Ese hombre le hizo preguntas, ¿es eso correcto?

R: Sí.

P: Y usted respondió esas preguntas, ¿cierto?

R: Sí.

P: Él tenía una grabadora, ¿no es cierto?

R: Sí, creo.

P: Él le preguntó y usted respondió: "¿Antes de este accidente, escuchó algún anuncio por el sistema de parlantes del Almacén?, y Usted respondió —Si, me parece recordar algo acerca de alguna cosa regada, pero no puse mucha atención".

R: Bien, no sé. Si eso es lo que dice, yo pude haberlo dicho.

Obsérvese, el Fiscal ha logrado, introduciendo una entrevista anterior concedida por el testigo J el mismo día del accidente, que admita que se había anunciado el peligro del piso resbaloso.

El ejemplo anterior permite reflexionar sobre el objetivo del contrainterrogatorio: tratar que el testigo revele lo que intenta ocultar, (como aquello de que no había oído las advertencias de que el piso se encontraba mojado); de averiguar la seguridad sobre lo que dice o afirma; si se contradice o pierde su aplomo (contestó en el interrogatorio directo con brillantez y gran tranquilidad) al contestar las preguntas del contrainterrogatorio, sacar a relucir motivos para dudar de su credibilidad.

[44] Utilizaré en parte ejemplo tomado de GRAHAM, MICHAEL H. ***Evidence. Text, Rules, Illustrations and Problems.*** National Institute for Trail Advocacy, págs. 846 y ss.

Téngase presente que, como lo dijimos anteriormente, son tan pertinentes las preguntas sobre los hechos, como las que tratan de poner a prueba la percepción, la memoria o la buena fe del testigo (art. 375 del C. de P.P.)[45].

El que formula el interrogatorio re-directo (quien hizo el interrogatorio directo) –en nuestra hipótesis la defensa– trata de rescatar lo dicho por el testigo en el interrogatorio directo o refutar lo que surgió en el contrainterrogatorio. Lo que se persigue como dice la doctrina (no olvidar el interés) "es recomponer, si es posible, la credibilidad del testigo, permitiéndole de nuevo contestar a las preguntas que se le formulen por la parte que lo presentó y que deben reunir los requisitos exigidos para el interrogatorio directo".

En el ejemplo utilizado, se trata de rescatar la credibilidad del testigo y de defender que se trató de un accidente y no de una actividad dolosa aprovechando que el piso estaba resbaloso, cuestión que se supo por los parlantes del almacén. Obsérvese, ese rescate (interés) en lo que la defensa le pregunta a J:

P: El día del accidente, ¿es alguna fecha importante para Usted?

R: Es el aniversario de bodas de mi suegro.

P: ¿Tenía planes de celebrar el aniversario?

R: Sí, teníamos más de cien invitados en la casa.

P: ¿La persona que lo entrevistó le dijo para que era la entrevista?

R: Dijo que estaba investigando lo que acababa de ocurrir en el almacén y que quería hacerme algunas preguntas.

P: ¿Usted que le respondió?

R: Le expliqué que estaba muy afanado porque tenía que llevar todas las compras para preparar la reunión de la fiesta de mis suegros, que otro día.

P: ¿Que dijo él?

R: Que era muy urgente. Yo le dije "Bien, pero hágalo rápido".

[45] Los estudiosos de esta técnica aseguran que, aun prescindiendo de imperativos constitucionales de más amplio espectro, el interrogatorio cruzado, más que el propio sistema de jurado, fue la gran contribución anglosajona a la mejora de los métodos forenses para el descubrimiento de la verdad. La fe en la eficacia de este método, es tal, que el derecho del imputado a utilizarlo frente a los testigos de la acusación forma parte en Inglaterra de los usos procesales consolidados como derechos de la defensa y, en los Estados Unidos, el Tribunal Supremo lo considera incluido en las Enmiendas VI y XIV de la Constitución. VERGER GRAU, JOAN. Obra cit., pág. 258.

P: ¿Recuerda las preguntas que le hizo y las respuestas que usted le dio?

R: No realmente. No pude concentrarme en eso, yo estaba muy atrasado con la entrega del mercado para la fiesta. Estaba muy atrasado.

P: ¿Cuál era el estado de su mente cuando habló con el mencionado señor?

R: Estaba distraído. No pude concentrarme.

P: ¿Entendió las preguntas que se le hicieron?

R: No pude pensar con todo el alboroto.

La defensa trata de probar que fue por el afán que J dijo lo de haber escuchado lo del piso resbaloso en la grabación que tomó la persona a la cual se ha hecho referencia.

El que formuló el contrainterrogatorio, puede hacer el re-contrainterrogatorio, con un tema limitado a lo que haya surgido en el interrogatorio re-directo, preguntándole a J:

P: ¿A qué horas ocurrió el accidente?

R: A las ocho de la mañana.

P: ¿A qué horas fue la entrevista?

R: A las nueve de la mañana.

P: ¿A qué horas era la reunión de sus suegros?

R: A las diez de la noche,

Esto con el fin de acreditar que no había razón para el afán, (desacreditar la sinceridad del testigo) porque había tiempo suficiente para preparar la reunión que era la supuesta preocupación del testigo.

12.9. PREPARACIÓN DEL INTERROGADOR

Quien pregunta no solo tiene que estar en perfectas condiciones fisicas y psíquicas, sino que tiene que encontrarse muy bien preparado para hacer el interrogatorio o contrainterrogatorio. La preparación de quien va a interrogar resulta útil por sobre todo en tres aspectos:

1. Imputar en sentido positivo al testigo, por sobre todo en el contrainterrogatorio. Lo que más teme un testigo mentiroso, no es la fuerza o el grito del interrogador, sino que éste sepa sobre lo que va a preguntar, que muestre seguridad y suficiencia (sin ostentación).

El conocimiento del interrogador, la mayor parte de las veces, hace que el testigo mentiroso resuelva decir la verdad o por lo menos lo hace caer en

grandes contradicciones, que muestran la inconsistencia de su versión. El escenario de la audiencia, la solemnidad, el decoro y la preparación del interrogador —sobre todo cuando hace el contrainterrogatorio— no es el más propicio para que el testigo mienta.

2. La preparación del interrogador (contrainterrogatorio), teniendo como viático la teoría del caso, le permitirá oír con absoluta concentración lo que nana el testigo, para poder hacer las preguntas que le permitan refutar lo que está diciendo. Si no se ha preparado para el interrogatorio, la atención se dispersa y no se podrá hacer un contrainterrogatorio provechoso para quien interroga o se hará un interrogatorio que no se debió hacer.

Hay que colocar todo el aparato sensoperceptivo, bajo el yugo de la atención para captar lo que dice el testigo y preguntar en el contrainterrogatorio. Ejemplo: Si el testigo dice que se dirigía a comprar unas gaseosas en un mostrador de la tienda donde se encontraba en el momento de los hechos (esto en el interrogatorio directo), el que hace el contrainterrogatorio —con el fin de desacreditar el grado de atención que le estaba prestando al suceso sobre el cual está declarando—, le puede inclusive preguntar en forma insinuante lo siguiente:

P: Creo que usted testificó que usted no había decidido qué comprar en el mostrador de gaseosas cuando se aproximó a él, ¿no es cierto?

R: Sí.

P: Usted estaba buscando algo a buen precio, creo que dijo...

R: Sí

P: Entonces usted estaba mirando ese mostrador, tratando de decidir sobre algo, ¿no es cierto?

R: Sí.

P: Y mientras usted estaba mirando el mostrador, usted no puso atención a lo que estaba haciendo su amigo, ¿cierto?

Y así sucesivamente se puede seguir con el contrainterrogatorio de acuerdo con la teoría del caso y con los materiales suministrados por el testigo en el interrogatorio directo.

3. La preparación para hacer el interrogatorio, le permitirá por sobre todo al que hace el interrogatorio directo, guiar al testigo para que las respuestas apunten a las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que percibió (art. 404 del C. de P.P.), de tal manera que la versión que el testigo suministre sea atendible.

Lo que se logra extraer del conocimiento que tiene un testigo, delata el talante del interrogador, si fue acucioso, si supo preguntar sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar, etc.

12.10. TEMA SOBRE EL CUAL VERSARÁ EL CONTRAINTERROGATORIO

El artículo 391 del C. de P.P. preceptúa que el contrainterrogatorio se limitará a los temas abordados en el interrogatorio directo, es decir al asunto o materia de que trata el proceso. Acerca de sobre qué puede versar el contrainterrogatorio, existen tres teorías:

12.10.1. Regla **tradicional o extensiva**

Se tiene en cuenta la pertinencia del proceso, no la pertinencia sobre lo preguntado en el interrogatorio directo. El contrainterrogador podrá utilizar su turno para preguntar sobre todo lo que le interese para la hipótesis de su caso, casi como si se tratará de interrogatorio directo.

12.10.2. Regla **restrictiva**

El contrainterrogatorio se debe limitar a los temas abordados en el interrogatorio directo. Este sistema fue el consagrado en el inciso segundo del artículo 391 del C. de P.P. Aquí no basta, no es suficiente la pertinencia general, sino una más específica surgida de lo tratado en el interrogatorio directo.

12.10.3. Regla **intermedia**

Para contrainterrogar se toma la pertinencia general del proceso, pero no se puede tomar al testigo como si fuera presentado por esa parte para hacerle una especie de interrogatorio directo[46].

Todas las anteriores reglas, tienen ventajas y desventajas. La adoptada por nuestro Código de Procedimiento Penal, es una ostensible manifestación del proceso de partes, sin embargo, en esa búsqueda de lograr extraer lo más objetivamente que sea posible lo que el testigo sabe, no hay que tomar la frase:

[46] La regla 43 de las Reglas de Evidencia de Puerto Rico y Federales. Orden y modo de interrogatorio de testigos y presentación de la evidencia:

"F) El contrainterrogatorio debe limitarse a la materia objeto del examen directo y a cuestiones que afecten la credibilidad de testigos. El Tribunal puede, sin embargo, en el ejercicio de su discreción, permitir preguntas sobre otras materias como si se tratase de un examen directo".

"que se limitará a los temas abordados en el interrogatorio directo" como equivalente a tema de prueba del proceso general, pero tampoco con una exégesis literal. El tema comprende lo que de él se desprende y que se relaciona en forma indirecta (todo ello de conformidad con el artículo 375 del C. de P.C.).

12.11. REGLAS SOBRE EL INTERROGATORIO

En el interrogatorio deberán observarse las siguientes reglas:

a) "Toda pregunta versará sobre hechos específicos".

Lo anterior significa que cada pregunta se debe individualizar dándole individualidad al hecho preguntado. Ejemplo: ¿Dónde estaba usted la tarde del 8 de octubre de 2003? Respuesta: En la casa de K. Pregunta: ¿Quién estaba allí?, y así sucesivamente.

b) "El Juez prohibirá toda pregunta sugestiva, capciosa o confusa".

La pregunta sugestiva es aquella en que el interrogador le suministra todo el material para la respuesta, le sustituye la supuesta percepción que haya tenido el testigo, por el material que él le suministra, lo cual significa que la pregunta le sirve al testigo como sustitutivo de su propia percepción y quien resulta declarando es quien pregunta. Lo anterior es más grave si se tiene en cuenta que quien normalmente presenta al testigo para el interrogatorio es quien lo entrevistó. Ejemplo:

P: Bien, ¿puede usted decirnos dónde está localizado el mostrador de soda?

R: En la parte trasera del almacén.

P: ¿Es por la puerta trasera?

Se puede objetar: Insinúa lo de la puerta trasera (el testigo no fue instado a responder, sino que se le indicó lo que debía responder).

Esta especie de pregunta, se encuentra prohibida para el interrogatorio directo, por cuanto si se permitiera, prácticamente la información no surgiría de la fuente de prueba, esto es, el testigo o perito, sino que surgiría del abogado. En cambio no está prohibida para el contrainterrogatorio (artículo 393 del C. de P.P.) y si se hubiera prohibido no estaríamos frente a un sistema adversarial

[**] Regla 43. Orden y modo de interrogatorio de testigos y presentación de la evidencia. Numeral 5 Pregunta sugestiva: pregunta que sugiere al testigo la contestación que desea la parte que le interroga. Ver CHIESA, ERNESTO L., obra cit., págs. 336 y ss.

para recaudar la prueba testimonial. Si el lector repasa nuevamente el ejemplo que aparece en el número 12.9 y que repetimos para mayor claridad, se encontrará con lo siguiente:

P: Creo que usted testificó que usted no había decidido qué comprar en el mostrador de gaseosas cuando se aproximó a él, ¿no es cierto?

R: Sí.

P: Usted estaba buscando algo a buen precio, creo que dijo.

R: Sí.

P: Entonces usted estaba mirando ese mostrador, tratando de decidir sobre algo, ¿No es cierto?

R: Sí.

P: Y mientras usted estaba mirando el mostrador, usted no puso atención a lo que estaba haciendo su amigo, ¿Cierto?

Ahora reténgase, el testigo, ha contado que ha percibido personalmente lo que estaba haciendo su amigo, y con esa versión unilateral **podríamos** estar seguros de lo que nos ha contado: su amigo accidentalmente tropezó con la víctima y él presenció ese hecho. Hasta aquí todo es nítido, hay claridad, pero con la pregunta insinuante se ha introducido otra versión a los hechos relatados por el testigo, **él tenía su percepción concentrada en el mostrador tratando de comprar algo.** (Ya en el momento de los alegatos se argumentará sobre este aspecto, es decir que no presenció los hechos, o por lo menos con la atención que nos había contado).

No se está engañando al testigo, se trata de saber toda la verdad, cuya búsqueda y afirmación se le confía a las partes. El testigo podrá siempre contestar de conformidad con lo que sabe. En el caso utilizado tenía su atención concentrada en otra cosa.

Si en el contrainterrogatorio solo se permitiera la pregunta abierta, se estaría permitiendo una complementación del monólogo inicial, y no habría ejercicio de la contradicción (lo anterior no significa que muchas veces en el contrainterrogatorio sea necesario hacer preguntas abiertas, para tener material para las preguntas insinuantes, pero eso depende de cada caso y según la necesidad del interrogador de conformidad con su teoría del caso).

La pregunta insinuante (dentro de la técnica adversarial) permite colocar en concreto un segmento de la declaración del testigo que le interesa al interrogador, para que en concreto el testigo la conteste: Entonces usted estaba mirando ese mostrador, tratando de decidir sobre algo, ¿no es cierto?

La pregunta insinuante, es la herramienta más importante del contrainterrogatorio. En cuanto a la pregunta capciosa o confusa se puede —en una de sus significaciones— considerar equivalente a insinuar la respuesta que el interrogador quiere, pero también se utiliza en el sentido que, sin llegar siempre a ser una mentira, se utiliza para engañar a quien se le pregunta".

e) "El juez prohibirá toda pregunta que tienda a ofender al testigo".

El interrogador, como ya lo hemos dicho, debe saber que lo que verdaderamente logra frutos para conseguir los mejores resultados de los interrogatorios, es saber el tema, la ofensa al testigo es directamente proporcional a la falta de preparación del interrogador y muestra que es deficiente en los instrumentos que posee para desentrañar lo que sabe el testigo.

d) "El juez podrá autorizar al testigo para consultar documentos necesarios que ayuden a su memoria. En este caso, durante el interrogatorio, se permitirá a las demás partes el examen de los mismos".

De lo anterior podemos concluir lo siguiente:

1. El juez es quien decide, si autoriza o no al testigo para consultar documentos. El juez, para otorgar la autorización, debe tener en cuenta si esos documentos son indispensables para ayudar a recordar, no para rendir el testimonio con base en el escrito. El documento debe cooperar para que recuerde, pero no para que con base en el escrito rinda el testimonio".

[48] En la parte del testimonio y en todo lo que tiene que ver con el interrogatorio al testigo, hay suficiente desarrollo del tema (nos referimos al resto de este libro).

[49] Regla 49 de Evidencia de Puerto Rico. Escritos para refrescar memoria.

"A) Sujeto a lo dispuesto en el inciso C) de esta regla, si un testigo, durante su testimonio o con anterioridad al mismo, utilizare un escrito para refrescar su memoria con respecto a cualquier asunto objeto de su testimonio, será necesario presentar en la vista dicho escrito a solicitud de cualquier parte adversa, y a menos que dicho escrito sea presentado, se ordenará la eliminación del testimonio del testigo sobre dicho asunto.

B) Si se presenta dicho escrito en la vista, la parte adversa puede, si así lo desea, inspeccionar el mismo, contrainterrogar al testigo sobre tal escrito, y presentar en evidencia cualquier parte de dicho escrito que sea pertinente al testimonio del testigo.

C) Se eximirá la presentación del escrito en el juicio, y el testimonio del testigo no será eliminado, si dicho escrito:

1. No está en posesión o bajo control del testigo o de la parte que ofreció su testimonio sobre el particular.

2. Dicho escrito no era razonablemente asequible a dicha parte mediante el uso de las cédulas u órdenes para la presentación de evidencia documental o por cualquier otro medio disponible".

[50] FRAMARINO DEI MALATESTA, NICOLA. *Lógica de las pruebas en materia criminal,* Editorial Temis Bogotá, 1973, Volumen II, pág. 28. "Por eso, cuando el contenido de la

2. Al referirse a documentos, pareciera utilizarlo en sentido genérico, es decir que cobija cualquier objeto que tenga carácter declarativo o representativo, como fotografías, croquis o mapas, sin embargo, habrá que concluir que se refiere a escritos, ya que esos otros objetos se deben introducir, a través de la llamada evidencia demostrativa (art. 423 del C. de P.P.).

3. Durante el interrogatorio, se permitirá a las demás partes el examen de los mismos (escritos) y como es obvio, los mismos pueden ser utilizados para contrainterrogar o para impugnar la credibilidad del testigo.

4. El juez excluirá toda pregunta que no sea pertinente (al tratar la intervención del juez se estudiará esta causal).

12.12. OPOSICIONES DURANTE EL INTERROGATORIO

La parte que no está interrogando o el Ministerio Público, podrán oponerse a la pregunta del interrogador cuando viole las reglas establecidas en los artículos 392, 393 y 394, o se haga en el interrogatorio directo una pregunta sugestiva, capciosa o confusa, o que tienda a ofender al testigo; el juez excluirá toda pregunta que no sea pertinente.

Esta oposición no debe dar lugar a ningún tipo de debate, y el que la hace debe ser preciso al formularla, por ejemplo: repetitiva, capciosa, impertinente, sugestiva, y el juez resuelve si la oposición es fundada o infundada y en el último caso ordena que el testigo responda[1].

Una pregunta obligada, ¿se debe o no oír a quien formuló la pregunta para que la defienda? Consideramos incorrecta la posición de quienes sostienen que se le debe permitir argumentar, ya que un proceso oral supone celeridad y continuidad, de tal manera que inmediatamente (ya, sin interposición de

---

declaración implica la necesidad de notas o memorias, debe haber posibilidad de hacer uso de ellas, y debe darse a quien preside la audiencia la facultad de autorizar su empleo, para evitar que se acuda a ellas por simple artificio o por comodidad, y no por la necesidad que verdaderamente surja de la declaración. Y esa necesidad se hace sentir especialmente en relación con algunos delitos, como los de peculado, concusión, quiebra o falsedad, respecto a los cuales es preciso a veces referir detalles confusos y minuciosos sobre cifras, detalles que no son susceptibles siempre de retenerse en la memoria".

[1] El inciso final del artículo 330 del C. de P.P. chileno dice: "En ningún caso se admitirán preguntas engañosas, aquéllas destinadas a coaccionar ilegítimamente al testigo o perito, ni las que fueren formuladas en términos poco claros para ellos. Estas normas se aplicarán al imputado cuando se allanare a prestar declaración".

cosa alguna, al instante), de plano, sin oír a quien formuló la pregunta, se resuelve. Se podría razonar así: Es suficiente que quien objeta la pregunta indique el motivo, ya que el juez está oyendo la pregunta (ese es el material sustento para resolver), y la pregunta estudiada por el juez le permite resolver sobre su viabilidad.

12.13. REGLAS SOBRE EL CONTRAINTERROGATORIO

El artículo 393 del C. de P.P. indica las reglas sobre el contrainterrogatorio:

"El contrainterrogatorio se hará observando las siguientes reglas:

a) La finalidad del contrainterrogatorio es refutar, en todo o en parte, lo que el testigo ha contestado.

b) Para contrainterrogar se puede utilizar cualquier declaración que hubiese hecho el testigo sobre los hechos en entrevista, en declaración jurada durante la investigación o en la propia audiencia del juicio oral.

El testigo deberá permanecer a disposición del juez durante el término que éste determine, el cual no podrá exceder la duración de la práctica de las pruebas, quien podrá ser requerido por las partes para una aclaración o adición de su testimonio, de acuerdo con las reglas anteriores".

12.14. INTERVENCIÓN DEL JUEZ EN LOS INTERROGATORIOS

El juez debe vigilar la pertinencia de las preguntas, para evitar la congestión del proceso con datos inútiles, que lo único que logran es esconder los hechos que realmente interesan.

El juez debe intervenir para que el interrogatorio sea leal y las respuestas sean claras y precisas (inciso final del art. 392 del C. de P.P.). Dicho criterio es reiterado cuando en el artículo 397 se dice: "Excepcionalmente, el juez podrá intervenir en el interrogatorio o contrainterrogatorio, para que el testigo responda la pregunta que le han formulado o que lo haga de manera clara y precisa. Una vez terminados los interrogatorios de las partes, el juez y el Ministerio Público podrán hacer preguntas complementarias para el cabal entendimiento del caso". Obsérvese que tales preguntas sirven para perfeccionar o darle nitidez al caso".

[52] En Pueblo vs. Pabón, el Tribunal Supremo de Puerto Rico, abordó el terna de rol del juez en los juicios criminales en Puerto Rico. El apelante impugnó su convicción alegando que el juez, en juicio sin jurado, actúo "como juez fiscal, haciendo un número de preguntas proporcionalmente mayor a las formuladas por el fiscal, tratando de probar hechos no probados por el Fiscal". El Tribunal Supremo, aunque rechazó el planteamiento, aprovechó el recurso apelativo para expresarse en torno a las diferencias entre el juicio acusatorio

12.15. CONOCIMIENTO PERSONAL DEL TESTIGO

Dice el artículo 402 del C. de P.P.:

"El testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiere tenido la ocasión de observar o percibir. En caso de mediar controversia sobre el fundamento del conocimiento personal podrá objetarse la declaración mediante el procedimiento de impugnación de credibilidad del testigo".

El testigo tiene que haber percibido los hechos en forma directa, es decir, que lo que va a declarar se sustenta en su percepción directa y personal. Si no se hace así, en cualquier momento del interrogatorio se puede impugnar, como por ejemplo, cuando al estar declarando un investigador, se refiere a un suceso presenciado por otro.

---

adversativo y el juicio inquisitorial: "La función del juez en los dos sistemas es en principio distinta, en el juicio acusatorio, el juez es básicamente un árbitro o moderador; en el inquisitorial, el juez juega un papel activo en la búsqueda de la verdad". Pero a renglón seguido aclaró que "tanto en Puerto Rico como en los Estados Unidos la jurisprudencia le ha ido asignando al juez un papel crecientemente más activo". Se advierte el desarrollo de la jurisprudencia de Puerto Rico y Federal en esta zona, con efecto de que "se ha hecho ya decididamente más borrosa la antigua línea divisoria entre el juicio acusatorio y el inquisitorial de hace siglos. Aquí el Tribunal Supremo señala que por razón de nuestra tradición jurídica básica, existe todavía mayor razón para reexaminar la función del juez en las causas criminales. El concepto del juicio acusatorio, en su versión primitiva, parece hallar especial apoyo en la creencia de que la justicia se produce mágicamente del combate entre dos adversarios, presidido por un juez cuya función esencial es ver tan sólo que se cumplan las reglas del juego. Rechazamos dicha visión de la función del juez.

El juez no es el simple árbitro de un torneo medieval entre la defensa y el Ministerio Público o el retraído moderador de un debate. El juez es partícipe y actor principal en él esclarecimiento de la verdad y en la determinación de lo que es justo. El juez puede y debe ser en casos vistos con o sin jurado, aunque con mayor libertad en los segundos, participante activo en la búsqueda de la justicia, siempre que no vulnere la imparcialidad que su alto oficio reclama. Puede el juzgador en consecuencia requerir la declaración de determinados testigos o interrogar a los que las partes ofrezcan, siempre que su conducta se mantenga dentro de las normas de la sobriedad y equilibrio que impidan que el juez sustituya, en vez que complemente, la labor del fiscal o del defensor. Nada impide que un juez, para aclarar un testimonio o una situación, o conciente de que no se han formulado algunas preguntas centrales para la determinación de lo sucedido verdaderamente en un caso, se tome la iniciativa a dicho efecto". Tomado de CHIESA, ERNESTO L. Op. cit., pág. 350. Hemos hecho la anterior cita con el fin de que el lector se acostumbre a pensar que el juez moderno ni siquiera en los Estados Unidos, permanece impávido, para que frente a él se construyan casos que no corresponden a la realidad, por cuanto que ello convertiría a la justicia en una obra de teatro.

12.16, IMPUGNACIÓN DE LA CREDIBILIDAD DEL TESTIGO

El artículo 403 del C. de P.P. dispone que la impugnación tiene como única finalidad cuestionar ante el juez la credibilidad del testimonio, con relación a los siguientes aspectos":

1. "Naturaleza inverosímil o increíble del testimonio".

Inverosímil: Lo que no tiene apariencia de verdad, Increíble: Tan extraño que cuesta trabajo creerlo. Se debe tener en cuenta la razón del dicho, es decir, si en las circunstancias de tiempo, modo y lugar el hecho narrado por el testigo es inverosímil, pero, además, si el hecho en cuanto a su contenido también lo es.

2. "Capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar cualquier asunto sobre la declaración".

Teniendo en cuenta el artículo 375 del C. de P.P., se puede utilizar el interrogatorio cruzado, o evidencia extrínseca[53].

[53] Regla 44. Credibilidad e impugnación de testigos (Reglas de Evidencia de Puerto Rico).

A) Quién puede impugnar. La credibilidad de un testigo puede ser impugnada por cualquier parte, incluyendo la parte que llama al testigo.

B) La credibilidad de un testigo podrá ser impugnada o sostenida mediante cualquier evidencia pertinente al asunto de su credibilidad, es decir, a la veracidad o mendacidad, incluyendo los siguientes aspectos:

1) Comportamiento del testigo mientras declara y la forma en que lo hace.

2) Naturaleza o carácter del testimonio.

3) Grado de capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar cualquier asunto sobre el cual declara.

4) Existencia o inexistencia de cualquier prejuicio, interés u otro motivo de parcialidad por parte del testigo.

5) Manifestaciones anteriores del testigo.

6) Sujeto a lo dispuesto en el inciso (C) de esta regla, el carácter o conducta del testigo en cuanto a veracidad o mendacidad.

C) Impugnación y autoincriminación. Un testigo no renuncia al privilegio contra la autoincriminación cuando es examinado en torno a materia que afecta únicamente a cuestiones de credibilidad.

[54] La demandante Magnolia, llama a declarar al señor José K, quien afirma que presenció una colisión de dos vehículos a una distancia de 50 metros, y observó que el señor Pedro viró en forma tan brusca y casi de aposta contra el vehículo de la señora Magnolia. Utilicemos el interrogatorio cruzado:

P: No es verdad que **en el** interrogatorio directo, ¿usted declaró que el día 8 de octubre de 2004, observó una colisión entre los vehículos de la demandante y del demandado?

R: Sí.

P: Señor K, ¿no es cierto que usted es miope?, ¿que tiene dificultad para ver las cosas a distancia?

R: Sí.

P: ¿No es correcto que su doctor le ha recetado gafas para corregir su miopía?

R: Sí

P: No es cierto que también cuando usted vio teóricamente la colisión, ¿usted no estaba usando gafas?

R: Sí

P: No es un hecho que usted estaba al menos a cincuenta metros de distancia del lugar del hecho, cuando supuestamente lo observó.

R: Si, es cierto.

Coloquemos un ejemplo de testimonio extrínseco para poner en tela de juicio a un testigo previo. El señor K, ha dejado el estrado. El demandado llama al señor J. El demandado está conduciendo el interrogatorio:

P: ¿Dónde estaba usted la tarde del 8 de octubre de 2004?

R: Estaba en el norte de la ciudad de Bogotá con el señor K.

P: ¿Quién es el señor K?

R: El último testigo en este caso.

P: ¿Qué estaba haciendo usted con el señor K?

R: Estábamos comiéndonos una picada y unos tragos en un bar de Unicentro. Luego nos fuimos para la casa.

P: ¿Cuándo comenzaron a beber usted y el señor K?

R: Eran cerca de la tres de la tarde.

P: ¿Cuántos tragos tomó el señor K?

R: Él estaba tomado, diría que tomó seis tragos.

P: ¿Qué estaba tomando él?

R: Aguardiente.

P: ¿Cuándo salieron del bar?

R: Eran cerca de la 7.

P: ¿Cuál era la apariencia del señor K?

R: Su cara estaba un poco roja.

P: ¿Cómo estaba actuando él?

R: Estaba corno embotado *y* como mareado.

P: ¿Cómo era su aliento?.

R: Tenía fuerte olor de alcohol.

P: ¿Cómo era su conversación?

R: Hablaba trabado.

P: ¿Qué ocurrió, luego de que ustedes salieron del bar?

R: Que en una calle aledaña a Unicentro, hubo un choque.

Hagamos, siguiendo el método tradicional, una indagación sobre la percepción y las condiciones en que se percibió (lo que permite si es del caso impugnar). El viático para poder impugnar seriamente la credibilidad del testigo predicado de la percepción, son las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el testigo percibió los hechos. Se pueden tener órganos receptores normales, por ejemplo la vista, pero si el tiempo es lluvioso, brumoso, o si es de noche, estas circunstancias pueden poner en tela de juicio lo narrado por el testigo.

Si la observación fue muy rápida (como se dice un instante), o si la atención o concentración no fue exclusiva, porque simultáneamente se presentaron varios acontecimientos, lo cual puede conducir a errores, permite, si es del caso, impugnar la credibilidad de lo percibido".

La embriaguez del testigo, puede disminuir su capacidad para percibir, en el momento de presenciar los hechos. Un testigo embriagado, no tiene la misma capacidad para captar todos los hechos, pero en cada caso se resolverá sobre tal aspecto[55]. Muchos factores inciden en el estado de la persona que ha ingerido licor: edad, la cantidad de la bebida, etc.

P: ¿Qué choque?

R: El choque sobre el cual declaró K.

P: ¿Cuánto vieron de ese choque?

R: Quizá tres minutos.

P: ¿Cuál era en su concepto, el estado del señor K, en el momento del accidente?

R: Evidentemente estaba muy tomado.

[55] DOHRING, ERICH. ***La prueba su*** *práctica y* ***apreciación.*** Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972, págs. 92 y ss. que hemos utililizado para el análisis del testimonio y la prueba pericial.

[56] Valoración del testimonio. Testigo que cuando presenció el hecho se encontraba embriagado. C.S. de J. Sentencia de Casación Civil de 23 de febrero de 2005. Radicación 18.746. M.P. Yesid Ramírez Bastidas. "Aunque es cierto que el consumo de alcohol produce alteraciones en el organismo e incide en la percepción sensorial de la realidad, esa sola circunstancia, explicable científicamente y entendida por todos en virtud de la experiencia, es insuficiente para admitir como regla que cuando alguien ha bebido licor está incapacitado para aprehender un acontecimiento y recordar características asociadas a personas o cosas. La mayor o menor posibilidad de comprender lo que está sucediendo y de retener en la memoria los detalles, estará vinculada, entre otros aspectos, a la cantidad de licor ingerido, al grado de tolerancia a la bebida y al impacto mismo que la situación le cause a la persona, razón por la cual no se pueden trazar pautas generales de apreciación de declaraciones provenientes de testigos que cuando presenciaron el hecho sobre el cual versa su relato se encontraban más o menos embriagados: En cada caso, de acuerdo con sus singularidades y siguiendo los criterios que establece la ley, entre los cuales se

El miedo o un susto, inciden de distinta manera, en la percepción de una persona, por ello habrá que tener en cuenta la manera de ser del testigo (sangre fría, tranquilidad en situaciones de estas). El cansancio, la somnolencia, el ayuno, pueden incidir en la percepción, precisamente por la poca o ninguna atención con relación al suceso que después se pretende narrar. El dolor, dependiendo de su intensidad, puede influir de manera notable en la nitidez de la percepción (en estos casos es importante consultar con un perito, para elaborar las preguntas para impugnar).

En cuanto se refiere a recordar, muchas veces la percepción pudo ser buena, pero muy fugaz, y por repetirse muchas veces el mismo suceso con distintos protagonistas la nitidez que pudo tener no se retiene, es decir, falla el recuerdo. Se puede trabajar como ejemplo con el cajero de banco de una gran ciudad que recibe miles de consignaciones, y no puede recordar ninguna en particular, salvo que algún hecho especial le haya permitido retenerla.

El acontecimiento sucedido hace mucho tiempo, pudo haber sido percibido con nitidez, pero el recuerdo sufre dos fenómenos que son la "rumiación" y la "decoloración", que atentan contra la originalidad del mismo. A menudo los testigos, y sobre todo en el contrainterrogatorio, utilizan adminículos del recuerdo. Si ese adminículo resulta axial para acreditar el recuerdo de un hecho que no tenía por qué ser retenido con esa precisión por el testigo, se debe permitir utilizar evidencia para refutarlo. Si por ejemplo responde "Recuerdo bien, porque ese día me casé", se puede traer prueba para acreditar que no es cierto.

Se puede recordar mal, pueden darse trocamientos parciales, recordar que se habló con una persona, cuando fue con otra, o en cuanto al orden en que sucedieron los hechos.

---

encuentra considerar el estado de los sentidos por los cuales se percibió y las circunstancias en que se obtuvo la percepción, el juzgador determinará la credibilidad que merezca el dicho del declarante, que es por supuesto rebatible en casación pero sólo a condición de que se demuestre en concreto que la sana crítica fue desbordada en el análisis probatorio y esa exigencia no se satisface —de acuerdo con lo dicho— con la simple afirmación de que el testigo se encontraba "en estado de alicoramiento" como aquí pretende el libelista. "Así las cosas, aunque el juzgador no desconoció que el testigo presencial bebió algunas. cervezas, no consideró que la cantidad de las consumidas le haya impedido capturar en su memoria las placas del carro, un logotipo distintivo en una de sus puertas y la imagen de uno de los victimarios, y se trata de una conclusión que a juicio de la Sala es razonable y respecto de la cual el defensor no logró acreditar que haya surgido de un examen probatorio contrario a una ley científica, un principio de lógica o una regla de experiencia".

En cuanto a la capacidad de comunicar, si la incapacidad es absoluta, no habrá testimonio, en caso contrario lo habrá, pero si se cree que existe alguna deficiencia, se puede interrogar sobre este aspecto, y sobre los supuestos tratamientos a que ha estado sometido el testigo, procurando balancear el derecho que tiene la parte a contrainterrogar *y* enjuiciar la credibilidad del testigo y el derecho de este a la intimidad. Se puede utilizar evidencia extrínseca.

3. "Existencia de cualquier tipo de prejuicio, interés u otro motivo de parcialidad por parte del testigo"".

Se puede decir, que este aspecto ha sido generalmente descuidado, pero es de una gran importancia, hasta el punto que un testigo parcializado o prejuiciado, puede causar grandes perjuicios, **puede inclusive sostenerse que el derecho a confrontación es parte del debido proceso de ley, y que**

[57] Interrogatorio para establecer que el testigo no es imparcial:

P: ¿No es verdad que el 8 de octubre usted asistió a una fiesta en la casa de Magnolia?

R: Sí.

P: ¿No es un hecho que doña Juanita Banana y Pedro Fernández, demandado en este proceso se encontraban en la fiesta?

R: Sí.

P: ¿No es correcto que durante la fiesta usted le dio un puño al señor Pedro Fernández?

R: Sí.

P: ¿No es también cierto que antes de dejar la fiesta usted le dijo a la señora Juanita Banana que tenía una antipatía personal fuerte por el señor Pedro Fernández?

R: Sí

Ahora retenga que el testigo haya negado los hechos. Se llama a declarar a Juanita Banana:

P: ¿Dónde estaba usted el día 8 de octubre de 2004, en las horas de la tarde?

R: En mi casa. Estaba dando una fiesta para algunos amigos.

P: ¿Quién fue a esa fiesta?

R: Había mucha gente. El señor Felipe García, el último testigo estaba. El señor Pedro Fernández también se encontraba allá.

P: ¿Ocurrió algo inusual durante la fiesta?

R. Que aunque parezca increíble el señor Felipe García golpeó al señor Pedro Fernández.

P: ¿Que ocurrió después?

R: Le solicité en tono enérgico al señor Felipe García, que se fuera de mi casa.

P: ¿Que dijo el señor García?

R: Que lo haría gustoso, que nunca pensó estar en una reunión con Fernández, persona a la cual le profesaba fastidio. Igualmente Fernández, afirmo más o menos lo mismo.

inquirir sobre motivos de parcialidad es aspecto esencial del derecho a la confrontación".

El motivo de parcialidad le debe ser preguntado al testigo, y si este lo niega, se puede traer evidencia extrínseca para acreditarlo. No existe un número preciso de causales de parcialidad, pero abunda la literatura al respecto teniendo en cuenta el amor, el odio, la venganza, el afecto, el parentesco, la dependencia, las relaciones amorosas en el amplio sentido del vocablo, etc.

4. "Manifestaciones anteriores del testigo, incluidas aquellas hechas a terceros, o en entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías'".

La contradicción con otras versiones sirve para mostrarle al juez que el testigo no es veraz, pero de ninguna manera para que se tome como prueba.

No es posible, que una persona rinda dos o más testimonios en forma exactamente igual, como si fueran vertidas en un mismo molde. Inclusive, si ocurre, puede pensarse que fue preparada no para que rindiera el testimonio,'

58 CHIESA APONTE, ERNESTO. *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos.* Editorial Forum. Tomo I, pág. 417.

59 Piénsese en el siguiente ejemplo que ha sido tomado de libro de IMWINKELRIED, EDWARD J. *Evidentiary* ***Foundations.*** Third Edition. Charlottesville, Virginia. 1980, págs. 101 a 141:

P: Señor K, si capté lo que usted dijo, el carro de mi cliente fue el que se pasó el semáforo en rojo ¿es correcto?

R: Sí.

P: ¿Es cierto que en la tarde del accidente, usted tuvo una conversación con el señor Pataquiva, en su casa de habitación?

R: Sí.

P: ¿Es cierto que durante esa conversación, usted discutió el choque entre el carro de mí cliente y el carro del demandado?

Re Es correcto.

P: ¿Es cierto además, que durante la conversación usted le dijo al señor Pataquiva que' fue el carro del demandado el que se pasó el semáforo en rojo?

R: Sí.

P: ¿Es cierto, que en el momento de la conversación el hecho estaba más cerca del accidente que su testimonio de hoy?

R: Sí

P: ¿Es correcto entonces, que su recuerdo estaba más fresco que ahora?

R: Sí.

lo cual es perfectamente normal y lícito, sino para que narrara unos hechos de los cuales no existió percepción. Quien realmente tuvo una percepción la puede narrar en distinta forma, y según las circunstancias se puede incurrir en contradicciones y olvidos, sin que por ello se afecte la credibilidad del testigo y de lo dicho por él. Pero puede ocurrir que incurra en contradicciones que pueden ser esenciales, como en el ejemplo que aparece a pie de página, decir que en una versión que quien se "pasó" el semáforo en rojo, fue un carro y después decir que fue otro. En este caso, la contradicción es esencial, no pueden ser ciertas o atendibles ambas versiones. Puede ocurrir que las contradicciones sean graves, con entidad, en ese caso no cabe duda que la credibilidad del testigo queda en entredicho, y el juez debe, con el instrumento de las reglas de la sana crítica, concretamente con las reglas de la experiencia, con el buen juicio humano, saber qué parte del testimonio resulta atendible, y cuál no.

Uno de los tenias que más discusión suscita hoy todavía, es la contradicción que se podría llamar "contradicción por omisión" o recuerdo tardío. Alguien relata un hecho, por ejemplo que K agredió con una silla a J. Reténgase, si J se hubiera también venido en señal de agresión con un machete en la mano, el cuadro y colorido al narrar el hecho, sería de la totalidad del cuadro, no es posible sostener que K agredió a J con una silla y en otra declaración decir que K agredió a J, con una silla cuando éste se le vino en señal de agresión con un machete en la mano. En el supuesto caso que fuera cierta, esa omisión, indica poco poder crítico del testigo, o unos grandes vacíos en su memoria'". Lo anterior implicaría, restarle credibilidad al testigo y a su versión.

5. "Carácter o patrón de conducta del testigo en cuanto a la mendacidad".

Se puede impugnar y como consecuencia preguntar sobre comportamientos que impliquen mendacidad. Así por ejemplo, se puede preguntar: ¿No es verdad que usted fue condenado por falsedad? Respuesta: Sí.

[60] El buen testigo no es solamente concienzudo, está, además, dotado de sentido crítico y sabe aplicar este sentido crítico a su propio testimonio. Entonces es el mejor auxiliar del juez, si éste sabe servirse de él. La autocrítica es una cualidad que se relaciona estrechamente con el buen sentido, sin ser "cosa mejor repartida del mundo". Un hombre de buen sentido, decía Santo Tomás, es aquel cuyo espíritu está dispuesto como una luna clara y muy unida en que las cosas se imprimen tal como son, sin que los colores se alteren o los rasgos se quiebren y se desfiguren: *simplici intuitu* ***recta videntur"***. GORPHE, FRANÇOIS. ***Crítica del testimonio.*** 4ª edición. Instituto Editorial Reus, pág. 349.

6. "Contradicciones en el contenido de la declaración".

En el número cinco anterior, trabajamos sobre contradicciones con otras declaraciones (es decir, una especie de confrontación externa), ahora de lo que se trata es de contradicciones en la misma declaración, siempre teniendo presente que los testimonios hay que leerlos estudiarlos y valorarlos en conjunto.

12.17, EL ACUSADO COMO TESTIGO

El artículo 394 del C, de P.P. regla la declaración del acusado y el coacusado como testigo, bajo la gravedad del juramento.

La Corte Constitucional colombiana, mediante Sentencia C-782/05, declaró exequibles las expresiones "como testigo" incluida en el título y "comparecerán como testigos bajo la gravedad del juramento" contenidas en el artículo 394 de la Ley 906 de 2004, en el entendido que **"el juramento prestado por el acusado o coacusado declarante no tendrá efectos penales adversos respecto de la declaración sobre su propia conducta; y que, en todo caso, de ello se le informará previamente por el juez, así como del derecho que le asiste a guardar silencio y a no autoincriminarse. Ni del silencio, ni de la negativa a responder, pueden derivarse consecuencias penales adversas al** declarante".

El artículo 394 del C. de P.P., como ya se dijo, establece que si el acusado o coacusado ofrecen declarar en su propio juicio, comparecen como testigos y bajo la gravedad del juramento, podrán ser interrogados conforme a las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Penal.

La Corte Constitucional, para declarar la constitucionalidad condicionada, recurre a hacer un análisis sobre el entendimiento de la norma, que resumimos así:

Si el acusado o coacusado falta a la verdad o la calla total o parcialmente, como una forma de ejercer su derecho a la defensa material, además podría ser procesado por haber incurrido en un falso testimonio. También puede suceder que ante el temor de resultar enjuiciado con graves consecuencias punitivas opte por autoincriminarse o incriminar al cónyuge, compañero o compañera permanente o parientes cercanos, con lo cual resultarían afectadas las garantías constitucionales al derecho de defensa y a la no autoincriminación.

Dice la Corte que ese entendimiento es constitucionalmente inaceptable, "pues es poner al acusado o al coacusado ante la disyuntiva de renunciar a sus garantías constitucionales por la posibilidad cierta de resultar doblemente

enjuiciado, a menos que opte por el silencio en desmedro de su derecho de **defensa. No se trataría aquí del ejercicio del derecho al silencio, sino del silenciamiento del acusado amenazado por la posibilidad cierta de incurrir en un delito si declara callando en todo o en parte, o sin incriminarse".** (Las negrillas son nuestras).

En cuanto se refiere al argumento según el cual se trata de un ofrecimiento voluntario del acusado o coacusado, de tal manera que puede interpretarse como una manifestación "libre, consciente, voluntaria y debidamente informada" como lo dispone el artículo 8 de la ley acusada; "es decir, que el acusado o coacusado pueden optar antes de rendir la declaración por el ofrecimiento a prestarla, o abstenerse de hacerlo y, en esas condiciones no se trataría de la obligación de declarar contra sí mismo o contra sus parientes más cercanos, y así, no resultarían quebrantados ni el derecho a la defensa ni la garantía establecida por el artículo 33 de la Constitución Política".

La Corte Constitucional, agrega: "Con todo, tal interpretación a juicio de la Corte no se acompasa con la Constitución, por cuanto no puede pasarse por alto que en la psicología propia del testimonio humano la dirección por parte del interrogador puede conducir a la pérdida de la claridad y precisión en la exposición del declarante, o desviar el sentido en que se relatan los hechos, o tener tal grado de injerencia en la persona que declara que se provoque de manera coactiva la manifestación que puedan resultar en pugna con el derecho del sindicado a guardar silencio total o parcialmente, o a dar una versión que sería distinta sino no hubiera mediado esa circunstancia. Por ello, no puede aducirse que el ofrecimiento de declarar fue voluntario, para sacar avante la constitucionalidad de la norma acusada, pues ello significaría ignorar que aceptado tal ofrecimiento se le impone al acusado o coacusado el deber jurídico de prestar juramento antes de rendir la declaración con consecuencias penales, lo que significa que en tal caso, por las condiciones subjetivas en que se encuentra una persona acusada de la comisión de un hecho punible, su declaración bajo la gravedad del juramento con consecuencias penales, ya no sea tan libre; voluntaria y consciente".

Y finalmente la Corte llega a la conclusión, que sin embargo la norma acusada admite también una interpretación distinta la cual sí se ajusta a la Constitución Política y agrega: "Así, si se entiende que el juramento que se exige al acusado o coacusado que ofrecieren declarar en su propio juicio, es una formalidad previa a la declaración, pero de la cual no se puede derivar consecuencias jurídico-penales adversas al declarante cuando su declaración verse sobre su propia conducta,

desaparece entonces la coacción que priva de libertad y espontaneidad a su dicho y, en tales circunstancias, queda entonces libre ya del temor a incurrir en otro delito a propósito de haber prestado el juramento y rendido su propia versión sobre los hechos que se le imputan, aun en el caso de que calle total o parcialmente si así lo considera necesario en pro de su defensa material. **Es entonces el juramento, un llamamiento solemne a que declare la verdad, pero sin que se pueda entender en ningún caso como una coacción con consecuencias penales. Siendo ello así, aunque subsista esa formalidad, se garantiza la plena vigencia de las garantías constitucionales al derecho de defensa y a la no autoincriminación**". (Las negrillas son nuestras).

Los efectos del juramento le deben ser explicados al acusado, en el sentido que dicho juramento queda "desprovisto de las consecuencias jurídico-penales adversas que podrían derivarse en contra suya como consecuencia de la prestación del mismo que antecede a la declaración; es decir, que al sindicado le asiste total libertad respecto del contenido mismo de aquella, así como es legítima su negativa a responder total o parcialmente ya sea a las preguntas que se le formulen por el juez o a las que se le hagan por la Fiscalía y la defensa en el interrogatorio cruzado propio de un proceso adversarial y de partes, como el que establece el sistema penal acusatorio".

Resta afirmar, que si el acusado o coacusado resuelve declarar sobre hechos criminosos atribuidos a un tercero, en ese evento el juramento surte todos sus efectos y están obligados a decir la verdad.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, que compartimos plenamente, hace surgir varias reflexiones que no por antiguas, dejan de ser importantes:

1. No cabe duda, que si se afirma que el juramento no tiene ninguna consecuencia sobre lo que narre el acusado sobre su propia conducta, la versión del sindicado no tiene frente al juez un gran significado, porque se sabe que tiene derecho a mentir. Esa es la otra cara de no establecer juramento, o colocarlo en las condiciones en que lo situó nuestra Corte Constitucional. ;

2. Con el fin de rescatar el dicho del acusado en algunos países, se ha establecido el juramento, como tina obligación del acusado de decir la verdad, en el evento que decida declarar, pero si no declara su silencio de ninguna manera puede ser utilizado para incriminar. Pero no existe el derecho a Mentir en la versión que suministre.

La Corte Constitucional colombiana, dice: **"que al sindicado *le* asiste total libertad respecto del contenido mismo de aquella** (se está refiriendo

a la declaración del acusado), **así como es legítima su negativa responder total o parcialmente, ya sea a las preguntas que se le formulen por el juez o a las que se le hagan por la fiscalía y la defensa en el interrogatorio cruzado propio de un sistema adversaria! y de partes, como el que establece el sistema penal acusatorio".**

Esta posición de la Corte, debe llamar a reflexionar a los abogados, cuando deciden presentar a sus clientes corno testigos, porque si bien no se puede afirmar en forma general que si deciden declarar deben responder las preguntas, que se le hagan por parte del fiscal sobre todo en el contrainterrogatorio, si trabajara en la psiquis del juez el silencio o la negativa a contestar del sindicado, si lo que dijo en el interrogatorio directo el acusado fuera cierto, hubiera respondido a la pregunta formulada en el contrainterrogatorio. El testimonio del acusado será valorado como un testimonio y se podrán tener en cuenta para ello sus contradicciones, etc.

Presentar al sindicado como testigo, aun con aplicación de la jurisprudencia de la Corte tiene varios riesgos:

1. Ya hemos visto que como el juramento no tiene ninguna consecuencia con relación a la propia conducta, la versión se presenta como desvalorizada frente al juez, por el derecho a mentir que tiene el sindicado.

2. Y por conseguir tan poco, existe el riesgo de incurrir en contradicciones, que deben ser valoradas por el juez.

3. Es muy dificil, aun en un sindicado inocente, no caer y dejarse seducir por contestar las preguntas frente a un escenario como es la audiencia del proceso oral, e inculparse. Es muy dificil sicológicamente, contestar una pregunta y cuando en el contrainterrogatorio se pregunta sobre algún aspecto de ella guardar silencio frente a todos los presentes en el juicio oral. Si por ejemplo el sindicado ha dicho en el interrogatorio que conocía a K, y en el contrainterrogatorio se le pregunta: ¿Cierto que usted y K eran amantes? y el sindicado guarda silencio o manifiesta que no contesta.

4. Obsérvese: Si el acusado no es ofrecido corno testigo por la defensa, no habrá testimonio del sindicado y su no comparencia, su silencio, no permite construir nada. Pero no estamos seguros que por lo menos esos silencios parciales no inclinen al juez o al Ministerio Público a utilizar las facultades del artículo 397 del C. de P.P. para hacer preguntas a otros testigos sobre esos aspectos que el inculpado no contestó (es abrir una caja de pandora de incalculables resultados).

13. LA PRUEBA PERICIAL

Con la advertencia que se hizo en cuanto a que lo dicho en el resto del libro es aplicable, solo haremos los comentarios específicos que sean necesarios. En relación con los peritos, se puede decir que hay dos fuentes de donde provienen: 1) Los expertos de la Policía Judicial, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, y entidades públicas, y 2) Particulares especializados en la materia de que se trate.

La utilización de particulares, resulta positiva, siempre y cuando se tenga una alta preparación. Si en un momento dado una parte presenta, un dictamen rendido por dos peritos, se entiende que si todo lo que se dice proviene de ambos, así debe ser suscrito. Pero en caso de que lo sea solo una parte, así se dirá y ella debe ser suscrita por el respectivo perito. El dictamen pericial se deberá rendir bajo la gravedad del juramento.

En cuanto se refiere al número de peritos, se establece una norma, que por lo menos resulta curiosa, en efecto el artículo 407 del C. de P.P. regla:

> "A menos que se trate de prueba impertinente, irrelevante o superflua, el juez no podrá limitar el número de peritos que sean llamados a declarar en la audiencia pública por las partes".

13.1. QUIÉNES PUEDEN SER PERITOS

Se establece que pueden ser peritos las personas con título legalmente reconocido en la respectiva ciencia, técnica o arte. En principio esto es aceptable, excepto para el caso del arte, generalmente quien tiene título, no crea, no es realmente artista. Sin embargo, el mismo código establece, que en circunstancias diferentes, podrán ser nombradas las personas de reconocido entendimiento en la respectiva ciencia, técnica, arte, oficio o afición aunque carezcan de título.

A los efectos de la calificación podrán utilizarse todos los medios de prueba admisibles, incluido el propio testimonio del declarante que se presenta como perito.

13.2. QUIÉNES NO PUEDEN SER NOMBRADOS PERITOS

Dispone el artículo 409 de la Ley 906 de 2004:

"No pueden ser nombrados en ningún caso:

a) Los menores de dieciocho (18) años, los interdictos y los enfermos mentales.

b) Quienes hayan sido suspendidos en el ejercicio de la respectiva ciencia, técnica o arte, mientras dure la suspensión.

e) Los que hayan sido condenados por algún delito, a menos que se encuentren rehabilitados",

13.3. OBLIGATORIEDAD DEL CARGO DE PERITO

Se establece que el nombramiento de perito, tratándose de servidor público, es de forzosa aceptación y ejercicio. Además se establece que para el particular solo lo será ante la falta absoluta de aquellos.

El nombrado sólo podrá excusarse por enfermedad que lo imposibilite para ejercerlo, por carencia de medios adecuados para cumplir el encargo, o por grave perjuicio a sus intereses.

El perito que, injustificadamente, se negare a cumplir con su deber será sancionado con multa de diez (10) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, equivalente en moneda legal colombiana.

13.4. IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES

Respecto de los peritos, serán aplicables las mismas causales de impedimento y recusación señaladas para el juez. El perito cuyo impedimento o recusación haya sido aceptada, será excluido por el juez, en la audiencia preparatoria o, excepcionalmente, en la audiencia del juicio oral y público.

13.5. **COMPARECENCIA DE LOS PERITOS** A LA AUDIENCIA

Entendiendo que en la audiencia preparatoria se deben solicitar las pruebas (art. 357 del C. de P.P.), las partes solicitarán al juez que haga comparecer a los peritos al juicio oral y público, para ser interrogados y contrainterrogados en relación con los informes periciales que hubieren rendido, o para que los rindan en la audiencia.

13.6. PRESENTACIÓN DE INFORMES

Las partes podrán presentar informes de peritos de su confianza y solicitar que éstos sean citados a interrogatorio en el juicio oral y público, acompañando certificación que acredite la idoneidad del perito.

Si el juez admite el informe presentado por la parte, que lo debe ser en la audiencia preparatoria, inmediatamente ordenará citar al perito o peritos que los suscriben para que concurran a la audiencia del juicio oral y público con el fin de ser interrogados y contrainterrogados.

117. BASE DE LA OPINIÓN PERICIAL

El artículo 415 del C. de P.P. regula lo referente "a la opinión pericial". La opinión pericial, es un informe resumido donde se expresa la base de la opinión pedida por la parte que propuso la práctica de la prueba. Hay que entender por base, el fundamento o apoyo de la opinión. Este informe debe ser puesto en conocimiento de las demás partes al menos con cinco (5) días de anticipación a la celebración de la audiencia pública en donde se recepcionará la peritación, sin perjuicio del descubrimiento de la prueba.

Este informe lo que persigue es garantizar plenamente el derecho de contradicción. Este derecho está estrechamente relacionado con la información o el conocimiento, ya que sin éstos el derecho mencionado sería simplemente formal y no sustancial.

Como el perito, será tratado como testigo y se le podrá contrainterrogar, las partes podrán asesorarse y preparar la manera de contradecir o llegar a la conclusión que no se optará por tal comportamiento.

13.8. ACCESO A LOS ELEMENTOS MATERIALES

Los peritos, tanto los que hayan rendido informe, como los que sólo serán interrogados y contrainterrogados en la audiencia del juicio oral y público, tendrán acceso a los elementos materiales probatorios y evidencia física a que se refiere el informe pericial o a los que se hará referencia en el interrogatorio.

13.9. INTERROGATORIO AL PERITO

Para que haya mayor claridad, desarrollaremos este tema con un ejemplo e iremos introduciendo conceptualizaciones. Seguiremos el orden del artículo 417 del C. de P.P.

En el siguiente ejemplo el experto testificará para una comparación que hizo entre un revólver y un perdigón recuperado de una víctima de disparo. El perito deberá ser interrogado en relación con los siguientes aspectos:

1. "Sobre los antecedentes que acrediten sus conocimientos teóricos sobre la ciencia, técnica o arte en que es experto".

Esta exigencia se encuentra relacionada en una forma axial con la valoración de la prueba pericial (articulo 420 del C. de P.P.). Al perito se le

debe preguntar sobre su capacitación para emitir el concepto[61]. Todo ello, encaminado a saber cuál es su formación teórica.

[61] Ejemplo: El testigo-perito testificará, como ya se dijo, acerca de la comparación que hizo entre un revólver y un perdigón recuperado de una víctima de disparo. El revólver y el perdigón han sido admitidos como evidencia. He tomado en parte el ejemplo de GRAHAM, MICHAEL H. *Evidente. Text, Rieles, Illustrations and Problems.* 1983. Págs. 325 y ss. National Institute for Trial Advocacy.

P: ¿Para quién trabaja Usted?

R: Para el Departamento de Policía de Bogotá.

P: ¿Por cuánto tiempo ha trabajado para el Departamento?

R: Doce años.

P: ¿En qué posición?

R: Soy examinador de armas de fuego del Departamento de Criminalística.

P: ¿Cuánto tiempo hace que está empleado corno examinador de armas?

R: Cerca de 15 años.

P: Señor K, ¿qué área cubre el campo de las armas de fuego?

R: Cubre el estudio de toda clase de armas, sus partes y cualquier proyectil asociado con esas armas.

P: ¿Qué significa el término "balística"?

R: Balística es el estudio de los proyectiles, como balas y su relación con las armas.

P: ¿Asistió a algún centro para su preparación?

R: Asistí a la Universidad Z.

P: ¿Recibió un grado?

R: Recibí un grado de Diplomado en Física.

P: ¿Existen cursos formales en el campo de las armas de fuego y balística?

R: No, es por entrenamiento con expertos.

P: ¿Con quién entrenó?

R: Con el Teniente K, Jefe del Departamento de Criminalística, quien era experto en armas.

P: ¿En qué consistía el entrenamiento?

R: Comencé observándolos, haciendo las diferentes pruebas y análisis usados en el campo. Después de un tiempo ejecuté el trabajo bajo su supervisión. Después de dos años más o menos, comencé a trabajar solo, aunque nuestros ptocedimientos siempre requieren que alguien más confirme nuestras conclusiones.

P: ¿Hay textos reconocidos sobre la materia?

R: Sí.

P: ¿Los ha leído?

R: Sí señor.

P: ¿Qué pruebas se hacen comúnmente en su campo?

R: Las pruebas más comunes son las que se hacen para determinar si un arma está trabajando apropiadamente, se prueba disparador y comparaciones de balas.

P: ¿Qué es una prueba de comparación?

R: Es la prueba para determinar si una bala fue disparada de cierta arma.

P: ¿Ha ejecutado alguna vez esta prueba?

R: Sí señor. Hago varios cientos de ellas cada año.

P: ¿Ha testificado para la jurisdicción como experto en comparación de balas?

R: Sí

P: ¿Cuántas veces?

R: En los últimos once años diría que 60 o 70 veces.

P: ¿Es miembro de alguna organización profesional?

R: Sí señor

P: ¿Cuál?

R: Soy miembro de la Academia Nacional de Ciencias Forenses.

P: ¿1-la enseñado su técnica?

R: Sí, en los pasados cinco años he estado enseñando a gente nueva en la sección de armas de fuego. También dicto conferencias en las academias de entrenamiento.

P: ¿Ha publicado documentos en el área de armas de fuego y particularmente en balística?

R: Sí, he publicado libros.

P: Por favor, describa los principios básicos involucrados en hacer una comparación balística entre un arma y una bala.

R: Sí, el propósito, por supuesto, es determinar si la bala o proyectil vienen del arma sospechosa. Las armas de fuego tienen dos características básicas llamadas clase y accidental.

P: ¿Cuáles son las características de clase?

R: Primero, el calibre, por ejemplo: 22, 38 o 45, lo cual se refiere al diámetro de las balas. Segundo, tierras y surcos, lo que se refiere a las impresiones hechas en una bala por las crestas de espiral en un cañón de arma de fuego y da la estabilidad de la bala en vuelo. Las diferentes armas tienen diferentes números de crestas, tales como cuatro o cinco. Tercero: anchura y profundidad, lo cual se refiere al tamaño y forma de las crestas del cañón, lo cual varía dependiendo del arma de fuego. Cuarto, las crestas pueden ser de giro hacia la derecha o izquierda en lo que es conocido giro de mano derecha o izquierda. Finalmente, el grado de giro puede variar otra vez, dependiendo del arma particularmente involucrada. Todo esto es conocido como características de clase.

P: ¿Qué quiere decir características accidentales?

R: Todas las armas desarrollan características únicas lo que hace posible la identificación exacta. Algunas de estas son creadas durante la fabricación cuando imperfecciones se crean en la parte de adentro del cañón del arma que nunca son repetidas exactamente de nuevo. Además, el uso de un arma transmite características adicionales pues cada que un arma es disparada, pequeños rastros de metal son sacados a medida que la bala pasa por el cañón. Finalmente, cosas tales como óxido, abuso, limpieza inapropiada- y mal alineamiento del cañón y el cilindro cambiarán las características del arma.

P: ¿Cómo ayudan esas características de clase y accidentales en la ejecución de pruebas de comparación balística?

R: Esas características de clase y accidentales son forzadas entonces en los lados de la bala cuando pasa a través del cañón del anua. Todos estos factores combinan para dar características únicas del arma que permiten a un experto cotejar un arma particular con una bala particular.

P: ¿Qué se involucra para hacer esta comparación?

R: Primero, revisamos el arma para ver si es operable. Si es así, cargamos el arma con una bala del mismo calibre y características de la bala sospechosa. Se dispara el arma a una trampa de balas, que es una caja grande rellena de algodón, lo que nos permite recuperar la bala sin dañarla. Tomamos luego la bala de la prueba y la bala sospechosa y las comparamos en un microscopio de comparación. Este es un microscopio que le permite ver ambas balas al mismo tiempo para ver las marcas en los lados de ambas y ver si coinciden. El microscopio le permite rotar las balas y verlas a ambas en una pantalla dividida. Si las balas coinciden, usted verá las mismas marcas o estrías en los mismos sitios en ambas balas. Después de hacer las comparaciones, inventariamos el arma y la bala sospechosa y escribimos un informe sobre nuestros hallazgos.

P: Señor K, le muestro lo que ha sido admitido como evidencia, prueba de la Fiscalía y le pido que lo examine, ¿lo reconoce?

R: Sí.

P: ¿Ha visto la evidencia antes?

R: Sí.

P: ¿Cuándo fue la primera vez que la vio?

R: La vi cuando fue presentada al laboratorio el 18 de diciembre de 2004.

P: Ahora le muestro lo que ha sido admitido como evidencia (Prueba No. 2) de la Fiscalía y le pido que lo examine, ¿lo reconoce?

R: Sí. Recibí esto en el laboratorio el 20 de diciembre de 2004.

P: ¿Realizó alguna prueba con esas dos evidencias?

R: Sí.

P: ¿Cuáles fueron?

R: Hice la prueba de fuego No. 1 y la encontré en condición operable (se refiere al arma) Después ejecuté una prueba de comparación entre la Prueba 1 y la Prueba 2.

P: ¿Cuándo realizó esa prueba?

R: El 28 de diciembre de 2004.

P: ¿Cómo se ejecutó la prueba?

R: Utilicé el mismo método que describí previamente. El arma, un revólver calibre 38 con cuatro bandas y ranuras con un giro de mano derecha, se le hizo la prueba de fuego utilizando una calibre 38. El perdigón fue recuperado de la trampa de algodón, luego coloqué este perdigón de prueba a un lado del microscopio de comparación y el perdigón sospechoso (Prueba No. 2) al otro lado. Completé entonces la comparación.

P: Como resultado de la prueba de comparación, ¿llegó a algunas conclusiones?

R: Sí

P: ¿Cuáles fueron?

R: Concluí que el perdigón sospechoso (Prueba No. 2) fue disparado por la misma arma, que el perdigón indubitado (Prueba No, 1).

2. "Sobre los antecedentes que acrediten su conocimiento en el uso de instrumentos o medios en los cuales es experto".

Es muy importante que se sepa cuál es el conocimiento que el perito pueda tener sobre el uso de instrumentos o medios, cuando ese es el objeto de la declaración pericial, o cuando son medios para poder rendir el testimonio pericial.

3. "Sobre los antecedentes que acrediten su conocimiento práctico en la ciencia, técnica, arte, oficio o afición aplicables".

4. "Sobre los principios científicos, técnicos o artísticos en los que. fundamenta sus verificaciones o análisis y grado de aceptación".

Este requisito, tiene que ver con el derecho de contradicción que es parte fundamental de la valoración de la prueba pericial (art. 420 C. de P.P.). En el ejemplo que aparece al pie de página la referencia que se hace a las características de clase y las características accidentales, apuntan en ese sentido.

5. "Sobre los métodos empleados en las investigaciones y análisis relativos al caso".

Es necesario explicar el método, para así saber si dicho método es el que recibe apoyo del mundo científico o tecnológico en ese momento. En el ejemplo propuesto a pie de página se dice: "Primero, revisamos el arma para ver si es operable. Si es así, cargamos el arma con una bala del mismo calibre y características de la bala sospechosa. Se dispara el arma a una trampa de balas, que es una caja grande rellena de algodón, lo que nos permite recuperar la bala sin dañarla. Tomamos luego la bala de la prueba y la bala sospechosa y las comparamos...".

P: ¿Cuáles son las razones para su conclusión?

R: (Explica la base para la conclusión).

P: Después de terminar la comparación, ¿qué hizo?

R: Preparé un informe escrito y devolví el arma (Prueba No. 1) y perdigón Prueba No. 2) a la sección de inventario.

P: ¿Qué hizo con el perdigón de prueba?

R: Lo marqué, y quedó en los archivos del laboratorio de balística.

P: ¿Cómo devolvió esos objetos a la sección de inventarios?

R: Etiqueté el arma (Prueba No. 1), marqué la etiqueta y la puse en un sobre de manila marcado y sellado. El perdición (Prueba No. 2), lo puse en una caja de perdigones estándar, sellé la caja y la marqué. Luego le dije a un mensajero que tornara ambas pruebas y las llevara a la sección de inventario del laboratorio.

6. "Sobre si en sus exámenes o verificaciones utilizó técnicas de orientación, de probabilidad o de certeza".

En el ejemplo propuesto se ha dicho: "Las estrías de los proyectiles producidas por las irregularidades de sus homólogos en el ánima son únicas. Si un alto grado de correspondencia es hallado entre las estrías de dos proyectiles, se puede decir inequívocamente que fueron ambos disparados por una misma arma"62.

7. "La corroboración o ratificación de la opinión por otros expertos que declaran también en el mismo juicio".

El perito tiene, en todo caso, derecho de consultar documentos, notas escritas y publicaciones con la finalidad de fundamentar y aclarar su respuesta.

13.10. INSTRUCCIONES PARA CONTRAINTERROGAR AL PERITO

Se dice en el artículo 418 del C. de P.P. "instrucciones para contrainterrogar al perito". Siguiendo el mismo derrotero de los testigos, el perito está sujeto a impugnación, declaraciones anteriores incoherentes, equivocadas, mala reputación en cuanto a veracidad (mendacidad), existencia de interés en las resultas del proceso. Se puede probar que el perito está recibiendo una gran suma de dinero por testificar o que el perito no es imparcial, ya que se alinea con un punto de vista particular o con un tipo de litigante,

En el contrainterrogatorio se podrá utilizar cualquier argumento sustentado en principios, técnicas, métodos o recursos acreditados en divulgaciones técnico-científicas calificadas, referentes a la materia de controversia.

Se le puede preguntar sobre la importancia que tiene por ejemplo un tratado, y una vez que el perito conteste por ejemplo que tiene una gran valía e importancia, preguntarle sobre un pasaje que contradice lo que dice el perito. Se ha dicho: "Como un aspecto táctico, sin, embargo, el examinador cruzado

62 MAZA MÁRQUEZ, MIGUEL. ***Manual de*** *criminalística.* Ediciones Librería del Profesional. 5' edición, pág. 40. Además agrega: "El estudio deberá continuarse rodando los dos elementos simultáneamente, estría por estría, debiendo encontrar características iguales en cada una de ellas. Para este estudio se utiliza el microscopio de comparación para balística, el que por intermedio de un prisma permite la observación simultánea de los dos elementos sometidos a cotejo, la correcta disposición de los elementos, empleo de luces, etc., facilitará el trabajo. Idéntico procedimiento se sigue con las vainillas incriminadas".

debe ser cauteloso en previsión de que el perito afirme en forma persuasiva por qué ese pasaje es inaplicable en el caso especifico o por qué la rectitud del mismo es rechazada por el pensamiento profesional actuar".

Se debe ser muy cuidadoso en hacer esas preguntas, porque bien hechas y logrando poner en evidencia la equivocación del perito o por lo menos la mayor calificación de la cita, son de un gran efecto frente al juez, pero lo. contrario también tiene esa riqueza.

13.11. PERITO IMPEDIDO PARA CONCURRIR

Si el perito estuviere físicamente impedido para concurrir a la audiencia pública donde se practicará la prueba, de no hallarse disponible el sistema de audiovideo u otro sistema de reproducción a distancia, esta se cumplirá en el lugar en que se encuentre, en presencia del juez y de las partes que. habrán de interrogarlo.

13.1 2. EL APORTE DE LOS EXPERTOS AL PROCESO: LOS PAÍSES DEL COMMON LAW

Resulta pertinente hacer una cita, ciertamente larga, pero útil, se ha dicho: "Como es sabido, es radicalmente diversa la situación en los ordenamientos del *common law* (se está refiriendo a la diferencia con el *civil latir!),* en los cuales la contribución de los expertos al proceso se cumple normalmente por medio de un testimonio, introducido a la causa por las partes. Las razones.. por las cuales históricamente se ha formado esa situación son complejas, y aparecen estrechamente conexas con la estructura del proceso, propia de los sistemas del *common law,* tal como se delineó luego que el jurado hubo cesado de desarrollar funciones sustancialmente testificales y se convirtió en juez del hecho sobre la base de pruebas aportadas por las partes. Ante todo, la sustanciación de la causa concentrada por lo general en una sola audiencia y esencialmente oral excluye la posibilidad de encargos judiciales que se desarrollen en el curso de la instructoria con presentación de relaciones escritas, como sucede en los paises del *civil law* y requiere que el dictamen del experto se rinda directa y oralmente en audiencia.

"En segundo lugar, la admisión de declaraciones de un experto que no ha tenido conocimiento directo de los hechos y refiere sobre la base de hipótesis

[63] LILLY, GRAHAM *C. An introduction lo the lav of evidence.* Third Edition, West Publishing Co. St. Paul, Minn., 1996, pág. 564. No, 12.3.

científicas, no sólo representa la excepción a la opinion rule (o sea a la prohibición para los testigos de referir opiniones y no hechos), sino que resulta también, al menos en sus orígenes históricos, estrechamente conexa con la hearsay rule, que prohibe la admisión en juicio de declaraciones orales o escritas de personas no llamadas a deponer como testigos. Como sucede con todas las excepciones a estas reglas de exclusión, es esencial que el testimonio admitido sea sometido a cross-examination (o, si se quiere que sea garantizado el right to confrontation), ésta es, en efecto, la principal razón que se opone constantemente a una reforma del sistema angloamericano en el sentido de admitir que se recurra a los court experts que no deban someterse a las reglas de asunción propias de la prueba testimonial. **Se trata de una exigencia muy importante, porque ciertamente uno de los puntos sensibles de la aplicación práctica de la prueba pericial en los países del *civil law* es precisamente la tendencia de la peritación a escapar a las reglas del contradictorio.** (Las negrillas son nuestras).

"Lo que se ha recordado no significa que los ordenamientos del *common law* conozcan solamente la figura del *expert witness* como testigo de parte, ni que falten movimientos de reforma encaminados a superar los defectos del sistema vigente, ciertamente graves, sobre todo por la tendencia) parcialidad de los expertos. Bajo el primer aspecto, debe recordarse que, aparte del poder de los tribunales ingleses y estadounidenses para admitir de oficio el testimonio de expertos, como cualquier otro testimonio (poder que existe en abstracto, pero que no se ejerce de hecho, por la reluctancia de los jueces a infringir el esquema de *adversary system of litigation),* hallamos en el ordenamiento inglés el instituto del assesor, experto que asiste al juez en el examen de cuestiones técnicas, respondiendo a las cuestiones que le son sometidas en *private,* y, por consiguiente, sin estar sujeto a las reglas de la testificación"".

De la cita anterior podernos sacar la siguiente conclusión: Es realmente cierto que, como está regulado el dictamen pericial en los sistemas del *civil law,* no hay una verdadera contradicción, como tampoco la hay en la Ley 600 de 2001. El dictamen se reduce a un monólogo, aun en el caso de que haya varios peritos. La contradicción es muy pasiva, y la mayor parte de las veces no se sabe si efectivamente el perito sabe o no la materia sobre la cual conceptúa. Por juicioso y aplicado que sea el juez, al no tener frente a él, a un

[64] DENTI, VICTORIO. *Estudios de derecho probatorio.* Ediciones Jurídicas Europa-América. Pág. 286.

perito que responda de viva voz, sobre lo que se le pregunta en el contrainterrogatorio como ejercicio del derecho de contradicción, prácticamente resuelve con sustento en monólogos. Aun en el supuesto caso que se practiquen varios dictámenes periciales en un proceso, éstos resultan ser monólogos que el juez integra seguramente en un "diálogo" con su raciocinio, lo cual no resulta lo mismo.

13.13, APRECIACIÓN 1W LA PRUEBA PERICIAL

Como lo hemos tratado de indicar con anterioridad, con los sistemas escritos, el derecho de contradicción de la prueba pericial, no se podía ejercer con plenitud. Con el sistema oral, realmente se puede llegar a saber si el perito sabe, es decir cuál es su idoneidad técnico-científica, también sobre su, idoneidad moral (la cual se indaga fundamentalmente en el contrainterrogatorio), si hay cobro excesivo de honorarios, honorarios sobre cuota litis, conceptos emitidos en otro sentido en otras oportunidades, etc. Estos criterios se han exigido siempre, para valorar la prueba pericial, en aplicación de las reglas de la sana crítica", pero el aspecto moral era realmente larvado, al igual que la claridad y exactitud de sus respuestas.

Si se sabe la materia sobre la cual se está respondiendo, aquellas no pueden tener otra connotación, ya que lo contrario está indicando o que el perito no sabe bien la materia sobre la cual está respondiendo o que la ciencia o técnica que le sirve de soporte no le permite responder en otra forma.

13.14. EL COMPORTAMIENTO DEL PERITO AL RESPONDER

Cuando se trata de la prueba testimonial, el llamado *demeanor*[66] puede ser muy equívoco, pero cuando se trata de la prueba pericial, consideramos que debe ser valorado por el juez siempre. Si se tiene dominio de una ciencia o técnica, se podrá responder sin mayores dificultades, pero cuando los conocimientos se tienen retenidos en forma deficiente, aflorará el nerviosismo,

65 El artículo 257 del C. de P.C. (Ley 600 de 2000) dice:

"Criterios para la apreciación del dictamen. Al apreciar el dictamen se tendrá en cuenta la idoneidad del perito, la fundamentación técnico-científica que sustenta el dictamen, el aseguramiento de calidad aplicado, el sistema de cadena de custodia registrado y los demás elementos que obren en el proceso".

66 Aforismo utilizado para expresar d comportamiento del testigo cuando rinde testimonio y la forma en que lo hace.

los silencios prolongados, las vacilaciones, las respuestas dadas con habilidad, pero sin sinceridad, se eluden las respuestas".

Cuando se contrata un experto, por ejemplo, porque la defensa requiere un concepto sobre un punto determinado, es mejor que en abstracto se le consulte el caso al respectivo perito, para saber si la hipótesis que tiene aquella coincide con la opinión del experto, en caso contrario no resulta aconsejable contratarlo, porque si varía su concepto por los honorarios ofrecidos, en un contrainterrogatorio bien formulado lucirá inseguro, artificial, poco espontáneo, y por tratarse de conocimientos, el juez debe tener en cuenta esa circunstancia. Aquí sí, esa lucha entre lo que se sabe que es de determinada

Decía CARNELUTTI: "En la confrontación más que en el testimonio simple tiene valor, además del discurso, la actitud del testigo; esta observación se refiere, en particular, a la sinceridad o pureza del testimonio; mentir es un esfuerzo cuyos signos, por los vínculos misteriosos entre espíritu y cuerpo, no es raro que se puedan apreciar sobre este último. Tanto más se manifiesta el esfuerzo cuando más teme quien miente que sea descubierta la mentira; esto quiere decir, entre otras cosas, que sí puede mostrarse desenvuelto quien miente frente al juez que no tiene ninguna experiencia del hecho narrado, raramente se mantiene la desenvoltura frente a quien, por el contrario, sabe, por haber asistido a ellas, cómo han ocurrido las cosas. Por tanto, aun cuando la confrontación no resuelva el desacuerdo, ofrecerá al juez indicios muy útiles para argüir de parte de quién está la verdad". ***Lecciones sobre el proceso penal.*** Tomo IV. Ediciones Jurídicas Europa-América. Bosch Editores. 1970. Buenos Aires, pág. 32.

Se puede decir que sobre el valor del *demeanor* (el comportamiento del testigo cuando rinde el testimonio y la forma en que lo hace) existen dos criterios: El ya expresado por Carnelutti, y el contrario, en efecto se ha dicho: "Hay, por supuesto visiones distintas sobre el valor del *demeanor* del testigo como elemento para adjudicar credibilidad. En opiniones del Tribunal Supremo de Puerto Rico hallamos versiones encontradas. En Sanabria vs. Sucesión González, el juez asociado señor Belaval, escribiendo por el Tribunal, mostraba así su escepticismo con el ***demeanor*** como elemento para evaluar la credibilidad de un testimonio: "no es este el momento de malograr la crítica de este pequeño muestrario de los indicios expresionales, que se suponen forma parte de la sagacidad de un juez de hechos. Con los conocimientos que tenemos hoy de psicología aplicada, sabernos que es altamente improbable estudiar a través de una observación tan rápida, en circunstancias tan poco deseables como la que brinda un juicio sobre los hechos, la conducta moral de un testigo. Sálvese por algún tiempo el ingenuo muestrario de los indicios expresionales coleccionado por la experiencia de cada juez de hechos, para buscar la verdad a través de esa curiosa revelación plástica de la credibilidad que se supone pueda reflejarse sobre la figura humana. Confieso que mi experiencia de diez años como juez de hechos, lo que me produjo fue una duda profunda sobre la eficacia del método". CRESA APONTE, ERNESTO L. ***Tratado de Derecho Probatorio.*** Publicaciones JTS-Luiggi Abraham-Editor. Patricia Abraham-Editora Asociada, pág. 408.

manera y lo que en contrario se está diciendo, se refleja no solamente en manifestaciones corporales (fáciles de observar, pero difíciles de valorar) sino en la inseguridad con que se responde, contrastado con la seguridad al responder por ejemplo en el interrogatorio directo.

Así pues, mientras la valoración, de esos comportamientos en la prueba testimonial es de doble filo (producen equívocos por ejemplo llorar, dudar), en la prueba pericial explicado como quedó, son inequívocos y valorables siempre.

13.15. EL GRADO DE ACEPTACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CIENTÍFICOS, TÉCNICOS O ARTÍSTICOS EN QUE SE APOYA EL PERITO

Sobre este tema puede ser interrogado el perito y por sobre todo en el contrainterrogatorio, y puede suceder por ejemplo que se llegue ala conclusión que la técnica que se empleó es desueta, o que no se hizo con los instrumentos que se requieren para ello, o que hay otras técnicas mucho más confiables, o que por el contrario, un perito empleó las técnicas que arropa el mundo científico y el otro no, etc.

Los instrumentos empleados tienen una gran importancia, ya que algunos de ellos son de tal idoneidad que producen pruebas que difícilmente se lograrían o que sencillamente no se lograrían sin ellos. El juez debe estar muy atento, a fin de poder relacionar (en conjunto) las respuestas de los peritos.

13.16. LA PROHIBICIÓN DE PROVOCAR PREGUNTAS A LOS PERITOS SOBRE LA INIMPUTABILIDAD

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 421 del C. de P.P. "las declaraciones de los peritos no podrán referirse a la inimputabilidad del acusado. En consecuencia, no se admitirán preguntas para establecer si, a su juicio, el acusado es imputable o inimputable"[68].

13.17. ADMISIBILIDAD DE PUBLICACIONES CIENTÍFICAS Y PRUEBA NOVEL

Regla el artículo 422:

[68] Para no repetir lo escrito, remitimos a nuestro trabajo *La inimputabilidad.* XXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Departamento de Derecho Penal y Criminología. Universidad Externado de Colombia. Ver nuestro libro *La prueba pericial.*

"Para que una opinión pericial referida a aspectos noveles del conocimiento sea admisible en juicio, se exigirá como requisito que la base científica o técnica satisfaga al menos uno de los siguientes criterios:

1. Que la teoría o técnica subyacente haya sido o pueda llegar a ser verificada.

2. Que la teoría o técnica subyacente haya sido publicada y haya recibido la crítica de la comunidad académica.

3. Que se haya acreditado el nivel de confiabilidad de la técnica científica utilizada en la base de la opinión pericial.

4. Que goce de aceptabilidad en la comunidad académica".

No cabe duda, que el sustento de esta disposición se encuentra en el derecho a la prueba, que aparece consagrado en forma manifiesta en el artículo 29 de la C. P. de Colombia".

[69] Nos vamos a referir a los Estados Unidos. LILLY, GRAHAM C. ***An introduction to the law of evidente.*** West Publishing Co. ST. Paul (Minn), 1996, pág. 567. "Una pregunta dificil es qué tan bien debe estar establecido un principio o proceso científico antes de que sea aceptable como evidencia judicial. En un proceso que tuvo lugar en 1923 (Frye vs. Estados Unidos) se consideró este aspecto de la confiabilidad. La norma que se usó allí para determinar la admisibilidad del testimonio científico de un perito fue si el principio o proceso científico en cuestión había "ganado aceptación general en el campo particular al cual pertenece". Aunque la prueba de Frye fue criticada a veces tanto por las cortes como por los comentaristas en el sentido de ser demasiado exigente, permaneció como norma dominante durante unos 50 años. Con la aprobación de las Normas Federales de Evidencia en 1975 se puso en tela de juicio la vigencia efectiva del concepto Frye, al menos en las Cortes Federales. La norma 702 dice: "Testimonio por peritos. Si determinado conocimiento especializado científico, técnico o de otro tipo ha de ayudar al investigador a entender la evidencia o a determinar un hecho en proceso, un testigo calificado como perito por su conocimiento, destreza, experiencia, entendimiento o educación, puede testificar en el caso en la forma de una opinión o de otro modo".

El texto de la norma descarta el lenguaje de "aceptación general" de Frye. Por otra parte en las Notas del Comité Asesor a la Norma 702 no se menciona la norma Frye. La indebida posición de la norma, y su referencia para ayudar al investigador, abrió el camino para un renovado debate respecto de la norma apropiada que rige la admisibilidad de la evidencia científica. Algunos comentaristas temían que al abandonarse la prueba de Frye a favor de una norma más liberal, se tendría como resultado admitir "ciencia" cuestionable. Ellos citaban casos en los cuales ciertos peritos habían testificado en relación con tales "teorías científicas" dudosas como la atribución del cáncer de un trabajador a una caída desde un elevador o del cáncer de pulmón de un bombero debido al humo en el lugar de trabajo (frente a su hábito a fumar un paquete de cigarrillos diario). Por el contrario, los críticos de Frye, incluyendo muchas cortes, encuentran que su norma es demasiado vaga y difícil de aplicar. Aún más importante, observan que su demanda de aceptación general suele requerir un período de espera prolongada durante el cual algún principio o técnica recientemente descubierta espera su aceptación por parte de

13.18. PRESENTACIÓN DE LA EVIDENCIA DEMOSTRATIVA

Regla el artículo 423 de la Ley 906 de 2004:

"Será admisible la presentación de evidencias demostrativas siempre que resulten pertinentes y relevantes para el esclarecimiento de los hechos o para ilustrar el testimonio del experto".

La institución *evidencia demostrativa* había sido extraña a nuestra cultura jurídica hasta la Ley 906 de 2004, que la consagra y por ello hay que tomar conceptos de la cultura de los Estados Unidos y Puerto Rico, de donde se

---

la comunidad científica. Mientras tanto, los tribunales judiciales se ven privados de evidencia. científica útil, aunque los especialistas profesionales confiables acepten la validez del principio o proceso en cuestión. El debate sobre la norma apropiada para la admisibilidad de la evidencia científica bajo las Reglas Federales se resolvió en parte en el proceso de 1993, Daubert vs. Merrell Dow Pharmaceuticals. En el mencionado proceso en últimas la Corte Suprema Federal, dijo a través de Justice Blackmun, que la prueba de Frye se contraponía al "impulso liberal" de las normas Federales de Evidencia. La Corte de Daubert fue más allá para articular una nueva norma destinada a regular la admisibilidad de la evidencia científica. Los principios generales subyacentes en esta norma moderna se encontraron en el lenguaje receptivo de la norma 702 la cual admite la evidencia "científica" que "ayudará al investigador". Bajo Daubert, el juez del proceso debe formularse dos preguntas cuando una parte proponga una evidencia científica: ¿Constituye esta evidencia "conocimiento científico"? y ¿Ayudará esta evidencia al investigador? Estos interrogantes, requeridos por la norma 702, deben ser decididos por el, juez como una pregunta preliminar conforme con la norma Federal 104 (a). Así pues, el juez del proceso adopta un "papel de guardabarrera", su deber es evaluar la evidencia y excluirla sólo si no es suficientemente confiable (es decir si no constituye "conocimiento científico") o si no tiene carácter probatorio (es decir, no "le ayuda al investigador"). El procedimiento en el cual el juez inicialmente evalúa la evidencia propuesta se conoce ahora como la audiencia de Daubert, y aunque a veces esta audiencia es relativamente breve e informal, a menudo es una audiencia de evidencia completa en el cual los peritos de ambas partes presentan las metodologías subyacentes en sus testimonios propuestos". Para ayudar más a las Cortes; Federales inferiores a determinar sí la evidencia propuesta constituye "conocimiento científico", el Justice Blackmun anunció cuatro criterios no excluyentes como guías para el juez del proceso. Al considerar estos criterios, téngase en cuenta que la indagación del juez en la confiabilidad científica se limita al razonamiento y a la metodología subyacente en las conclusiones del perito, no en las conclusiones en sí mismas. "Lo que hace que las conclusiones sean "buena ciencia" es cómo se llegó a ellas, no cuáles son las conclusiones". Así pues, el juez debe observar los principios y la metodología subyacentes en la evidencia y considerar: 1) Si los principios y la metodología que se han aplicado han sido probados o pueden serlo; 2) si han sido sometidos a revisión por colegas y han sido difundidos; 3) si la tasa de error conocida o potencial es aceptable; y 4) si los principios subyacentes han logrado una aceptación general en la comunidad científica, sin embargo, la falta de "aceptación general" no debe, por sí misma, hacer que la evidencia sea inadmisible.

tomó, para irla sedimentando en nuestro medio. Evidencia (se puede tomar significando prueba). Demostrativa (que sirve para indicar la situación relativa de las personas o cosas como si las señalara).

Siguiendo al profesor Ernesto Chiesa[70], se puede afirmar que la evidencia demostrativa, es una institución-género que admite clasificaciones y se puede decir que según muestra el hecho que interesa, para que por simple percepción se aprenda el suceso estamos frente a la evidencia demostrativa directa; pero si se presenta el objeto con el fin de que el juez haga inferencias, estamos frente a la evidencia indirecta o circunstancial. La evidencia demostrativa puede ser real o ilustrativa. Es real cuando se exhibe el objeto, por ejemplo el arma usada en el homicidio; es ilustrativa (ilustración: estampa, grabado o dibujo que adorna un libro) cuando la evidencia (piénsese en un dibujo) se ofrece para ilustrar, para hacer otra evidencia más inteligible.

Hay una especie de evidencia que sustituye o mejor representa el objeto para que a través de esa representación se pueda llevar al juicio oral, en efecto en el caso de los macroelementos materiales probatorios a los que se refiere el artículo 256 del C. de P.C., esos objetos pueden ser representados en video cinta o se fotografiaran en su totalidad, etc. y estos se exhibirán en su lugar durante el juicio oral y público o en cualquier otro momento del procedimiento; y se embalarán, rotularán y se conservarán de conformidad con lo establecido para la cadena de custodia (evidencia sustitutiva).

Hay una evidencia que hace parte de la prueba testimonial o pericial y que ciertamente sirve para ilustrar o hacer más entendible lo que es el contenido de la misma, como un dibujo para explicar una distancia, o en el caso de los peritos, un cuadro o registro que ordena sistemáticamente los documentos encontrados y que le permite al perito explicar lo sucedido con una serie de negociaciones, en un enriquecimiento sin causa. Repetimos no es propiamente documental por sí misma, sirve, sobre todo en ciertos delitos al perito para explicar más fácilmente lo que tiene que ver por ejemplo con una serie de negociaciones, en un enriquecimiento ilícito o en un lavado de activos, pero no son documentos que tengan entidad por sí mismos, sino que sirven de medio o adminículo para el entendimiento de una prueba: la pericial o testimonial. Lo mismo que por ejemplo el empleo de muñecos o carros plásticos para explicar un desplazamiento, no serán evidencia real.

70 Ob. cit. Torno II, pág. 963.

Estas distinciones son importantes, pero donde debe ser muy diáfana es con relación a la referencia ilustrativa y la real, ya que esta última supone que haya sido admitida y que se haya establecido su autenticidad (en el ejemplo propuesto que efectivamente el arma es la misma que se utilizó para cometer el homicidio).

14. PRUEBA DOCUMENTAL

Solo haremos algunas precisiones, ya que la prueba documental, se encuentra estudiada en el resto de esta obra. El artículo 424 del C. de P.P. enumera unos documentos, y si hacemos una generalización sobre ellos, nos encontraremos que son objetos que contienen representaciones o declaraciones. A veces el objeto es un soporte electrónico en el amplio sentido del vocablo. No se establece un *numerus clausus*.

El artículo 425 del C. de P.P. que se refiere al documento auténtico establece que lo es cuando se tiene conocimiento cierto sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso, firmado o producido por algún otro procedimiento. Al establecer en esta parte de la norma una especie de presunción, se incurre en una impropiedad, ya que si se tiene conocimiento de la persona autora en el amplio sentido del vocablo el documento es sencillamente auténtico. Donde realmente se justificaba la presunción y donde sí puede haber prueba en contrario, es cuando sin saberse quién por ejemplo suscribió un cheque se presume su autor, es decir, se tiene por auténtico y en ese caso puede haber prueba en contrario.

La norma agrega: "También lo serán (ahí sí se presumen auténticos) la moneda de curso legal, los sellos y efectos oficiales, los títulos valores, los documentos notariales o judicialmente reconocidos, los documentos o instrumentos públicos, aquellos provenientes del extranjero debidamente apostillados, los de origen privado sometidos al trámite de presentación personal o de simple autenticación, las copias de los certificados de registros públicos, las publicaciones oficiales, las publicaciones periódicas de prensa o revistas especializadas, las etiquetas comerciales, y finalmente, todo documento de aceptación general en la comunidad".

14.1., MÉTODOS DE AUTENTICACIÓN E IDENTIFICACIÓN DEL DOCUMENTO

El artículo 426 del C. del P.P. ejemplifica algunos de los métodos para establecer la autenticidad e identificación del documento.

"La autenticidad e identificación del documento se probará por métodos como los siguientes:

1. Reconocimiento de la persona que lo ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso, firmado o producido.

2. Reconocimiento de la parte contra la cual se aduce.

3. Mediante certificación expedida por la entidad certificadora de firmas digitales de personas naturales o jurídicas.

4. Mediante informe de expertos en la respectiva disciplina".

Por ejemplo, un electroencefalograma hay que presentarlo mediante testimonio pericial, el mismo método cuando se trata de las películas producidas en cámaras colocadas en parqueaderos, bancos, edificios, almacenes, supermercados, estadios, coliseos, etc. Reiterando lo que el artículo ejemplifica, se pueden utilizar otros métodos para autenticar los documentos, como por ejemplo la prueba testimonial, la persona que vio cuando se firmó el documento, o se elaboró, etc. La persona que vio y oyó cuando se grabó una cinta, etc.

14.2. PRESUNCIÓN DE AUTENTICIDAD DE DOCUMENTOS PROCEDENTES DEL EXTRANJERO

Dice el artículo 427 de la Ley 906 de 2004:

"Documentos procedentes del extranjero. Los documentos remitidos por autoridad extranjera, en cumplimiento de petición de autoridad penal colombiana, basado en convenio bilateral o multilateral de cooperación judicial recíproca, son auténticos, a menos que se demuestre lo contrario".

14.3. TRADUCCIÓN DE DOCUMENTOS

Regla el artículo 428 del nuevo C. de P.P.

"El documento manuscrito, mecanografiado, impreso o producido en idioma distinto del castellano, será traducido por orden del juez y por traductores oficiales. El texto original *y* el de la traducción constituirán el medio de prueba".

14.4. PRESENTACIÓN DE DOCUMENTOS

Regla el artículo 429:

"Presentación de documentos. El documento podrá presentarse en original, o en copia autenticada, cuando lo primero no fuere posible o causare grave perjuicio a su poseedor".

14.5, ACREDITACIÓN DE LOS DOCUMENTOS

Somos conscientes que la explicación que haremos debiera realizarse en alguna otra parte si no tuviéramos que mantener las explicaciones referidas al antiguo Código de Procedimiento Penal. En efecto con relación a la acreditación de los documentos debemos hacer las siguientes precisiones:

1. En un proceso oral y por sobre todo en la forma como se ha organizado el proceso penal regulado por la Ley 906 de 2004, la investigación no tiene valor probatorio que permita trasladarla a la etapa del juicio, es decir que si se hace un allanamiento y se encuentran unos documentos que permiten por ejemplo a través de ellos acreditar una venta de estupefacientes, no podría decir el fiscal "téngase como prueba el acta que se levantó o el registro" para acreditar tal circunstancia, pero tampoco se puede presentar el fiscal y decir "téngase como prueba este recibo de la venta de estupefacientes", debe acreditarlo a través de testigos o peritos (los de la policía judicial artículos 399 y 412 del C. de P.P.) e identificar esos documentos y en general objetos y elementos que se quieran aducir a través de los testigos de acreditación, por ello se exige en el literal d) del artículo 337 que el fiscal en el escrito anexo que presenta con el escrito de acusación (descubrimiento de la prueba), haga una relación de "los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, junto con los testigos de acreditación".

No sobra recordar que el artículo 275 del C. de P.P. (ubicado en el Título II. Medios cognoscitivos en la indagación e investigación) al referirse a los elementos materiales probatorios, evidencia física e información, se refiere a los documentos en los literales e), f) y g); y que los artículos 276 (se refiere a la legalidad), 277 (se refiere a la autenticidad) y 278 (se refiere a la identificación técnico-científica) de los elementos materiales probatorios y evidencia física.

2. En la audiencia preparatoria que realiza el juez del conocimiento, éste tendrá que resolver si admite los documentos, teniendo en cuenta si están acreditados e identificados. En caso de ser inadmitidos se podrán interponer los recursos ordinarios (inciso final del artículo 359 del C. de P.P.), lo que significa que la acreditación es un requisito de admisibilidad y la parte contra quien se presente se puede oponer a su incorporación por no estar acreditado tal requisito. Otra cosa es la eficacia que se les dé a tales documentos.

3. Quien pretenda utilizar documentos, debe tener claro que para la admisión se debe tener (por lo menos hasta ese momento) despejado lo

referente a la autenticidad o identificación, sin perjuicio que ese fenómeno se discuta en la audiencia oral. Lo que se quiere es que documentos anónimos no contaminen la audiencia[1].

4. Como consecuencia de lo anterior, regla el artículo 430 del C. de P.P.

> **"Documentos anónimos.** Los documentos cuya autenticación o identificación no sea posible establecer por algunos de los procedimientos previstos en este capítulo, se considerarán anónimos y no podrán admitirse como medio probatorio".

Obsérvese: Se establece como requisito de admisión, la autenticación e identificación del documento, y en caso de que así no sea, deberá negarse su admisión, lo cual se hará en la audiencia preparatoria (artículo 359 del C. de P.P.). Contra esta decisión del juez de conocimiento caben los recursos ordinarios.

5. La defensa debe hacer otro tanto, es decir, presentar documentos cuya autenticación se tenga establecida fundamentalmente a través de testigos o peritos.

14.6. LA PRESUNCIÓN DE AUTENTICIDAD

Se puede ser un poco reiterativo para una mayor claridad: Cuando se dice que se sabe por ejemplo que fulano de tal hizo la mecanografía de X documento, sencillamente sabemos quién es su autor y por ello es auténtico. El artículo 425 del C. de P.P. dice en otras palabras que un documento es auténtico cuando sabemos quién lo ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso, firmado o producido por algún procedimiento.

Ahora bien, al emplear dicho artículo (en la segunda parte) el adverbio "también", sencillamente establece una presunción. En consecuencia, al

[1] No decimos que el juez pueda resultar contaminado, porque en Colombia, el juez de conocimiento es quien realiza la audiencia preparatoria del juicio oral y es quien decide de conformidad con el artículo 359 del C. de P.P. sobre la exclusión, rechazo e inadmisibilidad de los medios de prueba, luego no llega ignorando totalmente lo que tiene que ver con la prueba. En otros países, como por ejemplo en Chile, la audiencia de preparación del juicio oral es dirigida por el juez de garantías (artículo 266 del C. de P.P.) y el artículo 276 del Código de Procedimiento Penal de ese país, dispone: "El juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y de escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia ordenará fundamentadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que fueren manifiestamente impertinentes y las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios (...)". En Chile ello se hace con el fin de que el juez de conocimiento no se contamine, en Colombia el juez del conocimiento es quien, como ya se dijo, resuelve sobre tal cuestión.

presentarse cualquiera de esos documentos, por ejemplo una escritura pública, la misma se presume auténtica y quien la presentó no tiene que realizar alguna actividad para demostrar su autenticidad, sino que quien considera que no lo es, debe producir prueba encaminada a desquiciar la presunción de autenticidad.

14.7. EMPLEO DE LOS DOCUMENTOS EN EL JUICIO

No se debe olvidar que se trata de un proceso oral, y por esa razón, los documentos según su naturaleza, deben ser conocidos por los intervinientes en la audiencia.

En efecto, regla el artículo 431 del C. de P.P.:

"Empleo de los documentos en el inicio. Los documentos escritos serán leídos y exhibidos de modo que todos los intervinientes en la audiencia del juicio oral y público puedan conocer' su forma y contenido.

Los demás documentos serán exhibidos y proyectados por cualquier medio, para que sean conocidos por los intervinientes mencionados. Cuando se requiera, el experto respectivo lo explicará, Este podrá ser interrogado y contrainterrogado como un perito".

Si se trata por ejemplo de un video tomado en un banco en el momento de cometerse un asalto, este video debe ser acreditado por medio de un perito que explicará el procedimiento, su fidelidad, la presencia o no de alteraciones, si fue editado, etc. Si se trata de una radiografía, de igual manera el perito deberá explicarla (ejemplo).

14.8. APRECIACIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL

El juez debe apreciar o valorar el documento y exponer cuál es la "fuerza o el mérito de los argumentos o las razones que en él encuentra para la formación de su convencimiento"", teniendo en cuenta de conformidad con el articulo 432 del C. de P.P. los siguientes criterios:

1. El juez debe estudiar si el documento ha sido alterado en su forma y si esa alteración es grave, significativa, o si por el contrario es inocua (con un testimonio pericial, se puede establecer lo uno o lo otro, según las necesidades del proceso).

2. Que no haya sido alterado en su contenido, lo cual significa que si esa alteración es esencial, no se puede, al apreciarlo, darle valor.

[72] DEVIS ECHANDÍA. HERNANDO (nuestro maestro). *Compendio de Derecho Procesal.* Torno 11. Editorial ABC. Bogotá, pág. 452.

3. Que permita obtener un conocimiento claro y preciso del hecho, declaración o atestación de verdad que constituye su contenido. Si el documento (escrito, grabación, video, etc.) no permite en cuanto a su contenido adquirir un conocimiento claro y preciso del hecho, declaración o atestación de verdad, sino que por el contrario es oscuro, ambiguo, no se puede saber qué representa o qué declaraciones contiene, por ende, no se puede tener en cuenta.

4. En cuanto al juzgamiento del contenido del documento, el Código reitera, lo que sin decirlo expresamente mantiene para la valoración de todas las pruebas, es decir las reglas de la sana crítica, uno de cuyos ingredientes son las reglas de la experiencia (el sentido común, el buen juicio humano, lo que normalmente ocurre, etc.) cuando dice "que dicho contenido sea conforme con lo que ordinariamente ocurre".

5. No se debe olvidar que es requisito de admisión de la prueba documental su autenticidad (certeza de quién es su autor), lo cual no significa que lo contenido en el documento sea cierto. El contenido puede ser desvirtuado utilizando cualquier medio probatorio, o desestimándolo de conformidad como ya se dijo mediante la utilización de las reglas de la experiencia.

14.9. EL ORIGINAL DEL DOCUMENTO COMO MEJOR EVIDENCIA DE SU CONTENIDO

En realidad, esta regla ha quedado reducida a que "la mejor evidencia de los términos de un documento, es el documento mismo", y en Colombia, siempre este ha sido el criterio, es un poco novedosa la frase, pero nada más". Tal regla se refiere a los escritos dentro del sistema tradicional, no a los otros documentos que generalmente se acreditan con la utilización de testigos expertos.

El artículo 434 del C. de P.P. establece las excepciones a la regla de mejor evidencia:

" WIGMORE señala que la historia de la frase "best evidente" fue recogida "de una vez por todas y sin posibilidad de ser mejorada" por el profesor Thayer. Igualmente dice: "Pero esta regla general de la mejor evidencia por así llamarla, ha perdido toda vigencia y actualmente la regla de la mejor evidencia es una regla especial que se refiere sólo cuando se intenta probar el contenido de un escrito: **para probar el contenido de un escrito, se requiere presentar el escrito mismo".** Ver CHIESA, ERNESTO. *Tratado de derecho probatorio.* Torno II. Publicaciones JTS. Luigi Abraham Editor, pág. 839.

"Se exceptúan de lo anterior los documentos públicos, o los duplicados auténticos, o aquellos cuyo original se hubiere extraviado o que se encuentran en poder de uno de los intervinientes, o se trate de documentos voluminosos y sólo se requiere una parte o fracción del mismo, o, finalmente se estipule (artículo 355 del C. de P.P.) la innecesariedad de la presentación del original.

"Parágrafo. Lo anterior no es óbice para que resulte indispensable la presentación del original del documento, cuando se requiera para la realización de estudios técnicos tales como los de grafología y documentología, o forme parte de la cadena de custodia".

15. LA INSPECCIÓN JUDICIAL

Se debe advertir que este tipo de diligencia resulta excepcional, en razón de que habrá de practicarse fuera del recinto de la audiencia. Se requiere petición de la Fiscalía o la defensa.

Como se trata de una actividad excepcional, se requiere que el juez estime necesaria su práctica, dada la imposibilidad de exhibir y autenticar en la audiencia, los elementos materiales probatorios y evidencia física, lo cual resultará muy difícil que ocurra, porque se puede utilizar cualquier medio técnico que permita "transportar" la evidencia a audiencia, como sucede por ejemplo con los macroelementos materiales probatorios.

En cuanto hace relación a la evidencia demostrativa de la manera cómo ocurrieron los hechos objeto de juzgamiento, consideramos que puede en algunos casos resultar axial, como en el caso socorrido, pero que no es una mera especulación y que ha sido reclamado muchas veces en Colombia, exigiéndose una reconstrucción de los hechos, para ubicar al testigo de cargo en el lugar desde el cual ha dicho que observó los hechos[74].

15.1. CRITERIOS PARA DECRETARLA

El artículo 436 del C. de P.P. regla:

"La inspección judicial únicamente podrá ser decretada, atendidos los siguientes criterios:

[74] "El Tribunal Supremo de Puedo Rico, en Pueblo vs. Pagán Díaz estimó que una inspección ocular del lugar de los hechos hubiera despejado las dudas sobre la credibilidad del único testigo de cargo, en cuanto hubiera permitido al juzgador determinar si el testigo desde el lugar donde alega haber percibido los hechos, podía en verdad haberlos percibido". Tomado de CHIESA MONTE, ERNESTO. Obra cit., pág. 500.

1. Que sea imposible realizar la exhibición de autenticación de la evidencia en audiencia.

2. Que resulte de vital importancia para la fundamentación de la sentencia.

3. Que no sea viable lograr el cometido mediante otros medios técnicos.

4. Que sea más económica y práctica la realización de la inspección que la utilización del medio técnico.

5. Que las condiciones del lugar a inspeccionar no hayan variado de manera significativa.

6. Que no se ponga en grave riesgo la seguridad de los intervinientes durante la práctica de la prueba.

"El juez inspeccionará el objeto de prueba que le indiquen las partes. Si estas solicitan el concurso de testigos y peritos permitirá que declaren o rindan dictamen de acuerdo con las reglas previstas en este código".

16. PRUEBA DE REFERENCIA

La prueba de referencia es la declaración emitida por una persona y que a pesar de no haberse producido en el juicio oral, se utilizará en el proceso cuando se cumplan determinadas condiciones.

16.1. CONTINENTE DE LA PRUEBA DE REFERENCIA

La declaración emitida por la persona, puede estar plasmada en un objeto como papel, cinta o en la memoria de otra persona (el llamado testigo de oídas). En otras palabras, esa declaración se transporta al proceso a través de otra prueba: un documento (un escrito, un video con narración, etc.) o a través del llamado testigo de oídas.

16.2. NATURALEZA DE ESTA PRUEBA

No importa el continente, se trata indudablemente de una especie de prueba testimonial. Se debe descubrir al autor de la declaración para someter el contenido de ella, a la contradicción. Si se trata de un testigo de oídas, éste contará lo que oyó decir, y ese contenido (el hecho que oyó) se someterá a la contradicción correspondiente. Igualmente el testigo transportador, será sometido a todas las reglas del interrogatorio, para saber todas las circunstancias en que dice oyó.

Cuando la declaración esté contenida en un documento, el mismo deberá leerse en la audiencia y el contenido, es decir, la declaración, estará sujeta a

la contradicción, utilizando otros medios probatorios, y si es del caso discutiendo su credibilidad".

16.3. DESAFÍO QUE PLANTEA LA PRUEBA DE REFERENCIA

Con un ejemplo podemos explicar el desafio: José K, dice que oyó a Odette decir que ella presenció cuando Albertina mató a Roberto.

No tenemos el testimonio de Odette, y vamos a utilizar el testimonio de José K. Este será citado al proceso y se le recibirá testimonio como si fuera el testigo presencial de los hechos. El que lo presenta realizará el interrogatorio directo, la otra parte podrá realizar el contrainterrogatorio y así sucesivamente.

Con relación —por decirlo en alguna forma— al testigo sustituido (el que supuestamente presenció los hechos) se puede presentar prueba para desacreditar su credibilidad en el supuesto que pueda ser cierto que dijo lo que el testigo de oídas cuenta".

Cuando la declaración está contenida en un objeto video narrativo, un escrito, cinta, etc., el documento será leído en la audiencia o proyectado donde estará la narración. La parte contra quien se pretende presentar este tipo de declaración en la audiencia preparatoria podrá solicitar que le decreten testimonios o presentar documentos para desvirtuar lo que el testigo no presente en la audiencia y narró en ese **documento.**

16.4. EL TESTIMONIO DE OÍDAS

Está admitido en el nuevo Código de Procedimiento Penal y es una especie de la prueba de referencia. Su consagración normativa se encuentra en el numeral 4° del artículo 403 del C. de P.P. que se refiere a la impugnación de la credibilidad del testigo, y establece que se pueden utilizar con ese fin

[75] Dice el nuevo Código de Procedimiento Penal chileno:

"En el procedimiento penal no existirán testigos inhábiles. Sin perjuicio de ello, los intervinientes podrán dirigir al testigo, preguntas tendientes a demostrar su credibilidad o falta de ella, la existencia de vínculos con alguno de los intervinientes que afectaren o pudrieren su imparcialidad, o algún otro defecto de idoneidad.

"Todo testigo dará razón circunstanciada de los hechos sobre los cuales declarare, expresando si los hubiere presenciado, si lo dedujere de antecedentes que le fueron conocidos o si los hubiere oído referir a otras personas".

[76] En este libro, en el número 16.1 (págs. 368 y ss.), en adelante hay un estudio muy completo sobre el testigo de oídas que sirve para entender la institución que se comenta.

"manifestaciones anteriores del testigo, incluidas aquellas hechas a terceros". De igual manera, el artículo 437 lo consagra.

16.5. CONSAGRACIÓN DE TARIFA LEGAL CON RELACIÓN A LA PRUEBA DE REFERENCIA

El nuevo Código de Procedimiento Penal no es tarifario y como lo hemos repetido, el mismo sin decirlo expresamente (mediante las normas que se refieren a la valoración de la prueba) consagró el sistema de las reglas de la sana crítica, sin embargo con relación a la prueba referencia, tarifó la prueba.

En efecto, en el artículo 381 del C. de P.P., refiriéndose al conocimiento para condenar dice: **La sentencia condenatoria no podrá fundarse exclusivamente en pruebas de referencia** (las negrillas son nuestras). Ello qué significa, que deben existir otras pruebas que permitan apuntar la sentencia condenatoria, mientras que no sucede otro tanto con la sentencia absolutoria, la cual sí se puede sustentar libremente en una prueba de referencia.

16.6. SUSTENTO PARA TARIFAR LA PRUEBA DE REFERENCIA

Lo que produce desconfianza de la prueba de referencia es que si la declaración está vertida en un escrito o videocinta, en desarrollo de lo consagrado en el artículo 347 del C. de P.P., donde el señor X declaró, él no está en la audiencia para ejercer quizá el derecho más importante predicado de la prueba, esto es, la contradicción, yen el caso concreto de la prueba testimonial, el contrainterrogatorio (interrogatorio cruzado). Y con relación al testigo de oídas, no tenemos al testigo presencial de los hechos, para poder ejercer el derecho aludido.

Esa desconfianza, como se puede ver, está sustentada en la violación de algo que nos indica el simple sentido común, la gente debe tener el derecho a confrontar los testigos que en términos generales los acusen, además no debemos olvidar que los tratados internacionales suscritos por Colombia consagran ese derecho (art. 93 de la C.P.).

16.7. UTILIZACIÓN DE LA PRUEBA DE REFERENCIA

El artículo 437 del C. de P.P. es un artículo muy extraño, lo que hicieron fue penalizarlo, ya que con ese mismo criterio, se puede indicar el fin de todo medio probatorio en el proceso penal.

Advirtiendo que es una deformación, el artículo agrega que la declaración es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado

de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio.

De tal manera, que expulsando racionalmente toda esa penalización del artículo, éste se leerá así: Se considera como prueba de referencia toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada en el proceso penal por referirse a hechos que son objeto del mismo (art. 375 del C. de P.P.).

16.8. LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA DE REFERENCIA ES EXCEPCIONAL

La prueba de referencia va en contravía del artículo 16 del C. de P.P. que consagra como principio rector la inmediación *y* por ello, el artículo 379 del C. de P.P. dice que la prueba de referencia es excepcional.

Siendo así, en el artículo 438 se establecen los casos excepcionales en virtud del cual la prueba de referencia es admisible:

a) La persona manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación. Se requiere que la persona manifieste tal cosa y que el perito conceptúe en ese sentido.

b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar.

o) Padece de una enfermedad grave que le impide declarar.

d) La persona ha fallecido.

El mismo artículo agrega: "También se aceptará *la* prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos".

16.9. SOLICITUD DE LA PRUEBA DE REFERENCIA

Si la prueba de referencia consta por escrito o en un video narrativo y el fiscal quiere utilizarla de conformidad con lo que indica el numeral 5, deberá transcribir lo contenido en el documento o en el video y además deberá aclarar que se trata de prueba de referencia y mostrará los documentos que acrediten cualquiera de las causales que indica el artículo 438 del C. de P.P. y la autenticidad.

En la audiencia preparatoria el juez resolverá si la admite. Cuando se trate de la defensa sucede otro tanto, y se debe tener en cuenta el artículo 359

del C. de P.C. (audiencia preparatoria). Cuando se trate de testigo de oídas, se debe hacer la manifestación que se está dentro de esta especie de testimonio y acompañar la prueba para acreditar alguna de las causales del artículo 438 del C. de P.P.

No se debe olvidar que la decisión del juez que excluya, rechace o inadmita una prueba deberá ser motivada oralmente y contra ella proceden los recursos ordinarios.

No se debe sorprender a la otra parte y mucho menos al juez, con una prueba de referencia que no haya sido anunciada en la forma que se ha indicado, ello sobre todo para evitar la supuesta controversia en la audiencia de conformidad con el artículo 402 del C. de P.P.

16.10. CÓMO SE VALORA LA PRUEBA DE REFERENCIA

Si la declaración se encuentra documentada, lo primero que hay que estudiar es la integridad de ese objeto, si no se encuentra alterado, tachado, roto, manchado de forma que le quite claridad. Se trata de un documento, pero de naturaleza declarativa, de tal manera que también debe aparecer acreditada su autenticidad, para así tener seguridad que el contenido del mismo no ha sido alterado, que no es oscuro o ambiguo (artículo 432 del C. de P.P.).

Si ese estudio arroja un resultado positivo, se procede a enjuiciar lo narrado, teniendo en cuenta las pruebas que se haya practicado para desacreditar ese testimonio o al testigo y todo de conformidad con lo que se estudió con anterioridad y teniendo en cuenta el artículo 404 del C. de P.P. Si la declaración se encuentra en un video, se debe tener en cuenta que el video no haya sido editado, lo mismo que las grabaciones, etc.

Esta especie de la prueba de referencia, está contenida en un objeto, por ello ese objeto puede ser enjuiciado como se ha indicado, y a su vez contiene un "testimonio", que debe ser valorado como cualquier otro y sujeto a todas las impugnaciones que sean del caso.

Si el testigo que vamos a valorar es de oídas, hay que analizar las circunstancias en que dice oyó lo que está contando. Cuál sería la razón por la cual el supuesto testigo presencial le contó, es decir el interés, cómo fue su percepción, cuál es su idoneidad moral, etc.

Una vez que tenemos lo narrado por el testigo de oídas, ese producto —como sucede con cualquier testimonio— lo sometemos a la crítica teniendo en

cuenta las impugnaciones. En otras palabras tenemos que juzgar por así decirlo dos testimonios: el del testigo de oídas y el testimonio del supuesto testigo presencial, como si hubiera declarado en la audiencia. Ambos testimonios y testigos se deben juzgar corno lo indica el artículo 404 del C. de P.P.

La prueba de referencia es prueba testimonial, no cabe la menor duda y por ello el artículo 441 establece:

> "Podrá cuestionarse la credibilidad de la prueba de referencia por cualquier medio probatorio, en los mismos términos que la prueba testimonial".

Finalmente se debe tener cuenta, que la prueba de referencia, se encuentra tarifada y no es prueba completa para dictar sentencia condenatoria, por lo tanto puede servir para dictar sentencia condenatoria si aparece apuntalada por otros medios probatorios, dentro de los cuales se encuentra la prueba indiciaria. No se encuentra tarifada, cuando la sentencia es absolutoria.

16.11. PRUEBA DE REFERENCIA MÚLTIPLE

Regla el artículo 439 del C. de P.P.:

> "Cuando una declaración contenga apartes que constituyan prueba de referencia admisible y no admisible, deberán suprimirse aquellos no cobijados por las excepciones previstas en los artículos anteriores, salvo que de proceder de esa manera la declaración se torne ininteligible, en cuyo caso se excluirá la declaración en su integridad".

16.12. UTILIZACIÓN DE LA PRUEBA DE REFERENCIA PARA IMPUGNAR LA CREDIBILIDAD DE LOS TESTIGOS

Podemos hacer una especie de integración de normas en la siguiente forma:

1. El artículo 440 no es muy afortunado, pero sirve para darle un poco de claridad al tema. En él se dispone: "Podrán utilizarse con fines de impugnación de la credibilidad del testigo o perito, las 'declaraciones que no constituyan prueba de referencia admisible (dice inadmisible) de acuerdo con las causales previstas en el artículo 438".

2. El numeral 4° del artículo 403, que se refiere a la impugnación de la credibilidad del testigo dice: "manifestaciones anteriores del testigo, incluidas aquellas hechas a terceros, o en entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías".

3. El artículo 347 del C. de P.P. dice:

> **"Procedimiento para exposiciones.** Cualquiera de las partes podrá aducir al proceso exposiciones, es decir declaraciones juradas de cualquiera de los testigos llamados a juicio, a efectos de impugnar su credibilidad.
>
> La Fiscalía General de la Nación podrá tomar exposiciones de los potenciales testigos que hubiere entrevistado la policía judicial, con el mismo valor anotado en el inciso anterior, si a juicio del fiscal que adelanta la investigación resultare conveniente para la preparación del juicio oral.
>
> Las afirmaciones hechas en las exposiciones, para hacerse valer en el juicio como impugnación, deben ser leídas durante el contrainterrogatorio. No obstante, la información contenida en ellas no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al contrainterrogatorio de las partes".

17. PRUEBA ANTICIPADA

17.1. NOCIÓN

La prueba anticipada es la que se practica ante el juez de control de garantías, fuera de la audiencia del juicio, pero en audiencia pública y con observancia de las reglas previstas para las pruebas en aquel, cuando se tema la pérdida o alteración de la prueba.

17.2. LA INMEDIACIÓN

La sede para practicar las pruebas debe ser en audiencia *del* juicio oral, presidida por el juez del conocimiento. La inmediación tiene rango constitucional, como aparece consagrado en el numeral 4° del artículo 250 de la Constitución Política de Colombia, y en los artículos 16 y 379 del C. de P.P.

Se podría pensar que no puede haber excepciones a este principio de inmediación, sin embargo el artículo 29 de la C.P. consagra el derecho a la prueba: "derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra", una de cuyas manifestaciones innegablemente es el **derecho a asegurar la prueba.** Luego nos podríamos preguntar: ¿por qué se justifica la institución de la prueba anticipada? y responder: quien sea sindicado tiene derecho a la prueba, una de cuyas manifestaciones es poder asegurar la prueba y la Fiscalía, de conformidad con el numeral 1° del artículo 250 de la C.P. deberá **"solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren ... la conservación de la prueba"** (las negrillas y las pretermisiones son nuestras), luego la anticipación de la práctica de la prueba, cumple con las disposiciones constitucionales y logra conciliar la inmediación con el derecho a la prueba.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-591/05", se ha referido a la prueba anticipada, como una excepción válida al principio de inmediación, ya que asegura la vigencia del principio de igualdad de armas.

17.3. LEGITIMIDAD PARA SOLICITAR LA PRUEBA ANTICIPADA

Debe ser solicitada por el fiscal general o el fiscal delegado, por la defensa o por el Ministerio Público en los casos previstos en el artículo 112.

17.4. TIEMPO PARA SOLICITAR LA PRUEBA ANTICIPADA

Durante la investigación y hasta antes de la instalación de la audiencia de juicio oral, se podrá practicar anticipadamente cualquier medio de prueba pertinente.

El parágrafo 1° del artículo 284 del C. de P.P. regla:

"Si la prueba anticipada es solicitada a partir de la presentación del escrito de acusación, el peticionario deberá informar de esta circunstancia al juez de conocimiento".

Sentencia C-591/05. Expediente D-5415. Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. En uno de los apartes de esta sentencia dijo la Corte: "El examen de constitucionalidad de las pruebas anticipadas en el nuevo C.P.P. debe realizarse, no sólo frente a la expresión "con inmediación de las pruebas" del artículo 250.4 superior, como lo pretende la demandante, sino además tomando en consideración otros artículos de la Constitución como el 29 y el 250. En tal sentido, el artículo 29 dispone que toda persona tiene derecho a "presentar y a controvertir las que se aleguen en su contra", e igualmente que "es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso". De allí que, en materia probatoria, rigen los principios de legalidad de la prueba, contradicción y publicidad, los que se cumplen respecto de pruebas anticipadas según dispone el artículo 284 del C. de P.P., y por tanto, la posibilidad de la práctica de estas pruebas anticipadas es una particularidad de nuestro sistema procesal penal, que se ajusta a la Constitución como pasa a explicarse.

De conformidad con el **principio de legalidad,** cualquier prueba debe ser decretada y practicada por una autoridad competente. En tal sentido, el artículo 284.1 de la Ley 906 de 2004 dispone que durante la investigación y hasta antes de la instalación de la audiencia del juicio oral se podrá practicar cualquier medio de prueba pertinente, a condición de que "sea practicada ante el juez que cumpla funciones de control de garantías". En relación con el **principio de publicidad,** la prueba no puede ser practicada de manera secreta u oculta, sino de cara al imputado y a la sociedad. En concordancia con lo anterior, en un sistema de tendencia acusatoria, dicha prueba deberá ser practicada durante una audiencia pública, requisito que expresamente se encuentra consagrado en el artículo 284.4 del nuevo C. de P.P. Así mismo, en virtud del principio de **contradicción,** el sindicado en el proceso penal acusatorio debe contar con la facultad de controvertir, en el curso de una audiencia, las pruebas que se alleguen en su contra y de interponer los recursos de ley correspondientes".

17.5. REQUISITOS PARA PRACTICAR LA PRUEBA ANTICIPADA

1. Que sea practicada ante el juez que cumpla funciones de control de garantías.

2. Que sea por motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio

3. Que se practique en audiencia pública y con observancia de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio".

La Corte Constitucional en la sentencia citada en el número inmediatamente anterior, continúa diciendo: "En tal sentido, la regulación legal de la prueba anticipada también se ajusta al principio de contradicción, por tanto, el artículo 284.4 del nuevo Código de Procedimiento Penal dispone que la misma se debe practicar en audiencia pública y con observancia de las reglas previstas para la práctica de las pruebas en juicio. De igual forma, con el segundo parágrafo de la misma norma, contra la decisión de practicar una prueba anticipada "proceden los recursos ordinarios" y si ésta es negada, la parte interesada podrá acudir de inmediato, y por una sola vez, ante otro juez de control de garantías con el propósito de que éste reconsidere la medida, no siendo su decisión objeto de recurso. Además, en atención al tercer parágrafo del artículo 284 del C. de P.P., de ser posible, el juez ordenará la repetición de dicha prueba en el desarrollo del juicio oral.

Más allá del sometimiento de la regulación legal de la prueba anticipada a los mencionados principios constitucionales, la misma resulta ser conforme con la Constitución por cuanto (1) a la Fiscalía General de la Nación le fue asignada, en el artículo 250.1 la función de **conservación de** la prueba"; (2) por el carácter **excepcional** y **urgente** de la práctica de aquélla; y (3) ya que garantiza la vigencia de un equilibrio procesal inherente a cualquier sistema acusatorio. En efecto, la Fiscalía General de la Nación debe tomar las medidas necesarias para preservar la prueba, lo cual implica facultarla para acudir ante el juez de control de garantías con el propósito de que sea practicada de manera urgente una prueba que, por diversas circunstancias, corre inminente riesgo de desaparecer, imposibilitándose de esta manera el cumplimiento de los deberes estatales consagrados en el artículo 2 superior, y en especial, haciéndose nugatorios los derechos fundamentales de las víctimas. De igual manera, el carácter excepcional de la prueba anticipada constituye una salvedad justificada constitucionalmente aceptable al principio de inmediatez de la prueba en el juicio oral. Al respecto, en el texto de la exposición de motivos de la Ley 906 de 2004, se argumenta lo siguiente en relación con aquella variedad de prueba:

"Teniendo en cuenta que **desde la perspectiva del derecho comparado, incluyendo los** sistemas acusatorios más **puros, se reconoce la posibilidad de practicar de manera excepcional alguna prueba** anticipada a la **realización del juicio oral,** se consagra el instituto de la prueba anticipada como una excepción al principio de inmediación". (Negrillas nuestras). Y más adelante agrega: "Para que la prueba anticipada pueda ser tenida en cuenta se requiere como requisito ***sine que non,*** so pena de exclusión, que su práctica sea tácticamente imposible de repetir durante la vista pública y se lleve a cabo con intervención del juez, dando plena oportunidad de ser controvertida".

17.6. QUE SEA POR MOTIVOS FUNDADOS Y DE EXTREMA NECESIDAD

Está suficientemente acreditado que la sede –por escribirlo en alguna forma– de la prueba es la audiencia oral, sin embargo excepcionalmente como lo hemos dicho, se puede anticipar la práctica de la prueba ante el juez de control de garantías, pero este juez debe verificar que efectivamente se da esa situación.

En efecto, ha dicho la Corte Constitucional en la sentencia citada a pie de página: "... el juez de control de garantías debe verificar que efectivamente exista una situación excepcional y urgente que justifica la práctica de una prueba anticipada, que de ser posible será repetida en el juicio oral. En caso de no presentarse tal situación, el juez deberá negar la petición que le fue elevada en tal sentido. Si un testigo se encuentra en inminente peligro de muerte, eso significa que puede desaparecer el órgano de la prueba y el medio probatorio, y por tanto se cumple lo exigido en el numeral 3° del artículo 284 del C. de P.P. (los motivos son fundados y de extrema necesidad y se trata de evitar la pérdida de la prueba). Si se trata de una inspección judicial anticipada, siempre y cuando se cumplan los criterios para decretarla regulados en el artículo 436 del C. de P.P., y encontrándose ante el hecho inminente de que el lugar donde ocurrieron los hechos se va a demoler y resulta la prueba axial, para establecer la ubicación por ejemplo del victimario (se debe recordar que el numeral 5° del artículo 436 del C. de P.P. exige para decretar la prueba de inspección "que las condiciones del lugar a inspeccionar no hayan variado de manera significativa").

17.7. REPETICIÓN DE LA PRUEBA ANTICIPADA

Persistiendo en la inmediación y en que la sede de la prueba debe ser la audiencia oral, se regula la posibilidad de que a pesar de haberse anticipado la práctica de la prueba, si el presupuesto que se tuvo en cuenta para decretarla (v.gr. la demolición del lugar) no ha ocurrido como en el caso del ejemplo que hemos utilizado o el testigo no ha fallecido, el juez ordenará la repetición de dicha prueba en el desarrollo del juicio oral. En el caso de la prueba testimonial, esa prueba anticipada puede servir para impugnar la credibilidad del testigo.

17.8. RECURSOS CUANDO SE DECRETA LA PRUEBA ANTICIPADA

Contra la decisión de practicar la prueba anticipada proceden los recursos ordinarios. Si se negare, la parte interesada podrá de inmediato y por una sola. vez, acudir ante otro juez de control de garantías para que ese en el acto reconsidere la medida. Su decisión no será objeto de recurso.

17.9. CONSERVACIÓN DE LA PRUEBA ANTICIPADA

El artículo 285 del C. de P.P. regla:

"Conservación de la prueba. Toda prueba anticipada deberá conservarse de acuerdo con las medidas dispuestas por el juez de garantías".

17.10. MANERA DE INTRODUCIRLA AL JUICIO ORAL

En el escrito anexo a la acusación (numeral 4° literal b) del artículo 337) deberá hacerse "la trascripción de las pruebas anticipadas que se quieran aducir al juicio, siempre y cuando su práctica no puede repetirse en el mismo". El mismo criterio para la defensa.

Capitulo x

LA PRUEBA ILÍCITA EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Con el único fin de ubicar el tema de la prueba ilícita en el nuevo Código de Procedimiento Penal, se harán una especie de consideraciones utilizando en parte las sentencias SU-159/02 y C-591/05 de la Corte Constitucional.

En la sentencia C-591 se dice: "El nuevo papel constitucional que está llamada a cumplir la Fiscalía General de la Nación, órgano dedicado a la consecución de la prueba, la creación del juez de control de garantías, al igual que el establecimiento de un juicio oral, público, concentrado, con inmediatez de la prueba y "con todas las garantías", conducen a reformular todo el sistema probatorio en materia penal".

Las modificaciones introducidas al proceso penal mediante el Acto Legislativo 02 de 2003, inciden en el régimen probatorio de la siguiente manera:

1. Desaparece el principio de la permanencia de la prueba. La investigación no sirve de sustento para dictar sentencia. El sustento de la sentencia es la prueba practicada en la audiencia oral, pública, concentrada y con todas las garantías.

2. Los elementos materiales probatorios y las evidencias recaudadas durante la investigación, si bien sirven de soporte para imponer medidas restrictivas al ejercicio de los derechos fundamentales, no pueden ser el soporte de una sentencia condenatoria, decisión que debe estar fundada en pruebas practicadas durante el juicio oral.

3. La prueba no aparecerá dispersa "en varios escenarios procesales, escrita y secreta y valorada por un funcionario judicial que no tuvo incidencia en su recaudo, para ser practicada de forma concentrada en el curso de un juicio oral, público y con todas las garantías procesales.

4. "Esas modificaciones constitucionales a la estructura del proceso penal deben ser interpretadas de manera sistemática con el artículo 29 superior, al igual que con aquellas normas internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, en especial, los artículos 8 de la Convención Americana de Derechos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos".

5. También agrega la Corte: "Una interpretación armónica del artículo 29 superior con las nuevas disposiciones constitucionales mediante las cuales se estructura el nuevo modelo procesal penal de tendencia acusatoria, conlleva a que la regla de exclusión sea aplicable durante todas las etapas del proceso, no solamente durante el juicio sino en las etapas anteriores a él, con la posibilidad de excluir entonces, no solamente pruebas, sino también elementos' materiales probatorios y evidencia física".

6. La Corte Constitucional en sentencia SU-159/02, y con relación al proceso dijo: "Regla de exclusión constitucional de pruebas. En primer lugar, es importante examinar si se trata de una irregularidad menor que no afecta el debido proceso. En ese evento la prueba no tiene que ser obligatoriamente excluida. En segundo lugar, es necesario considerar el alcance del concepto de debido proceso al cual alude la norma constitucional, esto es, si se refiere exclusivamente a las reglas procesales o si también incluye las que regulan la limitación de cualquier derecho fundamental, como la intimidad, el secreto profesional y la libertad de conciencia. En Colombia, se ha dicho que el concepto de debido proceso es sustancial, esto es, comprende las formalidades y etapas que garantizan la efectividad de los derechos de las personas y las protegen de la arbitrariedad de las autoridades, tanto en el desarrollo de un proceso judicial o administrativo como, frente a cualquier actuación que implique la afectación de derechos constitucionales fundamentales. En tercer lugar, es necesario tener en cuenta que el derecho penal en un Estado Social de Derecho, **también busca un adecuado funcionamiento de la justicia** y, **obviamente, no funciona bien la justicia que conduce a la impunidad o a un fallo arbitrario, es decir, que carece de la virtud de garantizar efectivamente los derechos, principios y fines constitucionales desarrollados por la legislación penal.** Por ello, la decisión de excluir una prueba incide no sólo en el respeto a las garantías de imparcialidad, debido proceso y derecho de defensa, sino además, en el goce efectivo de otros derechos constitucionales tales cono la vida, la integridad y la libertad, protegidos por el legislador mediante la sanción de quienes violen el Código Penal. En cuarto lugar, el mandato constitucional de exclusión de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso exige que el funcionario judicial

de manera expresa determine que la prueba viciada no puede continuar formando parte del expediente".

7. Volviendo a la Sentencia C-591/05 también se hace referencia al juez de garantías consagrado en el Actò Legislativo 03 de 2002 y que se debe tener en cuenta para el análisis que se hará más adelante de la llamada prueba ilícita y refiriéndose a la facultades judiciales ejercidas por la Fiscalía dice la Corte Constitucional lo siguiente: "Si encuentra que la Fiscalía ha vulnerado los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, el juez a cargo del control no legitima la actuación de aquella y, lo que es más importante, los **elementos de prueba recaudados se reputan inexistentes y no podrán ser luego admitidos como prueba, ni mucho menos valorados como tal. En consecuencia, no se podrá, a partir de esa actuación, llevar a cabo la promoción de una investigación penal, como tampoco podrá ser llevada ante el juez de conocimiento para efectos de la promoción de un juzgamiento; efectos éstos armónicos con la previsión del artículo 29 superior, conforme el cual es nula de pleno derecho toda prueba obtenida con violación del debido proceso".**

"Por el contrario, si el juez de control de garantías advierte que la Fiscalía, en ejercicio de esas facultades, no ha desconocido los límites superiores de su actuación, convalida esa gestión y el ente investigador podrá entonces continuar con su labor investigativa, formular una imputación, plantear una acusación y pretender la condena del procesado. Es cierto que en este supuesto la facultad del **juez de control de garantías** no implica 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" (negrillas nuestras).

8. Dice la Sentencia C-591/05: "El proceso penal tiene tres etapas: i) indagación, ii) investigación, y iii) juicio. En materia probatoria, se considera como prueba sólo aquella producida en el transcurso del juicio oral, lo cual **no significa que los elementos probatorios y la evidencia física no queden sometidos a la cláusula de exclusión, en tanto que se dé garantía del respeto a los derechos fundamentales".**

9. No es nuestro propósito, por lo menos en este trabajo, entrar en discusiones sobre si la prueba es verificación de afirmaciones, tampoco sobre si la prueba no consiste en averiguar, sino en verificar, porque lo cierto es que en el caso colombiano las tres etapas en que está dividido el proceso penal se encuentran estrechamente relacionadas y solo subvirtiendo el orden de las

cosas se podría decir que la etapa de indagación no es una actividad probatoria. En todas las etapas puede haber actividad probatoria, sólo que mirando fundamentalmente el principio de contradicción, la imparcialidad del juez (el que instruye no falla), y la inmediación se dice como bien lo preceptúa el artículo 379 del C. de P.P.: "El juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia"' y, además, regla el artículo 381 del C. de P.P. "Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en pruebas debatidas en el proceso".

Siendo la indagación y la investigación actividades probatorias en sí mismas y con una finalidad predeterminada llevar el testigo, la evidencia (acreditada) por ejemplo al juicio oral; se debe velar por la inmaculación y pureza de esas etapas, no le puede ser indiferente a la jurisdicción la manera como se adelantan estas. Se debe velar por la pureza de las fuentes y la manera como se descubren (si hubo tortura, amenaza, etc.). Siendo ello así, no se debe pregonar una absoluta separación de la indagación e investigación, frente al juicio y con relación a la prueba. Utilizando el sentido común (recuérdese que la prueba es sentido común), se podría decir que son actividades probatorias, las que se desarrollan en la indagación, investigación y juicio, solo que para juzgar a una persona y si es del caso condenarla, la prueba que estimaremos es solo la practicada en el juicio oral.

2. CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN

Se aplica en todas las etapas del proceso, pero quizá donde existe un mayor riesgo de violación de las garantías fundamentales de las personas, es en la etapa de indagación e investigación, actividad probatoria que se le patrimonia a la Fiscalía General de la Nación y que por conducto del fiscal director de la investigación, le corresponde la dirección, coordinación, control jurídico y verificación técnico-científica de las actividades que desarrolle la policía judicial, en los términos previstos en el código (artículo 200 del C. de P.P.).

En la actividad de indagar e investigar, se presenta una tensión entre las garantías fundamentales de las personas y el imperio de averiguar la verdad de lo sucedido. Esa tensión muchas veces crea ansiedad en el investigador y lo lleva a atentar contra los derechos fundamentales de las personas'. Cuando

CHIESA APONTE, ERNESTO. *Derecho Procesal Penal.* Volumen 1. Editorial Forum. 1991, pág. 280, dice: "En cuanto al sospechoso de haber cometido un delito, su interés es que nada

en la indagación e investigación se descubre algo que el investigador considera importante, pero que no es suficiente si este no tiene control, la ansiedad por saber más lo puede llevar a atentar contra los derechos fundamentales de las personas, atentar contra su intimidad, integridad, etc.

3. LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY FRENTE A LA CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN

El inciso final del artículo 29 de la C.P., establece que "es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso", y el artículo 23 de la Ley 906 de 2004, dispone:

> **"Cláusula de exclusión.** Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.
>
> "Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia".

4. JUSTIFICACIÓN IDEOLÓGICA (VALORES) DE LA CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN

Sostiene la Corte Constitucional (Sentencia SU-159/02) que la regla general de exclusión, además de disuadir a los investigadores de caer en la tentación de violar el debido proceso, cumple diversas funciones, como garantizar la integridad de la administración de justicia, la realización de la justicia en el caso concreto, el ejercicio del derecho de defensa, el respeto al Estado de derecho y el goce efectivo de los derechos constitucionales fundamentales y, por tanto, las irregularidades menores o los errores inofensivos que no tienen el potencial de sacrificar estos principios y derechos constitucionales no han de provocar la exclusión de las pruebas".

En Estados Unidos la necesidad de la regla de exclusión como mecanismo o remedio para hacer valer la Enmienda Cuarta , tiene tres fundamentos a

---

se registre, nada sea incautado y nada se admita en su contra en el juicio o vista correspondiente. En cuanto al poder ejecutivo (policías, agentes, fiscales), el interés será el opuesto, bien por el celo de cumplir con el deber o por el afán desmedido de lograr una convicción".

La Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos sostiene: "El derecho de los habitantes a la seguridad de sus personas, domicilios, papeles y efectos contra incautaciones arbitrarias será inviolable y no se expedirán al efecto órdenes (judiciales) a menos que exista causa probable, corroborada por juramento o afirmación, que describa

saber: "1) disuadir o desalentar a los funcionarios del orden público para que no violen la protección constitucional; esto es lo que se conoce como *deterrence*; 2) integridad judicial, las Cortes no deben Ser cómplices de la desobediencia a la Constitución, al recibir la evidencia ilegalmente obtenida;. 3) impedir que el gobierno se beneficie de sus propios actos ilegales; de otra manera, el pueblo pierde confianza en el gobierno'".

5. EL FRENESÍ DEL DESCUBRIMIENTO Y LA VERDAD

No es fácil entender la utilidad que pueda tener la cláusula de exclusión. para quienes se encuentran en un verdadero frenesí (utilizo la palabra consciente de su energía) por el logro obtenido, cuando se tiene interiorizada la ideología de conseguir la verdad, pero unida a un desvalor: no importa cómo[4]. Es dificil desmontar una ideología'.

Nos refiere Chiesa Aponte en el caso *Bivens vs, Six known named agents*, el juez presidente Burger enjuició –citando al juez Cardoso– la

---

particularmente el lugar que ha de ser registrado, y las personas o cosas que han de ser detenidas o incautadas". Vale la pena resaltar que el. 15 de octubre de 2001 en Estados Unidos se promulgó la ley patriota con muy poco debate en el Senado, y al respecto se ha dicho: "El juez Andrew Napolitano ha llamado "el mayor rechazo antipatriota a la privacidad" principio hasta entonces respetado y garantizado por la Constitución. El resultado que funcionarios del gobierno federal pueden obtener información confidencial de la gente en cualquier lugar (su consultorio médico, su farmacia, su hospital, su banco, su empresa de seguro, su abogado, su cartero, su agencia de viaje, la compañía de teléfono, la empresa donde trabaja, la *casa* de la mamá, etc.) sin el permiso de un juez que previamente analice la causa probable". (Comentario de CARLOS BALL, Director de Agencia ALPE. Académico Asociado de Cato Institute).

[3] CHIESA. Obra cit., pág. 285.

Se ha dicho que Guantánamo ha sido todo un hl be sostener cite los "enemigos combatientes" no tienen derechos legales 'a tratar de dar potestades al FBI para revisar uso privado de Internet y hasta las listas de préstamos de libros en las bibliotecas, el Estado que esta administración encarna (Bush) ha sido criticado por tratar de recortar seriamente las libertades individuales. Las cárceles secretas de la CIA y su maltrato 1 prisioneros sospechosos de terrorismo han producido una crisis en Europa. Por estos es todo un debate nacional una directiva secreta de Bush de 2002, que autorizó espiar a ciudadanos estadounidenses o extranjeros sin orden judicial". (El Tiempo. Domingo 11: de diciembre de 2005).

Ver nuestra obra, *Racionalidad e Ideología en las Pruebas de Oficio.*

[6] Obra cit. Volumen 1, pág. 285.

regla de exclusión: "Esto significa que el violador de la Constitución no sufre daño alguno, mientras el criminal se beneficia con la exclusión de la evidencia de alto valor probatorio y la sociedad sufre doblemente: la violación del régimen constitucional y el beneficio indebido al acusado con la exclusión de la evidencia ilegalmente obtenida. Luego el juez Burger advierte que la regla de exclusión es única como cuestión de derecho comparado y que ni Inglaterra ni Canadá la han adoptado. En cuanto al fundamento principal de la Regla *(deterrence),* el juez Burger aduce que no había evidencia empírica para sostener que efectivamente la Regla tiene el efecto de reducir la conducta ilegal por parte de los funcionarios del orden público. Y, a fin de cuentas —sostiene el juez— el fiscal pierde su caso al excluirse la evidencia y el funcionario público no sufre mal alguno, y ni siquiera hay evidencia de que la exclusión le sirve de lección para no repetir su conducta ilegal'".

Sobre la realidad de la regla de exclusión he tomado de MARTÍNEZ GARCÍA, ELENA. *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal.* Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2003, pág. 71, lo siguiente: "Un análisis estadístico muy interesante de esta situación en Norteamérica refleja que "la regla de la exclusión sólo es responsable de la puesta en libertad de un número insignificante de acusados, la mayoría de los cuales no suelen estar envueltos en delitos violentos". Así, la *exclusionary rule* nunca suele ser un factor decisivo en los casos de homicidio, violación o robo. Los propios estudios del Gobierno Norteamericano muestran, y así lo han hecho durante más de una década, que sólo una pequeña fracción de los casos que son desestimados, lo son porque las pruebas hayan sido excluidas del proceso. Por ejemplo, en 1978, se estudiaron 2.804 casos de 38 abogados del Estado durante dos meses. Los resultados mostraron:

- De todos los casos presentados a estos abogados, solo el 0,4% fueron desestimados por problemas relacionados con la violación de la Cuarta Enmienda. La prueba fue excluida en juicio como resultado de la aplicación de la Cuarta Enmienda en sólo un 1.3% de los casos.
- Más del 50% de los acusados a quienes se garantizó la supresión total o parcial del material probatorio ilícitamente obtenido fueron de todos modos declarados culpables.

En 1982 un estudio del Instituto.Nacional de Justicia, dependiente del Ministerio de Justicia de Estados Unidos, sobre los efectos de la *exclusionary rule* en los procesos estatales llegó a resultados similares a saber, sólo un 0.79% de todos los casos por delitos de importancia analizados en el Estado de California, en un período de 3 años, no llegaron a juicio por aplicación de la regla de la exclusión y la mayoría de estos casos se referían a delitos por posesión de drogas no a delitos violentos. Más allá, sólo el 0.4% de los casos por delitos importantes que llegaron a la Corte Superior de Justicia de California durante el mismo período fueron desestimados por problemas en el registro o en la detención".

6. GIRO IDEOLÓGICO EN EL MANEJO DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN

Se puede decir que en un momento determinado la regla de exclusión se aplicaba sin ningún tipo de excepción, después vino una época de *balancing test,* se hace ponderación entre el interés del ciudadano por la protección de sus derechos fundamentales y el interés de la sociedad porque se persiga al crimen[8].

Se llega finalmente a consagrar el registro de buena, como excepción a la regla de exclusión en el caso ya clásico de *United States vs. León.* "Al diligenciarse una orden de registro válida por su faz (sin vicio aparente), expedida por un magistrado, se obtuvo determinada cantidad de drogas. En. el proceso criminal correspondiente el acusado solicitó la supresión de la evidencia impugnando la orden judicial con base en que no había **causa probable.** La Corte de Distrito suprimió la evidencia al estimar que de la declaración jurada en que se fundó la orden no surgía causa probable. La: Corte de Circuito confirmó, pero la Corte Suprema revocó y estableció la excepción de buena fe.

¿En qué consiste esta excepción a la regla de exclusión conocida por "buena fe"? "El fundamento principal del caso es el relativo al valor qué persigue la regla de exclusión: disuadir a los funcionarios de .que actúen en violación de la Enmienda Cuarta. Pero cuando un funcionario tiene ante sí una orden expedida por magistrado, sin que surja de la orden vicio alguno, ¿qué efecto disuasivo puede tener la regla de exclusión? Si lo que se persigue es que los agentes no registren o arresten sin orden, salvo circunstancias muy especiales, ¿por qué excluir los frutos del registro con orden judicial de cual no surge vicio aparente alguno?[9].

Dice Chiesa , "lo crucial en León, a nuestro juicio, es que se establece que el alcance de la regla de exclusión debe determinarse eón base en un balance entre costo social y el propósito disuasivo de la regla. Cuando el efecto disuasivo de la aplicación de la regla de exclusión es poco o ninguno y el costo social de la exclusión es patente, no debe aplicarse la regla de exclusión"[10].

Para que haya una mayor claridad sobre lo resuelto en se podría explicar así: Cuando el funcionario X tiene una orden que aparentemente es legal y con base en ella (la creencia que es legal) hace un registro donde

8 MARTÍNEZ GARCÍA. Ob. cit., pág. 67.

CHIESA. Ob. cit., pág. 304.

10 Ob. cit., pág. 304.

encuentra evidencia, corno no fue consciente, no tuvo la intención, ni el dolo de hacerlo en forma ilegal, el propósito disuasivo no se cumple. Solo se puede disuadir a quien sabe que obró mal y al excluirse la evidencia se cumple esa función. Como el efecto disuasivo es mínimo o simplemente especulativo, la evidencia se estima.

Se debe retener que en este caso no se tienen en cuenta los otros fundamentos de la regla de exclusión como la integridad judicial e impedir que el gobierno se beneficie de sus propios actos ilegales. No cabe duda que se le da cuerpo a un nuevo paradigma, si no tiene idoneidad para disuadir si se llega a excluir la evidencia, el costo social que implicaría excluirla sería altísimo.

Para ahondar un poco más, piénsese en el caso León: Si se suprime la evidencia (la droga), sin poder esa supresión cumplir la función de disuadir a los funcionarios por lo expuesto anteriormente, el costo social es altísimo. Esta concepción no tiene en cuenta los derechos de la persona, sino el propósito de disuadir, es un giro muy significativo.

Igualmente nos cuenta Chiesa: "Evidentemente, la buena fe en León se refiere a confiar razonablemente en la actuación del magistrado que expidió la orden. Pero la Corte advierte que no se trata de fe ciega o de confiar sin más en la orden. La excepción de "buena fe" no se aplica a la situación en que la declaración jurada que da lugar a la orden es hecha a sabiendas de su falsedad, o con craso menosprecio de la verdad. Un agente no actúa de buena fe cuando presta una declaración jurada cuya falsedad conoce o debió conocer".

La excepción de buena fe *(good faith exception)* no es aplicable en Colombia, no solamente porque se discutió en las legislaturas y se desechó, sino porque corno quedó plasmado con anterioridad la Corte Constitucional considera que la cláusula de exclusión tiene otras finalidades además de la de disuadir a las autoridades a no utilizar esos procedimientos".

El artículo 491, del proyecto de la Fiscalía decía: **"Nulidad derivada de la prueba** ilícita. La nulidad de pleno derecho señalada en el artículo 23 debe considerar, al respecto, los criterios introducidos por la doctrina y la jurisprudencia, tales como el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable, la buena fe, el balance de intereses, legitimidad en la invocación de la exclusión y el fundamento disuasivo de la violación". En el artículo 225 del proyecto se decía: "Registro **de buena fe.** Se exceptúan de la exclusión anterior aquellos registros en donde la policía judicial actúo de buena fe, derivada del convencimiento, objetiva y razonablemente fundado, de que la orden fue correctamente expedida por la Fiscalía General de la Nación".

7. EL ARTÍCULO 23 DEL C. DE P.P. Y LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO (*FRUIT OF THE POISONOUS TREE DOCTRINE*)

Para mayor claridad, transcribimos nuevamente el artículo 23 del C. de P.P. que en efecto regla:

> "Cláusula de exclusión. Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.
>
> Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia". (Negrillas nuestras).

No cabe duda que el inciso segundo del artículo transcrito recoge la teoría de los frutos del árbol ponzoñoso o envenenado, sin que ello signifique negar, que el artículo 29 de la C.P. abarca lo dicho en el inciso que estamos comentando.

La creación jurisprudencial de la teoría de los frutos del árbol envenado, se encuentra en *Silverthorne Lumber Co. vs. United States*[12], pero la frase "fruto del árbol envenado" se hizo por el juez Frankfurter, en el caso *Nardone vs. United States*[13].

Esta doctrina tiene como sustento una relación de causa a efecto, si la prueba, objeto de estudio deviene, por una relación causal, de una prueba excluida, aquella también debe ser excluida. Nuestro código utiliza para referirse a esa relación *las* frases "que sean consecuencia o que solo puedan explicarse", que es una manera de cualificar la relación a la cual nos hemos referido.

El caso *Nardone* (1939) se trata de una intervención telefónica realizada en forma ilícita y al excluirla no solo se hace de las palabras oídas a través de la intervención abusiva, sino a toda la evidencia conseguida en virtud de la información oída.

[12] Ver CHIESA. Obra cit., Volumen I, pág. 317.. La Corte Suprema se expreso así: "La esencia de la prohibición de adquirir evidencia de determinada manera es no sólo que: la evidencia así obtenida no será usada en el tribunal, sino que tampoco será usada modo alguno. Por supuesto, esto no quiere decir que los hechos así averiguados se tornan sagrados e inaccesibles. Si se adquiere conocimiento de esos hechos mediante una fuente **independiente,** podrán ser probados como cualesquiera otros hechos, pero el conocimiento obtenido por el gobierno mediante sus propios actos ilícitos no podrá ser utilizado".

[13] *Silverthorne* 1920 y *Nardone* 1939.

Ha dicho nuestra Corte Constitucional[14] : "Tal y como se ha expresado atrás a la luz del derecho comparado, son múltiples las teorías sobre los efectos y alcances de la doctrina de la prueba derivada de una prueba viciada. Entre los criterios utilizados para distinguir cuando una prueba se deriva de una primaria viciada es posible distinguir 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 su origen en una fuente independiente—, o criterios materiales —si el vínculo es necesario y exclusivo o si existe una decisión autónoma o 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 cambio no lo son las que provienen de una fuente separada, independiente y autónoma o cuyo vínculo con la prueba primaria se encuentra muy atenuado en razón de los criterios anteriormente mencionados".

8. EXCEPCIONES A LA DOCTRINA DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO

Dice el artículo 455 del C. de P.P.:

> **"Nulidad derivada de la prueba ilícita.** Para los efectos del artículo 23 se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley".

8.1. VÍNCULO ATENUADO (*ATTENUATED CONNECTION DOCTRINE)*

Hay que seguir pensando en las frases del artículo 23, que las pruebas sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia (vínculo necesario), para el caso de Colombia y para los Estados Unidos en el efecto disuasivo a los agentes del Estado. La doctrina[15], ha señalado algunos criterios para aplicar la norma del vínculo atenuado:

"i) Si la cadena entre la evidencia impugnada y la ilegalidad primaria es larga o el vínculo sólo puede demostrarse mediante argumento sofisticado, la exclusión no es apropiada. En tal caso es altamente improbable que la policía

[14] Sentencia SU-159/02, pág. 26, nota al pie.

[15] Lo he tomado de CHIESA. Ob. cit., pág. 319.

previera la evidencia impugnada como una consecuencia probable de su ilegitimidad; luego no podía ser una fuerza que motivara la conducta ilegal. De ahí que la amenaza de exclusión no puede operar como disuasivo en esta situación. ii) Lo mismo vale decir cuando la evidencia se usa para un fin relativamente insignificante o altamente inusual. Bajo estas circunstancias, no es probable que, al momento de la ilegalidad primaria, la policía previera o estuviera motivada por el uso potencial de la evidencia, por lo que la amenaza de exclusión no tendría efecto disuasivo. iii) Habida cuenta que el propósito de la regla de exclusión es desalentar conducta oficial indeseable, cuando tal conducta es particularmente ofensiva, el efecto disuasivo debe ser mayor y, por ende, más amplio el alcance de la regla de exclusión".

Debe seguirse pensando en la relación causa-efecto entre la prueba primaria viciada y la prueba derivada, su relación que es muy tenue. Ejemplo: Caso Wong Sun. En este caso los agentes arrestan ilegalmente a A, quien entonces involucra a B y éste a C (Wong Sun). Este es arrestado ilegalmente. Luego, ya libre en espera del juicio, Wong Sun confiesa libremente. La Corte Suprema resolvió que tal confesión era admisible, a **pesar de que pudiera estimarse que no hubiera confesado a no ser por su arresto ilegal, ya que al quedar libre y recibir las advertencias sobre su derecho a guardar silencio, el vínculo con la anterior ilegalidad quedó lo suficientemente atenuado o curado como para no aplicar la regla de** exclusión[16].

Para una inteligencia lúcida, siempre será posible establecer relaciones entre una prueba y otra y provocar la petición de exclusión de la supuesta derivada, pero si el vínculo en la forma que quedó explicado es muy tenue o débil, ese fruto estará ya curado y no cumplirá la función de disuadir a los funcionarios del Estado, función tan cara para los norteamericanos.

8.2. FUENTE INDEPENDIENTE (*INDEPENDENT SOURCE DOCTRINE)*

Utilizaremos inicialmente un ejemplo que tomamos del caso que dio lugar a la sentencia de la Corte Constitucional colombiana SU-159/02. Se excluye una grabación por ser considerada ilícita, pero las personas refiriéndose a los mismos hechos dan declaraciones a los medios de comunicación y hacen comunicados y estos últimos se tienen en cuenta para condenarlos. Aquí hay una fuente independiente, porque por un acto de voluntad libre se hacen las declaraciones a los medios de comunicación, aquí

[16] Lo he tomado de CHIESA. Ob cit., pág. 317.

en estricto sentido no hay árbol envenenado y no se justifica excluir la prueba"[17]. Los hechos que se investigan, cuando se excluye una prueba que los acredita, no significa que se vuelvan sagrados, intocables o que dejen de ser objeto de prueba, siempre se podrán acreditar por una fuente independiente.

8.3. DESCUBRIMIENTO INEVITABLE *(INEVITABLE DISCOVERY)*

Fue consagrada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1984, en el caso *Nix vs. Williams,* "En este caso, la policía obtuvo información ilegalmente del acusado (en violación al derecho de asistencia de abogado) sobre dónde estaba el cadáver de la víctima. Con base en esa información los agentes dieron con el cuerpo. La Corte Suprema resolvió que la evidencia era admisible porque inevitablemente se iba a llegar al cuerpo, toda vez que un grupo de 200 voluntarios estaban ya en la búsqueda cuidadosamente planificada del cuerpo, que incluía buscar en el lugar donde apareció efectivamente. Luego la Corte Suprema caracterizó a la doctrina "descubrimiento inevitable" como una especie de modalidad o extrapolación de la fuente independiente"[18].

También es llamada fuente independiente hipotética (*hypothetical **independent source doctrine),*** sobra decir que la Fiscalía deberá presentar prueba de la hipótesis de que los materiales probatorios derivados de la prueba ilícita, se iban a descubrir inevitablemente.

9. FACTORES QUE DEBE TENER EN CUENTA EL JUEZ PARA LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 455 DEL C. DE P.P.

1. El juez debe estudiar primero que todo, el nexo de causalidad entre la prueba por llamarla en alguna forma primaria e ilícita y la supuestamente derivada (formalmente lícita) y hacerse la siguiente pregunta: ¿la ilicitud primaria fue necesaria o esencial para lograr la prueba que se analiza? y si la respuesta es positiva, porque sin la utilización de esa prueba con mácula no se hubiera logrado la que se analiza, la prueba debe ser excluida. En caso contrario la prueba se podrá utilizar.

2. Para establecer si existe ese nexo o no, el juez debe aplicar las reglas de la sana crítica: para lograr asir, si efectivamente la prueba que se enjuicia, proviene en forma directa de la excluida o solo puede justificarse en razón de su existencia.

[17] Ver Sentencia SU-159/02.

[18] CHIESA. Ob. cit., pág. 321.

3. Además para llegar a la conclusión que la prueba que se enjuicia (derivada) se excluye, debe ponderar distintos factores, tales como: los derechos fundamentales del procesado, los de las víctimas y terceros, al igual que el cumplimiento estatal de investigar y sancionar efectivamente el delito'.

4. No se puede aplicar el artículo 23 y el artículo 454, en forma laxa y dar lugar a cualquier argumentación para establecer relaciones entre la prueba excluida y la prueba que es objeto de enjuiciamiento. La relación debe ser objetiva y con la entidad que fue explicada con anterioridad. La relación no se puede establecer en forma abstracta, hipotética, con sustento en la imaginación o en especulaciones racionales, sino prácticamente, teniendo en cuenta el caso en concreto, en forma singularizada. Siempre será posible establecer relaciones entre una prueba y otra, utilizando como ingrediente la imaginación, pero aquí se trata de establecer una relación en concreto y en forma objetiva.

10. EN QUÉ MOMENTO SE EXCLUYE LA PRUEBA

La cláusula de exclusión se puede ejercer en la etapa de la indagación, investigación, o en la etapa del juicio. Por ahora haremos referencia á la etapa del juicio dejando para más adelante el tema de la exclusión en la indagación o investigación.

Si el fiscal presenta ante el juez de conocimiento la acusación, dentro de los tres días siguientes se realizará la audiencia de formulación de acusación y una vez concluida ésta, el juez fijará fecha para la celebración de la audiencia preparatoria[20].

En la audiencia preparatoria de conformidad con el articulo 359 del C. de P.P., tanto las partes como el Ministerio Público podrán solicitar que se excluyan pruebas.

[19] Ver Sentencia C-591/05. Mag. Pon. Dra. Clara Inés. Vargas.

[20] Efectivamente el artículo 343 del C. de P.P. dice:

"Fecha de la audiencia preparatoria. Antes de finalizar la audiencia de formulación *de* acusación el juez tomará las siguientes decisiones:

1. Incorporará las correcciones a la acusación leída.
2. Aprobará o improbará los acuerdos a que hayan llegado las partes.
3. Suspenderá condicionalmente el procedimiento, cuando corresponda.

Concluida la audiencia de formulación de acusación, el juez fijará fecha, hora y sala para la celebración de la audiencia preparatoria, la cual deberá realizarse en un término no inferior a quince (15) días ni superior a los treinta (30) días siguientes a su señalamiento. A falta de sala, el juez podrá habilitar cualquier otro recinto público o privado para el efecto".

El juez resolverá, sobre la exclusión de las pruebas en la audiencia preparatoria del juicio oral y público. La providencia que excluye la prueba es apelable.

11, EL JUEZ DE CONOCIMIENTO ES QUIEN DECIDE SOBRE LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA

El hecho que el juez de conocimiento sea quien decida en últimas sobre la exclusión de la prueba, con el fin de que no ingresen al juicio oral tiene algunas ventajas y desventajas, en efecto en Chile la llamada audiencia de preparación del juicio oral[21], es dirigida por el juez de garantía.

Así, el artículo 266 del C. de P.P. de esa Nación dice:

> **"Oralidad e inmediación.** La audiencia de preparación del juicio oral será dirigida por el juez de garantía, quien la presenciará en su integridad, se desarrollará oralmente y durante su realización no se admitirá la presentación de escritos".

Dentro de dicha audiencia se puede presentar lo que prevé el artículo 276 del C. de P.P. chileno:

> **"Exclusión de pruebas para el juicio oral.** El juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas.
>
> "Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de las garantías fundamentales (...)".

Como se puede observar, en Chile se trata de un fenómeno de admisión y quien resuelve es el juez de garantía. Se hace la audiencia ante el juez de garantía, con el fin de no contaminar al juez de conocimiento, para que no se forme preconceptos, para que llegue a la audiencia, sin ningún conocimiento con relación a las pruebas. El sistema chileno tiene la ventaja de que el juez de conocimiento solo participa en la práctica de las pruebas y no se involucra en la admisión, ya que como hemos dicho, ésa función le corresponde al juez de garantía. El inconveniente que tiene este sistema, se presenta cuando el tribunal competente, cree que la prueba admitida es ilícita, y ya se está en el desarrollo del juicio oral (artículo 325), ¿puede o no negarse a valorarla? Esta pregunta la tendrán que resolver los doctrinantes y tribunales chilenos, pero en principio este es el inconveniente.

[21] Artículos 266 a 280 del C. de P.P.

En Colombia, como ya se adelantó, es el mismo juez de conocimiento, quien resuelve sobre si se excluye o no la prueba. En otras palabras, el juez competente para adelantar el juicio oral, se involucra en el descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, admisión y exclusión de pruebas, esto significa que en cierta forma tendrá conocimiento del asunto que será objeto del juicio oral (art. 366).

Este sistema puede considerarse inconveniente, porque el juez de conocimiento puede llegar con preconceptos, con anticipos de hipótesis, etc., pero de otra parte tiene la ventaja que el juez tendrá mucho cuidado cuando. resuelve sobre la admisión de una prueba que ha sido enjuiciada por ilícita, porque después tendrá que presidir la audiencia donde se practicará y, además, teniendo en cuenta que la providencia que admite la prueba no es susceptible de recursos (inciso final del artículo 359), y al ingresar al juicio oral lo contamina: No debe olvidarse que el juez de oficio se puede pronunciar sobre la ilicitud de la prueba de conformidad con lo que regla el artículo 360 del C. de P.P.

12. ¿QUÉ SUCEDE CON LA PRUEBA ILÍCITA QUE LLEGA A LA ETAPA DEL JUICIO?

Debe tenerse en cuenta que el juicio está integrado por tres audiencias: la formulación de la acusación, la preparatoria y la del juicio oral.

Ha dicho la Corte Constitucional en sentencia C-591/05, lo siguiente: "Al respecto la Corte considera, que cuando el juez de conocimiento se encuentra en el juicio con una prueba ilícita, debe en consecuencia proceder a su exclusión. Pero deberá siempre declarar la nulidad del proceso y excluir la prueba ilícita y sus derivadas, cuando quiera que dicha prueba ha sido obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial. En efecto, en estos casos, por tratarse de la obtención de una prueba con violación de los derechos humanos, esta circunstancia por sí sola hace que se rompa cualquier vínculo con el proceso. En otras palabras, independientemente' de si la prueba es **trascendental o necesaria, el solo hecho de que fue practicada bajo tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, es decir, mediante la perpetración de un crimen de lesa humanidad imputable a agentes del Estado, se transmite a todo el proceso un vicio insubsanable que genera la nulidad del proceso, por cuanto se han desconocido los fines del Estado en el curso de un proceso penal, cual es la realización de los derechos y garantías del individuo. Además, como queda ya comprometida la imparcialidad del juez que ha conocido del**

proceso, debe además proceder a remitirlo a un juez distinto". (Las negrillas son nuestras).

Además agrega: "En efecto, tradicionalmente en derecho colombiano se ha entendido que la aplicación de la regla de exclusión no invalida todo el proceso, sino que la prueba ilícita no puede ser tomada en cuenta al momento de sustentar una decisión. No obstante lo anterior, entiende la Corte que tal principio debe ser exceptuado cuando quiera que se pretenda hacer valer en un juicio oral una prueba que ha sido obtenida en flagrante desconocimiento de la dignidad humana, tal y como sucede con las confesiones logradas mediante crímenes de lesa humanidad como son la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha considerado que adelantar procesos judiciales sin las debidas garantías, como es la exclusión de la prueba obtenida con violación de la integridad física del sindicado, **motiva la invalidez del proceso** y también priva de validez a la sentencia, que no reúne las condiciones para que subsista y produzca los efectos que regularmente trae consigo un acto de esa naturaleza".

Con sustento en lo dicho por la Corte Constitucional, habría que proceder en la siguiente forma:

1. El juez de conocimiento en la audiencia preparatoria (arts. 355 a 365 del C. de P.P.), debe resolver sí excluye o admite una. prueba.

2. Si el juez llega a la conclusión que una determinada prueba es ilícita, la excluye y si el superior en caso de ser apelada lá confirma, la prueba no ingresará al juicio oral.

3. Si el juez de conocimiento admite la prueba (providencia que no es apelable) y la prueba se practica en la audiencia oral y se llega a la conclusión que es ilícita, el juez la excluye, no la valora y resuelve con base en las demás pruebas.

4. Pero la institución cambia, cuando la ilicitud de la prueba, tiene que ver con la obtención de la misma violando los derechos humanos: se consiguió bajo tortura, desaparición forzada o ejecución, porque si el juez de conocimiento llega a esa conclusión en la audiencia preparatoria del juicio oral, debe excluir la prueba y como su imparcialidad quedó comprometida, debe remitir el proceso a un juez distinto.

5. Si en la audiencia del juicio oral, se practica una prueba y se descubre que es producto de torturas, desaparición forzada o muerte, en ese momento sostenemos nosotros el juez de conocimiento debe proceder, como si estuviera

en el momento de la admisión de la prueba, a ordenar la exclusión de la prueba y sus derivadas, decreta la nulidad del proceso en la forma dicha y ordena enviarlo a otro juez de conocimiento.

6. Si en el momento de valorar la prueba, el juez llega a la conclusión de que la prueba es producto de lo indicado en el literal anterior, igualmente ordena excluir la prueba y sus derivadas, anula el proceso y ordena que se remita a otro juez.

7. El artículo 457 del C. de P.P. regla:

> **"Nulidad** por violación **a garantías fundamentales.** Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales.
>
> "Los recursos de apelación pendientes de definición al momento de iniciarse el juicio oral, salvo lo relacionado con la admisión de pruebas, no invalidan el procedimiento".

Se debe entender de conformidad con la sentencia de la Corte que igualmente cuando se trata de prueba conseguida por medio de torturas, desaparición forzada o muerte, estos fenómenos invalidan el juicio.

8. ¿Cuál es la razón por la cual nosotros sostenemos que cuando el juez ordena excluir la prueba en razón de haber sido conseguida mediante tortura, desaparición forzada o muerte, en la audiencia preparatoria del juicio oral, debe ordenar enviar el proceso a otro juez? Porque su imparcialidad queda comprometida (quien estará en todo el debate sobre si la prueba es producto de estas conductas y dictará esta providencia es el juez de conocimiento como ya se explicó), según palabras de la Corte Constitucional.

13. CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN DURANTE LA INVESTIGACIÓN

Empezamos, por transcribir lo que dijo la Corte Constitucional, en la sentencia C-591/05, sobre algunos aspectos necesarios para estrechar y ubicar el tema:

"El constituyente, retomando la experiencia de la estructura básica del proceso penal comparado, previó que la Fiscalía, en aquellos casos en que ejerce facultades restrictivas de derechos fundamentales, está sometida al control judicial o control de garantías —según la denominación de la propia norma—, decisión que denota el lugar preferente que ocupan los derechos fundamentales en el Estado Constitucional de Derecho. En este contexto, la institución del **juez de control de garantías** en la estructura del proceso penal es muy importante, como quiera que a su cargo está examinar si las facultades judiciales ejercidas por la Fiscalía se adecúan o no a sus

fundamentos constitucionales y, en particular, si su despliegue ha respetado o no los derechos fundamentales de los ciudadanos. En ejercicio de esta competencia, los efectos de la decisión que adopte el juez están determinados como a continuación se explica.

> "Si encuentra que la Fiscalía ha vulnerado los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, el juez a cargo del control no legitima la actuación de aquella y, lo que es más importante, los elementos de prueba recaudados se reputan inexistentes y no podrán ser luego admitidos como prueba, ni mucho menos valorados como tal. En consecuencia, no se podrá, a partir de esa actuación, llevar a cabo la promoción de una investigación penal, como tampoco podrá ser llevada ante el juez de conocimiento para efectos de la promoción de un juzgamiento; efectos éstos armónicos con la previsión del artículo 29 superior, conforme al cual es nula de pleno derecho toda prueba obtenida con violación del debido proceso. Por el contrario, si el juez de control de garantías advierte que la Fiscalía, en ejercicio de esas facultades no ha desconocido los límites superiores de su actuación, convalida esa gestión y el ente investigador podrá entonces continuar con su labor investigativa, formular una imputación, planear una acusación y pretender la condena del procesado. Es cierto que en este supuesto la facultad del **juez de control de garantías** no implica un pronunciamiento sobre las implicaciones que los elementos de prueba recaudados tengan sobre la responsabilidad del investigado, y que ésta será una tarea que se adelante en el debate público *y* oral de la etapa de juzgamiento".

Más adelante y en la misma sentencia se dice: "Así pues, en materia probatoria, se considera como prueba sólo aquella producida en el transcurso del juicio oral, lo cual no significa que los elementos probatorios y la evidencia. no queden sometidos a la cláusula de exclusión, en tanto que es garantía de los del respeto de los derechos fundamentales".

13.1. EXISTE MAYOR PELIGRO DE VIOLACIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA ETAPA DE LA INVESTIGACIÓN

Corno lo hemos escrito con anterioridad, donde existe mayor peligro de violación de los derechos fundamentales es en la etapa de la investigación. La ansiedad y el deseo de conseguir resultados rápidamente, traiciona al investigador y este opta por violar los derechos de las personas. Si efectivamente esto llega a suceder el juez debe excluir esa prueba.

13.2. LA INMACULACIÓN DE LOS ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS Y LA EVIDENCIA FÍSICA

No le puede ser indiferente al órgano judicial, la manera como se consiguen las fuentes de prueba, de tal manera que en la investigación el juez

de control de garantías ordenará excluir esas fuentes con las consecuencias ya precisadas, en el evento que se logren por métodos ilícitos.

14, CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN EN MATERIA DE REGISTROS Y ALLANAMIENTOS

Regla el artículo 232 de la Ley 906 de 2004:

> **"Cláusula de exclusión en materia de registros y allanamientos.** La expedición de una orden de registro y allanamiento por parte del fiscal, que se encuentre viciada por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos en este código, generará la invalidez de la diligencia, por lo que los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan del registro carecerán de valor, serán excluidos de la actuación y solo podrán ser utilizados para fines de impugnación"[22].

El registro y allanamiento sobre todo de un inmueble, es una intromisión grave, muy agresiva, por ello se deben cumplir unos requisitos muy precisos:

1. Se puede ordenar el allanamiento y registro con el único fin de obtener elementos materiales probatorios y evidencia o de realizar la captura del indiciado, imputado o condenado. Este último caso en relación con delitos susceptibles de medida de aseguramiento de detención preventiva (art. 219).

2. Deben existir motivos razonablemente fundados para concluir que la ocurrencia del delito investigado tiene como posible autor o partícipe al propietario o al simple tenedor del bien que se registra o quien transitoriamente se encontrare en él, o que en su interior se hallan los instrumentos con los que se ha cometido el delito u objetos producto del mismo (artículo 220 del C. de P.P.).

3. Los motivos fundados deberán ser respaldados, al menos, por un informe de policía judicial, declaración jurada de un testigo o informante o en elementos materiales probatorios y evidencia que establezcan con verosimilitud la vinculación del bien por registrar con el delito investigado (artículo 221 del C. de P.P.).

4. La orden de registro deberá determinar con precisión los lugares que se van a registrar. En ninguna circunstancia podrá autorizarse por la Fiscalía General de la Nación el diligenciamiento de órdenes de registro y allanamiento indiscriminados, o en donde de manera global se señale el bien por registrar (art. 222 del C. de P.P.).

[27] Hemos suprimido la frase "directa y exclusivamente", que fue declarada inexequible.

5. Existen objetos que no son susceptibles de registro (art. 223 del C. de P.P.).

6. La ley establece unos plazos de diligenciamiento de la orden de registro y allanamiento (art. 224 del C. de P.P.).

7. Se establecen unas reglas particulares para el diligenciamiento de la orden de registro (art. 225).

8. Se deben tener en cuenta las reglas para los allanamientos especiales (art. 226).

9. Procede en los casos de flagrancia (art. 229).

10. Se debe levantar un acta (art. 227).

La Corte ha dicho en la sentencia citada: "De tal suerte, que si la orden de registro y allanamiento, expedida por el fiscal, se encuentra viciada por alguno de los elementos esenciales anteriormente señalados, se generará la invalidez de la diligencia y los elementos probatorios y evidencia física que dependan de ella carecen de valor y se excluirán de la actuación y solo podrán ser utilizados para fines de impugnación".

15. LOS ELEMENTOS PROBATORIOS Y EVIDENCIA FÍSICA EXCLUIDOS Y SU UTILIZACIÓN PARA IMPUGNAR

De conformidad con el artículo 232 del C. de P.P. al cual se hizo referencia en el número anterior, los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan del registro carecerán de valor, cuando la orden de allanamiento y registro se encuentre viciada, pero pueden ser utilizados para fines de impugnación. Ello significa que podemos utilizar esa evidencia para impugnar la credibilidad de lo que diga el imputado –si resuelve declarar– y los testigos, siempre y cuando no sea producto de tortura, desaparición forzada o muerte. Debe quedar claro, que no es para utilizarlos como pruebas, sino para impugnar la credibilidad.

Si bien, de conformidad con la sentencia de la Corte Constitucional C-782/05, se declararon exequibles las expresiones "como testigo" incluida en el título y "comparecerán como testigos bajo la gravedad del juramento", contenidas en el artículo 394 de la Ley 906 de 2004, **"en el entendido que el juramento prestado por el acusado o coacusado declarante no tendrá efectos penales adversos respecto de la declaración sobre su propia conducta; y que en todo caso, de ello se le informará previamente por el juez, así como del derecho que le asiste a guardar silencio y a no** autoincriminarse. **Ni del silencio, ni de**

la negativa a responder, pueden derivarse consecuencias penales adversas al declarante"; en el evento que decida declarar y afirme por ejemplo que no ha traficado con drogas, y en un allanamiento que se le había practicado en su casa y que resultó ilegal se le encontraron estupefacientes, evidencia que no se pudo utilizar en esa ocasión porque el allanamiento y registro fueron ilegales, esta evidencia se puede utilizar para impugnar la credibilidad de lo contestado".

El artículo 232 del C. de P.P. no distingue, si la evidencia se puede utilizar para impugnar la credibilidad del acusado que decide declarar o si también se puede utilizar para impugnar la credibilidad de los testigos de la defensa[24].

[23] En *Walder vs. United States,* la Corte Suprema Federal resolvió que la regla de exclusión no es impedimento para que el Ministerio Fiscal utilice la evidencia obtenida en violación de la Enmienda Cuarta para impugnar las declaraciones del acusado en su examen directo. Esto se justifica con base en que para hacer valer el propósito de la Regla de Exclusión es suficiente la inadmisibilidad de la evidencia ilegalmente obtenida como prueba sustantiva. Permitir que el acusado falte a la verdad en su examen directo, sin permitir al gobierno utilizar la evidencia ilegalmente obtenida con el fin de impugnar su credibilidad, sería una norma que atiende más allá de lo razonable los valores en los que se funda la Regla de Exclusión, desatendiendo el valor fundamental de la correcta adjudicación de hechos en el procedimiento judicial. En *Walder* se imputó al acusado la venta de drogas en unas cuatro ocasiones. El acusado optó por declarar y dijo en el examen directo que nunca había comprado, poseído o vendido narcóticos; en contrainterrogatorio se reafirmó en ello. El tribunal de instancia permitió al fiscal contrainterrogar al acusado sobre cierta heroína que fue ilegalmente obtenida del hogar del acusado —y que había sido suprimida como evidencia en un procedimiento anterior contra el acusado—, el acusado negó el incidente y el tribunal permitió entonces al fiscal traer dos testigos que acreditaron la anterior incautación de heroína en posesión del acusado. El tribunal impartió al jurado la instrucción cautelar correspondiente, en términos de que se admitía tal evidencia, sólo con fines de impugnar la credibilidad del acusado. La Corte resolvió que esto es permisible bajo la Enmienda Cuarta. La Corte estimó que una cosa es impedir al gobierno que utilice afirmativamente la evidencia ilegalmente obtenida para probar su caso, y otra cosa es, **permitir al acusado que utilice la ilegalidad de la conducta gubernamental como escudo contra impugnación, esto es, como licencia para mentir en su declaración.** El acusado —quien tiene derecho constitucional— puede declarar y negar específicamente los hechos imputados en la acusación, sin abrir con esto al gobierno la puerta a utilizar la evidencia ilegalmente obtenida a fines de impugnación. Pero al declarar más allá y hacer afirmaciones que son contrarias a la realidad del registro o incautación anterior, debe, prevalecer la integridad del procedimiento para la más correcta determinación de los hechos y permitirse la evidencia ilegalmente obtenida para impugnar la contradicción" (negrillas nuestras). Tomado de CHIESA APONTE, ERNESTO. Obra cit., volumen I, pág. 296.

[24] La Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió que no, en el caso *James Illinois* (1990). James participó en hechos constitutivos de asesinato y tentativa de asesinato. Ya bajo arresto admitió a los agentes que *se* había pintado el pelo *y* cambiado su peinado el

Para responderla pensemos: si tenemos en cuenta que en Colombia dijo la Sentencia SU-159, la regla general de exclusión, no sólo tiene por finalidad

---

día anterior para alterar su apariencia. El Tribunal de instancia suprimió estas declaraciones por ser fruto de un arresto ilegal en violación de la Enmienda Cuarta. En el juicio, unos testigos de cargo describieron el pelo y peinado del criminal y afirmaron que habían visto al acusado con tal pelo y peinado antes del crimen; identificaron al acusado en la Corte, a pesar de estar éste con otro color de pelo y diferente peinado. El acusado optó por no testificar. Si hubiera testificado sobre su pelo en el momento de los hechos delictivos, hubiera sido permisible su impugnación mediante las declaraciones producto del arresto ilegal (Harris y Walder). Pero testificó por la defensa Henderson, quien declaró que el día de los hechos el acusado tenía el pelo corno lo tenía ahora en la Corte. El tribunal permitió la impugnación de este testimonio mediante las declaraciones del acusado ilegalmente obtenidas (frutos de arresto ilegal). La Corte Suprema de Illinois validó la decisión del Tribunal de instancia al resolver que el uso de evidencia ilegalmente obtenida para fines de impugnación debía extenderse a impugnación de testigos de defensa, para evitar así el perjurio por delegación (*perjury by proxy*). La Corte Suprema Federal revocó. **Se comenzó por advertir que las excepciones a la regla de exclusión habían sido establecidas para situaciones en que la admisión de la evidencia adelantara significativamente la búsqueda de la verdad en el juicio criminal, quedando como mera posibilidad especulativa que tal admisión** estimulara a la policía a conducta **ilegal. Es con base en esta consideración que** se justificó a Walder, **Harris** y **Havens. Pero** extender esta excepción a **la impugnación de testigos de defensa crearía incentivos particulares con relación a la conducta de los acusados y agentes del orden público. Las anteriores excepciones desalientan el testimonió perjurio del acusado sin desalentar** el testimonio verdadero. Pero la extensión de la norma a la impugnación de otros testigos **de defensa tendría el** efecto probable **de impedir que el acusado pudiera presentar su** mejor y hasta única defensa **mediante ciertos testigos, aparte de que podría fomentar que las** autoridades incurrieran **en conducta ilegal al expandirse en forma significativa el uso de evidencia, ilegalmente obtenida en el** juicio. Ya no sería mera posibilidad especulativa sino **probabilidad, el uso de evidencia ilegalmente obtenida. De ordinario el acusado no declara y si declara puede hacerlo con cuidado, para no abrir las puertas al uso de la evidencia ilegalmente obtenida con fines de impugnación. Pero** al utilizarse esa evidencia para impugnar a cualquier testigo de defensa, su uso en juicio se torna probable con efecto de menoscabo al propósito de la regla de exclusión, es disuadir a las autoridades. Las **autoridades pueden muy bien pensar que vale la pena obtener la evidencia ilegalmente, aunque no puedan usarla como prueba de cargo, ante la probabilidad significativa de que puedan presentarla ante el** juzgador para fines de impugnar al acusado a cualquier testigo de la defensa. El balance en que se basa la jurisprudencia anterior (Walder, Harris, Havens) se rompe. Extender la excepción a impugnación de testigos de defensa menoscabaría sustancialmente el fin disuasivo **de la Regla de Exclusión sin avanzar de** forma comparable **la consecuencia de la verdad en el juicio.** El juez Kennedy emitió opinión disidente a la cual se unieron al juez presidente, la juez O'Connor y el

disuadir a los investigadores, sino que tiene otras funciones indicadas en el número cuatro de este capítulo: No se debe olvidar que la decisión de excluir una prueba, incide también, en el goce efectivo de otros derechos constitucionales, tales como la vida, la integridad y la libertad, protegidos por el legislador mediante la sanción de quienes violen el Código Penal. En Estados Unidos en el caso James vs. Illinois (1990) se dijo que no se puede utilizar para impugnar los testigos de la defensa, (como aparece al pie de página) pero ello se explica porque prácticamente en los Estados Unidos, se despojó la regla de exclusión, se le quitó todo tipo de connotación ética y se inclinaron por una connotación práctica: disuade o no a los funcionarios y si no disuade como en el caso del vínculo atenuado, pues no se aplica. En el caso que nos ocupa la' Corte Suprema Federal, considera que hipotéticamente los funcionarios consiguen pruebas con violación de las enmiendas IV, V, VI y XIV, previendo (es decir imaginando, haciendo hipótesis, diseños futuristas) que como casi siempre se postulan testigos por la defensa y entonces si bien, no se pueden utilizar esas evidencias para inculpar si la pueden utilizar para impugnar lo cual es un estímulo para conseguirlas, razón por la cual no se pueden utilizar para impugnar los testigos de la defensa. (Debe recordarse que sí se pueden utilizar en Estados Unidos para impugnar la credibilidad del acusado).

17. LA INMACULACIÓN DE LA PRUEBA: LA CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN, LOS FRUTOS DEL ÁRBOL PONZOÑOSO

Séanos permitido hacer las siguientes reflexiones:

1. La cláusula de exclusión en Colombia se encuentra consagrada en el articulo 29 de la Constitución Política. Lo que significa que se encuentra "sitiada" por todos los valores que la Carta Política consagra.
2. Cuando la Constitución Política, en el inciso final del artículo 29 se refiere al debido proceso lo hace desde el punto de vista sustantivo que incluye los derechos fundamentales como la intimidad, el secreto profesional, la libertad de conciencia, etc.
3. Una de las excepciones a la regla de exclusión, en los Estados Unidos, es la buena fe del funcionario, cuando realiza un allanamiento

juez Scalia. Los disidentes aceptan el enfoque del "balance de intereses", pero rechazan el análisis de la mayoría. La exclusión de la evidencia para impugnar a testigos de defensa afecta el proceso de buscar la verdad en grado claramente mayor que el relativo a que la admisión estimule a las autoridades gubernamentales a violar la protección constitucional.

creyendo que la orden es adecuada, porque el fin, disuadir a los funcionarios de la investigación, no se cumple. Este fin por sí solo, no sería suficiente para aplicar o no la regla de exclusión, porque en Colombia la cláusula de exclusión tiene una carnadura llena de valores que ya hemos explicado y por ello hicieron bien nuestras cámaras legislativas en no haber consagrado la excepción de buena fe, porque seguramente habría sido declarada inconstitucional la norma. Nunca se podría en Colombia llegar a decir: "la regla [de exclusión] es un remedio de creación judicial diseñado para salvaguardar los derechos de la Cuarta Enmienda **generalmente a través de su efecto disuasorio, más que un derecho constitucional personal de la parte agraviada".** Y también se ha dicho: "La regla está calculada para evitar, no para reparar. Su propósito es disuadir-imponer respeto por la garantía constitucional de la única manera efectivamente disponible mediante la remoción del incentivo para ignorarla'.

4. La regla de exclusión en los Estados Unidos opera, cuando se trata de actuaciones de las autoridades, nunca frente a las actividades de los particulares. En Colombia, también opera por los valores indicados, cuando se trata de elementos o evidencias o información conseguida por los particulares por medios ilícitos.

En Estados Unidos cuando se violan las enmiendas: IV. Protección de la intimidad"; V. No la incriminación forzada"; VI. Contar con la ayuda de un

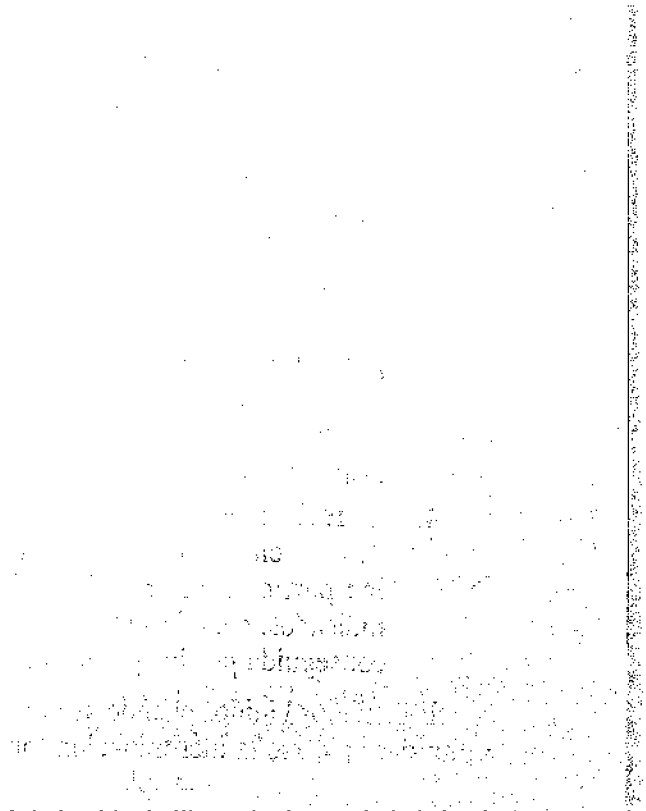
[25] United States vs. Calandra, tornada la cita del magnífico libro de HIDALGO GALLARDO, CARLOS. *Las pruebas ilegales,* De la Exclusionary Rule Estadounidense al artículo 11.1. LOP. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid 2003, pág 289.

[26] Elkins vs. United States.. Tomada de HIDALGO GALLARDO, ob. cit., pág. 302.

[27] La Enmienda IV dice: "El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y rió se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el linar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas.

[28] La V enmienda dice: "Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio activo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; **ni se le compelerá a declarar contra sí misma**

abogado"; XIV. El proceso debido"; por influencia primordial de la Cuarta Enmienda se aplica la regla de exclusión.



en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización.

[29] La Enmienda VI dice En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial del distrito y Estado en que el delito se haya cometido. Distrito que deberá haber sido determinado previamente por la ley; así como de que se le haga saber la naturaleza y causa de la acusación, de que se le caree con los testigos que depongan en su contra, de que le obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y de contar con un abogado que lo defienda.

[30] Solo transcribimos por lo larga la parte pertinente, en efecto: 1. Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos. Tampoco podrá Estado alguno **privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual** para todos.

Capítulo XI

MÁS ALLÁ DE DUDA RAZONABLE'

1. DUDA RAZONABLE

1. Los textos que se refieren, a ese estándar son los artículos 7 y 381, del C. de P.P. donde sólo se hace referencia a "más allá de toda duda y el artículo 372 que utiliza la frase completa más allá de duda razonable. Es decir que en los dos primeros textos se utiliza el adjetivo; toda, mientras que en el segundo de los nombrados no aparece el adjetivo, pero aparece la palabra razonable'.

2. Se puede afirmar sin lugar a dudas que esa frase fue tomada del derecho anglosajón. Y decimos que la frase, mas no su significado por las razones que indicaremos más adelante.

Se dice en el caso de Samuel Winship (1970), por la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el origen del estándar: "El requerimiento de que la culpabilidad de un cargo criminal sea establecida por prueba más allá de una duda razonable, data al menos de nuestros primeros días como Nación. El requerimiento de un grado más alto de persuasión en casos criminales fue constantemente expresado desde tiempos antiguos (aunque), su cristalización dentro de la fórmula, "más allá de una duda razonable", parece haber ocurrido tan tarde corno en 1798". Pero cuando en realidad se dice expresamente que el estándar hace parte de las garantías constitucionales, es en el caso de Samuel Winship es decir del debido proceso, enmiendas V y XIV'.

' Advertencia: Repito muchas cosas que están en otras partes del libro con el único objetivo que mi criterio quede bien expresado.

El artículo 340, inc. 1 del C. de P.P. chileno dice:

Convicción del Tribunal: "Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penda por la ley".

Se dice: Por temor a que quede cualquier duda acerca de la estatura Constitucional del Estándar de la duda razonable, explícitamente sostenemos que la cláusula del debido

3. Resulta importante, para entender el estándar en comentario, hacer referencia al caso que dio lugar al pronunciamiento, así sea tangencialmente. Durante una audiencia en 1967, un juez en la Corte de Familia de Nueva York, encontró que el apelante, entonces un niño de doce años, había entrado a un locker y había robado $112 del bolsillo de un libro de una mujer. Se acusó (al niño) de delincuencia, y se afirmó: "si hubiera sido hecho por un adulto, constituiría crimen". **El juez reconoció que la prueba podría no establecer culpabilidad más allá de una duda razonable, pero desestimó el reclamo del apelante (el niño), de que tal prueba fuera requerida por la décima cuarta enmienda.** El juez confió en que: "cualquier determinación en la conclusión de una audiencia sobre si un menor realizó acto o actos, puede basarse en el estándar de "preponderancia de la evidencia" ("*preponderance of the evidence*"), que es el que se aplica a los casos civiles.

.4. El tema a discutir y que permite entender la institución que estamos estudiando es el siguiente: ... "Aunque la décima cuarta enmienda no requiere que la audiencia en esta etapa cumpla con todos los requerimientos de un proceso criminal o del proceso administrativo usual, la cláusula del debido proceso requiere la aplicación durante la audiencia del juez de lo **"imprescindible del debido proceso y tratamiento imparcial".** Entonces de lo que se trata especificamente es si el grado de convicción exigido: "más allá de una duda razonable, está entre lo "imprescindible del debido proceso y tratamiento imparcial requerido durante la etapa de la audiencia del juez cuando un menor es culpado de un acto que constituiría un crimen si fuera cometido por un adulto"'.

---

proceso protege al acusado contra la condena excepto "sobre prueba más allá de duda razonable de cada hecho necesario para constituir d **crimen** por el cuál está **siendo inculpado".**

El juez reconoció que la prueba podría no establecer culpabilidad más allá de una duda razonable, pero desestimó la controversia del apelante de que tal prueba fuera requerida por la décimo cuarta enmienda. En cambio el juez confió en la 744 (b) del Acta de la Corte de Familia de Nueva York que estipula que: "cualquier determinación en la conclusión de una audiencia de que un menor realizó un acto o actos, debe basarse en una preponderancia de evidencia". Durante una audiencia de disposición posterior se ordenó que el apelante fuera ubicado en una escuela de entrenamiento por un período inicial de 18 meses sujeto a prórrogas anuales de su compromiso hasta su cumpleaños número 18 en el, caso **de apelante.** La división del apelante de la Corte Suprema de Nueva York, Primer Departamento Judicial, ratificó sin opinión. La Corte de Apelaciones de Nueva York, ratificó por una votación de cuatro a tres, sustentando expresamente la constitucionalidad de -744 (b).

La Corte dijo:

"El estándar de duda razonable, juega un papel vital en el esquema del procedimiento penal americano. Es un instrumento principal para reducir el riesgo de condenas apoyadas en errores de hecho. Proporciona sustancia concreta a la presunción de inocencia, principio axiomático y elemental cuya aplicación subyace en el fundamento de la administración de nuestra ley criminar'.

5. Las razones que expone la sentencia para la utilización del estándar indicado son:

i) "El acusado durante un proceso criminal tiene en juego intereses de gran trascendencia, a causa de la posibilidad de que pueda perder su libertad como consecuencia de la condena y la certeza de que será estigmatizado por la condena. Por consiguiente, una sociedad que valora el buen nombre y la libertad de cada individuo no deberá condenar a un hombre por cometer un crimen cuando existe duda razonable acerca de su culpabilidad.

ii) Dice la sentencia: "Como lo dijimos en Speiser vs Randall: "Siempre en el litigio hay un margen de error, error representado en el hallazgo de hechos (determinación de los hechos), el cual ambas partes deben tener en cuenta. Cuando una parte tiene en juego un valor trascendental como su libertad, cuando es acusado penalmente, este margen de error se reduce por la institución de colocar en la otra parte la carga de persuadir al juez, de los hechos al momento de la conclusión del juicio de su culpabilidad más allá de duda razonable. **"Para este fin, el estándar de duda razonable** *(beyond a reasonable doubt),* **es indispensable para que "cause la impresión en el juzgador de los hechos de la *necesidad de alcanzar un estado subjetivo de certeza de los mismos.***

iii) Agrega la sentencia: "además, el uso del estándar de duda razonable es indispensable para obtener el respeto y confianza de la comunidad cuando se aplica la ley penal. Es crítico, que la fuerza moral de la ley penal no se altere por un estándar de prueba que deja a las personas en duda si hombres inocentes están siendo condenados.

[5] También se dijo: "Como observaron quienes no estuvieron de acuerdo en la Corte de Apelaciones de Nueva York, y estamos de acuerdo "una persona acusada de un crimen estaría en seria desventaja, una desventaja equivalente a la falta de equidad fundamental, si pudiera ser juzgado y encarcelado por años sobre la misma evidencia suficiente en un caso civil".

iv) Afirma igualmente: "También es importante en nuestra sociedad libre, que cada individuo que se ocupa de sus asuntos ordinarios, tenga la seguridad de que su gobierno no puede declararlo culpable de un delito penal sin convencer a los que juzgan los hechos (el juez), de su culpabilidad **con la mayor certeza".**

2. UBICACIÓN

Para ubicar con mayor claridad, el estándar de duda razonable, es necesario hacer referencia, al caso Cage vs Louisiana, decidido en noviembre 13 de 1990.

El solicitante Cage fue declarado culpable en Louisiana de asesinato en primer grado y fue sentenciado a muerte.

Al jurado se le instruyó en la parte pertinente en la siguiente forma:

"Si ustedes contemplan una duda razonable en cualquier hecho o elemento necesario para constituir la culpabilidad del acusado, es su deber darle el beneficio de la duda y emitir un veredicto de no culpabilidad. Aún donde la evidencia demuestre una probabilidad de culpabilidad, si ésta no establece tal culpabilidad más allá de duda razonable, ustedes deben absolver al acusado. Esta duda, sin embargo, debe ser razonable: esto es, que debe estar fundamentada en una base sustancial tangible y real, y no bajo un capricho o conjetura. Esta duda debe dar origen a una incertidumbre grave, surgida en su mente por razones del carácter insatisfactorio de la evidencia o la falta de esta. Una duda razonable no es una mera posible duda. **Es una duda sustancial, real. Es una duda que un hombre sensato puede considerar seriamente. Lo que se requiere no es una certeza absoluta o matemática, sino una certeza moral".**

El cargo se hizo residir en: La instrucción estuvo en contra del requisito de **"más allá de una duda razonable",** que es claro en Winship. Las palabras "sustancial" y "grave" sugieren un grado más alto de duda que el que se requiere para la absolución bajo el estándar de la duda razonable. Cuando estas declaraciones son consideradas con referencia a la "moral", en vez de probatorias ciertas, un miembro del jurado sensato, tomando el cargo como un todo, podría haber interpretado la instrucción para permitir un fallo de culpabilidad basado en un grado de prueba abajo del requerido por la cláusula del debido proceso.

La Corte Suprema de Louisiana rechazó el alegato del solicitante.

La Suprema Federal observó primero que el uso de frases "certeza grave" y "certeza moral" en la instrucción, "si se sacan de contexto podrían exagerar el grado requerido de incertidumbre y confundir al jurado". Pero "tomando

el cargo como un todo", la Corte concluyó que las "personas sensatas de inteligencia normal entenderían, la definición de duda razonable. Es nuestro parecer sin embargo, que la instrucción del asunto fue contraria para el requerimiento de "más allá de una duda razonable", expresado en Winship.

También dijo la Corte Suprema Federal: ... "es claro para nosotros que las palabras **"sustancial** y **grave",** como se entienden comúnmente, sugieren un grado más alto de duda que la que se requiere para absolver bajo el estándar de la duda razonable. Cuando esas declaraciones se consideran entonces, con referencia a "certeza moral", en vez de certeza probatoria, se hace claro que un miembro del jurado sensato podría haber interpretado la instrucción para permitir un hallazgo de culpabilidad basado en un grado de prueba debajo de la requerida por la Cláusula del debido proceso".

El juicio de la Corte Suprema de Louisiana es revocado. Y se debe adelantar el proceso con evaluaciones no contradictorias con esta opinión.

3. RETORNEMOS AL CASO SAMUEL WINSHIP

En efecto, es importante que penetremos en la frase: "Para este fin, el estándar de duda razonable es indispensable para que cause la impresión en el jurado del hecho, de la necesidad de alcanzar un estado **subjetivo de certeza de los hechos en cuestión.** (The necessity of reaching a subjective state of certitude of de facts in issue.

De acuerdo con lo dicho en Winship, el estándar de **duda razonable,** apunta, está destinado a producir en el jurado la necesidad de **una certeza subjetiva** (a continuación exploraremos este tema).

3.1. CERTEZA

Certeza: Conocimiento seguro, claro y evidente de las cosas.

Firme adhesión de la mente a algo conocible, sin temor de errar.

Certidumbre: Certeza.

Los escolásticos hablaban de certidumbre como de un "estado firme de la mente".

Hay varias clases de certidumbre (certeza). Una subjetiva y otra objetiva.

La certidumbre (certeza) subjetiva implica un asentimiento, pero no el fundamento de ese asentimiento. La certidumbre (certeza) objetiva explica el

fundamento de su asentimiento, que en el caso del proceso puede ser prueba testimonial, pericial, etc.

Hay una concepción que se ha llamado tendencia certística a la que admite solamente proposiciones completamente seguras como base de la ciencia o de la filosofía. Para dicha sentencia debe ser excluido cuanto no pueda ser rigurosamente demostrado[6].

La Ley 906 de 2004, Nuevo Código de Procedimiento Penal, se alínea en la certeza objetiva, en efecto:

i) El artículo 7 del C. de P.P. dice: "Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda".

Obsérvese que se hace referencia a convencimiento, es decir una adhesión fuerte a la responsabilidad. ¿Pero con base en qué debe lograrse ella?; la respuesta la encontramos en los artículos:

ii) 372 que dice: **Fines:** Las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe".

iii) 381 que dice: **"Conocimiento para condenan** Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.

La sentencia condenatoria no podrá fundarse exclusivamente en pruebas de referencia".

De los dos artículos citados surge con cuerpo y se puede hacer ostentación, que la certeza que se consagró fue la objetiva, es decir, que para lograrla se debe hacer con base en las pruebas debatidas en el juicio.

Resulta aplicable, lo que refiriéndose ciertamente a otro Código y a otros artículos, dijo la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal:

Es en virtud de ello que se estima sabía la fórmula acuñada en el artículo 247 del C. de P.P. (que en esencia es la misma del artículo 381. del Nuevo

6 Pues "lo inseguro está siempre acechado por la sorpresa, en. tanto que lo seguro tiene sus espaldas libres para consagrarse a otras importantes actividades".
FERRATER MORA, J. *Diccionario de Filosofía.* Barcelona, Ariel, 1994, pág. 526.
(Las definiciones fueron tomadas de la misma obra).

Código de Procedimiento Penal) en el sentido de que "no se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obren pruebas que conduzcan a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado", tanto porque democrática y justamente dicho precepto reivindica la certeza objetiva (fundada en medios de convicción), como porque nos señala nítidamente que no es la prueba en sí la que constituye la certeza (o la duda), sino que apenas se erige en un medio o vehículo para llegar a dicha meta, pues si tal es el sentido del verbo "conducir". Por ello, con sobrada razón, los expositores del método racional pregonan que "Las pruebas no se cuentan sino que se sopesan'".

Se nutre del mismo sustento el Procedimiento Penal chileno, en efecto, el artículo 340 dice:

> **"Convicción del Tribunal.** Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el Tribunal que lo juzgue adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.
>
> El Tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral.
>
> No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración".

Además el inciso tercero del artículo 297, del Código de Procedimiento Penal chileno dice:

> "La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieren por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esa fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia".

La norma indica el sustento de la convicción: **"La prueba producida durante el juicio oral",** ubicándose dentro de la certeza objetiva.

En los Estados Unidos, se le advierte al jurado que debe emitir el fallo sólo con la prueba que se practica en el juicio; se habla como ha quedado dicho de una certeza subjetiva.

3.2. QUÉ SE QUIERE DECIR CON CERTEZA OBJETIVA

La certeza subjetiva, es aquella creencia íntima, autística, casi no explicable, que todos los humanos somos capaces de anidar para juzgar un

determinado asunto; la certeza objetiva es la fundada en externalidades (Pruebas), que como consecuencia hay que explicar y justificar. La certeza es un producto de esas objetividades. La duda igualmente tiene que ser objetiva, es decir, surgida de las pruebas. A continuación, haremos referencia al tema.

3.3. IN DUBIO PRO REO

Carecer de certeza. El término "duda", significa primariamente "vacilación" "irresolución", "perplejidad". Estas significaciones se encuentran ya en el vocablo latino **dubitatis.** En la **dubitatio** hay siempre, por lo menos dos proposiciones o tesis entre las cuales la mente se siente fluctuante; va, en efecto, de una a otra sin detenerse. Por ese motivo la duda no significa falta de creencia, sino indecisión con respecto a las creencias[8].

El *in dubio pro reo,* le impone al juzgador la absolución, en caso de que la prueba lo conduzca precisamente a ese estado. Lo que se acostumbra expresar: **"si no llegare al convencimiento más allá de toda duda razonable".**

Dice bien la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Penal:

> "Por su parte, el principio del *"in dubio pro reo",* hace referencia a la duda que se le presenta al funcionario judicial sobre la responsabilidad del sujeto con base en el material probatorio recaudado en el proceso y opera siempre que no haya forma de eliminarla razonablemente"[9].

3.4. LA DUDA QUE GENERA LA APLICACIÓN DEL IN DUBIO PRO REO DEBE SER OBJETIVA

Los artículos 372 y 381 del Código de Procedimiento Penal colombiano, ya referidos y el artículo 340 del Código Procesal Penal chileno, consagran una certeza objetiva, para poder condenar. Otro tanto debe ocurrir, con la duda que conduzca a la aplicación del **in dubio pro reo.**

Ha dicho la Corte Suprema de Justicia de Colombia:

> "Para llegar a una declaración de duda, el juzgador no puede recurrir a, la suposición propia o simplemente emanada de su subjetividad, ni tampoco lo puede hacer a través del eco arbitrario a una expresión aislada, mentirosa y

[8] FERRATER MORA, J. *Diccionario de Filosofia.* Barcelona, Editorial Ariel, 1994, pág. 526.

[9] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Diciembre 10 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Carlos E. Mejía Escobar. Editora Jurídica de Colombia, segundo semestre de 1997, pág. 584.

> oportunista del procesado. Como las pruebas deben recaudarse por medio del rito legal, después el funcionario judicial le otorgará a cada *ítem* informativo el valor que le corresponde, y finalmente se aquilatarán todos los medios de información integrados (en conjunto); además, será la prueba la que conduzca a la certeza o al estado de duda sobre el hecho punible y la responsabilidad del acusado, de conformidad con los artículos 246 y siguientes del Código de Procedimiento Penal (hoy los artículos 372 y 381 y por qué no el artículo 340 del Código de Procedimiento Penal chileno), la convicción en uno u otro sentido debe surgir de un proceso de racionalización basado en los datos de información y no en la conjetura del juzgador. Por ello, tanto de la certeza como del "in *dubio*" se pregona que no puede reposar en una pura subjetividad ni se compadecen meramente con la íntima convicción del juez, sino que habrán de derivarse de la racional y objetiva valoración de las constancias procesales...[10].

Una vez que la prueba es adquirida para el proceso, ésta ejerce regencia sobre la mente del juez en virtud de la certeza objetiva consagrada y le indica el camino conduciéndola hacia la certeza (más allá de toda duda razonable), o solo hasta la duda. No se trata de conducir la mente del juez, con materiales surgidos de sus creencias, puras subjetividades, sino de las pruebas.

Si se tratara la persuasión del juez (dejarse llevar), de un estado subjetivo surgido de sus reflexiones, sin tener ellas basamento en las pruebas recaudadas, se habría consagrado un sistema arbitrario y el juez podría fallar con las pruebas del expediente, contra las pruebas del expediente o sin pruebas.

El juez (y sobre todo en la audiencia oral y con inmediación), debe pensar las pruebas, debe ser buen discípulo de los hechos mostrados por las pruebas, y con base en ellas llegar al estado de certeza, pero no debe acomodar los hechos a sus aspiraciones mentales y a sus prejuicios, mi mucho menos darles un modelaj e nuevo, tiene que tomarlos en bruto e interpretarlos con aplicación de las reglas de la experiencia o sentido común, las reglas de la lógica, las reglas de la ciencia, las reglas de la técnica, etc.

Al juez se le puede decir: "Mire y escrute bien el hecho que le ha sido transportado al proceso por los medios probatorios. El hecho lo debe afectar, antes de que usted lo impregne de subjetividades. El hecho "capturado" a través de los medios probatorios le empezará a indicar el camino que debe seguir". El hecho bien "rumiado" lo obligará a emplear el talento. No suponga, escrute.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia de fecha, sin tener ellas basamento en las pruebas 5 de agosto de 1997. M.P. Jorge Aníbal Gómez. Acta No. 92.

El juez sobre todo debe explicar "su certeza" o su "duda" (los componentes objetivos de certeza o duda), para que extemalizadas puedan ser controladas utilizando los excedentes extralegales de la valoración de la prueba que son los indicados, es decir, las reglas de la experiencia, la lógica. etc.

La duda debe surgir de las pruebas; por ello ha dicho la Corte Suprema de Justicia de Colombia:

> "De esta manera, la Corte ha estimado que la separación drástica del juez del método de la sana crítica, al punto de llegar a suponer o pretextar un fundamento empírico, lógico o científico que no surge del material probatorio, es un despropósito directamente relacionado con los hechos y no con las normas, razón por la cual el error configurado es también de hecho y no de derecho. Atribuir a la conclusión silogística una fundamentación apriorística, en lugar de la real o empírica que se exige por tributo de las pruebas, o pretextar verdades lógicas o científicas que corresponden a otros contextos o que apenas son válidas en abstracto no es más que distorsionar el contenido y valor del acervo demostrativo[11].
>
> El estado de suspensión, para escoger la certeza o la duda, debe surgir de las pruebas y no del encuentro mental del juzgador con los hechos, ya cargado de prejuicios y dispuesto a darle un moldeado a ellos distinto de lo que realmente son".

3.5. LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA Y EL ESTÁNDAR PROBATORIO "MÁS ALLÁ DE TODA DUDA RAZONABLE"

El Código de Procedimiento Penal colombiano, lo mismo que el Código de Procedimiento Penal chileno, consagran el método de las reglas de la sana crítica para valorar las pruebas, en efecto, el Código colombiano sin decirlo expresamente, pero teniendo en cuenta lo que dicen los artículos: 404, 420, 432, 441 del C. de P.P. no cabe duda que lo consagra y por su parte el artículo 297 del Código chileno dice: Valoración de la prueba: "Los Tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados".

Lo anterior significa que hay una libertad reglada, no se puede ir en esa valoración en contra de las reglas de la experiencia, las reglas de la lógica, las reglas de la técnica. Eso es precisamente lo que hay que entender por reglas de la sana crítica.

[11] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de fecha 5 de agosto de 1997. Acta No. 92. Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Gómez Gallego.

El estándar probatorio "más allá de toda duda razonable", que se le explica al jurado en los Estados Unidos como: "prueba que es tan convincente que ustedes no vacilarían en confiar y actuar sobre ella al tomar las decisiones más importantes de sus propias vidas[12].

Ese estándar es para jurados, no abogados, y prácticamente regido por el sistema de la íntima convicción, lo cual resulta incompatible con las reglas de la sana crítica que como hemos visto a título de pincelada se encuentra consagrado como método de valoración de la prueba, en los dos códigos. Por ello, ese estándar como carnadura es inaplicable, pero como frase equivale sin vacilación a la certeza objetiva a la cual nos hemos referido y con mayor razón cuando el método de valoración son las reglas de la sana crítica.

Debe entenderse "más allá de toda duda razonable", como certeza objetiva y en caso de duda se debe absolver.

3.6. RETORNEMOS AL CASO CAGE VS. LOUISIANA

Recordemos que la Corte Suprema Federal dijo: "Es claro para nosotros que las palabras **"sustancial y grave", "como se entienden comúnmente"** sugieren un grado más alto de duda que la que se requiere para absolver bajo el estándar de la duda razonable". Este problema de ninguna manera se presentará en Colombia ni en Chile, por cuanto que no solamente no hay jurados, sino que como ya se dijo, la valoración de las pruebas se hará de conformidad con las reglas de la sana crítica.

3.7. ¿A QUÉ HECHOS SE LES APLICA EL IN DUBIO PRO REO?

Hay una parte de la doctrina que sostiene que a todos, es decir, tanto a los constitutivos corno a los impeditivos.

Existe otra que sostiene que sólo a los constitutivos de la infracción penal, pero de ninguna manera a los impeditivos o extintivos.

Entendemos por hechos impeditivos aquellos que se producen antes o concomitantes con la realización del comportamiento que impiden el nacimiento de un hecho punible.

[12] Tomada de *Derecho Procesal Penal Chileno* de MARÍA INÉS HORVITZ Y LENON Y JULIÁN LÓPEZ MASTE. (Magnifica obra), pág. 160. Editorial Jurídica de Chile.

En otras palabras, en casos prácticos y refiriéndonos concretamente a Colombia, no se aplicaría a las causales del artículo 29 del C.P., como lo dijo la Corte Suprema de Justicia:

> "De un lado las causales contenidas en el artículo 40 del Código Penal impiden el nacimiento del hecho punible por ausencia del elemento culpabilidad, que por su carácter netamente subjetivo, operan únicamente en relación con el sujeto agente, en el sentido que le impiden tener conciencia de la ilicitud de su acción, o descartan la intención de realizar el tipo[13].

El mismo criterio, según este planteamiento se aplicaría a la causales del artículo 32 del C.P. hasta el punto que la Corte dijo en el pasado —predicado de la legítima defensa— "Para acoger le legítima defensa como causal de exclusión de la antijuridicidad, debe estar plenamente demostrada en todos sus elementos confortantes y no debe existir reparo probatorio de ninguna naturaleza que ponga en duda su existencia". Lo anterior significaba que si había duda sobre ella, sencillamente no se reconocía, es decir que no se aplicaba el ***in dubio pro reo***. Que conduciría a que se reconociera si existiera ese estado (art. 32).

Y decía la Corte:

> "Y ello tiene plena razón de ser, puesto que se trata de una causal de irresponsabilidad penal, en la que se encuentra demostrada la realización de la conducta, y en tales condiciones bastaría que cualquiera que hubiese afectado la vida o la integridad de otro ciudadano la alegase para quedar relevado de responsabilidad penal y ello no es, ni puede ser así: porque establecida la tipicidad del hecho, en este caso el homicidio, es menester que la causal de justificación alegada se encuentre, como se dijo, cabalmente comprobada con la misma claridad"[14].

El anterior criterio, es seguido por una serie de doctrinantes, sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de Colombia abandonó el planteamiento esbozado[15] y dijo:

[13] Corte Suprema de Justicia de Colombia. Magistrado Ponente: Carlos E Mejía. Dic. 10 de 1997, ya citada.

[14] Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Enero 24 de 1996. No. de Rad. S-9.380. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda.

Los hechos son los siguientes: El 25 de agosto de 1994 varios vendedores informales (pucheros), de la Central de Abastos de Bogotá que bebían cerveza en una cafetería cercana a los baños públicos ubicados en la bodega 26, en lugar de pagar por su uso decidieron orinarse contra la puerta de acceso a los mismos.

M, encargada de asearlos y de cobrar, pidió la intervención del supervisor de vigilancia J, de 58 años y 163 centímetros de estatura, quien circunstancialmente pasaba por el

> "Ahora bien: si no se puede dictar sentencia condenatoria sin que obre prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del acusado, según la fórmula legal acogida en los Códigos de 1987, 1991 y 2000, no puede prohijarse la idea de que la duda **sobre la antijuridicidad de la conducta es igual a la certeza exigida para condenar. Si la primera se presenta no hay lugar a la segunda** y en casos así la ley **dispone que la indefinición que produce la duda se resuelva a favor del procesado porque es la única manera de impedir que se condene a un inocente**[16].

Este criterio jurisprudencial, es aplicable a la Ley 906 de 2004 y quizá con mayor razón, ya que el artículo 7 que anida el principio de inocencia e *in dubio pro reo,* dice: "En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado".

"En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria".

Luego si hay duda sobre la antijuridicidad de la conducta, no se podría cumplir con la exigencia que hace el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, que dice: **"Conocimiento para condenar.** Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal de acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.

---

lugar. Este les llamó la atención y le puso punto final a la discusión que se había suscitado entre la señora y los individuos, conocidos como "los negros", quienes la trataron groseramente e igual al jefe de los celadores, al cual dijeron que matarían inmediatamente, después de que había seguido su recorrido, según testificó la mujer.

Como a los 30 metros J, se encontró nuevamente con los sujetos y, según afirmó, dos de ellos lo atacaron sorpresivamente con cuchillos y entonces empuñó su revólver de dotación que llevaba en la pretina y "se le salió" un disparo que impactó en el rostro del agresor R.A., de 31 años y 187 centímetros de altura. De acuerdo con los testigos J.C.A., M.T.E.N.y E.R.E., quienes acompañaban R.A. y fueron los únicos que presenciaron este segundo episodio, sin mediar palabra el vigilante puso el cañón en su rostro y le disparó.

Los daños cerebrales que produjo el proyectil fueron la causa de la muerte de R.A, quien falleció minutos después en el hospital de K., a donde fue conducido por la policía que había sido llamada a raíz del primer incidente relatado.

Al proceso fue vinculado a través de indagatoria el señor J, a quien le Fiscalía le resolvió la situación jurídica con detención preventiva el 10 de agosto de 1996 y acusó el 17 de abril de 1997, como autor de la conducta punible de homicidio simple".

Fue absuelto en las instancias.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Mag. Pon. Yesid Ramírez Bastidas. Enero 26 de 2005.

La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia".

Lo sostenido anterior no significa que el órgano persecutor, tenga que realizar una actividad diabólica, buscando pruebas para probar hechos negativos que generen causas de exclusión y de circunstancias atenuantes, sino que en caso de llegarse al estado de duda, sobre la legítima defensa, habrá que absolver (no se ha llegado más allá de toda duda sobre la antijuridicidad de su conducta).

3.8. DESHOJANDO LA MARGARITA Y LA DUDA

Concédaseme licencia, para elaborar la siguiente metáfora: el lector debe imaginar una margarita y empezar a deshojarla pensando y reteniendo que cada hoja desprendida representa un si o un no, dependiendo como se haya empezado este trabajo, si se empezó desprendiendo una hoja y afirmando si me quiere", se debe seguir hasta terminar con la última hoja. Ahora cada hoja representa el contenido (convicción), de una prueba. Las pruebas impregnan la racionalidad y le van indicando al juez un sí o un no, en forma intermitente de tal manera que se podría seguir sin que se logre con certeza un sí o un no.

En el asunto que permitió el pronunciamiento de la sentencia, a la cual nos hemos referido con anterioridad, las pruebas recaudadas, impregnaban la racionalidad del juez como las hojas de la margarita entre un sí y un no, y no habiendo prueba que permitiera salir de la intermitencia o duda, se debe absolver.

Obsérvese y reténgase cómo la duda con base en las pruebas, toma forma independientemente del capricho o desvío del funcionario. Es una duda objetiva (léase bien), con sustento en las pruebas (en las hojas de la margarita). Es una duda con cuerpo.

Para mayor claridad, podemos teniendo en cuenta el caso que hemos identificado al pie de página, tener en cuenta los siguientes hechos:

Se trata del popular juego de los enamorados que utilizan una margarita y la van deshojando y afirmando "me quiere", "no me quiere", y así sucesivamente hasta que se termina con la última hoja y, si termina en no, habrá un disgusto .con el amado o la amada. Es decir cada hoja imanta un no o un sí me quiere. Es una forma digamos "mágica" de representar el amor.

i) Según MVD el grupo de vendedores la trató groseramente, uno de ellos la empujó y cuando R (el homicida), siguió su recorrido luego de atender el problema, amenazaron con matarlo.

ii) Los celadores de Corabastos C, J, y J, quienes se refirieron al primer episodio de los hechos, dejaron en claro que los pucheros se encontraban embriagados, pues trataron groseramente al procesado y que la intervención de éste en el incidente que se había suscitado con la señora a cargo de los baños **estuvo presidida por su espíritu conciliador.**

iii) En el primer incidente no se exhibieron armas de ningún tipo ni se acudió a ninguna otra vía de hecho. Los antagonistas abandonaron voluntariamente la escena. J.G.R. (el homicida), se marchó del lugar después de que lo hizo el grupo del cual hacia parte el occiso.

iv) J.C.A.O, MTEN y ERE, acompañaban a RAYN (el occiso) y presenciaron el segundo episodio del disparo. Los dos primeros afirmaron que el procesado le pegó el cañón a RAYN (el occiso), en la cara y le disparó. El tercer testigo, al igual que los anteriores, indicó que la víctima no había ingerido licor y que el disparo fue a menos de 50 centímetros.

v) Esos testimonios, debido a las grandes deficiencias que acusan por encontrarse en conflicto con la prueba técnica, por las ostensibles contradicciones individuales y entre sí que presentan, y por provenir de amigos y familiares del occiso, no son confiables y no merecen la credibilidad que demanda la ley para condenar.

vi) La provocación surgió del grupo del occiso y cuando ello sucedió **el ánimo del acusado fue conciliatorio. Esto pone en tela de juicio la tesis relativa a que** J.G.R. (el homicida), hubiera seguido a la víctima en actitud beligerante, con el propósito definido de causarle la muerte. Aunque "tiene más sentido pensar", que fueron el después occiso y sus amigos quienes propiciaron el segundo encuentro para descargar su resentimiento contra el vigilante, "se carece de la prueba necesaria para dar vía libre a una u otra hipótesis".

vii) La ausencia de tatuaje en la herida del occiso certificada por el médico forense desvirtúa lo dicho por los declarantes de cargo".

[18] En efecto: "Dice la sentencia: En segundo lugar, expresó el Juzgado 10 Penal del Circuito de Bogotá, el mismo protocolo forense al describir la trayectoria del disparo que

viii) Obsérvese el cuerpo de la duda: Lo dicho por los testigos de cargo, aparece desvirtuado por la prueba técnica, el disparo no fue a quemarropa, pero tampoco podemos decir que sea cierto lo que dice el homicida y el testimonio de M.V.D. (quien realizaba el aseo de los baños), hay una duda con cuerpo: hubo o no legítima defensa (deshojando la margarita). Así las cosas se absuelve por duda.

3.9. CONCLUSIONES

i. No era ciertamente necesario traer ni a Colombia, ni a Chile la frase "Más allá de toda duda razonable".

ii. Y decimos la frase, porque como lo demostramos el intento de traer el estándar fracasó totalmente, ya que tenemos jueces abogados y las pruebas se valoran de conformidad con las reglas de la sana crítica.

iii. Como ha quedado reseñado, en el caso de Samuel Winship, se hizo referencia a **"certeza subjetiva",** la cual no está anidada en nuestros textos legales, porque la consagrada es la objetiva como ha se dijo. (El Tribunal formará convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral; fundado en las pruebas debatidas en el juicio oral, artículos 340 de Chile y 381 de Colombia).

---

aparece en el labio superior lado derecho, además de señalar dimensiones de la herida como característica especial consignan el de que no aparece ningún tatuaje y de presentar una trayectoria "antero posterior, abajo hacia arriba, izquierda a derecha", este aspecto técnico resulta de importancia para desvirtuar el hecho de haberse producido el disparo sobre la cara del hoy occiso o como suele llamarse a "quemarropa", porque cuando se producen disparos sobre contacto o a distancias inferiores a 30 centímetros la herida deja como huella no solo quemadura sino tizne y tatuaje sobre la piel, forma un anillo de contusión alrededor del orificio en donde aparecen residuos de pólvora, quemadura del tejido blando que se produce precisamente por la carga de la pólvora y los demás componentes que caracterizan la estructura de un proyectil, también aparecen signos de quemadura de los bellos adyacentes y por los componentes de pólvora ante la deflagración de la carga cuando se acciona el arma, sin lugar a dudas todas estas huellas aparecen en los alrededores de la herida y estas características que son fundamentales en el concepto de balística no aparecen consignadas por los peritos forenses del Instituto de Medicina Legal.

El Tribunal igualmente dijo: El Patólogo Forense dictaminó ,la ausencia de tatuaje, esto como resultado del examen y exploración efectuados sobre el orificio de entrada del proyectil.

iv. De acuerdo entonces, con una interpretación sistemática, el estándar de más allá de duda razonable, no pasó a los ordenamientos chileno y colombiano, sino sólo la frase despojada de todo y adquiriendo el contenido de la certeza objetiva. Luego "más allá de duda razonable, significa que no se puede condenar si no hay certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado"; o como lo dice el artículo 340 del C. de P.P. chileno: "Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el Tribunal que lo juzgare adquiriere más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible, objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley"

"El Tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral".

ÍNDICE DE MATERIAS

A

ABANDONO
del cargo: 437
injustificado del hogar: 150
ABORTO: 414
ABSOLUCIÓN: 513, 514, 515
de posiciones: 514
ACCESO
a los elementos materiales: 792
ACCIÓN: 89, 146, 148, 375, 396, 451, 535, 536, 647
de la autoridad: 50
de pertenencia: 535
de sugerir: 354
de tutela: 160
ilícita: 50
punitiva: 56
ACEPTACIÓN
de principios científicos (grados): 802
ACERVO PROBATORIO: 8, 236, 419
ACLARACIÓN DEL DICTAMEN: 642
ACREDITACIÓN
de los documentos: 807, 808
ACTA: 15, 73, 300, 308, 351, 411, 521, 522, 593, 594, 598, 599, 604, 622, 623, 627, 629, 630, 636
de levantamiento: 667, 668, 674, 697
del cadáver: 15
et probata: 74
ACTIVIDAD PROBATORIA: 6, 68, 75, 86, 144, 156, 394, 636, 642, 677
de las partes: 6
ACTO
documentado: 551
escrito: 324
jurídico: 320, 323, 329, 447
solemne: 620
ACUSADO
como testigo: 786
efectos penales: 786, 787
silenciamiento: 787
ACUSATORIA: 72
ACUSATORIO: 20
modelo: 78
AD FUTURAM MEMORIAM: 394
AD PROBATIONEM: 322, 455, 544, 615
AD SOLEMNITATEM: 184, 322, 455
AD SUBSTANTIAM ACTUS: 184
ADECUACIÓN TÍPICA: 669
ADICIÓN DEL DICTAMEN: 642
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: 38, 232, 295, 299, 359, 635
ADMISIBILIDAD
de publicaciones científicas y prueba novel: 802
de la prueba de referencia: 816
de la prueba documental: 811
pertinente: 756
AFIRMACIONES: 245
indefinidas: 145, 147, 148
AFIRMATIVAS POR CONJETURA: 361
AGENTE
diplomático o consular de Colombia: 308
encubierto: 64
provocador: 62, 64
ALEGACIÓN NEGATIVA: 146
ALQUILER LOCATIVO: 650
ALTERACIÓN MENTAL: 315
ALUCINÓGENAS: 315
ALLANAMIENTO (S): 44, 47, 48, 50, 64, 529
claúsula de exclusión: 844
ilegal: 49
AMENAZA: 46, 48, 293, 296

AMISTAD: 52, 109, 334
íntima: 316
AMONESTACIÓN: 297, 593, 599
ANÁLISIS GLOBAL: 702
ANIMUS
confitendi: 447, 448, 449, 450, 451, 464
laedendi: 82
necandi u occidendi: 82
ANOMALÍAS PSÍQUICAS: 288
ANOTACIONES EN LIBROS: 331
ANTIJURIDICIDAD: 19
APLICACIÓN DEL ART. 455 DEL C. DE P.P.: 837
APODERADO
judicial: 440, 443, 465, 467, 511
APORTACIÓN DE LA PRUEBA: 76
de documentos: 565
de los expertos: 798
APORTE
de los expertos al proceso: 798
APRECIACION: 676
de la confesión: 233, 418, 424, 458
de la(s) prueba(s): 8, 233, 288, 320, 800, 811
documental: 810
pericial: 800
de los indicios: 233
del dictamen: 233
del testimonio: 233, 299
en conjunto de la prueba: 7
racional: 8, 398
APRENDIZAJE: 133
ARBITRARIEDAD: 73, 233, 656
ÁRBOL PROHIBIDO: 49, 834, 835
ARMAS: 37, 44, 46, 48, 64
de fuego: 46, 81
ARRENDADORA: 358
ARRENDAMIENTO: 183, 358, 360, 391, 443 462, 474, 585, 650
ARRENDATARIO: 150, 651, 652
ARRESTO: 296
inconmutable: 296
ARTICULACIÓN: 513, 514
ASEGURAR LA PRUEBA: 819
ASPECTOS PROBATORIOS DE LA LEY 906/ 2004: 723
AUDIENCIA: 72, 76, 183, 184, 188, 295, 317, 318, 344, 351, 366, 389, 391, 393, 395, 396, 402, 409, 411, 465, 510, 512, 514, 517, 522, 530, 624, 629, 645, 677
de trámite: 516
preparatoria: 838
pública: 189, 468
comparecencia de peritos: 791
de juicio oral: 821
AUDITORES DE GUERRA:. 200
AUSENCIA
de contradicción: 77
de culpa: 342
AUTENTICACIÓN (ES): 515, 551, 595, 806
métodos de identificación del documento: 806
AUTENTICIDAD: 324, 340, 473, 591, 593, 594, 595, 599, 613, 615, 617, 619, 620
documento: 562
AUTENTICIDAD: 719
presunción: 807
AUTO (S)
admisorio: 529
de la demanda: 528, 529 ,
probanza en: 209
AUTOR: 10, 21, 38, 82, 89, 109, 234,413, 415, 458
de la agresión: 82
intelectual:. 110
o partícipe: 416
AUTORÍA: 19, 22, 415
intelectual: 109
AUTOINCRIMINACIÓN: 786, 787
AUTORRESPONSABILIDAD: 5, 249
AUXILIARES DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: 635
AVALÚO (S): 637, 648, 649, 651, 652, 653, 654, 655

B

BASE DE LA CONSIGNACIÓN: 652
BASE DE LA OPINIÓN PERICIAL: 792
BIEN INMUEBLE: 153, 463, 533
BOLETA DE CITACIÓN: 295

BUEN PADRE DE FAMILIA: 342
BUENA FE: 83, 245, 247, 430, 439, 565
exenta de culpa: 430
poseedora: 434
BÚSQUEDA DE LA PRUEBA: 21, 63, 64
BÚSQUEDA DE LA VERDAD: 25, 76

C

CALIDAD
de heredero: 607, 608
de las partes: 320, 333, 335
de parte: 283, 402, 427, 461
de procesado: 460
de testigo: 85, 283
CAMPANERO: 22, 89, 107
CANCELACIÓN DE LOS REGISTROS: 524
CAPACIDAD
de las personas: 603
del confesante: 464
física: 713
intelectual: 713
jurídica: 341
para confesar: 468
para testimoniar: 313
CAREO: 363, 399
conocer la verdad: 362
CARGA
de la afirmación: 145
del hecho notorio: 145
de la prueba: 130, 146, 149, 199, 213, 238, 418, 435
de promover incidente de autenticidad: 599
probatoria: 247
CARGOS
intimación: 258
CARTA (S): 330
rogatoria: 308
CASO FORTUITO: 340, 342, 513
CASTIGO: 48
CAUSA PROBABLE: 680, 832
CAUSAL (ES)
de impedimento y de recusación: 638
de justificación: 416, 419
de nulidad: 39, 211
CAUSALIDAD: 702
CERTEZA: 3, 169, 268, 325, 348, 393, 455, 456, 459, 461, 514, 552, 591, 648, 699, 709, 717, 853, 855
de los hechos: 582
definitiva: 718
del hecho punible: 251, 272, 677
mayor: 705
objetiva: 270, 271, 378, 857
provisional: 718
subjetiva: 866
CERTIFICACIÓN: 151, 306, 402, 548, 605, 607, 609, 614
CERTIFICADO (S): 388, 523, 605, 606, 609, 614
del registrador: 548, 614
médico: 387
CIENCIA (S): 406, 697
de su dicho: 299, 300, 349
del testigo: 345, 398
empíricas: 168
CINTA MAGNETOFÓNICA: 43
CITACIÓN: 145, 184, 295, 296, 301, 384, 386, 389, 390, 393, 395, 396, 402, 511, 592, 596, 630, 631
de la contraparte: 385, 388, 393
de la futura contraparte: 391
de la parte: 386
de la parte contraria: 390, 391
CLASIFICACIÓN DE LAS PRUEBAS: 183
CLÁUSULA (S)
de exclusión: 828, 829, 834, 844, 848
del contrato: 343
COACCIÓN: 44, 48, 296, 403, 459, 463
moral: 403
COARTADA: 710
falsa: 710
COERCIÓN: 295, 296
COMERCIANTES: 151, 321
COMISIONADO: 73, 365, 368, 641
COMITENTE: 73, 366, 368, 641
COMPARECENCIA DEL TESTIGO: 295, 296, 763
COMPENSACIÓN: 144, 437
monetaria: 437

CÓMPLICE: 21, 22, 89, 415
secundario: 22, 89
COMPLICIDAD: 22, 89, 108
accesoria: 89
COMPRAVENTA: 148, 184, 289, 320 330, 343, 448, 449, 455, 462, 524, 532, 545, 550, 585, 596, 652
de inmuebles: 184
COMPRENSIÓN: 684
COMPROBACIÓN JUDICIAL: 621
COMPROBANTES DE CONTABILIDAD: 518
COMPROMISOS COGNOSCITIVOS: 684
COMUNEROS: 652
COMUNICACIÓN: 329
COMUNIDAD: 40, 76, 652
de la prueba: 76
CONCENTRACIÓN
principio de: 752
CONCEPTOS
del declarante: 289, 299, 345
del testigo: 290
técnicos o científicos: 292
CONCIENCIA: 673
CONCILIACIÓN: 522
CONCLUSIÓN: 691
CONCORDANCIA: 439, 451, 519, 594, 636, 691, 694, 699, 702
CONCURRENCIA: 691
CONCUSIÓN: 42
CONDENA
en costas: 524
in genere o en abstracto: 650
CONDUCCIÓN DEL TESTIGO: 295
CONDUCENCIA: 153, 155, 156, 284
de la prueba: 284, 755
CONDUCTA
justa: 383
lógica: 383
CONFESANTE
retractación: 469
CONFESIÓN: 40, 47, 49, 82, 156, 233, 281, 305, 310, 320, 409, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 422, 423, 425, 426, 428, 431, 432, 433, 435, 437, 438, 440, 441, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 452, 453, 454, 455, 457, 459, 460, 461, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 473, 474, 475, 511, 515, 519, 520, 521, 522, 524, 525, 526, 527, 529, 530, 531, 532, 533, 534, 535, 536, 537, 542, 602, 614
abreviada: 462
acto voluntario: 468, 469
calificada: 417, 418, 419, 423
compleja: 441
cualificada: 438, 441
cualificada o indivisible: 438
de la simulación: 449
de paternidad: 615
del imputado: 40
divisibilidad: 418, 428
divisible: 423
en materia civil: 450
en materia penal: 424
espontánea: 526, 529, 530
extrajudicial: 234, 447, 453, 454, 455, 457, 458, 459, 461, 521
extrajuicio: 47
ficta: 518, 519
ficta o presunta: 474
implícita: 462
incompleta de uno de los litisconsortes: 333
indivisibilidad: 418, 419, 420, 421, 422, 424, 439
indivisible: 423, 441, 442, 443
judicial: 453, 454, 457, 458
incompleta: 332
judicial provocada: 464
legal: 259
materia penal: 419
provocada: 526, 529, 530
requisitos: 425
revocación: 468
sacramental: 305
simple: 423, 428, 441
tácita: 459
CONGRESO: 20
CONOCIMIENTO (S): 133
artísticos: 289, 345

científicos: 288, 656
del hombre medio: 656
del juez: 633
especiales: 285, 286, 626, 633
especializados: 633
para condenar: 856, 863
personal del testigo: 778
privado del juez: 74, 80, 622
real: 236
técnicos: 236, 289, 300, 345
CONSENTIMIENTO: 37, 39, 53, 129, 430, 450, 545
CONSTANCIAS: 547, 629
CONSTITUCIÓN Y LA LEY FRENTE A LA CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN: 829
CONSULTOR (ES)
del gobierno: 647
técnico pericial: 644
CONTESTACIÓN: 528
de la demanda: 466, 471, 528
CONTRADICCIÓN: 9, 10, 18, 20, 74, 77, 78, 183, 189, 233, 331, 364, 399, 468, 469, 640
ausencia de: 77
CONTRAEVIDENCIA: 233, 323, 456
CONTRAINTERROGATORIO: 9, 189, 767, 770, 771, 772, 776
de las partes: 740
el perito: 777, 797
reglas: 777
intermedia: 772
restrictiva: 772
tradicional o extensiva: 772
tema sobre el cual versará: 772
CONTRATO: 110, 433, 449, 463
de arrendamiento: 183, 391, 650
de compraventa: 110, 289, 433, 449, 463, 545, 550, 585, 596, 652
de trabajo: 522, 523
solemne: 333
CONTROL: 11, 22, 66, 77, 89, 107, 233, 323, 432, 642, 656
de garantías (juez): 819
de la sociedad: 11
democrático: 11
CONTROVERTIR
las pruebas: 746
CONVENCIMIENTO
del juez: 6
del juzgador: 74
judicial: 11
libre formación: 234
CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS: 265
CONVERGENCIA: 439, 691, 699
CONVICCIÓN: 690, 696
del juez: 6, 156, 313, 330, 542
formación: 8
plena: 394
COPIA (S): 6, 384, 512, 523, 582, 604, 605, 606, 614, 616, 626, 646
auténtica: 151, 584, 598, 601, 605, 609
autenticada: 583
literal: 595
valor probatorio: 583
CORRELACIÓN: 691
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: 9, 16, 20, 17, 42, 76, 148, 183, 287, 321, 325, 332, 334, 366, 396, 399, 431, 451, 466, 517, 533, 536, 613, 625, 643, 649, 655, 656, 657
COSA (S)
común: 652
juzgada: 157
COSTUMBRE (S): 83, 151, 436
civiles: 151
mercantil: 151, 152
COTEJO: 335, 616, 618, 619
pericial firma: 616
COTERO: 108, 109, 110
CREDIBILIDAD: 73, 285, 300, 306, 316, 317, 318, 322, 323, 355, 360, 371, 388, 392
del testigo: 300, 778, 779, 781, 785, 818
CRIPTOGRAFÍA: 571
CRITERIO (S)
de la insufrible violencia: 48
de proporcionalidad: 65
para apreciación del dictamen: 800
para decretar inspección judicial: 812

CRÍTICA
al planteamiento de la Corte: 739
de la prueba: 519
de la sana crítica: 759
CUADERNOS DOMÉSTICOS: 331
CUANTÍA Y EL MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN: 722
CUERPO DEL DELITO: 422, 451, 458
CUESTIONARIO: 47, 356, 357, 359, 368, 442, 511, 515, 634
CUIDADO: 21, 68, 341,342, 349, 393, 623
CULPA
consciente: 141
CULPABILIDAD: 19, 74, 138, 200, 269, 413, 414, 416
CURADOR: 528, 631
ad litem: 465, 466, 467, 468, 528, 631
CFI
CHEQUE: 331, 430, 431
con contradicciones: 331
con enmendaduras: 331
tachado: 331
D
DAÑO EMERGENTE: 651
DEBER (ES)
de colaboración de las partes: 648
de declarar: 762
del juez: 197
DEBIDO PROCESO: 25, 34, 41,241, 296, 370, 512, 783, 852
DECLARACIÓN (ES): 330, 378, 450, 586
de ciencia: 463, 526
de los incapaces: 308
de nudo hecho: 394, 396
de parte: 281, 427, 428, 430, 462
de pertenencia: 535, 536
de renta: 330
de voluntad: 463, 525
ajena: 587
del ofendido: 378
del procesado: 413, 418, 459
extrajuicio: 396
judicial de incapacidad: 313
jurada: 531
original: 396
primitiva: 396
testimonial: 588
DECLARANTE
coherencia: 380
no confuso: 380
no contradictorio: 380
no vacilante: 380
ponderación: 380
razonado: 380
DECRETO OFICIOSO DE PRUEBAS: 249
DEDUCCIÓN (ES): 651, 691, 717
de agravantes: 17
DEFENSA
social: 25, 259
DELACIÓN: 607
DELINCUENCIA
organizada: 109
DELITO (S)
de falso testimonio: 451
de lesiones personales: 380
típicamente militares: 200
DEMANDA: 144, 147, 148, 150, 183, 249, 330 341, 395, 396, 431, 432, 435, 436, 437, 440, 441, 442, 451, 465, 466, 467, 471, 475, 518, 522, 528, 532, 534, 535, 536, 537, 546, 547, 548, 550,'585, 608, 614, 625, 628, 652, 645
de reconvención: 536
dentro del inmueble reivindicado: 434
ejecutiva: 389
DEMANDADO (A): 8, 144, 146, 148, 150, 289, 290, 318, 324, 340, 385, 429, 430, 431, 433, 441,442, 445, 446, 448, 449, 450, 467, 471, 474, 521, 528, 534, 535, 536; 548, 650, 655, 721
DEMANDANTE: 8, 50, 146; 148, 149, 150, 283, 289, 432, 433, 434, 436, 437, 438, 440, 442, 444, 445, 446, 449, 466, 471, 472, 518, 519, 522, 523, 524, 532, 533, 534, 535, 547, 550, 608, 625
DEMENCIA: 287, 288, 314, 319
DEMOSTRACIÓN RACIONAL: 666
DENUNCIA DEL PLEITO: 14, 461
DEPENDENCIA (S): 315
económica: 336
del testigo: 316
DEPONENTES: 73, 344, 363, 367, 394, 401

DEPÓSITO (S): 49, 337, 338, 339, 585
de armas: 48
de explosivos: 49
judiciales: 646
necesario: 338, 339
DERECHO (S): 676
a la confrontación: 784
a la intimidad: 40, 53, 58, 59, 65, 165
a la presunción de inocencia: 120
a la prueba: 803
a presentar pruebas: 241
adquiridos: 198
al debido proceso: 121
autonomía individuales: 55
constitucional: 56
de contradicción: 20, 74, 78, 186, 370, 640
de defensa: 145, 243, 741, 742, 744
de la intimidad: 40, 58
de la persona: 25
del hombre: 40
fundamentales: 15, 24, 26, 32, 41, 53, 63, 64, 67, 222
violación: 32
humanos: 53, 63
tribunal europeo: 63
inalienables de la persona humana: 15
individuales: 15
libertad: 55
probatorio: 83
sustancial: 525, 550
DESCANSOS COMPENSATORIOS: 440, 441
DESCONOCIMIENTO: 47, 68
derechos humanos: 68
DESCUBRIMIENTO
de dinero: 48
de documentos falsificados: 48
de la prueba exculpatoria: 760
de la verdad (frenesí): 830
de los elementos materiales probatorios: 745
de persona secuestrada: 48
inevitable: 837
DESPIDO: 439, 442
injusto: 439, 442
DESTRUCCIÓN DEL DOCUMENTO: 339, 340, 342
DETERMINADOR: 109, 110
DIALÉCTICA: 720
DICTAMEN: 372
grafológico: 618, 620, 639
pericial: 281, 288, 470, 618, 627, 633, 634, 642, 643, 644, 645, 646, 649, 652, 655, 656, 657
DIFICULTAD DE RECAUDAR LA PRUEBA TESTIMONIAL: 323
DIGNIDAD HUMANA: 55
DILIGENCIA: 47, 49, 50, 294, 341, 364, 366, 388, 389, 392, 394, 396, 399, 436, 473, 513, 518, 522, 523, 528, 529, 531, 549, 552, 593, 596, 597, 598, 601, 602, 603, 622, 623, 624, 627, 628, 629, 631, 636, 637, 638, 641, 650
anticipada: 597
de audiencia: 383
de inspección judicial: 72
judicial: 401
anticipada: 401
reserva: 196
DISCRECIONALIDAD
del juez: 209
obrar con: 209
DISCULPA: 211, 416, 420, 424, 447, 453, 599
DISPOSITIVO: 453
DISYUNTIVAS PARCIALES: 361
DIVISIBILIDAD: 418, 423
de la confesión: 423, 460
DIVISIÓN
de la confesión: 441
material: 652
DIVORCIO: 65, 66, 285, 524, 604
DOCUMENTO (S): 6, 20, 43, 48, 49, 67, 72, 75, 78, 129, 151, 153, 234, 281, 294, 320, 321, 323, 325, 326, 330, 333, 335, 339, 341, 350, 375, 389, 439, 442, 453, 457, 458, 459, 461, 472, 473, 475, 512, 518, 539, 540, 541, 542, 543, 544, 545, 546, 548, 549, 551, 552, 582, 585, 592, 594, 596, 597, 598, 599, 601, 602, 603, 605, 606, 609, 611, 613, 615, 617, 618, 621, 628, 630, 633, 638, 719

acreditación: 807, 808
anónimos: 809
aportación: 565
autenticidad: 563, 572, 806
auténtico: 459, 591, 609
autógrafo: 546
como testimonio: 585
confidencialidad: 572
contra el mandante: 596
copia al carbón: 566
de trabajo: 78
declarativo: 545, 586, 614
dispositivos: 585
electrónico: 572, 573, 581
autenticidad: 572
confidencialidad: 572
firma: 581
integridad: 572
emanados de terceros: 582, 584
en el juicio: 810
en original: 596
en papel: 573
falsificados: 48, 49
falso: 6, 75, 589
falta de: 320
heterógrafo: 546, 610
identificación: 808
indubitados: 618
integridad: 571
métodos de identificación: 806
naturaleza: 585
declarativa: 588
dispositiva: 588
representativa: 588
originales: 584, 786
como mejor evidencia: 811
pérdida: 339
inculpable: 340
presentación: 807
presunción de autenticidad: 807
privado: 234, 321, 458, 549, 550, 585, 618
auténtico: 551, 552
emanados de terceros: 585
probatorio: 317
procedentes del extranjero: 807
público: 550, 599, 610, 617
representativos: 585
reproducciones mecánicas: 584
traducción: 807
DOLO: II, 671
eventual: 141
DONACIÓN: 524
DUDA: 7, 9, 20, 41, 53, 81, 82, 109, 110, 154, 200, 233, 268, 270, 273, 300, 309, 316, 341, 445, 454, 526, 608, 628, 864
desojando una margarita: 864
objetiva: 858
razonable (más allá de): 851, 854, 855, 858, 860

E

ECONOMÍA PROCESAL: 75, 623
EDAD: 3, 232, 308, 313, 314, 345, 466, 603, 613, 639
avanzada: 386, 388, 395
de la víctima: 423
menor: 466
EFICACIA: 373
del testimonio: 284, 531
probatoria: 38, 285, 314, 394, 418
testimonial: 323
ELABORACIÓN
jurídica: 590
ELEMENTOS
acceso: 792
de juicio: 15, 16, 318, 368, 453, 455, 657
de prueba se reputan inexistentes: 827
del hecho punible: 16
materiales probatorios: 745, 843
probatorios y evidencia física: 845
EMBRIAGUEZ: 16, 42, 315, 319
EMPIRISMO: 21
EMPRESAS INDUSTRIALES: 651
ENAJENACIÓN MENTAL: 290
ENCADENAMIENTO: 702
ENCUBRIDOR: 110
ENEMISTAD: 318
grave: 316

ENFERMEDAD: 48, 334, 345, 356, 387, 389, 513, 619
grave: 386
psíquica: 288
ENMENDADURAS: 331
ENSAYO Y ERROR: 20
ENTIDADES Y DEPENDENCIAS OFICIALES: 647
ENTORNO JURÍDICO: 37
EQUILIBRIO EN EL PROCESO: 9
ERROR: 11, 18, 19, 20, 48, 78, 348, 369, 414, 421, 439, 454, 455, 456, 468, 470, 471, 474, 516, 519, 525, 532, 536, 550, 607, 609, 642, 643, 645, 646, 647, 657, 671, 698, 719
de convicción: 696
,de derecho: 47, 209, 468, 609, 696, 697, 699
de hecho: 470, 519, 536, 698, 700
de legalidad: 696
falso juicio
de convicción: 115
de existencia: 114
de identidad: 114
de legalidad: 115
falso raciocinio: 115
grave: 640
exclusión de la prueba: 838, 839
ESCRITO: 10, 184, 317, 320, 322, 329, 334, 396, 438, 452, 465, 473, 475, 513, 546, 550, 594, 595, 598, 600, 602, 611, 613, 614, 616, 617, 637, 638, 639, 641, 642, 644, 645, 646
a máquina: 327
contratos: 320
proviene de un tercero: 326
ESCRITURA: 455
pública: 148, 153, 184, 320, 343, 544, 545, 546, 550, 610, 613, 614, 652
ESPÍRITU CONCILIADOR: 865
ESPONTANEIDAD: 345, 346, 384
ESTADO
etapas del interrogatorio: 766
civil: 17, 322, 523, 524, 603, 604, 605, 606, 607, 608, 610, 620
de las personas: 16
pruebas: 17
intervencionista: 199
ESTÍMULO
amnésico: 347
de las preguntas: 348
ESTUPEFACIENTES: 49, 53, 315
ETAPAS DEL INTERROGATORIO: 766
EVALUACIÓN PROBATORIA: 407
EVIDENCIA
demostrativa (presentación): 804, 805
física: 745, 843
original de documentos: 811
EXAMEN
a testigos: 764
pericial: 294
EXCEPCIONES: 73, 130, 144, 301, 309, 426, 428, 464, 465, 474, 536, 546, 550, 617, 643, 644
a la regla de exclusión: 832, 847
al deber de testimoniar: 309, 762
constitucionales al deber de declarar: 762
de mérito: 144
perentorias: 144
EXCEPTIO PLURIUM CONSTUPRATORUM: 445, 446
EXCESO DE VELOCIDAD: 697
EXCUSA: 306, 417, 419, 513, 515
EXHIBICIÓN: 600, 602
EXISTENCIA: 696
de un acto y contrato: 323
del acto: 328, 544
consecuente: 39
del documento: 47, 341, 342, 552, 602
o representación de las personas jurídicas: 547
EXPEDIENTE JUDICIAL: 582
EXPERIENCIA (S): 44, 65, 73, 80, 81, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 106, 107, 109, 110, 231, 233, 287, 291, 347, 406, 633, 635, 637, 698, 716, 717, 720
procesal: 347
propia: 73
EXPERIMENTACIÓN: 716
EXPERIMENTO: 18, 78
EXPLOSIVOS: 46
EXPOSICIÓN ESPONTÁNEA: 346, 347, 392

EXPROPIACIÓN: 651
EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN: 440
EXTRACCIONES DE SANGRE: 37
EXTRAMATRIMONIALES: 528

F

FACULTADES
  mentales: 387
    del imputado: 746
    del testigo: 386
  oficiosas del juez: 198
FALSEDAD: 149, 348, 459, 593, 599, 615, 618, 619, 620
FALSO TESTIMONIO: 9, 393, 451
FALTA DE DOCUMENTO: 320, 322
  escrito: 323
FALLA MÉDICA: 237, 238, 239, 240
FALLECIMIENTO: 286, 551, 597
FAMA: 375, 524
FAMILIARIDAD: 524
FECHA
  cierta: 552, 594
  del documento: 551, 597
    privado: 551
    público: 551
FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL: 290, 309, 471, 473, 524, 617, 620
FILMES: 16
FIRMA: 152, 330, 472, 473, 549, 551, 594, 595, 597, 598, 600, 612, 613, 616, 618, 619, 620, 647
  a ruego: 598
  cifrado: 571
  completa o incompleta: 551
  del escrito: 326
  digital: 571, 574, 576
  documento electrónico: 581
  electrónica: 570
  simple: 571
FISCALIA: 20, 199, 229, 631
  en la instrucción: 72
  pruebas de cargo: 747
FLAGRANCIA: 22, 46, 48, 50, 64, 89, 107, 631, 845
FORMALIDAD DEL REGISTRO: 342
FORMAS RACIONALES DE LA PRUEBA: 77
FOTOCOPIA: 512, 596
FOTOGRAFÍA (S): 16, 294, 540, 541, 543, 545, 585, 596, 598, 616, 627
FRAUDE PAULIANO: 671
FRUTO (5): 36, 40, 49, 150, 320, 434
  del árbol envenenado: 49, 834, 835
  del árbol venenoso: 40
  ponzoñoso: 848
FUENTE
  de prueba: 19
  independiente: 836
  original: 369
  sicológica de la prueba: 300
FUERZA: 671
  del indicio: 705
  mayor: 306, 340, 342, 432, 513
  probatoria: 373
FUNCIONARIO: 405
  judicial: 367, 425
FUNDAMENTO PROBATORIO: 707

G

GARANTÍAS
  constitucionales: 50, 74
  fundamentales: 842
  legales: 74
  procesales: 242
GARANTISMO: 727
  en materia penal y pruebas de oficio: 725
GRABACIÓN (ES): 38, 41, 42, 43, 54, 62, 63, 65, 598, 626, 629, 630
  audiovisuales: 51
  clandestinas: 38, 39
  deficiente: 42
  insidiosa y clandestina: 64
  sonoras: 16
  telefónicas: 41
  tomada por medio del teléfono: 41
  videográfica: 54
GRADO DE CERTEZA: 327
GRAFOLOGÍA: 618, 619
GRAVEDAD: 44, 47, 54, 63, 288, 389, 392, 439, 523, 526, 619, 693, 702, 721

HECHO (S): 666, 676, 705
  afirmativo: 146

ajenos: 427, 461
buscado: 685
coherente: 692
concomitante: 711
conocido: 666
controvertido: 666
delictuosos: 17
demostrado: 666, 679
diferentes: 691
error de: 698
futuros: 545
indefinidos: 145, 146
indicado(s): 622, 679, 698
indicador(es): 622, 666, 691, 695, 697, 699, 708
indivisibilidad: 704
prueba: 685
indicante: 679
indicio: 695
inspeccionado: 622
jurídicos: 524, 620
lógico: 692
mediante una fuente independiente: 834
natural: 692
negativo: 146, 147, 148
notorio: 143, 144, 145, 245
en materia penal: 144
materia civil: 144
pasados: 292, 427, 545
positivos: 146
presente(s): 545, 679
presumido: 156, 719
probado: 663, 692
propios: 413, 427
psíquico: 135, 140
punibles: 17, 43, 138, 199, 413, 424
contra el patrimonio económico: 721
supuesto de: 164
HIPOTECA
de inmuebles: 320
HOMICIDIO: 15, 41, 81, 82, 87, 452
HOMO QUARENS: 78
HONORARIOS DE LOS PERITOS: 646
HUELLAS DACTILARES: 36
HURTO: 21, 89, 106, 107
IDEACIONES: 682
IDENTIDAD: 696
IDENTIFICACIÓN DE PREDIOS: 534
IDEOLOGÍA LIBERAL: 245
IDONEIDAD PROBATORIA: 15
IGNORANCIA INVENCIBLE: 414
IGUALDAD
formal: 243
ILEGALIDAD: 42, 49, 62
de la conducta gubernamental: 846
ILUSIONES: 682
IMAGINACIÓN: 19, 80, 81, 232, 662, 667
IMPARCIALIDAD: 68, 198, 229, 309, 315, 357, 531, 638, 724
pruebas de oficio no comprometan: 723
IMPEDIMENTO (S)
para testimoniar: 315
IMPERTINENCIA: 153
ideológica: 163
IMPOSIBILIDAD
de documentar el acto: 323
física: 334, 339, 445
material: 334, 335, 337, 339
moral: 333, 334, 335
IMPRESIONES PERSONALES: 667
IMPUGNACIÓN
credibilidad del testigo: 779
elementos probatorios: 845
IMPUNIDAD: 379
IMPUTADO: 15, 40, 41, 77,199, 229, 308, 414, 415, 425, 426
confesión: 40
IN DUBIO PRO REO: 252, 259, 858
¿en qué se les aplica?: 861
INCAPACIDADES: 311
INCAPAZ ABSOLUTO: 594
INCERTIDUMBRE: 172, 347
cuantificación: 173
INCESTO: 16
INCIDENTE (S): 76, 154, 317, 403, 475, 514, 517, 547, 598, 599, 602, 617, 638, 643, 645, 652
de autenticidad: 617
INCONDUCENCIA: 153

INCULPABILIDAD: 710
INDAGACIÓN: 469
INDAGATORIA: 9, 46, 47, 49, 420, 425, 426, 458, 460, 468
INDEMNIZACIÓN: 307, 367, 437, 650, 651, 721, 722
INDEPENDENCIA
de las jurisdicciones: 187
INDICIO (S): 47, 54, 83, 233, 260, 281, 305, 310, 316, 320, 321, 322, 324, 370, 375, 379, 409, 423, 449, 456, 459, 460, 470, 518, 521, 525, 602, 619, 627, 648, 666, 668, 682, 683, 688, 691, 707, 719, 720
acumulación: 690
anteriores: 711
apreciación: 685
como prueba: 707
concomitante: 711
contigentes
graves: 679
leves: 679
contingentes
levísimos: 679
de culpabilidad: 710
de huida: 689
de inexistencia: 322
de la simulación: 671
elementos: 664
fuerza: 705
grave: 322, 333, 470, 681, 693
inexistencia del acto: 333
mecanismo probatorio: 666
necesario: 619, 705
no necesarios: 692
pluralidad: 707
probable: 681
requisitos: 664
subsiguientes: 711
unidad: 709
INDIVISIBILIDAD: 419, 420, 423, 428, 436, 437, 441, 445, 473.
de la confesión: 420, 422, 423, 428, 436, 437, 441, 445, 473
INDUBITADOS: 618
INDUCCIÓN: 18, 62, 716, 717
INEXISTENCIA DEL CONTRATO: 322
INFERENCIA: 695
indiciaria: 691
inductiva: 718
lógica: 698, 720
por reconstrucción: 719
reconstructiva: 719
INFIRMACIÓN: 475
INFORMES: 641
presentación de: 791
INHABILIDAD (ES): 312, 314, 315, 318
absoluta: 318
para testimoniar: 312, 313, 314
relativa: 318
INIMPUTABILIDAD
prohibición de provocar preguntas a peritos: 802
INGERENCIAS CORPORALES: 37
INJUSTO: 437
INMACULACIÓN: 49, 68
de la prueba: 11, 848
de los elementos materiales probatorios: 843
INMEDIACIÓN: 819
de actividad: 72
entrevistas y exposiciones: 732
pragmática: 287
principio de: 731
subjetiva: 72
tiene rango constitucional: 819
INIMPUTABILIDAD
peritos: 802
INQUISIDOR: 18, 77
juez: 77
INQUISITIVO: 20, 199, 200
INSINUACIÓN: 351, 524
INSPECCIÓN: 16, 37, 73, 85, 184, 294, 366, 518, 519, 521, 534, 549, 601, 621, 622, 623, 624, 626, 629, 630, 631, 633, 641, 650
de policía: 521
judicial: 14, 16, 37, 73, 85, 184, 281; 294, 366 394, 518, 534, 549, 601, 624, 627, 628, 630, 633, 641, 650, 812
diligencia: 72

INSTITUTO GEOGRÁFICO AGUSTÍN CODAZZI: 647
INSTRUCCIÓN: 14, 18, 62, 199, 232, 307, 414, 625, 631, 635
INSTRUMENTO (S): 15, 21, 65, 149, 281, 430, 449, 523, 542, 550, 595, 606, 608, 610, 612, 613, 615
público(s): 321, 523, 606, 608
INTEGRIDAD
objetiva: 407
subjetiva: 407
INTERCEPTACIONES TELEFÓNICAS: 62, 64
INTERDICCIÓN: 62, 288
de la prueba: 62
por demencia: 288
INTERÉS (ES): 433
de la colectividad: 33
individual: 235
INTÉRPRETE: 78, 314, 422, 543, 611, 616
oficial: 616
INTERROGADOR
preparación: 770
INTERROGATORIO (S): 36, 42, 44, 47, 49, 72, 151, 294, 343, 344, 345, 347, 348, 350, 351, 355, 356, 357, 360, 366, 392, 393, 394, 398, 399, 409, 410, 436, 438, 439, 458, 464, 474, 511, 512, 515, 519, 529, 531, 532, 603, 628
a los testigos: 72
al deponente: 392
al perito: 792
anticipado: 474, 510, 511
mérito ejecutivo: 511
reconocimiento: 512
bajo tortura: 47
cruzado: 356
de parte: 394
directo.: 766, 767, 772
etapas: 766
intervención del juez: 777
insidioso: 42
oposiciones: 776
reglas: 772
severo: 44
sugestivo: 358
INTERROGATORIO ANTICIPADO: 392
INTIMIDACIÓN: 45, 46, 48
INTIMIDAD: 50, 51, 52, 53, 54, 65, 309, 317
personal: 51, 53, 54
INUTILIDAD: 156, 418
INVALIDEZ DEL PROCESO: 841
INVEROSÍMIL: 421
INVEROSIMILITUD: 327
INVESTIGACIÓN
inquisitiva: 72
integral: 72, 227, 228
oficiosa: 198
previa: 9, 631
violación a derechos fundamentales: 843
INVESTIGADOR: 5, 18, 22, 218
IRA E INTENSO DOLOR: 421
IURIS ET DE IURE: 718
IURIS TANTUM: 718

J

JUEZ: 80, 231
autorización a testigo: 775
capacidad: 666
comisionado: 397
comitente: 73
de conocimiento: 839, 841
de control de garantías: 827, 839, 843
de la sociedad moderna: 199
factores que debe tener en cuenta: 837
forma en que actúa: 723
inspección: 661
intervención: 777
negligente: 232
protagonista: 199
JUICIO (S): 676
de existencia falso: 700
de identidad falso: 700
de valor: 19, 106, 291, 292, 401
empleo de documentos: 810
hipotéticos: 80, 81
oral: 821, 823, 857
ordinario: 443, 449
prueba ilícita: 840
sensoriales: 81

JURAMENTO: 281, 293, 296, 297, 298, 301, 308, 387, 391, 395, 403, 410, 411, 458, 523, 526, 530, 548, 586, 593, 597, 599, 635, 636, 647, 721
al menor (no exigencia): 761
amonestación previa: 299
confirmatorio: 296
deferido: 721
estimatorio: 721
fórmula
laica: 298
religiosa: 298
prestación: 345, 845
promisorio: 410
JURIS-PERITOS: 8
JURISDICCIÓN CONTENCIOSA: 520
JURISPRUDENCIA: 325
JUS VETUS: 293
JUSTA CAUSA: 435, 438, 442
JUSTICIA
funcionamiento: 826
secreta: 68
JUSTIFICACIÓN
ideológica de la claúsula de exclusión: 829
JUZGADOR: 8, 19, 21, 22, 44, 68, 74, 232, 233, 314, 322, 323, 418, 434, 456, 518, 520, 521, 529, 619, 656
JUZGAMIENTO: 72, 88, 157, 199, 307, 625
del testimonio: 410

L

LAGUNA DE MEMORIA: 347
LANZAMIENTO
de la demandada: 474
por ocupación de hecho en predios rurales: 624
restitución del inmueble o mueble: 484
LEALTAD: 247
LEGALIDAD: 247, 371
LEGÍTIMA DEFENSA: 68, 269, 416, 423
LEGITIMIDAD: 246, 677
de la prueba: 5, 820
anticipada: 820
LENGUAJE: 286, 287
científico: 286, 287
común: 287
cotidiano: 286
técnico: 286, 287
visual: 755
vulgar: 286
LESIÓN (ES)
enorme: 463, 655
personales: 81, 380
LETRA DE CAMBIO: 331
LEVANTAMIENTO DEL CADÁVER: 15
LEY EXTRANJERA: 152
LIBERTAD
de declarar: 426
de prueba: 16, 233
de valoración de la obra del perito: 656
probatoria: 15, 17, 155
LIBRE
apreciación: 5
convencimiento: 160
convicción: 6, 24, 231, 232, 233, 234, 424, 454, 657
valoración: 231, 312
de la prueba: 231, 312
LIBRO (S): 457, 518, 523, 604, 605, 614
de registro de reconocimiento de hijos naturales: 603
de registro del estado civil: 603
LICITUD
de la prueba: 5
LIMITACIONES
a la eficacia del testimonio: 320
LISTA DE AUXILIARES DE LA JUSTICIA: 647
LITISCONSORCIO: 283, 527, 529
facultativo: 283
necesario: 529
voluntario: 401, 527
LITISCONSORTE: 527, 531
facultativo: 529, 530, 531
necesario: 526, 528, 530
voluntario: 528
LÓGICA: 406, 697, 698
dialéctica: 720
jurídica: 46
LUCRO CESANTE: 651

LL
LLAMADO EN GARANTÍA: 14
LLAMAMIENTO SOLEMNE: 788
M
MALA FE: 42, 232
MANDATO: 8, 211, 375, 444, 458, 518, 519, 596, 597, 608
MANUSCRITO: 332, 598, 600, 616, 619, 620
MATERIAL PROBATORIO: 748
MATRIMONIO: 149, 150, 311, 399, 448, 463, 466, 524, 537, 603, 610
MÁXIMA DE LA EXPERIENCIA: 83, 85
MÉDICOS LEGISTAS: 647
MEDIDA DE ASEGURAMIENTO: 20, 370, 668
MEDIDA (S)
de seguridad: 668
procesales: 209
MEDIO (S)
aritmético: 648, 650
de conocimiento: 759
de convicción: 15, 453
de persuasión: 369
de prueba: 15, 17, 24, 38, 234, 281, 288, 324, 526, 531, 534, 720
solemne: 320
probatorios: 6, 8, 9, 10, 17, 19, 54, 73, 83, 85, 281, 314, 340, 370, 424, 527, 618, 622, 665, 666, 674, 683, 701
MEJORAS: 434, 651, 652 '
MEMORIA: 81, 132, 386, 394, 399, 408, 545
MENTIRA: 9, 87, 357, 393
MÉRITO PROBATORIO: 403, 529
MÉTODO (S)
acusatorio: 20
analítico: 7
autenticación e identificación del documento: 806
inquisitivo: 20
MINISTERIO PÚBLICO: 43
MISIVA: 330
MODELO ACUSATORIO: 78
MODIFICACIONES
al proceso penal: 825
MODOS DE PRUEBA: 330
MODUS OPERANDI: 406
MONOPOLIO NATURAL O ARTIFICIAL: 651
MONUMENTO: 542
MOTIVACIÓN: 10, 89, 656
MOTIVO (S)
de sospecha: 311, 316, 346, 410
encubierto: 64
fundados y de extrema necesidad: 822
MULTA (S): 295, 296, 351, 412, 603, 639, 648, 721
MUTUO: 330, 462, 585
apoyo: 330
de naturaleza
objetiva: 665
real: 665
N
NACIMIENTO: 524
NARCOANÁLISIS: 15
NARCOTRÁFICO: 68, 285
NATURALEZA
de la prueba de referencia: 813
NECESIDAD: 3, 7, 15, 62, 74, 78, 87, 108, 144, 151, 152, 303, 394, 398, 423, 424, 447, 450, 453, 462, 512, 531, 549, 600, 612, 627, 633, 635, 636, 639, 647, 656
de contradicción: 78
de información: 684
de la indivisibilidad: 423
NECROPSIA: 15, 452
NEGACIONES: 245
aparentes: 145
clases: 145
definidas: 147
formales o aparentes: 145
de derecho: 145
de hecho: 145
indefinidas: 145, 147, 148
NEGOCIO
jurídico: 321
simulado: 702
NORMA (S)
constitucional: 52
de garantía: 15
demandada
intepretaciones: 742

jurídicas: 5, 143, 151
consuetudinarias extranjeras: 152
consuetudinarias nacionales: 151
locales: 151
nacionales: 151
vigencia: 151
nacionales: 151
procesales: 39
sustanciales: 609
NOTIFICACIÓN: 388, 511, 513, 514, 528, 529, 547, 597, 597, 631, 637, 638, 721
personal: 514
NULIDAD (ES): 39, 88, 145, 210, 296, 302, 392, 403, 511, 524, 636, 640
de la prueba: 25
de pleno derecho: 25
derivada de la prueba ilícita: 833, 835
por violación a garantías fundamentales: 842
pruebas: 26
relativa: 145
NÚMERO DE TESTIGOS: 400

O

OBJECIÓN: 657
al dictamen: 642
de copia del documento: 342
del dictamen en materia penal: 645
OBLIGACIÓN
de rendir testimonio: 761
OBLIGATORIEDAD
del cargo de perito: 791
OMISIÓN: 320, 322, 333, 335, 375, 451, 613, 615, 700
del documento: 334
probatoria: 168
OPERACIÓN (ES)
mental: 695
técnicas: 73, 627
OPINIÓN
personal con relación a Colombia: 729
OPORTUNIDAD
de pruebas: 749
para delinquir: 682
OPOSICIÓN (ES)
a la exhibición: 601
durante el interrogatorio: 776
ORDEN DE CONDUCCIÓN POR LA POLICÍA: 296
ÓRGANO DE LA PRUEBA: 284, 401
ORIENTACIÓN COGNOSCITIVA: 684
ORIGINALIDAD DEL TESTIMONIO: 355, 356

P

PAGARÉ: 331
PAGO: 150, 323, 329, 330, 337, 375, 430, 433, 444, 455, 472, 474, 532, 549, 637, 647, 651
PAÍSES DEL COMMON LAW: 798
PARENTESCO: 309, 311, 315, 334, 525, 607
PARTE (S): 365
civil: 547
solidaridad: 245
PARTICIÓN DE BIENES: 643
PARTICIPACIÓN: 19, 40, 66, 72, 80, 107, 109, 350, 362, 413, 417, 422, 424
directa: 72
en el delito: 40
PARTÍCIPE: 110, 416
PARTIDA (S)
de defunción: 15
de origen eclesiástico: 605
eclesiástica: 606
PATERNIDAD: 82, 445, 446, 471, 537, 604, 605, 607, 615
natural: 445, 604, 605, 615
PENSAMIENTO: 133
PERCEPCIÓN (ES): 72, 73, 80, 133, 184, 287, 289, 290, 292, 299, 300, 345, 355, 356, 369, 378, 392, 398, 539, 541, 621
concentrada: 774
contingentes: 292
del juez: 73
directa: 405
intencionadas: 292
PÉRDIDA
o destrucción del documento: 342
PERICIAS: 17
PERITO (S): 288, 290, 292, 522, 534, 618, 623, 625, 626, 627, 629, 634, 635, 636, 637, 638, 639, 640, 642, 643, 645, 646, 648, 649, 650, 651, 652, 655, 656, 657, 722, 793, 796, 797
acceso a elementos materiales: 792

comparecencia: 791
comportamiento al responder: 800:
contrainterrogatorio: 797
grafólogos: 618
impedido para recurrir: 798
impedimentos y recusaciones:. 791
interrogatorio: 792
juris: 8
obligatoriedad: 791
oficiales: 636
opinión: 792
principios científicos en que se apoya: 802
prohibición de provocar preguntas sobre quiénes pueden ser: 790
tercero: 642
PERJUICIOS: 16, 303, 437, 465, 651, 721
indebido: 757
PERSONA (S)
ciega: 593
física: 129, 283
gravemente enfermas: 385, 390
jurídica: 283, 511, 596
secuestrada: 49
PERSUASIÓN
judicial
socialización: 10
racional: 321, 700
PERTENENCIA: 535 -
PERTINENCIA: 143, 153, 156, 284; 489, 505, 549, 601, 623, 628, 638 -
de la prueba documental: 549
- de los hechos: 155
del interrogatorio: 484
utilidad
de la prueba: 477
de las preguntas: 345
PERTURBACIÓN
mental: 288, 313
psicológica grave: 315
PIEZAS PROCESALES: 21
PODER
de coerción: 295
dispositivo: 465, 466, 468
POLICÍA JUDICIAL: 285, 307, 426, 460, 461, 631, 647
instrucción: 14
POSEEDOR: 150, 536, 552, 716, 717
POSESIÓN: 8, 44, 48, 434, 435, 449, 534, 536, 605, 606, 620, 625, 635, 636, 637, 620, 638, 720
de armas de fuego: 46, 48, 49
de los peritos: 636, 637, 638
de municiones: 46
notoria: 605, 620
del estado de hijo: 8
POSESORIOS SOBRE PREDIOS RURALES: 624
POSTOR: 652
PRÁCTICA
de pruebas: 124
PRECIO: 21, 25, 68, 432, 433, 434, 449, 454, 463, 595, 649, 650, 651, 652, 655
del arrendamiento: 650
PRECISIÓN: 694
PREEXISTENCIA DEL DOCUMENTO: 342
PREGUNTA (S): 289, 290, 299, 309, 344, 347, 348, 351, 354, 355, 359, 364, 366, 398, 515
afirmativas por conjetura: 361
asertiva: 474, 516
asertiva-afirmativa:, 463
capciosas: 352
condicionales: 362
conductivas: 354, 356, 357
determinantes: 361, 362
diferencial: 362
directas: 398
disyuntivas
completas: 362
parciales: 361
e interrogativa: 515
imparcial: 361
indirectas: 398
sugestivas: 356, 354, 392, 773
PREMISAS INDICIARIAS: 694
PREPARACIÓN
del interrogador: 770
PRESCRIPCIÓN: 144, 150, 435, 528, 534, 536, 624
adquisitiva: 536, 624
extintiva: 435

PRESENTACIÓN
de documentos: 807
de la evidencia demostrativa: 804
personal: 582
PRESTACIONES LABORALES: 442
PRESUNCIÓN (ES): 74, 87, 146, 156, 200, 324, 355, 361, 423, 445, 459, 471, 513, 599, 600, 603, 613, 615, 718, 720
de autenticidad: 599, 600, 613, 809
de derecho: 156, 445
de hombre: 715
de inocencia: 74, 120, 200, 251, 255, 259, 260, 262, 263, 264, 265, 266, 378
momento dinámico: 267
momento estático: 267
de paternidad natural: 615
de veracidad de la confesión: 423
falla del servicio médico: 237
iuris et de iure: 715
iuris tantum: 715
judiciales: 718
legales: 718
PRETENSIÓN (ES): 8, 130, 144, 147, 149, 386, 432, 436, 446, 463, 466, 528, 533, 535, 644
o excepciones: 130
reivindicatoria: 434, 435, 535, 536
PREVARICATO: 42
PRINCIPIO (S)
autorresponsabilidad: 5
búsqueda de la verdad: 32
científico: 160, 802
concentración: 752
de apreciación racional: 8
de contradicción: 9,106, 121, 183, 189, 195, 820
de defensa: 121
de identidad: 105
de igualdad: 189
de imparcialidad: 189
de independencia judicial: 120
de integración: 547
de la comunidad de la prueba o adquisición procesal: 5
de la concentración: 752
de la contradicción de la prueba: 5
de la formalidad: 5
de la igualdad: 5, 9
de las partes: 343
de la inmediación: 5, 73, 731
de la libertad: 5
medios *de* prueba: 5
de la libre apreciación: 6
de la licitud de la prueba: 5
de la necesidad de la prueba: 5, 760
de la no taxatividad: 759
de la pertinencia: 755
de la publicidad: 5, 10, 754
de la razón suficiente: 106
de la separación del investigador y del: 5
de la valoración de las pruebas: 759
de la veracidad
documentos: 6
prohibición de insinuar la respuesta: 6
de lealtad: 188, 189, 302
de legalidad: 820
de prueba: 320, 324, 441, 601, 619
por escrito: 320, 323, 325, 326, 328, 330, 333, 335, 441, 601
de publicidad: 120, 189, 820.
de tercero excluido: 106
de unidad de la prueba: 5
del empleo de las reglas de la experiencia: 5
indicación o señalamiento: 5
valoración de la prueba: 5
del equilibrio procesal: 343
dispositivo: 197, 350
formalidad: 11
investigación integral: 228
legitimidad de la prueba: 11
licitud de la prueba: 22
necesidad de la prueba: 73
técnicos o artísticos en que se apoya, el perito: 802
veracidad: 6
PROBABILIDAD: 5, 21, 82, 171, 327, 328, 699, 702, 717, 718
lógica: 179
y el azar: 171

PROBAR LA PRUEBA: 453
PROCEDIMIENTO
del trabajo: 517
para exposiciones: 733, 819
verbal: 650
PROCESO (S): 76, 160
aporte de los expertos: 798
búsqueda de la verdad: 161
cognoscitivo: 131
de interdicción: 288
de investigación de paternidad o maternidad: 210
de pertenencia: 73, 434, 435, 628
de sucesión: 617, 643
deductivo: 691
divisorio: 643
ejecutivo: 431, 597, 617, 652, 721
singular: 654
inquisitivo: 77
judicial: 244
lealtad en: 244
lógico: 683
ordinario: 147, 183, 467, 511, 524, 639
rehabilitación del interdicto: 76
reivindicatorio: 614
sucesorio: 608
universo: 714
verbal: 641
PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA: 73, 232
PROHIBICIÓN (ES)
de prueba: 24, 37
de sugerir respuestas: 352
PROMESA DE CONTRATO: 320
PROPIA INTIMIDAD: 302, 303
PROPORCIONALIDAD: 40, 41, 66, 165
PROTOCOLO: 550
PROVIDENCIA
de traslado: 186
PRUDENCIA: 285, 323, 341, 342
PRUEBA (S): 3, 6, 10, 68, 76, 370, 379, 409, 529, 582, 697, 822
a espaldas de la contraparte: 76
acabada: 690
admisibilidad: 756
ad solemnitatem: 184
ad substantiam actus: 184
adquisición
por medios ilícitos: 33
afectación: 195
anticipada: 384, 386, 388, 391, 393, 394, 395, 547, 630, 819, 820, 821, 823
conservación: 823
en presencia del juez: 393
apreciación: 159, 160
libre y racional: 697
audiencia pública: 189
búsqueda: 159
de la verdad: 159
calidad: 379
cantidad: 379
carácter social: 10
carga: 144, 235, 245, 247, 249, 252
ciencia: 379
científica: 288
circunstancial: 661
conducencia: 155, 755
conducente: 122, 403
conservación: 819, 821
contradicción: 190
controvertida: 183, 395
corroborantes: 157
crítica: 668
decretada de oficio: 209, 211
de alcoholemia: 16
de falla del servicio médico: 237
de las proposiciones: 146
de oficio: 17, 73, 159, 197, 199, 200, 209, 343, 399, 623, 723, 725, 730
de referencia: 813, 814, 815, 816, 817,
de desafío: 814
múltiple: 818
de responsabilidad: 19
de testigo: 323
debido proceso: 34
violación: 25
decretada oficiosa: 249
deficiente o incompleta: 454, 456, 458, 521
degeneradas: 370
del hecho indicador: 685

directa: 621, 622
documental: 16, 439, 540, 542, 546, 549, 583, 628, 806
eficacia en otro proceso: 191
en qué momento se excluye: 838
evaluación: 159, 160
exculpatoria: 760
extraprocesales: 394
fin: 159
formales: 184
función
humana individual: 3
jurídica: 3
hecho psíquico: 134
histórica: 540, 634
ilegal: 26, 31, 32, 56, 57, 696
ilegalidad: 187
ilícita: 24, 26, 33, 39, 40, 41, 42, 57, 63, 65, 66, 696
admisión: 33
en el nuevo C. de P.P.: 825
exclusión: 839
llega a la etapa del juicio: 840
valoración: 33
imperfectas: 394
impertinentes: 120, 156
inapelabilidad de su práctica: 124
incompletas: 183, 394
inconducentes: 120, 156, 403
indiciaria: 194, 372, 543, 671, 677, 684, 699
legalidad: 683
valorización: 692
indirecta: 622, 668
inmaculación: 848
insuficiencia: 261
interpretación: 115
irrebatible: 690
irregular: 26
judiciales: 60
juzgamiento: 378
legalidad: 67, 187
libre apreciación: 120
literal: 587
lógica: 668
materialidad: 695
medios: 247, 377
natural: 661
naturaleza: 813
necesidad: 674, 760
negación: 160
no pruebas: 370
nula: 14
nulidad: 195
objeto: 168, 667
hechos: 130
omisión: 119
originales: 582
para condenar: 170
pericial: 84, 107, 110, 290, 380, 409, 619, 633, 636, 638, 644, 649, 655, 656, 657, 667, 721, 790
personal: 622, 633
pertinente (s): 122, 125, 756
plena: 441, 454
plenas y perfectas: 394
plenitud: 258
por escrito: 322, 323, 324, 602
preconstituida: 324
principal del estado civil: 605
procesales: 394
prohibición: 165
real: 541
recaudada: 272
rechazo: 70
redundantes: 157
se necesita para crear certeza: 169.
secreta: 68
según su objeto
directas: 184
indirectas: 184
sumaria: 183, 385, 393, 395, 599, 602
superfluas: 157
supletorias: 605, 606, 609
sustanciales: 184
tema de: 168
afirmaciones: 145
hecho notorio: 143
hechos exentos: 143, 145, 147, 149, 151

jurisprudencia: 146
negaciones: 145
noción: 143
utilidad: 143
testimonial: 73, 75, 232, 234, 288, 293, 300, 302, 312, 318, 320, 321, 322, 323, 327, 330, 333. 339, 340, 341, 368, 384, 386, 388, 391, 394, 395, 402, 456, 542, 586
anticipada: 390
en materia civil: 75
trascendentes: 125
trasladada (s): 186, 188, 189
en materia civil: 191
en materia penal: 185, 187, 189
de la jurisdicción penal a la civil: 195
validez: 185, 191
valor de copias: 583
valoración: 102, 115, 161, 378, 693
arbitraria: 160
caprichosa: 160
irracional: 160
libre convicción: 102
sistema tarifario: 103
PSICOLOGÍA: 382
PSIQUIATRÍA: 288
PUBLICIDAD: 11
de la prueba: 11

Q

QUERERES: 676

RACIOCINIO INDUCTIVO: 184
RACIONALIDAD: 21, 77, 78, 86, 87, 89, 677, 686
común: 107
RADIO DE ACCIÓN: 22
RATIFICACIÓN: 395, 396, 448
RAZÓN
de la ciencia
de su dicho: 349
del testigo: 345
REALIDAD: 247, 662
REATO DE CONCIENCIA: 382
RECEPCIÓN
de la prueba testimonial: 318
de testimonio: 6, 306, 308, 314, 317, 318, 345, 350, 359, 365, 366, 389, 390, 395, 397
extraproceso: 390
RECIBO DE PAGO: 329, 330
RECONOCIMIENTO: 82, 150, 207, 301, 340, 389, 415, 422, 441, 446, 473, 521, 530, 536, 537, 549, 591, 592, 593, 594, 595, 596, 598, 600, 607, 609, 621, 623, 626, 628, 630
de documentos: 595, 597
de firma: 549
de firmas y contenido: 594
de heredero: 607, 609
espontáneo: 592
provocado: 592
RECONSTRUCCIÓN
de hechos: 73, 627
del documento: 339
psíquica del acontecimiento: 301
RECONVENCIÓN: 535
RECUERDOS: 347, 348, 354, 393
RECUSACIÓN O IMPEDIMENTO: 636
RECHAZO IN LIMINE: 154
REDUCCIÓN DE EMBARGOS: 652
REGISTRO (S): 17, 36, 44, 47, 53, 73, 85, 86, 151, 342, 387, 523, 524, 548, 549, 551, 594, 603, 604, 605, 606, 607, 610, 612, 614, 627, 650, 719
civil: 17, 85, 387, 524, 537, 603, 605, 606, 607
civil de nacimiento: 606
de buena fe: 831
del estado civil: 523 604, 606
y allanamiento: 844
REGLA (S): 382
científicas: 656
crítica racional: 100
culturales: 86
de exclusión: 832, 836, 849
giro ideológico: 832
de experiencia: 82, 110
de juicio: 267
de la cultura: 84, 86
de la ética: 68

de la experiencia: 5, 7, 65, 82, 84, 85, 86, 87, 89, 92, 104, 107, 108, 109, 110, 233, 248, 374, 665, 683, 697, 704
común: 667
y la memoria: 91
de la lógica: 106
de la razón: 107
de la sana crítica: 6, 233, 315, 320, 391, 406, 418, 620, 631, 674, 700, 759, 860
de nuestra cultura: 84
intermedia: 772
restrictiva: 772
sana crítica: 6, 101
sobre el contrainterrogatorio: 777
sobre el interrogatorio: 773
técnicas, científicas o artísticas: 106
tradicional o extensiva: 772
REGULACIÓN EN CIFRA NUMÉRICA: 648
REIVINDICATORIA: 535
RELACIÓN (ES)
afectiva o de confianza: 336
espontánea: 348
jurídico-procesal: 388
sexuales: 65, 445, 446, 471, 524, 537
extramatrimoniales: 65
RELATO: 283, 346, 356, 410
espontáneo: 347, 348
REMATE: 643, 652
REPETICIÓN
de la prueba anticipada: 822, 823
REPRESENTACIÓN: 284, 347, 368, 465, 467, 471, 511, 539, 540, 541, 543, 544, 547, 548, 610, 614
legal de los incapaces: 547
REPRESENTANTE (S): 283, 351
legal: 308, 465, 467, 518
REPRODUCCIÓN
de sellos o inscripciones de un registro: 549
del documento: 616
mecánica: 596
REQUISITOS
de la confesión: 461
para practicar prueba anticipada: 821, 822
RESERVA
legal: 602, 603
profesional: 602
RESOLUCIÓN
de acusación: 370
RESPONSABILIDAD: 16, 17, 19, 203, 215, 236, 298, 368, 401, 413, 414, 415, 416, 418, 419, 424, 432, 439, 458, 465, 639, 692
de los imputados: 17
del sindicado: 251, 269, 272, 677
exoneración: 236
médico-asistencial: 237
objetiva: 82, 669
penal: 56, 413
RESPUESTA (S): 286, 300, 344, 345, 351, 352, 360, 437, 524, 550, 592, 599, 603
elusiva: 597
evasivas: 411, 519, 599
insinuada: 352
preguntadas: 359
RESTITUCIÓN DE INMUEBLE ARRENDADO: 183, 385, 391
RETÓRICA: 77
RETRACTACIÓN: 383, 468, 469, 470, 473
REVOCACIÓN DE LA CONFESIÓN: 468

S

SANA CRÍTICA: 6, 14, 160, 234, 315, 320, 322, 391, 417, 418, 620, 631, 643
reglas: 6, 759
SANCIÓN EXCESIVA: 439
SECRETO: 53, 62, 302, 303, 305, 548
de las comunicaciones: 53
profesional: 303, 305
SECUESTRO: 41, 68, 366, 460, 552
SEGURIDAD INDIVIDUAL: 19
SENTENCIA: 6, 8, 9, 10, 16, 38, 42, 43, 47, 48, 49, 51, 65, 73, 83, 85, 89, 108, 110, 144, 145, 148, 149, 150, 154, 157, 183, 198, 233, 234, 244, 246, 288, 317, 319, 329, 370, 416, 420, 422, 431, 434, 436, 439, 441, 443, 448, 449, 451, 455, 459, 466, 467, 468, 471, 472, 512, 516, 518, 519, 525, 528; 530, 535, 536, 602, 604, 606, 608, 615, 616, 619, 628, 643, 646, 650, 651, 654, 656, 722
condenatoria: 815

judicial: 38
primera instancia: 434
segunda instancia: 434
SENTIDO COMÚN: 89
SENTIMIENTOS: 315
SEPARACIÓN DE CUERPOS: 149, 317, 346, 429, 431
SERIEDAD: 248
SERVIDUMBRE: 625, 650
SILENCIO DE LA PARTE: 450
SIMULACIÓN: 247, 333, 448, 449, 455, 463, 466, 525, 532, 671, 701
SINCERIDAD: 247
SINIESTRO: 709
SISTEMA (S)
acusatorios: 821
adversarial: 789
científicos: 77
de la prueba legal: 153, 309
de libre convicción (ventajas): 232, 233
de prueba libre: 312
dispositivo: 198
inquisitivo: 20, 77, 253
inquisitorial: 259
penales: 728
racionales: 77
tarifario: 424, 648
SITUACIÓN FAMILIAR: 336
SOCIALIZACIÓN: 5, 10, 11
SOLEMNIDADES AD SUBSTANTIAM ACTUS: 320
SOLICITUD
de la prueba de referencia: 816
SORDOMUDO: 314
SORDOS: 594
SUCEDÁNEO DE LA PERCEPCIÓN: 393
SUGESTIÓN HIPNÓTICA: 315
SUPOSICIONES: 260
SUSTENTO
para tarifar prueba de referencia: 815

T

TACHA: 6, 75, 318, 590, 598, 599, 616, 617, 618, 636
del documento: 6
por sospecha del testigo: 404
TARIFA: 231, 232, 234, 313, 454, 519, 544, 619, 646
legal: 231, 232, 234, 313, 454, 697, 815
consagración: 815
desventajas: 232
ventajas: 231
TAXATIVIDAD
principio de la no: 759
TÉCNICA ADVERSARIAL: 774
TELEGRAMA: 295, 331, 438, 647
TEMA
de la prueba: 41, 63, 143, 153, 281
ilícita: 40, 63
del proceso: 153
TEMOR
reverencial: 363
sobre el cual versará el contrainterrogatorio: 772
TENEDOR: 150, 430
de buena fe: 430
TENENCIA: 46, 150, 462
TENTATIVA: 62, 81, 82
de homicidio: 81, 82
TEORÍA
del conocimiento: 10
del entorno jurídico: 37
del fruto del árbol envenenado: 37, 834, 835
TERCERO: 527
TERRORISMO: 40, 68
TESTAFERRO: 525
TESTAMENTO OLÓGRAFO: 546
TESTIGO (S): 6, 9, 16, 68, 72, 85, 150, 151, 198, 231, 232, 285, 290, 291, 293, 294, 295, 300, 301, 309, 310, 314, 317, 320, 323, 324, 326, 333, 341, 343, 345, 350, 357, 363, 365, 367, 368, 384, 395, 397, 400, 402, 411, 421, 422, 454, 456, 458, 472, 513, 515, 529, 534, 551, 602, 605, 606, 615, 628, 629, 634, 638
comparecencia: 762
conocimiento personal: 778
credibilidad: 777, 779
de oídas: 369, 371, 405
de referencia: 292
del hecho: 369, 661

examen: 764
impedimento: 763
para concurrir: 763
impugnar la credibilidad: 818
manera de ser del: 782
mencionado: 641
o referenciado: 641
menores como: 310
mudos: 662
no técnico: 290
parcial: 357
presencial: 16, 369, 386, 457, 606
prudencia en su veracidad: 258
sospechoso: 309, 316, 317, 319, 410
técnico: 285, 286, 287, 288, 345, 401
conocimientos especiales: 286
definición: 286
o científico: 287
TESTIMONIALES: 322, 394
TESTIMONIAR: 309, 313
TESTIMONIO (S): 8, 9, 16, 17, 50, 73, 77, 85, 151, 183, 189, 198, 233, 234, 281, 283, 284, 285, 287, 288, 291, 293, 294, 295, 299, 301, 302, 303, 306, 307, 308, 309, 310, 313, 314, 317, 318, 320, 321, 322, 326, 330, 332, 345, 351, 354, 355, 354, 359, 364, 373, 385, 388, 389, 390, 391, 393, 394, 395, 397, 400, 402, 407, 409, 414, 427, 435, 451, 456, 459, 520, 526, 527, 529, 531, 541, 545, 595, 613, 616, 620, 621, 622, 628, 633, 719
agente diplomático: 763
ante notarios y alcaldes: 391
anticipado (s): 388, 390, 392
de personas gravemente enfermas: 388
común: 287
credibilidad: 373
criterios para su apreciación: 405
crítica judicial: 377
de agente diplomático: 763
de autenticidad de una fotografía: 595
de la víctima: 378
de los agentes: 285
de oídas: 284, 375, 814
jurisprudencia: 377
de parte: 526
de terceros: 281, 284, 401, 526, 528, 529
del impúber: 531
del incapaz: 308
del menor: 761
del notario: 595
diversidad acumulativa: 8
especiales: 763
imparcialidad: 378
naturaleza inverosímil o increíble: 779
obligación de rendir: 761
para fines no judiciales: 391
parcialidad: 378
ratificación: 193
recepción: 6
requisitos
de existencia: 401
sana crítica: 378
sospechoso: 317, 318
técnico: 287, 290, 291
diferencias con el común: 287
validez: 407
valor: 373, 382
verdadero: 378
verosimilitud: 381
TIEMPO
para solicitar prueba anticipada: 820
TIPICIDAD: 15, 469
del hecho: 270
TÍTULO
de dominio: 533
ejecutivo: 511
valor: 375, 430, 532
TORTURA: 44, 49
TRADUCCIÓN: 616
de documentos: 807
TRÁFICO: 40
de drogas: 40, 54
de mujeres: 40
de niños: 40
TRAMPA: 42
TRANSEXUALIDAD: 84
TRASLADO: 367, 457, 513, 616, 625; 640, 642, 643, 645, 646, 651
TRATA DE BLANCAS: 41

TRIBUNAL
Constitucional español: 690
Europeo de Derechos Humanos: 63
Supremo español: 690

U

UBICACIÓN
duda razonable: 854
UNIFORMIDAD: 231, 232
URGENCIA DEL SERVICIO: 336
USOS Y/O COSTUMBRES: 151, 620
UTILIDAD: 156
de la prueba: 153
de las preguntas: 345
UTILIZACIÓN
de la prueba de referencia: 815, 818

V

VACILACIÓN: 82
VACÍO COGNOSCITIVO: 684
VALIDEZ
de la confesión: 467
de las pruebas: 74
del testigo: 371
VALOR: 457
del objeto: 323
probatorio: 370, 582
venal: 651
VALORACIÓN: 192, 194
criterios: 759
de la prueba: 7, 18, 19, 80, 231, 368, 626, 817
individual: 695
jurídica: 47, 676
principio: 759
VENTA: 153, 449, 457, 462, 518, 524, 532, 544, 546, 551, 652, 654, 655
VERACIDAD
de los testigos: 258
VERDAD: 6, 8, 10, 17, 18, 19, 20, 24, 25, 62, 64, 76, 77, 146, 160, 161, 198, 200, 235, 244, 247, 292, 293, 296, 298, 305, 310, 316, 348, 355, 361, 403, 406, 409, 418, 421, 422, 451, 452, 464, 521, 523, 526, 530, 539, 613, 634, 661
búsqueda: 10, 244
científica: 697
como planteamiento ideológico: 167
conocimiento: 362
en el proceso: 161
forense: 166
formal: 159
frenesí en el descubrimiento: 830
irrelevancia o imposibilidad de conseguirla: 161, 163, 165
práctica: 162
teórica: 162
tesis narrativista: 162
tesis retórica: 162
lógica: 697
material: 164, 166
meta del proceso judicial es averiguarla: 168
obtención: 163
parciales: 765
perseguida: 77
real: 159, 197, 198, 521
búsqueda: 189
real o material: 167
única: 167
y seguridad jurídica: 33, 34
VEROSIMIL: 86, 316, 322, 324, 327, 330, 333, 419
VEROSIMILITUD: 325, 327, 419
VIÁTICOS Y GASTOS: 637
VICIO
de nulidad en práctica de la prueba: 211
VIDEO: 65, 67
VÍNCULO ATENUADO: 835
VIOLACIÓN
a derechos fundamentales: 843
a garantías fundamentales: 843
VIOLENCIA: 11, 16, 46, 48, 63, 66, 68, 296, 403
sobre el testigo: 352
VOCACIÓN
legal: 608
hereditaria: 607
sucesoral: 608
VOLUNTAD: 45
VOLUNTARIEDAD: 450