

DERECHO PROBATORIO

NATTAN NISIMBLAT

PRINCIPIOS Y MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR
ACTUALIZADO CON LA LEY 1395 DE 2010 Y LA LEY 1437 DE 2011

© Nattan Nisimblat - nattan@nisimblat.net

Las características internas y externas de este libro, su denominación comercial y académica, marcas y propiedad intelectual se encuentran debidamente protegidas por la ley de derechos de autor. Queda prohibida la reproducción total o fragmentaria de su contenido, así como la utilización de dichas características que puedan crear confusión en el mercado y la academia.

© Nattan Nisimblat

© Posgrados Universidad Católica de Colombia. Derecho Probatorio.

ÍNDICE

Presentación	15
Título I.....	16
Los principios rectores del proceso.....	16
1. El debido proceso y el derecho de defensa.....	16
1.1. El debido proceso como “garantía de referencia”	21
1.2. Dimensión constitucional y debido proceso legal	21
2. Principio de Exclusividad y obligatoriedad de la jurisdicción	23
3. No autoincriminación	24
3.1. Tratamiento constitucional de la no autoincriminación en Colombia	25
3.2. El principio de la no autoincriminación como valor absoluto.	25
3.3. El principio de no autoincriminación en el Derecho Procesal Civil	26
3.4. Infirmación de la confesión	27
6. Principio y derecho de Audiencias	29
7. Publicidad.....	31
7.1. Limitaciones al principio de publicidad.....	31
7.2. La publicidad como mecanismo para socializar el fundamento de la decisión	32
8. Contradicción o audiencia bilateral	34
9. Inmediación	35
10. Concentración.....	36
11. Juez natural o juez competente.....	36
11.1. Prórroga de competencia o <i>Perpetuatio jurisdictionis</i>	37
11.2. Garantías del principio al juez natural	40
12. Eventualidad	42
13. Preclusión	42
13.1. Preclusión elástica de las deducciones.....	43
14. Seguridad jurídica y Cosa Juzgada.....	44
14.1. Elementos de la cosa juzgada	45

14.2.	Influencia de la cosa juzgada penal en materia civil	47
14.3.	Efectos de la cosa juzgada frente a las partes y el hecho juzgado	49
14.3.1.	Efecto general <i>inter partes</i> (entre las partes)	49
14.3.2.	Efecto <i>erga omnes</i> (frente a todos y contra todos)	50
14.3.3.	Efecto excepcional <i>inter pares</i> (respecto de todos los semejantes)	50
14.3.4.	Efecto excepcional <i>inter comunis</i> (entre los miembros de una comunidad)	51
14.3.5.	Efecto general a futuro <i>ex nunc</i> (desde ahora)	52
14.3.6.	Efecto excepcional retroactivo <i>ex tunc</i> (desde entonces)	52
14.3.9.	Cosa Juzgada Absoluta	55
14.3.10.	Cosa Juzgada relativa	56
14.3.13.	Cosa Juzgada Material	59
14.3.15.	Cosa Juzgada formal	60
14.3.16.	Cosa juzgada en procesos de nulidad de actos administrativos. Efectos relativos o absolutos según el tipo de sentencia	60
14.4.	Sentencias que no hacen tránsito a cosa juzgada	61
14.4.	Desestimación de la cosa juzgada	71
14.5.	Desestimación constitucional de la cosa juzgada: Acción de Tutela contra providencias judiciales	76
14.5.1.	Justificación constitucional de la procedencia de la Acción de Tutela contra decisiones judiciales	78
14.5.2.	Requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales	79
14.5.3.	Requisitos o causales especiales de procedibilidad de la Tutela contra providencias	81
15.	Principio de Gratuidad	82
16.	Alteridad o intersubjetividad	83
17.	Verdad procesal	84
18.	Dignidad	86
19.	Prevalencia del derecho sustancial	87

20. Primacía constitucional.....	88
1.1. 22.1. La Clausula de supremacía en el régimen constitucional colombiano	93
1.2. 22.2. Sentido y alcance de la cláusula de supremacía	94
21. Libertad o principio “ <i>pro libertatis</i> ”	96
22. Igualdad	96
23. Igualdad en el trato y en el proceso	97
24. Igualdad en la sentencia	97
25. La igualdad y el Principio de la confianza legítima y de la Buena Fe	97
26. Principio de confianza legítima	98
27. Imparcialidad	99
28. Legalidad y tipicidad	99
28.1. Dimensión de la legalidad en el proceso penal	101
28.2. Dimensión de la legalidad en procesos civiles, laborales y contencioso administrativos	101
29. Favorabilidad	101
31. Oralidad	102
32. Adaptabilidad del procedimiento a las exigencias de la causa	103
33. Funcionalidad del procedimiento	103
34. Economía	103
35. Celeridad e Impulsión.....	103
33. Eficacia y Eficiencia	105
35. Lealtad y buena fe.....	106
36. Doble instancia y no reforma en perjuicio (<i>non reformatio in pejus</i>)	107
36.1. Dimensión de la no reforma peyorativa en el proceso penal	107
36.2. Posición de la Corte Constitucional sobre la <i>non reformatio in pejus</i> en materia penal	109
37. Independencia y autonomía	111
38. Principios rectores de las nulidades	111
38.1. Taxatividad.....	112

38.2.	Trascendencia.....	112
38.3.	Finalidad.....	112
38.4.	Legitimación o protección.....	112
38.5.	Oportunidad.....	112
38.6.	Convalidación.....	113
38.7.	Residualidad.....	113
39.	Principios rectores de los recursos	113
39.1.	Taxatividad.....	113
39.2.	Legitimación.....	114
39.3.	Oportunidad.....	114
39.4.	Finalidad.....	114
40.	Principios rectores de la decisión judicial y la sentencia	114
40.1.	Motivación	114
40.2.	Celeridad.	122
40.3.	Economía.....	123
40.4.	Congruencia	123
50.	Principios rectores de la sanción judicial como resultado de las potestades disciplinarias y de ordenación	125
50.1.	Legalidad	125
50.2.	Tipicidad.....	125
50.3.	Proporcionalidad, prohibición de exceso y subsidiariedad	126
50.4.	Reserva legal.....	126
50.5.	Objetividad	126
50.6.	Congruencia.....	126
Título II.....		128
Los principios rectores de la prueba.....		128
1. Importancia.....		128
2. Las etapas probatorias: el camino de la prueba ...		128
2.1.	Principio de Necesidad	128
2.3.	Principio de Necesidad: Mapa Conceptual.....	130

2.2. Petición y aporte: Etapa petitoria.....	130
2.3. Decreto: etapa ordenatoria.....	130
2.3.1. Requisitos intrínsecos de la prueba	131
2.3.1.1. Conducencia.	131
2.3.1.2. Pertinencia.	131
2.3.1.3. Utilidad.....	132
2.3.2. Práctica de la prueba.....	132
2.3.3. Valoración de la prueba.....	133
2.3.3.1. Sana Crítica.....	133
2.3.3.2. Valoración en conjunto.....	135
2.3.4 Dimensión de la necesidad en el proceso de Tutela	136
3. Autorresponsabilidad, carga o incumbencia probatoria	136
a. Carga dinámica y de la probabilidad preponderante o prevalente de la prueba	137
4. Contradicción	139
a. Aspectos procesales de la contradicción..	139
b. Contradicción concentrada.....	140
c. Contradicción difusa	140
5. Publicidad.....	140
6. Inmediación	141
7. Concentración	142
8. Comunidad	142
9. Inmaculación	143
10. Originalidad o mismidad	143
a. La prueba indirecta o de referencia.....	144
11. Libertad.....	146
12. Principio dispositivo, de deliberación o principio de parte	146
a. Carácter rogado de la jurisdicción	147
b. Principio de la rogación en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.....	147

c.	Principio de la rogación en la Jurisdicción Ordinaria	148
d.	Principio Inquisitivo	149
13.	Principio de la Duda: <i>in dubio</i>	149
Título III		152
Los medios de prueba en particular		152
1.	Importancia.....	152
2.	El testimonio.....	156
2.1.	Finalidad de la prueba testimonial y distinción con el interrogatorio, la confesión y el perito	156
2.2.	Testigo técnico.....	158
2.3.	Excepciones al deber de declarar y al deber de comparecer al juicio	158
2.4.	Tacha del testigo	166
2.5.	Limitación de la eficacia del testimonio.....	168
2.6.	Limitación del número de testigos.....	169
2.7.	Ratificación de testimonios practicados por fuera del proceso: prueba sumaria y prueba trasladada	170
2.8.	Requisitos de la petición del testimonio	171
2.9.	Decreto del testimonio.....	172
2.10.	Práctica del testimonio en materia civil	172
2.11.	Práctica del interrogatorio al testigo en materia penal	175
2.10.1	En el proceso inquisitivo. Ley 600 de 2000, ART. 276:	175
2.10.2	En el proceso penal acusatorio. Ley 906 de 2004.	176
2.11	Reglas sobre el interrogatorio (Artículo 392.).....	179
2.12	Reglas sobre el contrainterrogatorio (Artículo 393.).	181
2.13.	El testigo indirecto en materia penal	183
2.13.1.	Testigo de oídas o de referencia (prueba de referencia)	185
2.13.2.	Grados del testigo de oídas.....	186
2.13.3.	Oportunidad para solicitar o presentar la prueba de referencia	186
2.14	El testigo indirecto en materia civil: Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia	187

2.15 Valoración del testimonio en materia civil. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia	189
3. Declaración de parte y confesión.....	192
3.1 La confesión	192
3.2 Clasificación de la confesión.....	192
a. 3.2.1 Según ante quien se realice:.....	192
Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en materia de confesión extrajudicial	192
3.2.2 Según la forma como se obtenga.....	194
3.2.3. Requisitos para la confesión ficta: art. 210 C.P.C.	195
3.2.4. Clasificación según su contenido	196
3.3. Indivisibilidad de la confesión.....	196
3.4 Requisitos formales y materiales de la confesión: art. 195 del Código de Procedimiento Civil.....	197
3.5. El polígrafo	198
3.5.1. Inadmisibilidad en materia penal	198
3.5.2. El polígrafo en Materia Laboral.....	199
3.6. Confesión por litisconsorte	200
3.7. Práctica del interrogatorio de parte.....	200
3.7.1. Práctica en el proceso verbal y verbal sumario bajo reglas de oralidad plena	201
3.8.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia	201
3.8. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia: elementos de la confesión	203
3.9 El principio de no autoincriminación	205
3.10 Tratamiento constitucional de la no autoincriminación en Colombia	205
3.10.1 El principio de la no autoincriminación como valor absoluto.	206
3.10.2 El principio de no autoincriminación en el Derecho Procesal Civil	206
3.11 Infirmación de la confesión	207
4. Juramento	209

5. Los documentos	213
5.1 Definición de documento.....	213
5.2 Clasificación de los documentos	213
5.3 Documento público.....	214
5.4 Escritura pública	214
5.5 Documento privado	215
5.6 Documento declarativo.....	215
5.7 Documento representativo	215
5.8 Documento auténtico	215
5.9 Presunción de autenticidad	217
5.10 Copias	219
5.11 Acto de autenticación de la copia	219
5.12 Valor probatorio de los documentos.....	219
5.12.1. Valor probatorio del documento electrónico	220
5.13 Requisitos adicionales de ciertos documentos.....	221
5.13.1 Documento otorgado en el extranjero	221
5.13.2 Impuesto de timbre	221
5.13.3 Registro en oficina pública.....	221
5.13.4 Documento roto o alterado	222
5.14 Contraescrituras	222
5.15 Firma.....	222
5.16 Clases de firmas.....	222
5.17 Instrumentos sin firma	223
5.18 Firma a ruego	224
5.19 Documentos firmados en blanco o con espacios sin llenar.	224
5.20 Documentos emanados de terceros.....	224
5.21 Declaraciones extrajudiciales o extra juicio	224
5.22 Fecha.....	225
5.23 Conservación de documentos digitales.....	225
5.24 Eficacia probatoria del documento electrónico	226

5.25 Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en materia documental	226
5.26 Autenticidad y firma de los documentos: Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.	228
5.27 Mérito probatorio de las copias: Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.	231
5.28 El documento electrónico: prueba técnica y su inspección	233
5.28.1 Pruebas digitales o evidencias digitales	233
5.28.2. La dirección IP (Internet Protocol)	233
5.28.3 Oferta	234
5.30 Definiciones legales en materia de documento electrónico	234
5.30.1. Constitucionales	234
5.30.2 Legales o normativas	234
Presentación de documentos electrónicos en procesos judiciales	235
5.31 Admisibilidad de la prueba electrónica	236
5.31.1 En el procedimiento civil	236
5.31.2 En el proceso penal	236
5.31.3. Objeciones en el proceso civil	237
5.31.4. Objeciones en el proceso penal	237
5.31.5. Admisibilidad de la prueba en el proceso penal	237
5.32 Valor Probatorio en los distintos procesos	238
5.33 Formación de los contratos	238
5.34 Equivalencia Funcional	238
5.35 Uso de la firma digital en Colombia	239
5.36 Firmas digitales	239
5.37 Principio del equivalente funcional: Arts. 6, 7 y 8 ley 527 de 1999	239
5.38 Criptografía	239
5.39 Criptografía asimétrica	240
5.40 Funciones y principios de la firma digital	240
5.41 Definición de firma digital	241
5.42. Procedimiento para la creación de la firma digital	241

5.43. Certificados digitales	242
5.44 Entidad de certificación	242
5.45 Prueba técnica del documento electrónico	242
5.46. Recolección de un mensaje de datos para presentarlo como prueba	243
5.47 Reglas de interrogación del perito informático	246
5.48 Inspección judicial del documento electrónico	246
El manejo de la prueba electrónica en el proceso civil colombiano	247
6. Prueba pericial, peritaje o experticio.....	275
6.1 Valoración del dictamen en el sistema escritural	276
6.2 Actitudes de las partes frente al peritaje: contradicción concentrada	276
6.2.1. En el proceso escritural.....	276
6.2.2. En el proceso oral	277
6.3 Contradicción difusa del peritaje	279
6.4 Distinción entre testigo técnico y perito	279
6.5 Reglas de la prueba pericial en materia penal	279
5.48. 6.5.1 Procedencia	280
5.49. 6.5.2 Prestación del servicio de perito	280
6.6 Número de peritos	280
6.7 ¿Quiénes pueden ser peritos?	280
6.8 ¿Quiénes no pueden ser nombrados peritos?.....	281
6.9 Obligatoriedad del cargo de perito	281
6.10 Impedimentos y recusaciones	281
6.11 Comparecencia de los peritos a la audiencia	281
6.12 Presentación de informes.....	281
6.13 Admisibilidad del informe y citación del perito	282
6.14 Base de la opinión pericial.....	282
6.15 Acceso a los elementos materiales	282
6.16 Instrucciones para interrogar al perito	282
6.17 Instrucciones para contrainterrogar al perito	283
6.18 Perito impedido para concurrir	283

6.19	Apreciación de la prueba pericial	283	
6.20	Limitación a las opiniones del perito sobre insanidad mental		283
6.21	Admisibilidad de publicaciones científicas y de prueba novel		284
6.22	Presentación de la evidencia demostrativa.....	284	
6.23	Prueba pericial en el derecho ambiental	284	
6.24	Decreto y posesión.....	285	
6.25	Práctica	285	
6.26	Término para rendir el dictamen	285	
6.27	Dictamen.....	286	
6.28	Contradicción concreta del experticio	286	
6.29	Aclaración y complementación	286	
6.30	Objeción por error grave.....	287	
6.31	Requisitos de la objeción:.....	287	
6.32	Decisión sobre el error grave.....	287	
6.33	Peritaje ambiental	287	
6.34	La prueba de ADN: Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia		290
7.	Inspección Judicial	293	
7.1	Solicitud y decreto de la inspección en materia civil		293
7.2	Inspección de cosas muebles o documentos.....	294	
7.3	Práctica de la inspección.....	294	
8.	Prueba indiciaria o circunstancial: el indicio	296	
8.1	Mecanismo lógico indiciario:	296	
8.2	Clasificación de los indicios:	296	
8.3	El indicio en el Sistema Penal Acusatorio.....	298	
8.4	Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil		299
9.	Las presunciones.....	301	
10.	Pruebas anticipadas.....	302	
10.1	Reglas especiales para las pruebas anticipadas: Arts. 294 a 301 del C.P.C.		302
10.2	Objeto de las pruebas anticipadas.....	302	

10.3 Legitimación.....	303
10.4 Pruebas anticipadas autorizadas por la ley:	303
10.5 Competencia	303
10.6 Pruebas destinadas a procesos adelantados ante tribunales arbitrales	304
10.7 Interrogatorio de parte	304
10.8 Requisitos para obtener confesión con fines de preconstitución del título ejecutivo:	
305	
10.9 Confesión ficta.....	306
10.10 Testimonio: Arts. 298 y 299 del C.P.C.....	309
10.11 Reglas del testimonio para fines judiciales ante Notario	310
10.12. Dictamen pericial como prueba anticipada	311
10.12 Trámite de las objeciones	312
10.13 Inspección judicial anticipada: Art. 300	313
10.14 Reglas relativas a la inspección	314
10.15 Documentos	315
10.16 Exhibición como prueba anticipada	318
10.16.1 Requisitos para solicitarla:.....	318
10.16.2 Pruebas anticipadas en el sistema penal acusatorio	319
10.16.3 Reglas del sistema penal acusatorio	320
11. Pruebas trasladadas	322
11.1. Prueba trasladada.....	322
11.2. Traslado del dictamen pericial	322
11.3. Traslado de la inspección judicial	322
11.4. Acumulación de demandas y de procesos: traslado atípico (no hay comunicación entre jueces).	322
11.5. Traslado entre jurisdicciones.....	323
11.6. Valoración de la prueba trasladada en el nuevo proceso	323
BIBLIOGRAFÍA	324

Presentación

Este libro es el resultado de la investigación adelantada en la Universidad Católica de Colombia en el marco de la especialización en Derecho Probatorio.

El texto y el lenguaje utilizado corresponden a un ambiente virtual de aprendizaje (AVA), por lo que la redacción es propia del sistema de aprendizaje combinado (*blended learning*), en el que el estudiante interactúa bajo dos ambientes y comunicaciones, una asincrónica, que corresponde al trabajo en línea por medio de los recursos que le ofrece la internet (foros, chat, correo electrónico) y otra sincrónica con el profesor que ha redactado los contenidos de su aula virtual, en sesiones presenciales donde se resuelven dudas relacionadas con los contenidos esenciales del aula.

Se advierte al lector que el presente texto es el resultado de la construcción de un ambiente virtual de aprendizaje y por lo tanto ha sido redactado en “lenguaje hablado”, es decir, se ha procurado una redacción que comprometa al lector con un ambiente real de estudio que lo introduzca a la lectura en profundidad de otros textos como los que se señalan a pies de página, que han sido redactados en lenguaje escrito y que son dirigidos a ambientes de estudio individual y no asistido.

El texto ha sido dividido en tres títulos: 1. Los principios rectores del proceso judicial; 2. Los principios rectores de la prueba y; 3. Los medios de prueba en particular. El primer título se dedica al estudio de los principios que informan los procesos en general; el segundo al estudio de los fundamentos de la aplicación del derecho probatorio y, el último, al estudio en particular de los medios de prueba en las distintas legislaciones.

Especial agradecimiento y reconocimiento a aquellas personas que colaboraron en la permanente construcción del texto y su publicación. A los estudiantes de la Especialización en Derecho Probatorio, quienes en cada sesión enriquecen con sus aportes y críticas; al señor Rector de la Universidad Católica de Colombia, doctor Edgar Gómez; al doctor Gilberto Ramírez Huertas, director de posgrados; a la doctora María Eugenia Guerrero Useda, Directora Central de Investigaciones; a los estudiantes Sebastián Uribe y María Fernanda Lombana, quienes fungieron como auxiliares de investigación.

Título I Los principios rectores del proceso

1. El debido proceso y el derecho de defensa

El debido proceso es un derecho, no un principio. Y es de carácter sustancial. Es, además, fundamental, de rango constitucional y por lo tanto de aplicación inmediata (art. 85 C.N.). Ha sido definido por afirmación o por negación: “toda persona tiene derecho a un proceso justo” o bien “toda persona tiene derecho a *no ser juzgada* sino conforme a las reglas preestablecidas”.

La Corte Constitucional ha definido el debido proceso como “*la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los individuos, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley*”.¹”

La Constitución Política de Colombia de 1991 consagra el principio rector del proceso judicial en su artículo 29, que reza literalmente:

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene Derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; 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”.

¹ Ver, entre otras, las Sentencias T - 467 de 1995, T - 238 de 1996 y T - 061 de 2002 y C - 641/02, proferidas por la Corte Constitucional.

Bloque de Constitucionalidad

A nivel internacional, el derecho a un proceso debido se encuentra consagrado, entre otros, en el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos de 1966, el artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos humanos y el artículo 7º de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981, normas que disponen, en su orden:

Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, celebrada el 10 de Diciembre de 1948 en Paris, Francia², artículo 11:

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

2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, firmado en Nueva York, Estados Unidos, el 16 de diciembre de 1966, aprobado por Colombia mediante la ley 74 de 1968, artículo 14:

“1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y Cortes de justicia. Toda persona tendrá Derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus Derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la Vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la Tutela de menores.

² No cuenta con ley aprobatoria en Colombia ya que por ser una declaración y no un pacto su carácter vinculante se deriva únicamente del artículo 93 de la Constitución vigente y esta resulta de gran importancia además por conformar junto con el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales la carta de los Derechos Humanos.

2. *Toda persona acusada de un delito tiene Derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.*

3. *Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá Derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:*

a) *A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;*

b) *A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;*

c) *A ser juzgada sin dilaciones indebidas,*

d) *A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del Derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;*

e) *A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;*

f) *A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;*

g) *A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.*

4. *En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social*

5. *Toda persona declarada culpable de un delito tendrá Derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.*

6. *Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.*

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS O PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA, firmado en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, aprobado en Colombia mediante la ley 16 de 1972, artículo 8°:

“Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene Derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra

Ella, o para la determinación de sus Derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

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:

a) Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

En 2009, se presentaron los resultados de la revisión del Estado del Arte, publicando productos en revistas indexadas y con la producción del libro “Los moduladores del proceso de Tutela”, lo que constituyó la Fase II del proyecto.

Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 (Carta de Banjul). Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya, artículo 7°:

“1. Todo individuo tiene derecho a que sea visto su caso, lo cual implica:

a) derecho de apelación a órganos nacionales competentes contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos y garantizados por los convenios, leyes, ordenanzas y costumbres vigentes;

b) el derecho a ser considerado inocente hasta que un tribunal competente demuestre su inocencia;

c) el derecho a la defensa, incluido el derecho a ser defendido por un abogado de su elección;

d) el derecho a ser juzgado dentro de un plazo de tiempo razonable por un tribunal imparcial.

2. Nadie puede ser condenado por un acto u omisión que no constituya una ofensa legalmente punible, en el momento en que se cometió. No se puede infligir pena alguna por una ofensa contra la que no existe ninguna disposición en el momento de ser cometida. Las penas son personales y sólo pueden ser impuestas al transgresor.”

El artículo 27 de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal) establece los criterios de modulación de la actividad procesal, determinando que *“en el desarrollo de la investigación y en el proceso penal los servidores públicos se ceñirán a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia”*.

El artículo 4º del Código de Procedimiento Civil establece que *“al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes”*.

1.1. El debido proceso como “garantía de referencia”

El conocimiento previo de las reglas preestablecidas, garantiza a las personas que la actividad judicial estará siempre sujeta a las formas propias de cada juicio, de modo que nunca sea el resultado del arbitrio del juez o de su capricho, fundamentos ambos que deslegitiman su poder jurisdiccional.³

1.2. Dimensión constitucional y debido proceso legal

Atado a los principios de trascendencia –que se abordará más adelante en el capítulo de las nulidades- y de pertinencia (relevancia constitucional), la Corte ha definido que la violación del debido proceso debe ser el producto de la trasgresión directa de la Constitución⁴.

1.3. El proceso contencioso constitucional

La actuación del Estado se caracteriza por estar provista de procedimientos. Así lo estatuyen, entre otros, los artículos 28, 29, 30, 31, 32, 33, 83, 84, 85, 86, 93, 103, 104, 105, 106, 122, 138, 139, 153, 150 a 169, 175, 186, 190, 202, 209, 212 a 215, 228, 229, 230, 238, 242 a 244, 251, 263, 339, 341, 342, 346 a 355 y 374 a 379 de la Constitución colombiana.

De su estudio se concluye que, al igual que el Derecho Procesal Administrativo, el Derecho Procesal Constitucional admite la existencia de un *“Procedimiento Constitucional”* y de un *“Procedimiento Contencioso Constitucional”*, siendo este último el encargado de regular la actividad que procura por la protección de los preceptos constitucionales, sean éstos o no, de carácter sustancial, siendo necesario aclarar que norma sustancial es aquella que *“en razón de una situación fáctica concreta, declara, crea, modifica o extingue relaciones jurídicas también concretas, entre las personas implicadas en tal situación”*⁵, *“sin que tengan*

³ Corte Constitucional. Sentencia T - 1097 de 2005.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T - 461 de 2003. M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. CCLII, pág. 208

*ese calificativo aquellas que se limiten a definir fenómenos jurídicos o a descubrir sus elementos, como tampoco las que regulan determinada actividad procesal*⁶.

Según lo establecido por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 28 de octubre de 2005 “...el rasgo característico de los preceptos sustanciales es el de consagrar verdaderos derechos subjetivos, de manera que dentro de esa categoría de normas sólo se hallan comprendidas aquellas que, al decir de esta Corporación ‘en razón de una situación fáctica concreta, declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas también concretas entre las personas implicadas en tal situación...’, determinándose que de ese cariz no participan, en principio, entonces los preceptos que ‘se limitan a definir fenómenos jurídicos o a describir los elementos de éstos o a hacer enumeraciones o enunciaciones, como tampoco las tienen las disposiciones ordenativas o reguladoras de la actividad in procedendo’ (CLI, página 241). Menos todavía las normas referentes a pruebas, en punto de las cuales ha expresado de continuo la Corte que no tienen rango sustancial”.

Conforme a lo anterior y de acuerdo con el origen de la actuación, un proceso puede o no ser contencioso⁷. De antaño la legislación administrativa ha establecido una clara diferenciación entre las normas que regulan el nacimiento y perfeccionamiento de sus actuaciones, dentro de las que se cuentan la comunicación con los administrados y aquéllas que sistematizan los procesos que se surten ante los jueces en casos de controversia.

Las primeras hacen parte de lo que se denomina “*Procedimiento Administrativo*”, el cual se ocupa, entre otros asuntos, de regular la actividad de la administración, el inicio de las actuaciones, el nacimiento de las obligaciones, el perfeccionamiento de los contratos, la comunicación con los ciudadanos. Las segundas, que aquí se denominan “*Procedimiento Contencioso Administrativo*”, se encargan de regular la actividad de los jueces cuando las relaciones de la administración se tornan litigiosas y deben ser resueltas por un órgano con jurisdicción: el juez contencioso administrativo.

Siguiendo las reglas anteriores, las normas de Procedimiento Constitucional son aquéllas que definen la forma como debe realizarse una determinada actividad, dentro de las que se encuentran las que regulan la formación y perfeccionamiento de aquellos actos previstos en la Constitución para su propia existencia como son su expedición, su reforma y su derogación; los relativos a la integración de los poderes públicos, tales como la elección del Presidente, del Vicepresidente, de los congresistas, de los superintendentes, de los gobernadores, de los alcaldes, de los ediles; la posesión de los servidores públicos; los mecanismos de participación ciudadana; los relativos a los estados de excepción; los que regulan la actividad legislativa; los que prevén la forma de integración de las corporaciones judiciales y de los órganos de control y, en general, las normas que prevén la forma como deben adelantarse.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Auto del 5 de mayo de 2000, exp. C-9114.

⁷ El Diccionario de la Real Academia Española (Vigésimo Segunda Edición) define el vocablo en su tercera acepción, derivada del derecho, así: “Se dice de los asuntos sometidos a conocimiento y decisión de los tribunales en forma de litigio entre partes, en contraposición a los de jurisdicción voluntaria y a los que estén pendientes de un procedimiento administrativo.”

se las actuaciones del Estado, siempre que el procedimiento se encuentre plasmado en la Constitución.

Se denominará “*Procedimiento Contencioso Constitucional*” el previsto para la protección de las normas y los derechos constitucionales, cuando sea necesaria la intervención del “*juez constitucional*”. Algunas se encuentran insertas en la Constitución (Art. 86), otras en estatutos especiales proferidos por el Congreso de la República, el Gobierno Nacional o aún las propias corporaciones judiciales (reglamentos internos).

En este caso, de acuerdo con la naturaleza de la contención, es decir, del asunto debatido, el procedimiento será “*Contencioso Objetivo*” o “*Contencioso Subjetivo*”, correspondiendo el primero al “*Control Abstracto*” y el segundo al “*Control Concreto*” de constitucionalidad⁸.

2. Principio de Exclusividad y obligatoriedad de la jurisdicción

El Estado tiene el monopolio del poder jurisdiccional. Nadie podrá hacer justicia propia o directa; por lo tanto, en el sistema jurídico colombiano, se encuentra proscrita toda forma de autotutela.

El Estado, en ejercicio de su poder soberano, crea tribunales y se arroga para sí la facultad de juzgar a sus nacionales, quienes le han delegado la potestad de “decir el derecho”, *iuris dictio*, abandonando con ello cualquier forma de ajusticiamiento privado o directo⁹.

Se permite la autocomposición, que es distinta de la autotutela. La primera, tiene sustento constitucional en el artículo 116 de la Constitución, según el cual “los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.”

La autocomposición se define como la facultad que tienen los particulares para “componer” directa y pacíficamente un conflicto, con o sin intervención de un tercero, enmarcada dentro del principio de bilateralidad, es decir, de mutuo consenso. Para ello, la ley¹⁰ y la Constitución han autorizado la creación de mecanismos alternos de solución de conflictos, tales como la transacción, la conciliación, la amigable composición, la justicia de paz y el arbitraje, mecanismos todos que buscan avenir a las partes en conflicto mediante sistemas alternos al judicial¹¹.

⁸ NISIMBLAT, Nattan. Derecho Procesal Constitucional y Derecho Probatorio Constitucional. Universidad Católica, 2011. In print.

⁹ *Oculum pro oculo et dentem pro dente*, rezaban los romanos, “ojo por ojo, diente por diente”.

¹⁰ Ley 270 de 1996, art. 8º, reformado por la Ley 1285 de 2009.

¹¹ Algunos de los citados, como el arbitraje y la conciliación, son eminentemente heterocompositivos, sin embargo son el producto del acuerdo entre las partes de someter el conflicto a solución alterna de la provista por el sistema judicial.

La prohibición de la autotutela se sustenta en los artículos 4º, 6º y 95 de la Constitución Nacional, según los cuales es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

En materia de tutela, el principio de exclusividad indica que sólo los jueces de la República investidos de jurisdicción permanente podrán conocer de las solicitudes de amparo de los derechos fundamentales.¹²

2.1. Dimensión de la exclusividad y la no autocomposición en el proceso de Tutela

La naturaleza jurídica de los derechos fundamentales impide que las partes celebren acuerdos transaccionales que impliquen renuncia o desmedro, razón por la cual, los pactos en virtud de los cuales las partes concilien o transijan derechos de este linaje serán nulos de pleno derecho.

Lo anterior, sin embargo, no obsta para que el juez de tutela convoque a las partes a audiencias de conciliación en las cuales, si bien no se discutirán aspectos inherentes al derecho o su posible renuncia, sí pueden considerar una *“alternativa técnica que permitiría solucionar el problema que daba origen a esa amenaza actuación del todo acorde, no sólo con el ordenamiento jurídico que rige la tutela, sino con la filosofía que subyace en esta acción de carácter excepcional, cuyo objetivo no es otro que brindar protección inmediata y eficaz a los derechos fundamentales de las personas”*¹³.

Esta posición ha sido ratificada por la Corte Constitucional mediante sentencia T - 677 de 2001, en la cual admitió que *“cuando la solución propuesta por el demandado y aceptada por la actora, auspiciada por el mismo juez de tutela al ordenar la celebración de una “audiencia de conciliación”, pretende erradicar de manera definitiva la causa de la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales cuya protección se pretende a través de la acción de tutela, y no significa en forma alguna la transacción del derecho, dicho acuerdo puede tenerse como válido.”*

3. No autoincriminación¹⁴

El principio de no autoincriminación se encuentra consagrado en el artículo 33 de la Constitución Nacional, así como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas de 1966 (Arts. 8 y 14) y en la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (art. 8º), ambos válidamente ratificados por Colombia.

¹² Más adelante, al abordar el principio del juez natural, se hará referencia a las competencias en Tutela.

¹³ Corte Constitucional, Auto 070 de 1999.

¹⁴ Sobre el principio de la no autoincriminación, pueden consultarse, entre otras, las sentencias C - 622 de 1998, C - 431 de 2004, C - 102 de 2005, C - 822 de 2005¹⁴, todas emitidas por la Corte Constitucional.

Según este principio, 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 jurisprudencia de la Corte ha definido los casos en que la persona tiene derecho a guardar silencio, ya que, dependiendo de la normatividad que regule el proceso y la naturaleza del asunto, su aplicación tiene condicionantes.

3.1. Tratamiento constitucional de la no autoincriminación en Colombia

La Corte Constitucional ha distinguido el foro donde debe y puede invocarse el principio, pues no en todos los casos es procedente acusar violaciones por desconocimiento de la regla.

3.2. El principio de la no autoincriminación como valor absoluto.

Tratándose de derecho criminal, disciplinario, policivo y, en general, sancionatorio, el principio de la no autoincriminación tiene un valor absoluto. Es decir, cuando se trate de un proceso en que la persona sea investigada, imputada, acusada, sindicada o aún condenada, el derecho a guardar silencio implica una doble connotación: 1. El derecho a no confesar, es decir, a permanecer callado y; 2. El derecho a que el silencio no sea usado en su contra.

El derecho a permanecer callado, indica la Constitución, se extiende hasta los grados cuarto de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil e implica para el interrogado la facultad de participar abiertamente de un interrogatorio en el que se le formulen preguntas sobre su responsabilidad, o bien asumir una conducta pasiva, eligiendo no contestar o no asistir.

Es necesario distinguir las dos situaciones, pues cada una de ellas tiene regulación especial en el sistema jurídico.

Bajo el sistema inquisitivo contemplado en la ley de enjuiciamiento criminal del año 2000 (ley 600), es deber del Fiscal y del Juez citar y hacer comparecer al imputado o al sindicado para que absuelvan interrogatorio sobre los hechos materia del proceso. Este interrogatorio, por expreso mandato de la ley es libre, espontáneo, desprovisto de juramento y, dada su naturaleza, no contiene preguntas asertivas¹⁵.

Siendo imperativa la citación, es igualmente obligatoria la comparecencia, y es allí donde el imputado (versión libre) o el sindicado (indagatoria), pueden hacer uso del derecho a no contestar, es decir, a guardar silencio.

¹⁵ La pregunta asertiva es aquella que solo busca una respuesta derivada de la afirmación implícita en ella, es de decir, un sí o un no. Por ello, es común que al formularse una pregunta asertiva, la frase comience con las expresiones “diga usted si es cierto...”.

Ya en la regulación del sistema de corte acusatorio, implementado por la ley procesal penal de 2004 (ley 906 que incorporó el juicio oral y adversarial), al sindicado le asiste el derecho a no comparecer ante el juez, quien tampoco podrá citarlo, ni aún en uso de su facultad inquisitiva¹⁶.

Conforme a lo anterior, es claro que del silencio no se podrán derivar consecuencias y por ello no se admitirán instar al declarante, quien ha decidido legítimamente guardar silencio, a recitar todo aquéllo que le conste sobre el hecho investigado, pues constituye una ilícita inducción al interrogado a confesar contra sí mismo. Si éste es el caso, tal declaración no tiene validez, aunque tenga un mínimo viso de libertad.

3.3. El principio de no autoincriminación en el Derecho Procesal Civil

Ya en el derecho procesal civil¹⁷, el tratamiento es distinto y, por lo tanto, el principio de la no autoincriminación no tendrá la misma regulación.

Aunque la Constitución no distinguió en la redacción del artículo 33, la Corte Constitucional, bajo una interpretación histórica, con motivo del análisis del artículo 194 del Código de Procedimiento Civil, puntualizó:

*“Para la Corte es claro que conforme a lo expuesto en la sentencia C - 422 de 2002, ya citada, la garantía constitucional a la no autoincriminación no se opone en ningún caso a la confesión como medio de prueba, siempre que ésta sea libre, es decir, sin que de manera alguna exista coacción que afecte la voluntad del confesante, requisito igualmente exigible en toda clase de procesos. La confesión, esto es la aceptación de hechos personales de los cuales pueda derivarse una consecuencia jurídica desfavorable, como medio de prueba no implica por sí misma una autoincriminación en procesos civiles, laborales o administrativos. De la misma manera, ese medio de prueba es admisible en el proceso penal, pero en todo caso, en ninguna clase de procesos puede ser compelida la persona a la aceptación de un hecho delictuoso, que es en lo que consiste la autoincriminación, que la Constitución repudia.”*¹⁸

Autoincriminarse es, entonces, confesar la comisión de un delito. En tal virtud, por no veros los procesos civiles, laborales, contenciosos y aún los constitucionales subjetivos (tutela) sobre aspectos relativos al delito, es admisible que una persona que es sometida a interrogatorio pueda confesar.

¹⁶ Recientemente reconocida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a pesar de la prohibición legal contenida en la ley acerca del principio eminentemente dispositivo que rige el nuevo proceso penal (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicación 24468, Magistrado Ponente Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO.)

¹⁷ Del cual se nutren el laboral, el contencioso administrativo y el constitucional.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C - 102 de 2005.

Es más, del estudio de las normas que la Corte declara exequibles se desprende una conclusión: la confesión puede ser provocada y para ello se admiten las preguntas asertivas - desterradas del proceso penal inquisitivo¹⁹, pero útiles en el proceso civil-, ya que de allí es que se derivará, inclusive, el derecho de quien pretende incoar acción contra el declarante, tal y como ocurre con la confesión obtenida anticipadamente al proceso, regulada por los artículos 295 y 488 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con lo previsto en el artículo 12 de la Ley 446 de 1998, normas que prevén explícitamente la posibilidad de provocar la declaración de la parte para lograr la confesión.

3.4. Infirmación de la confesión

Finalmente, sea en el proceso penal o en el proceso civil, aún en el evento de haberse producido la confesión – autoincriminativa o no, según la naturaleza del proceso-, tanto la constitución como la ley admiten infirmación, es decir, el derecho a retractarse y a probar en contra de lo confesado (C.P.C. Art. 201).

No obstante, las consecuencias en uno y otro caso varían. En consecuencia, es menester aclarar dos puntos fundamentales:

El primero, respecto al proceso penal, según el cual quien se retracta, infirma. Es decir, que quien ha confesado la comisión de un hecho es libre de desconocer su propio dicho, caso en el cual, como se anotó, tal conducta no podrá ser utilizada en su contra como indicio de la ocurrencia del hecho confesado o de algún otro.

El segundo, atañe al proceso civil y, por ende, al contencioso, al laboral y al constitucional, ya que allí lo que se discute no es la responsabilidad penal o disciplinaria, sino la ocurrencia o no de un hecho al cual la ley sustancial le asigna consecuencias jurídicas de orden personal o patrimonial, y es por ello que la regulación adjetiva prevé soluciones frente a la confesión, aún la obtenida por la mera conducta pasiva de la parte (confesión ficta e indicios), pudiendo el confeso desvirtuarla, pero con carga de probar, descontando, por supuesto, el hecho inconfesable, esto es, el hecho que no admite presunción, como lo es aquél sobre el cual no se tiene libre disposición, el hecho imposible física o jurídicamente, el objeto ilícito o la causa ilícita, pues no admitiendo prueba de confesión, tampoco requieren infirmación.

3.5. Dimensión de la no autoincriminación en la Acción de Tutela

En materia de Acción de Tutela, el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991 establece que el juez podrá requerir informes al órgano o a la autoridad contra quien se hubiere hecho la solicitud y pedir el expediente administrativo o la documentación donde consten los antecedentes del asunto y el artículo 20 prevé que si el informe no fuere rendido dentro del pla-

¹⁹ Admitidas en el acusatorio por su estructura adversarial. Art. 394 Ley 906 de 2004.

zo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano²⁰, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa, situación que no lo releva de su labor de fundamentar la decisión en un mínimo de recaudo probatorio, así éste sea sumario y documental.

4. Principio de subsidiariedad de la Acción de Tutela

Conforme lo tiene establecido la Corte Constitucional, la acción de amparo solamente puede intentarse cuando han sido agotados los mecanismos ordinarios señalados en la legislación, a menos que se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, caso en el que procedería como mecanismo transitorio (artículo 86, inciso 3° Constitución Política)²¹. “El fundamento constitucional de la subsidiariedad, bajo esta perspectiva, consiste en impedir que la acción de tutela, que tiene un campo restrictivo de aplicación, se convierta en un mecanismo principal de protección de los derechos fundamentales.” (Sentencia T-406 de 2005).

5. Principio de inmediatez

La Corte Constitucional ha reiterado que son características de los derechos fundamentales, entre otras, la imprescriptibilidad y la irrenunciabilidad, razón por la cual la normatividad vigente no establece un término de caducidad para la interposición de la Acción de Tutela.

No obstante, la Corte ha dicho que la interposición de la Acción de Tutela debe hacerse dentro de un término razonable, aspecto que deberá ser ponderado por el juez constitucional en cada caso concreto (Sentencia T - 335 de 2007). Sobre el particular, ha expresado:

“A este respecto, ha sostenido reiteradamente la Corte que si bien la acción de tutela puede ejercerse en cualquier tiempo, ello no significa que el amparo proceda con completa independencia de la fecha de presentación de la solicitud de protección. Por ello, concretamente ha dicho la Corte, que la tutela resulta improcedente cuando la demanda se interpone después de transcurrido un lapso considerable desde la fecha en que sucedieron los hechos o viene presentándose la omisión que afecta los derechos fundamentales del peticionario, y en tal medida justifican su solicitud.

Esta regla es producto de un elemental razonamiento: en vista de la gravedad que reviste la violación de los derechos constitucionales fundamentales, la acción de tutela ha sido creada para hacer posible la protección inmediata de tales derechos, todo lo cual necesariamente hace presumir la urgencia que apremiará al accionante. Si, en cambio, éste se toma un tiempo considerable para solicitar el amparo, ello es claro indicio de la comparativa menor gravedad de los hechos que justifican su

²⁰ Sobre la expresión “de plano” se tratará más adelante en la sección “derecho de audiencias”.

²¹ Corte Constitucional, Sentencia T - 335 de 2007.

solicitud, de tal modo que no resulta imperativo brindar en estos casos la especialísima e inmediata protección que caracteriza a la acción de tutela.” (Sentencia T - 001 de 2007).

Con todo, la propia Corte ha reconocido que el Estado no puede negarse a brindar las condiciones normativas y materiales que permitan a personas colocadas en situaciones de debilidad manifiesta, en la medida de lo factible y razonable, superar su situación de desigualdad. Este deber permanente de protección no sólo radica en cabeza de los legisladores sino también le corresponde ejercerlo a los jueces quienes han de adoptar medidas de amparo específicas, según las circunstancias de cada caso en concreto²².

6. Principio y derecho de Audiencias

Audiatur et altera pars: “Que se escuche a la parte contraria”. Este principio consiste en la facultad que tiene toda persona de ser escuchada antes de ser vencida en juicio, y se materializa a lo largo y ancho del proceso judicial, como garantía de imparcialidad y de alteridad, en la medida en que permite a la parte exponer al juez las razones de sus alegatos y las conclusiones de sus actuaciones y exige a este pronunciarse sobre aquéllas²³. Es, como afirma Morales, expresión de democracia.²⁴

Pero también es, como el derecho de petición²⁵, un derecho de control, y se ejercita en todo tiempo y momento, siempre y cuando la actividad procesal exija pronunciamiento judicial; pero no deriva, ni es especie tampoco, del derecho de petición, sino del de acción, lo que le reviste de especial importancia, requiriendo por ello de protección por parte del operador judicial, pues es precisamente el camino para hacerlo efectivo, bien como requisito para iniciar el proceso, bien como mecanismo para impulsarlo o enderezarlo.

Se ejercita y se protege el derecho de audiencia (o de audiencias) al realizar los siguientes actos procesales: al presentar la demanda, al correr traslado de ella, al formular recursos, al correr y descorrer traslado de ellos, al participar en la producción de la prueba cuando es el juez quien la practica, al formular alegatos de conclusión, bien como parte del trámite de la primera o única instancia, bien como parte del recurso de apelación cuando se surte ante jueces colegiados, al controvertir un dictamen pericial, al solicitar el levantamiento de medidas cautelares, al solicitar intervenciones adhesivas, excluyentes o coadyuvantes, al citar a terceros y al poseedor, al citar al Ministerio Público cuando lo exija la ley, al citar a las partes para concurrir a la práctica de audiencias y diligencias y, en general, al permitir a la parte expresar sus opiniones antes de adoptar cualquier decisión en el proceso.

²² Corte Constitucional. Sentencias T - 841 de 2006 y T - 792 de 2007.

²³ Lieble afirma: “Exige más bien y además, que el tribunal tome conocimiento de lo expuesto y lo incorpore a sus consideraciones.” Op. Cit. Pág. 155.

²⁴ MORALES MOLINA, HERNANDO, Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General, Undécima Edición, Ed. ABC, Bogotá, 1991.

²⁵ Que se ejercita ante las autoridades administrativas.

Admite, como es apenas natural, excepciones de carácter procesal y son estas las actuaciones que por su naturaleza no requieren de controversia, bien por estar de acuerdo las partes, estar precedidas de una petición abiertamente improcedente, o bien porque resuelven asuntos sobre procesos legalmente terminados. Se trata de las decisiones que se adoptan de plano o *in limine*, lo que en estricto sentido significa “sin correr traslado a la contraparte”.

Son ejemplos de actuaciones que se realizan de plano, el rechazo de la demanda cuando el juez carece de jurisdicción o de competencia, el rechazo de incidentes cuando no están previstos en la ley procesal, la resolución sobre las recusaciones planteadas por las partes o los impedimentos manifestados por los funcionarios, el decreto de pruebas de oficio y la resolución de los recursos que contra tales decisiones se interpongan, la sentencia que se dicta cuando el demandado en procesos ejecutivos o abreviados de restitución no ha contestado la demanda o no ha pagado lo que el demandante afirma debérsele, la sentencia que se dicta en procesos de divorcio cuando los cónyuges deciden continuar la vida marital, la designación de curador *ad litem* cuando los representantes no llegan a un acuerdo sobre la representación del menor en juicio, la sentencia aprobatoria de la partición cuando los litigantes han dado su consentimiento, el auto que decide sobre la extralimitación de las facultades del comisionado, el auto que decide sobre la apelación del que decreta la suspensión provisional de los actos administrativos y el auto que decide sobre la procedencia del recurso de apelación, cuando éste se invoca por medio del de queja; en el juicio oral, son ejemplos de tales actuaciones, la decisión sobre la captura cuando es solicitada al juez de control de garantías, la decisión sobre la legalidad de la aplicación del principio de oportunidad, la decisión sobre el cambio de radicación, la definición de competencia, la prohibición de enajenar bienes para el imputado, el rechazo de actos que sean manifiestamente inconducentes, impertinentes o superfluos, la inadmisión de la demanda de revisión y el control de legalidad de las diligencias de registro, allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones, recuperación de información dejada al navegar por Internet u otros medios similares.

También existirán casos en que el derecho de audiencias “se suspenda temporalmente” (*inaudita altera pars*), tal y como ocurre en el proceso laboral, donde por previsión de la Ley 712 de 2001, cuando el demandado se insolvente con el objeto de defraudar el cumplimiento de la sentencia no será oído hasta tanto preste caución suficiente, o, como en el caso analizado en líneas anteriores, el demandado en proceso de restitución de inmueble arrendado no consigna lo que el demandado afirma debérsele al momento de la presentación de la demanda o deja de consignar los cánones que se causen durante el proceso. Ambas restricciones han encontrado eco en la Corte Constitucional, por no vulnerar el núcleo esencial del derecho de acceso a la administración de justicia, otro de los derechos que se materializa a través del principio de audiencias.

Finalmente, aunque la lista que aquí se presenta no es comprensiva, es menester aclarar que la regla sí es taxativa, es decir, que por comportar el ejercicio de un derecho de rango constitucional, cuando la decisión que se adopte lo sea con prescindencia del derecho de audiencias, la ley deberá haberlo previamente autorizado.

7. Publicidad

El principio de publicidad apunta en dos senderos de igual relevancia constitucional. Pacíficamente la doctrina ha reconocido en este principio el pilar de la actividad estatal, cuando ordena dar a conocer cualquier decisión que se adopte en un proceso, salvo las excepciones legales²⁶.

Se materializa a través de las notificaciones y de los traslados, que no siendo lo mismo, garantizan la contradicción y la defensa y, por ende, el debido proceso.

Se notifican los actos de juez. Se corre traslado de los actos de parte y de los terceros. Son actos de juez los autos y las sentencias. También son actos judiciales las resoluciones y las órdenes, siguiendo una clasificación orgánica, es decir, según el funcionario que expide la providencia, siendo auto el que dicta un juez y resolución la que dicta un fiscal.

En desarrollo del principio, una decisión no surtirá efectos jurídicos hasta tanto no le haya sido notificada (noticiada, publicada) a las partes. Es requisito de validez del acto y de legitimidad del sistema. Por ello, aún cuando una providencia ha sido legalmente proferida, no podrá oponerse a las partes ni habrá nacido a la vida jurídica, sino en la medida en que se haya garantizado, mediante el procedimiento establecido para cada proceso, el derecho a conocerla, pues de allí surgirá el derecho a controvertirla.

Distintos medios ha establecido el legislador para dar publicidad a una providencia. Son ejemplo de ellos las notificaciones en el proceso civil, donde según la naturaleza del acto y la oportunidad procesal, deberán surtirse una serie de actos sucesivos y conexos para lograr efectivamente comunicar al interesado acerca de la existencia de una decisión. La más exigente de ellas es la notificación personal, cuando la parte que no tiene conocimiento de la existencia del proceso no comparece personalmente al despacho del juez, pero también existen en el proceso diversos medios de comunicación, aún innominados como en el caso del proceso constitucional de tutela, o el proceso administrativo de conciliación extrajudicial, donde la ley autoriza la notificación “por cualquier medio”.

Tratándose de notificaciones atípicas o innominadas, se hace necesario acudir a dos principios que se desarrollarán más adelante como son la eficacia y la eficiencia, pues tanto la Constitución como la Ley, han dado tratamientos distintos a estas formas de comunicación procesal, en virtud de la necesidad de proveer justicia pronta, en respuesta a la congestión que aqueja los despachos judiciales y que entorpece la labor de dispensar soluciones prontas y adecuadas a las necesidades de los ciudadanos.

7.1. Limitaciones al principio de publicidad

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C - 641 de 2002.

Tanto la Constitución como la ley admiten, por principio de utilidad e inmaculación, que algunas actuaciones o decisiones le sean ocultas a las partes, bien por necesidad de preservar la integridad de una prueba o bien por asegurar el cumplimiento de una decisión.

En el primero de los casos, se trata del decreto y la práctica de pruebas que, de ser conocidas por la parte, perderían toda su eficacia. Así, la ley procesal penal admite que diligencias como el allanamiento o el registro y que pruebas como la interceptación de comunicaciones o de correspondencia le sean reservadas a la parte contra quien se aducen.

En el segundo plano, se encuentran las medidas cautelares, las cuales tienen por objeto asegurar el cumplimiento de la sentencia²⁷. Son ejemplo de medidas cautelares reservadas a la parte, la detención preventiva en el proceso penal; el embargo y el secuestro en el proceso civil, cuando se decretan como previos a la notificación del mandamiento de pago (Art. 513 C.P.C.) y en el proceso penal como resultado de la demanda de constitución de parte civil, cuando al demandado se le ha resuelto la situación jurídica (L. 600/00); la guarda y aposición de sellos en el trámite de la liquidación de la herencia (art. 575 C.P.C.); la restricción de salir del país para el alimentante incumplido (L. 1098/06); la suspensión provisional de los actos administrativos (D. 01/84) y, otras, que dada su naturaleza, admiten la práctica sin el conocimiento de la contraparte, lo que no obsta para que, una vez conocidas se ejerza válidamente controversia.

7.2. La publicidad como mecanismo para socializar el fundamento de la decisión

De menor divulgación, pero no por ello de menor importancia, se maneja el principio como instrumento de control de la actividad volitiva del juez, es decir, de su raciocinio como parte de la decisión que atañe a la parte.

En la sentencia T - 066 de 2006, la Corte explicó cómo una decisión judicial puede violar el debido proceso cuando el servidor incumple con el deber constitucional de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, en el entendido de que en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

Si bien la Constitución de 1991 no contiene una disposición *ex profeso*, como sí la tenía la derogada Constitución de 1886, acerca de la obligación de motivar las sentencias judiciales, el amparo superior del artículo 29 de la actual Carta ha permitido desglosar algunos principios fundamentales del procedimiento que desarrollan a plenitud la garantía fundamental de la protección constitucional.

Uno de esos principios es, precisamente, el de publicidad, el cual tradicionalmente ha sido descrito como la obligación que tienen los jueces de dar conocer sus providencias y el dere-

²⁷ Las medidas cautelares no tienen por objeto garantizar el pago de obligaciones, como sí, por ejemplo, las cauciones procesales o las garantías reales. Las cautelas cumplen un fin más elevado, como lo es asegurar el cumplimiento de una sentencia que ha de dictarse en cualquier proceso judicial.

cho correlativo de las partes a enterarse de ellas y de las pruebas que se alleguen en su contra, pero que, analizado con mayor detenimiento, comporta, también, el deber para el juez de dar a conocer las razones de su decisión, pues es de allí de donde deriva la facultad de los demás sujetos procesales de impugnarla, bajo el supuesto de que una resolución sin motivación ni siquiera alcanza el carácter de providencia, pues desconoce por consecuencia el principio fundamental de contradicción sobre el cual descansa el sistema democrático y jurisdiccional; de ahí que doctrinas internacionales, como la argentina, hayan reconocido el valor intrínseco que tiene la motivación, para determinar que la violación a este precepto origina la “no sentencia”, es decir, la sentencia inexistente.

El profesor JAIRO PARRA QUIJANO enseña cómo el operador judicial debe socializar su fallo; y, además de darlo a conocer, ser claro en sus motivaciones, en sus exposiciones, en sus argumentaciones. Una sentencia que no da a conocer sus motivaciones es una sentencia inexistente, es una sentencia dictada bajo el precepto “verdad sabida, buena fe guardada”, situación que al amparo de nuestra legislación constitucional está estrictamente prohibida, aún en los casos en que se dicte un fallo en equidad, porque inclusive en dicho evento el juez debe dar a conocer la valoración que le otorga a las pruebas obrantes en el proceso.

Por ello, para la Corte Constitucional ni aún la sentencia que se dicta en equidad puede vulnerar este principio, en la medida en que restringe la potestad de las partes de conocer el fundamento de la decisión y con ello impide la formulación de recursos, lo cual viola defensa, publicidad y contradicción. En la sentencia C - 641 de 2002 la Corte Constitucional manifestó:

“El principio de publicidad como instrumento indispensable para la realización del debido proceso, impone a los jueces la exigencia de proferir providencias debidamente motivadas en los aspectos de hecho y de derecho, y el deber de ponerlas en conocimiento de los distintos sujetos procesales con interés jurídico en actuar, lo que se opone a aquellas decisiones secretas u ocultas contrarias a los postulados de la democracia participativa²⁸”.

En igual sentido, la sentencia SU - 837 de 2002 analizó el contenido de los fallos, según la naturaleza de la decisión, respecto de aquellos procesos donde se faculta al juez para no decidir conforme al derecho positivo:

“Es necesario distinguir entre las decisiones “en derecho”, “en equidad”, “en conciencia” y “verdad sabida y buena fe guardada” ... El fallo en equidad, aunque mucho menos exigente que el fallo en derecho, como ya se ha sostenido anteriormente, no puede desatender las particularidades concretas del caso, vgr. las circunstancias fácticas del contexto en el que decide, ya que su sentido mismo es buscar el equilibrio en la decisión evitando cargas y efectos excesivamente gravosos para las partes y asignando beneficios a quien los necesita o merece. Es por ello que las motivaciones del fallo en equidad resultan importantes.

²⁸ Sobre el alcance del deber de motivar se puede consultar la sentencia C - 836 de 2001 (M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL).

Por el contrario, la decisión en conciencia y la decisión verdad sabida y buena fe guardada remiten a la esfera interna del fallador quien adopta una decisión cuya finalidad no es necesariamente la justicia o la equidad. No es posible, por lo tanto, equiparar ambas instituciones. Quien falla verdad sabida y buena fe guardada no tiene que hacer explícitos los hechos en que se funda ni justificar con razones sus conclusiones. En cambio quien decide en equidad debe considerar las particularidades fácticas de la situación, apreciar su valor para que sus conclusiones sean justificadas, no a partir de su conciencia subjetiva, sino del concepto indeterminado pero objetivo de equidad. La flexibilidad asociada a la equidad, inclusive en la definición más restrictiva de la misma, estriba en que es posible apartarse de una aplicación estricta de las reglas jurídicas precisamente cuando los hechos especiales del caso - las particularidades del mismo - así lo requieren para que la decisión sea justa. De tal manera que las razones de equidad son las que parten de los hechos y justifican una decisión que consulta las especificidades de un conflicto determinado, sin depender de la aplicación estricta de cierta regla. Finalmente, la Corte subraya que ni aun la decisión en simple conciencia puede ser arbitraria. Si bien el que decide en conciencia no tiene que hacer expresas sus razones, el contenido de lo decidido también tiene que respetar unos límites mínimos externos, como los hechos básicos del caso. De ahí que la decisión de los jurados de conciencia esté sometida a control judicial y pueda ser anulada por contraevidente.²⁹”

Esta posición fue avalada en sentencia 29323 del 11 de febrero de 2009 proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, para quien *“nada puede decir o agregar sobre una sentencia que realmente no existe, pues las providencias que no están motivadas se toman por inexistentes. A pesar de lo anterior, aclaró que cuando la motivación judicial existe, pero es incompleta, errada, ambigua, ambivalente o falsa, puede entrar a perfeccionar las sentencia que conoce en casación, con el fin de emitir una nueva decisión. Finalmente, recordó que, por mandato legal, todos los funcionarios judiciales deben motivar sus decisiones, tanto en la aplicación e interpretación de las normas que se ajusten al caso analizado como en la valoración probatoria.”³⁰*

No obstante, una decisión no se tendrá por inmotivada, cuando omita resolver algunos puntos o extremos de la Litis, o bien cuando el juez se abstenga de dar respuesta a todas y cada una de las peticiones incoadas por las partes, pues, en el primer caso, se estará ante una sentencia incongruente (*citra o minima petita*), o, simplemente, ante la negación del derecho invocado por acto ficto judicial.

8. Contradicción o audiencia bilateral

²⁹ Sobre la contraevidencia de un veredicto, ha dicho la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 16 de septiembre de 1988, M.P. RODOLFO MANTILLA JÁCOME: “El veredicto es contraevidente cuando niega la verdad de los hechos, no tiene por ello sustento probatorio, por el contrario se expresa en sentido inverso a la contundencia de la realidad probatoria.”

³⁰ REVISTA ÁMBITO JURÍDICO. Legis Editores. Año XII – No. 272, 4 al 17 de mayo de 2009.

Toda persona tiene el derecho a controvertir los hechos y las alegaciones que se formulen en su contra. Se tiene el derecho a controvertir, también, las decisiones judiciales, las opiniones de terceros, los dictámenes especializados, los procedimientos y en general toda actuación que redunde en perjuicio o aún en provecho de la parte.

Se garantiza contradicción mediante la realización de determinados actos procesales, dentro de los que se cuentan los traslados de la demanda, de los recursos, de los peritajes, de las peticiones, de las pruebas aportadas, de las alegaciones, de los escritos, de las peticiones. Se garantiza contradicción mediante la permisión a las partes de participar en la práctica de pruebas y también mediante el aviso en tiempo de la realización de audiencias y diligencias (contradicción concentrada).

De rango constitucional, la contradicción hace parte inescindible del debido proceso. Un alegato incontrovertido, una prueba no conocida, un dictamen no socializado, impiden la realización efectiva del derecho al debido proceso. Lo no controvertido no es pleno y sólo aquello que sea pleno será objeto de debate.

En materia de Acción de Tutela, el principio de contradicción se ve limitado por el principio de eficacia que ordena al juez dictar la sentencia en el plazo perentorio de 10 días, situación que ha llevado a la Corte a diferenciar dos dimensiones del principio de contradicción, una en función de la eficiencia y otra en función de la eficacia, pues según el perentorio mandato del artículo 86 de la Constitución, desarrollado por el artículo 29 del Decreto 2591 de 1991, el juez, tan pronto llegue al convencimiento respecto de la situación litigiosa, podrá proferir el fallo, según lo previsto en el artículo 22 *ibidem*, aspecto que riñe con el citado principio *audiatur et altera pars*.

9. Inmediación

El juez debe estar en permanente contacto con el proceso y con las partes. Lo inmediato es lo opuesto a lo mediato. En virtud de este principio, al juez le corresponde socializar, en sentido subjetivo, con todo aquello que hace parte de la actividad judicial. Ello no significa, por supuesto, que al juez le corresponda realizar ciertas actividades propias de la parte o designadas al secretario, pero sí comporta un deber de conocimiento, de permeabilización y de sensibilización, en la medida en que es el juez quien tendrá la facultad de dirimir a favor de una parte o de otra, aquello que no ha sido resuelto por un medio pacífico y alternativo.

De allí que la doctrina procesal propugne por la audiencia con intermediación, cada vez más útil en los sistemas procesales modernos, donde, nuevamente, en abierto respeto por la dignidad humana, aparece el juez como rector y conductor de la actividad procesal. El juez que no conoce el proceso ni a las partes que en él intervienen, no tiene las herramientas necesarias para fallar³¹.

³¹ AZULA CAMACHO, JAIME. Manual de Derecho Probatorio. Ed. Temis. Bogotá, 1998.

En el proceso tutelar el principio de inmediación sufre su gran decaimiento cuando surte su etapa de revisión ante la Corte Constitucional, pues conforme a lo previsto en el Decreto 2591 de 1991 y la sentencia C - 037 de 1996, en los procesos de revisión ante la Corte: 1. Las partes no podrán intervenir directamente ante la Corte y: 2. Las pruebas podrán ser practicadas por los Magistrados Auxiliares de los respectivos despachos.

Tiene dicho la Corte que también se atenta contra la inmediación cuando el ciudadano, con el fin de buscar la protección constitucional a los derechos fundamentales, no logra impetrar la acción ante el juez más cercano, caso en el cual le corresponde a ella, como máxima guardiana de la Carta, asignar competencias preventivas, a fin de que los jueces conozcan de las solicitudes de amparo impetradas por los ciudadanos o bien en su domicilio o bien en el lugar de los hechos, según las circunstancias del caso (Auto 071 de 2005).

10. Concentración

Cuando fueren previsibles varias audiencias o diligencias, el juez señalará de una vez fechas continuas para realizarlas. Salvo que exista causa justificativa, ninguna audiencia ni diligencia podrá aplazarse o diferirse o suspenderse por más de una vez para día diferente de aquél que fue inicialmente señalado.

Tratándose del proceso constitucional de Tutela el principio de concentración adquiere especial relevancia, en la medida en que si el juez debe practicar varias pruebas para verificar las alegaciones de las partes, deberá señalar fechas sucesivas para su realización, previendo siempre el límite de los 10 días hábiles previsto en el artículo 86 de la Constitución.

11. Juez natural o juez competente

El "juez natural" es aquél a quien la Constitución o la ley le han asignado el conocimiento de ciertos asuntos para su resolución³².

Este principio –afirma la Corte-, "*constituye elemento medular del debido proceso, en la medida en que desarrolla y estructura el postulado constitucional establecido en el artículo 29 superior que señala que "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio"*³³, principio que figura igualmente en el artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", entre las garantías judiciales reconocidas a toda persona³⁴. Al respecto debe seña-

³² Ver, entre otras las sentencias C - 444/95 M.P. Carlos Gaviria Díaz, C - 110/00 M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS, C - 429/01 M.P. JAIME ARAUJO RENTERÍA.

³³ Subraya la Corte.

³⁴ "8. Garantías judiciales. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, o de cualquier otro carácter." (Destaca la Corte)

larse que la competencia de una autoridad judicial ha sido entendida como la porción, la cantidad, la medida o el grado de la jurisdicción que corresponde a cada juez o tribunal, mediante la determinación de los asuntos que le corresponde conocer, atendidos determinados factores (materia, cuantía, lugar, etc.)³⁵.”

Enseña la Corte Constitucional en sentencia C - 093 de 1993 que “*la doctrina italiana le da al principio del juez natural la denominación de "principio a caballo" entre el ordenamiento judicial y el procesal. La regla contenida en el artículo 25.1 de la Constitución ha provocado una amplia elaboración jurisprudencial y doctrinal en el curso de la cual ha sido posible distinguir el alcance de la norma procedimental que el principio incorpora, consistente en el establecimiento de una reserva absoluta de ley en materia de competencia del juez, de la norma sustantiva que prescribe la preconstitución del juez - monocrático o colegiado-, respecto de la verificación del hecho del que debe juzgar (al menos fijación por parte del legislador de criterios firmes con vistas a determinar la jurisdicción sin necesidad de acudir a la discrecionalidad)*”³⁶.

En Colombia, la Constitución Política de 1991 creó seis jurisdicciones permanentes, según se desprende del artículo 116 y de los artículos 246 y 247, a saber: Jurisdicción Ordinaria; Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; Jurisdicción Disciplinaria; Jurisdicción Especial Indígena y Jueces de Paz, éstas dos últimas denominadas jurisdicciones especiales, a las cuales la Corte Constitucional, agregó, mediante sentencia C-713 de 2008, la Jurisdicción Penal Militar.

La competencia, por su parte, se estima por razón de factores objetivos, subjetivos o funcionales, siendo los primeros los que atañen a la materia o a la cuantía, los segundos los derivados de la persona y los últimos los que resultan de las instancias procesales.

11.1. Prórroga de competencia o *Perpetuatio jurisdictionis*

De acuerdo con este principio, cuando un juez adquiere competencia en consideración a situaciones objetivas o subjetivas, tal competencia se mantiene hasta la culminación del proceso, salvo que la ley determine lo contrario, tal y como ocurre en ciertos procesos donde por razón de las partes (factor subjetivo) o por razón de la cuantía (factor objetivo), el juez que inicialmente adquirió competencia la pierde, cediéndola a otro de mayor jerarquía, quien es el llamado a resolver el asunto de fondo hasta su culminación.

Ejemplo de ello se cita la acumulación de una pretensión de mayor cuantía a una de menor, cuando el proceso había sido radicado ante juez municipal, caso en el cual pasará al juez del circuito, quien continuará la actuación.

³⁵ Sentencia C-040/97, M.P. Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL.

³⁶ PIZZORUSSO, ALEXANDRO. Lecciones de Derecho Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1.984, pág. 88.

Igual ejemplo lo constituye el caso previsto en el artículo 124 del Código de Procedimiento Civil, tal como quedó reformado por la Ley 1395 de 2010, cuando ha transcurrido un año sin que se hubiere proferido sentencia, situación en la cual el juez pierde competencia y la asume quien le sigue en turno, evento en el cual será el nuevo juez quien deba resolver el mérito del litigio sin que el proceso pueda volver a quien lo tramitó inicialmente.

En materia de impedimentos, la ley establece que si un juez se separa del conocimiento de una actuación, porque en él concurren circunstancias que alteran su imparcialidad, así tales circunstancias desaparezcan con posterioridad, la competencia no podrá ser reasumida.

Como ejemplo se cita el siguiente caso: el juez, a quien le ha sido asignado un proceso, tiene vínculos de consanguinidad con una de las partes (es su hermano) y por tal razón un nuevo juez que no tenga tal vínculo es asignado para resolver. Con posterioridad el juez que fue separado fallece y es reemplazado por otro que no tiene vínculos con ninguna de las partes; sin embargo, por razón de la jurisdicción perpetua que adquirió el juez que reemplazó al fallecido, el proceso no podrá volver al juzgado de origen y deberá continuar con quien fue designado para reemplazar al juez en quien concurrió el impedimento, a pesar de haber desaparecido la causal que lo motivó.

En el proceso penal, la alteración de competencia se presenta cuando en una misma actuación intervienen personas aforadas y no aforadas legal o constitucionalmente³⁷, caso en el cual se presenta la ruptura de la unidad procesal (art. 53-1 Ley 906 de 2004) o cuando deban juzgarse delitos conexos, caso en el cual conocerá de ellos el juez de mayor jerarquía de acuerdo con la competencia por razón del fuero legal o la naturaleza del asunto (art. 52 ibidem).

En materia constitucional, el principio de la *perpetuatio jurisdictionis* ha sido desarrollado por la Corte desde dos perspectivas distintas, la primera desde el control abstracto y la segunda desde el concreto³⁸.

Así, en materia de control de constitucionalidad, la Corte ha afirmado que *“para garantizar el acceso a la justicia constitucional, cabe hacer un pronunciamiento de fondo, en desarrollo del principio de la perpetuatio jurisdictionis, cuando, no obstante que la norma acusada ha perdido su vigencia, las disposiciones que ella contiene, dada su vigencia limitada en el tiempo, escaparían a la posibilidad del control de constitucionalidad y pueda observarse, prima facie, que ellas son violatorias de la Carta, según lo que en asuntos relevantes se haya expresado en la jurisprudencia constitucional.”*

³⁷ Una persona aforada es aquella que por razón de su cargo goza de un fuero especial que impone que su juzgamiento sea ante una autoridad de superior jerarquía o a quien la Constitución o la Ley han designado, como es el caso de los Congresistas, el Presidente, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura y otros, a quienes la Constitución y la Ley designa un juez natural.

³⁸ Entre otros, ver Auto 05 de 2008.

Ya en ejercicio del control concreto, al resolver la Corte un conflicto de competencias suscitado entre el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, y los Juzgados Segundo Penal del Circuito Especializado y el Primero Administrativo del Circuito, ambos de Manizales, determinó:

“La controversia procesal que se analiza, se originó porque el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, Sala Civil-Familia consideró que en virtud de la aplicación de las reglas fijadas por el artículo 1° del Decreto 1382 de 2000 era posible variar la competencia, concretamente porque a juicio de la mencionada colegiatura, en este caso, quien tiene la legitimación por pasiva es la Unidad de Tránsito de Caldas, Sede Operativa de Villamaría, toda vez que es la encargada de reportar al Ministerio de Transporte las licencias de conducción.

Esta Corporación, en Auto de Sala Plena del 20 de mayo de 2003³⁹, al resolver un conflicto de competencia similar al que ahora se plantea, consideró:

“Coincide la Corte Constitucional con el criterio expuesto por el Tribunal Administrativo de Caldas. El Decreto 1382 de 2000 no contempla reglas para definir la competencia de un despacho judicial, sino que establece reglas para llevar a cabo el trámite administrativo de reparto. Por lo tanto, mal puede un despacho judicial que ha asumido la competencia de un proceso de acción de tutela de forma adecuada, considerar que ésta se afecta en virtud del Decreto citado.

En otras palabras, el artículo 1° del Decreto 1382 de 2000, entre otras cosas, ordena que las acciones de tutela dirigidas contra entidades del orden nacional sean repartidas a los Tribunales. La norma en cuestión ni determina competencia, ni mucho menos establece reglas para cambios de competencia una vez esta ha sido fijada.”

En esta medida, siguiendo el criterio de interpretación sostenido por la Corte Constitucional, en este caso se dará aplicación al principio de la perpetuatio jurisdictionis, de donde se deriva la regla, conforme a la cual, una vez radicado el conocimiento de un proceso de tutela en determinado despacho judicial, si el juez considera necesario vincular a otros sujetos para la debida protección de los derechos fundamentales, resulta inadmisibles trasladarlo a otro en razón del cambio de naturaleza de las entidades demandadas.”

³⁹ Auto 099 de 2003.

En conclusión, cuando a un juez le ha sido removida su competencia, no podrá reasumirla, ni aún en el evento de haber desaparecido las causas que la motivaron.

11.2. Garantías del principio al juez natural

Se prohíben los tribunales Ad – Hoc y Ex – Post. Un tribunal Ad – Hoc, es aquél que es creado para el caso concreto (Ej. Juicios de Nüremberg e Irak), es decir, que tiene por fin exclusivo el enjuiciamiento de una persona o un grupo de personas determinadas.

El tribunal ex post, es aquél que es creado con posterioridad a la ocurrencia del hecho y que también tiene por misión juzgar conductas que por virtud de la inexistencia de una ley o de un régimen jurisdiccional preestablecido, eran de imposible persecución.

En aplicación de estas garantías, los estados signatarios de tratados internacionales que crean cortes y tribunales del mismo orden, se reservan para sí el enjuiciamiento de casos ocurridos con anterioridad a la firma, adhesión o ratificación del tratado. Tal es el caso de la Corte Penal Internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la Corte Internacional de La Haya.

En reciente caso, el Estado colombiano invocó ante la Corte Internacional de La Haya el principio de no retroactividad de la jurisdicción y para ello recordó que al momento de adherir al tratado, el convenio que se estaba disputando ante dicho tribunal ya había sido suscrito, lo cual impedía que la Corte asumiera competencia.⁴⁰

En su salvamento de voto a la sentencia C - 1064 de 2002, el Magistrado ALFREDO BELTRÁN SIERRA se cuestiona:

“Muchas de las instituciones del estado liberal nacido como consecuencia de las revoluciones burguesas (francesa, americana, inglesa) no pueden entenderse sino como una reacción, contra el antiguo régimen y contra los abusos de la monarquía o del rey. En el antiguo régimen, la justicia no era sólo del rey sino que además el rey intervenía en el señalamiento del juez lo que permitía que cuando el rey quería favorecer a un amigo le asignaba un cierto juez y cuando quería perjudicar a un enemigo, lo sustraía del juez y le asignaba otro diverso.

(...)

La primera ley que positivizó el principio del juez natural fue la ley de la revolución francesa sobre el ordenamiento judicial del 16-24 de agosto de 1790 (art. 17) según la cual el orden constitucional de la jurisdicción no puede ser variado, ni los justiciables distraídos de sus jueces naturales por alguna comisión, ni por otras atribuciones o evocaciones.

⁴⁰ TRATADO ESGUERRA - BÁRCENAS suscrito en 1928 y demandado por el Estado de Nicaragua, en disputa por la soberanía sobre el meridiano 82, donde se encuentra ubicado el archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, integrado en 1803 al Virreinato de la Nueva Granada y en 1822 a la Gran Colombia.

Este mismo principio del juez natural se plasmó en el artículo 4 del capítulo 5 dedicado al poder judicial en la Constitución Francesa de 1791, que como sabemos es la primera Constitución del periodo revolucionario.

La distracción del ciudadano de su juez natural podía realizarse, por tres vías: De comisión, de atribución y de evocación. Al oponerse a estos poderes, los revolucionarios franceses buscaban excluir el poder de establecer ex novo (ex post facto) un juez extraordinario creado para juzgar ciertos hechos o personas, después de cometido el hecho.

Al prohibir los poderes de atribución, los revolucionarios querían prohibir la constitución de jueces especiales creados para conocer de una generalidad de controversias referidas a cierta materia las cuales debían caer en la competencia de la autoridad judicial ordinaria.

Aclaremos inmediatamente que un juez es especial cuando la composición del tribunal o la designación del juez es diferente a la del juez ordinario y segundo cuando el procedimiento que aplica ese juez es diverso del que aplica el juez ordinario.

El poder de evocación consistía en el traslado de un justiciable del juez competente a otro que no lo era al verificarse el hecho que se juzgaba, aunque este segundo juez hiciera parte del orden judicial ordinario. Este fenómeno apunta a que una persona comienza siendo juzgada por su juez natural ordinario y estando el proceso en curso se le asigna la competencia a otro juez que no era el competente al momento de producirse el hecho.

Para definirlo con exactitud el principio del juez natural, debemos denominarlo juez natural u ordinario, por oposición al juez especial y al juez ex-postfacto.

El concepto de juez natural ordinario prohíbe modificar, aun por medio de la ley la competencia del juez competente preconstituido a otro juez también preconstituido (y aunque sea otro juez ordinario, pero incompetente al momento de la comisión del hecho que se juzga).”

Finalmente, en materia de competencias para el conocimiento de la Acción de Tutela, tanto la Constitución como la ley y la jurisprudencia han definido que son jueces de tutela, por hacer parte de la Jurisdicción Constitucional, todos los jueces de la República (en sentido funcional), salvo aquéllos que por disposición legal o por su naturaleza no se encuentran investidos de esta especial facultad, como son: 1. Los jueces de Paz (L. 497 de 1999); 2. Los particulares investidos transitoriamente de jurisdicción, salvo lo relativo a los conjueces (L. 270 de 1996). 3; El Congreso de la República; 4. Los jueces penales militares (Corte

Constitucional Auto 012 de 1994); 5. Los fiscales de la República y; 6. Las autoridades indígenas.

12. Eventualidad

El proceso se compone de etapas, estancos o estadios, que deben agotarse uno a uno, en orden sucesivo y lineal, para llegar a un resultado, que es la sentencia.

Si una etapa no ha surtido su trámite, no podrá dar inicio a la siguiente. Por ello, se afirma que el proceso, como el aluvión, es el lento transcurrir del tiempo⁴¹.

La eventualidad, como principio, garantiza el ejercicio de otros como el de contradicción o de audiencias, en la medida en que impide que el proceso continúe hasta tanto se han evaluado las oportunidades que la ley da a las partes para el pleno goce de sus derechos.

Por ello, la ley ha creado mecanismos que aseguran su respeto. La doctrina procesal los denomina “impedimentos procesales”, en la medida en que “impiden” la continuidad del proceso; son ellos la suspensión, la interrupción, la ejecutoria, las peticiones de aclaración, corrección, adición o complementación, el recurso de reposición, el recurso de apelación cuando se tramita en el efecto suspensivo o en el diferido y los términos procesales.

Ocurrido cualquiera de estos eventos, el proceso deberá paralizarse hasta tanto no se resuelva la situación de hecho o de derecho que comporta el impedimento procesal, bien esté fundamentado en situación de hecho o de derecho.

Se exceptúa de este principio el proceso de Tutela, en la medida en que se permite al juez, con base en lo previsto en el artículo 22 del Decreto 2591 de 1991, dictar sentencia tan pronto llegue al convencimiento de los hechos, sin necesidad de adelantar trámite adicional.

13. Preclusión

El vocablo preclusión proviene del latín *occludere*, que significa cerrar. De allí que cuando se habla de oclusión (abrir y cerrar) se habla también de clausura. Si, por una parte la eventualidad impide que el proceso continúe hasta tanto no se ha agotado la etapa procesal, la preclusión impide que una vez agotada la etapa se pueda volver sobre ella, pues está íntimamente ligada a otros dos principios de rango legal, como son la seguridad jurídica y la celeridad.

La seguridad jurídica impide que una situación pueda ser debatida dos veces o más (*non bis in idem*), y la celeridad garantiza que ninguna persona permanezca más del tiempo necesario en estado de indefinición jurídica o afecto a un proceso judicial (*sub iudice*).

⁴¹ De las raíces pro “para adelante” y *cedere* “caminar o seguir”. MORALES MOLINA. *Ibid.* Página 175.

Tanto la Constitución como la ley admiten excepciones, fundadas en la falta de requisitos intrínsecos y extrínsecos de ciertos actos procesales, cuando afectan el núcleo esencial del debido proceso.

Cuando un acto no ha cumplido el fin para el cual ha sido creado, o cuando viola garantías fundamentales, debe ser declarado nulo o inexistente. La nulidad y la inexistencia tienen distintos tratamientos en el proceso, pues de antaño se reconoce que la primera requiere de pronunciamiento judicial, mientras que la segunda opera de pleno de derecho.

Son ejemplos de situaciones que conllevan la declaratoria de nulidad, la falta de jurisdicción, la falta de notificación, la violación del derecho de audiencias (materializado en el derecho a formular alegatos) y la indebida representación. Es ejemplo de inexistencia, el interrogatorio que se le formula al sindicado cuando no está presente su defensor.

Ante la ocurrencia de una de estas situaciones, que el legislador ha definido previamente, el proceso debe retrotraerse al estado en que debió surtirse el acto que generó la nulidad y con ello garantizar el efectivo cumplimiento del fin para el cual se estableció el acto o la respectiva etapa.

13.1. Preclusión elástica de las deducciones

El principio de la preclusión impide que una vez cerrada una etapa puedan volver el juez o las partes sobre ella. Sin embargo, los sistemas procesales modernos admiten traer a colación en la sentencia aspectos no debatidos en la respectiva instancia dentro del término probatorio.⁴²

En sistemas mixtos, tanto en la oralidad como en la escritura, se permite que el juez, aún no convencido de la ocurrencia de los hechos, analice cuestiones no debatidas íntegramente en la etapa instructiva del proceso, sin perjuicio de su facultad oficiosa de decretar nuevas pruebas.

La tendencia moderna de separar la etapa instructiva de la decisoria, atribuyendo su estudio a dos órganos distintos, ha llevado a concluir que lo que al primero compete, le está vedado al segundo, en la medida en que las alegaciones de parte deben ingresar al proceso en la fase instructiva para con ello asegurar el conocimiento de los demás sujetos procesales de los fundamentos de hecho las sustentan, para, una vez determinados, remitirlos al juez de conocimiento, quien evaluará el mérito de convicción de cada prueba y así, cotejando lo descubierto con el respectivo alegato de parte, dictará sentencia, sin que le sea permitido aceptar o permear en su decisión situaciones de hecho o de derecho no alegadas en la etapa instructiva.

⁴² CALAMANDREI. Op. Cit. Pág. 388.

Esta tendencia, sin embargo, ha quedado relegada por la concepción tradicional inquisitiva, según la cual, al juez le corresponde juzgar conforme a lo ocurrido y no conforme a lo alegado, pues si bien el principio dispositivo que impera en las corrientes doctrinarias iberoamericanas propone la separación total del juez de conocimiento del juez de instrucción, no así el principio elástico que impera en la legislación vigente, que habilita al juez para analizar nuevos puntos no debatidos en la instancia y aún nuevas pruebas, si con ello se asegura la justicia material.

14. Seguridad jurídica y Cosa Juzgada

Non bis in idem, “no dos veces por lo mismo”

En desarrollo del principio de seguridad jurídica, ninguna persona podrá ser juzgada o aún investigada dos o más veces por el mismo hecho, siempre que en el nuevo proceso concurren ciertos elementos que la jurisprudencia y la doctrina califican de concurrentes para determinar si frente a un mismo hecho se pueden ventilar dos o más procesos sucesivos.

Los vocablos insertos en el artículo 29 de la Constitución Política, acerca de la prohibición de no ser juzgado dos veces, implican así mismo una doble interdicción: 1. No ser sancionado dos veces y; 2. No ser investigado dos veces.

La trascendencia de la distinción radica en el momento procesal a partir del cual se puede invocar el principio, en la medida en que permite al sindicado, que es sometido a una nueva investigación, pedir al fiscal (o bien al juez, según el sistema), que se abstenga de continuar el trámite, si demuestra que se han reunido los requisitos que tanto jurisprudencia como doctrina, exigen para demostrar la cosa juzgada, como son: identidad de partes (*eadem conditio personarum*), identidad de objeto (*eadem res*); identidad de causa (*eadem causa petendi*) e identidad de bien jurídico tutelado.

14.1. Prohibición de la múltiple sanción y el doble enjuiciamiento

La Corte Constitucional ha determinado que la prohibición no está dirigida exclusivamente a una doble sanción. La prohibición se dirige a impedir que una persona tenga que soportar juicios sucesivos por el mismo hecho.⁴³

El principio *non bis in idem* prohíbe que después de que ha terminado conforme a derecho un juicio, posteriormente se abra investigación por el mismo “hecho” dentro de la misma jurisdicción. De tal manera que la expresión “juzgado”, conforme explica la Corte, comprende las diferentes etapas del proceso de juzgamiento, no sólo la final.⁴⁴

⁴³ Sentencia C - 870 de 2002

⁴⁴ El nuevo Código Único Disciplinario dice al respecto que “el destinatario de la ley disciplinaria cuya situación se haya decidido mediante fallo ejecutoriado o decisión que tenga la misma fuerza vinculante, proferridos por autoridad competente, no será sometido a nueva investigación y juzgamiento disciplinarios por el mismo hecho, aun cuando a este se le dé una denominación distinta” Ley 734 de 2002, artículo 11.

En cuanto a la cantidad de ocasiones que la disposición prohíbe juzgar al sindicado por un mismo hecho, la Corte observa que tal cuestión puede ser solucionada de diversas maneras: éstas pueden incluir expresiones tales como “varias veces”, “más de una vez” “sucesivamente” o como lo establece el artículo 29 superior, “dos veces”. En consideración de la Corte, la expresión “dos veces” ha de ser interpretada de manera extensiva, de tal manera que la prohibición sea entendida como dirigida a impedir cualquier número de juicios o sanciones mayor a uno, por el mismo hecho.

14.1. Elementos de la cosa juzgada

Para que pueda invocarse el principio de la cosa juzgada (*res iudicata*), y por lo tanto el derecho al *non bis in idem*, deberán reunirse en un mismo proceso, cuatro elementos esenciales de identidad, concurrentes todos, sin los cuales no se está ante el mismo proceso, sino ante uno íntegramente nuevo, pero con elementos de otro que ya fue decidido, a saber: 1. Identidad de partes; 2. Identidad de objeto; 3. Identidad de Causa y; 4. Identidad de jurisdicción (fundamento normativo de la sanción).

En sentencia C - 244 de 1996, la Corte definió los tres primeros supuestos, así:

“Este principio que, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina, tiene como objetivo primordial evitar la duplicidad de sanciones, sólo tiene operancia en los casos en que exista identidad de causa, identidad de objeto e identidad en la persona a la cual se le hace la imputación.”⁴⁵

La identidad en la persona significa que el sujeto inculcado debe ser la misma persona física en dos procesos de la misma índole.

⁴⁵ Sentencia C - 244 de 1996 Magistrado Ponente CARLOS GAVIRIA DÍAZ, en la cual se cita la posición tomada originalmente, en la Sentencia de noviembre 22 de 1990, Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia. En la sentencia C - 244 de 1996, la Corte declaró exequible una expresión del artículo 2º de la ley 200 de 1995 (Código Disciplinario Único anterior a la Ley 734 de 2002), en la cual se disponía que “la acción disciplinaria es independiente de la acción penal”. Con anterioridad a la sentencia C - 244 de 1996, varias sentencias habían solucionado el mismo problema jurídico, de acuerdo a los mismos criterios. Por ejemplo, ver la Sentencia C - 427/94 Magistrado Ponente FABIO MORÓN DÍAZ. Tanto el Consejo de Estado como la Corte Suprema de Justicia han tenido una posición similar a la de la Corte Constitucional resolviendo que no es aplicable el principio non bis in idem en casos de concurrencia de juicios disciplinarios y penales. Ver por ejemplo las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal del 26 de Octubre de 2000, 16 de Octubre de 1992 y 4 de Diciembre de 1991. Del Consejo de Estado, se pueden observar las sentencias de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo de fechas 23 de Septiembre de 1993, 18 de Diciembre de 1990, y 26 de Febrero de 1992. Por último, el Consejo Superior de la Judicatura ha establecido que “la conducta típica, tanto en el derecho penal como en el derecho disciplinario, queda sujeta a la competencia autónoma e independiente que tienen el juez penal y el juez disciplinario, y por su naturaleza, separadamente deben investigarse para determinar si realmente la conducta se cometió o tuvo ocurrencia” Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Sentencia del 28 de Mayo de 1998, M.P. EDGARDO JOSÉ MAYA.

La identidad en la persona también se predica del componente jurídico o “elemento de sucesión”, pues tal y como lo establece el Código de Procedimiento Civil en su artículo 332, *“se entiende que hay identidad jurídica de partes, cuando las del segundo proceso son sucesores mortis causa de las que figuraron en el primero o adquirentes por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda, si se trata de derechos sujetos a registro y al secuestro en los demás casos.”*

La identidad del objeto está construida por la del hecho respecto del cual se solicita la aplicación del correctivo penal. Se exige, entonces, la correspondencia en la especie fáctica de la conducta en dos procesos de igual naturaleza. En procesos de distinta índole, el objeto lo determina aquéllo sobre lo cual versa el litigio, esto es, la cosa litigiosa.

En el proceso contencioso administrativo, el objeto lo constituye la situación jurídica sometida a decisión del juzgador, la causa son los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya la pretensión. Así, pues, el acto acusado es el objeto del proceso contencioso administrativo de nulidad, una de cuyas especies es el contencioso electoral instituido en el artículo 228 del C.C.A. La causa o «*causa petendi*» son los hechos de la demanda, juntamente con las normas señaladas como violadas y dentro de los límites del concepto de la violación planteado por el actor.⁴⁶

La identidad en la causa se refiere a que el motivo de la iniciación del proceso sea el mismo en ambos casos.

El cuarto elemento de identidad lo constituye el bien jurídico tutelado, que también viene definido por la jurisprudencia constitucional, y es el relativo al “fundamento normativo de la sanción”, pues si bien un hecho no puede dar lugar a multiplicidad de sanciones dentro de la misma jurisdicción, cuando concurren los elementos de identidad, no así cuando una conducta lesione distintos bienes jurídicos y por lo tanto sea viable imponer, ya no una doble sanción, sino la prevista en el régimen legal especial.

En la misma sentencia C - 244, el alto tribunal afirmó:

*“La prohibición del doble enjuiciamiento no excluye que un mismo comportamiento pueda dar lugar a diversas investigaciones y sanciones, siempre y cuando éstas tengan distintos fundamentos normativos y diversas finalidades. Esta Corte ha precisado que el non bis in idem veda es que exista una doble sanción, cuando hay identidad de sujetos, acciones, fundamentos normativos y finalidad y alcances de la sanción”.*⁴⁷

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 5 de marzo de 2002, exp. 11001 - 03 - 15 - 000 - 2001 - 0199 - 01 (PI)

⁴⁷ Sentencia C - 088 de 2002 (M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT) en la cual la Corte sostiene que el artículo 37 de la Ley 446 de 1998, que dispone como causal de retiro del servicio de carrera administrativa el abandono del cargo, no es violatorio del principio non bis in idem, a pesar de existir el juicio disciplinario por abandono. Para la Corte, existe una distinción entre la sanción disciplinaria y el efecto administrativo del comportamiento del funcionario. Ver también la sentencia T - 162 de 1998 (Magistrado Ponente EDUARDO

Conforme a esta regla jurisprudencial, una conducta puede al mismo tiempo ser lesiva de la ley penal, de la ley disciplinaria y de la civil, pues cada una de ellas establece condiciones y elementos que pueden variar y por ello un hecho puede ser sometido a control judicial y sanción ante distintas jurisdicciones.

14.2. Influencia de la cosa juzgada penal en materia civil

En materia civil, las obligaciones nacen de hechos a los cuales la ley asigna consecuencias. El artículo 34 de la Ley 57 de 1887, que corresponde al actual artículo 2302 del Código Civil define la obligación nacida del hecho extracontractual, así: *“Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley o del hecho voluntario de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella. Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasi-contrato. Si el hecho es ilícito, y cometido con intención de dañar, constituye un delito. Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito o culpa.”*

El artículo 2341 determina que quien ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido, y a continuación el artículo 2342 faculta para pedir la indemnización por el hecho ilícito no solo a quien es dueño o poseedor de la cosa sobre la cual ha recaído el daño o su heredero, sino el usufructuario, el habitador, o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo, habitación o uso, así como el que tiene la cosa, con obligación de responder de ella; pero sólo en ausencia del dueño.

Con base en lo anterior, la doctrina y la jurisprudencia constitucionales han fijado las siguientes reglas, a fin de ser consideradas en un juicio civil, cuando lo que se juzgue sea la responsabilidad derivada del hecho que ha sido previamente estudiado en juicio penal:

Primera. Si la sentencia penal es condenatoria, no podrá en juicio civil ponerse en duda la existencia del hecho que constituya el delito, ni sostenerse la inculpabilidad del condenado.

Segunda. Si la sentencia penal es absolutoria y la absolución resulta de la inexistencia del hecho o de la no participación del inculpaado, la cosa juzgada penal deberá respetarse en el proceso civil, ya que el sustento de ambos procesos, como lo es el hecho o la participación que el demandado tuvo en él, serán el mismo.

CIFUENTES MUÑOZ): “Como quiera que el significado primigenio de los principios de non bis in idem y de cosa juzgada consiste en impedir que los hechos o conductas debatidos y resueltos en un determinado proceso judicial vuelvan a ser discutidos por otro funcionario en un juicio posterior, esta Corporación ha considerado que la relación que debe existir entre los hechos, el objeto y la causa de esos dos procesos debe ser de identidad. En efecto, la jurisprudencia señala que debe tratarse de motivos idénticos, de juicios idénticos, del mismo hecho, del mismo asunto o de identidad de objeto y causa. Así, por ejemplo, la Corte ha estimado que no se violan los principios constitucionales en comento cuando una misma conducta es juzgada por dos jurisdicciones diferentes con base en normas de categoría, contenido y alcance distintos”.

Tercera. Si la sentencia penal es absolutoria, pero la absolución no es el resultado de la declaratoria de inexistencia del hecho o de la demostración de la no participación del sindicado o imputado, podrá en el proceso civil discutirse acerca de la responsabilidad derivada del hecho extracontractual.

Lo anterior encuentra fundamento en elemento tripartito en que se funda la cosa juzgada (persona, objeto, causa), ya que, como se ha dicho, bien puede ocurrir que en el proceso penal el sustento de la absolución esté determinado no por ausencia del hecho o de participación, sino por circunstancias y causales que la ley penal regula como eximentes de responsabilidad, ante un hecho probado, como lo son la atipicidad, la duda (*in dubio*), el error de tipo, la legítima defensa, la inimputabilidad, el cumplimiento de un deber, el legítimo ejercicio de un derecho, la ausencia de dolo o de culpa y la inmunidad jurisdiccional, entre otros.

Teniendo en cuenta que en el proceso civil la identidad de partes y de causa varía, conforme a lo aquí expresado, podrá el juez analizar, a la luz de la normatividad vigente sobre responsabilidad extracontractual, las consecuencias derivadas del hecho que fue objeto de estudio en el proceso penal, ya que, en suma, se tratará de un proceso nuevo, y no del mismo que ha reiniciado, de modo que no será posible invocar válidamente como excepción la cosa juzgada derivada de la sentencia absolutoria penal.

Dos ejemplos ilustran las reglas anteriores:

1. En el derecho penal, el daño en bien ajeno no tiene modalidad culposa, pero en derecho civil sí se requiere demostrar elemento de culpa (tripartito al hecho y al daño), por lo que lo que en un proceso puede demostrarse un hecho dañino pero no derivar de allí ninguna responsabilidad.
2. Una persona es injustamente procesada y acusada de cometer el delito de homicidio, siendo condenada a pena privativa de la libertad. Al cumplir su condena, se entera que la persona a la cual supuestamente había dado muerte se encuentra viva y decide asesinarla. Por este hecho, es procesada y acusada, pero, ¿podría invocar la excepción de cosa juzgada, teniendo en cuenta que ya había sido sentenciada por los mismos supuestos hechos?

Conforme a las reglas expuestas la respuesta es negativa, pues, si para invocar la cosa juzgada, se requiere demostrar que existe identidad entre ambos procesos en cuanto a las partes, al objeto y a la causa de manera concurrente, es decir, que se trata del “**lo mismo**”, para que se cumpla la regla del *non bis in idem*, a saber:

- A. Identidad de partes: en efecto se trata del mismo procesado (defendido) y el mismo demandante (Estado).

- B. Identidad de objeto: se trata de una conducta distinta, en la medida en que el primer proceso se le juzgó por un hecho que no ocurrió, es decir, por un homicidio que no cometió, luego el segundo proceso no tiene identidad de objeto con el primero.
- C. Identidad de causa: se trata de un hecho distinto y por lo tanto de una motivación distinta, siendo evidente que, cualquiera fuera el título de imputación jurídica por la cual se adelantó el primer proceso, devino en, además de falsa por la no ocurrencia del hecho, distinta, pues es claro que si no mató – y nadie puede matar a otro dos veces-, el segundo proceso versará sobre un primer y único asesinato y no sobre el mismo y en consecuencia, las motivaciones que llevaron al primer asesinato, que es objeto del segundo proceso, no pudieron ser las mismas que las del primero.

A lo sumo, en este caso, quien hubiere sido juzgado y sentenciado injustamente por un hecho que no cometió, tiene a su favor una acción de reparación contra el Estado por condena injusta, pero en modo alguno podrá autoatribuirse el derecho de asesinar, pues esto, además de venganza, que agrava la conducta punible, está prohibido en el ordenamiento colombiano.

14.3. Efectos de la cosa juzgada frente a las partes y el hecho juzgado⁴⁸

La ley procesal y la jurisprudencia han definido que los efectos de la cosa juzgada, en principio, sólo se extienden a las personas que hubieren participado del proceso (*inter partes*) y tan sólo a partir del momento en que se decide el proceso (*ex nunc*).

Sin embargo, de acuerdo con la naturaleza del derecho debatido y de las partes que participan del debate, los efectos de la sentencia se podrán extender aún a quienes no participaron en el proceso (*erga omnes*, *inter pares* o *inter comunis*), o a situaciones anteriores a la ejecutoria de la sentencia (*ex tunc*), casos en los cuales el juez deberá fijar el alcance de su sentencia tanto en la parte motiva como en la resolutive, a fin de determinar las personas y las situaciones cobijadas con la decisión.

14.3.1. Efecto general *inter partes* (entre las partes)

Los efectos de la sentencia sólo se extenderán a quienes participaron del proceso. Es el efecto general de toda sentencia dictada en proceso contencioso subjetivo, es decir, donde intervengan parte demandante y demandada y el derecho litigioso no sea de aquéllos que se ejercen *erga omnes*, tal como la propiedad o la servidumbre.

⁴⁸ NISIMBLAT, NATTAN. Principios del Proceso para la Acción de Tutela. Corporación Universitaria de Ciencia y Desarrollo. Enero 2009.

En procesos constitucionales, este efecto es propio de la sentencia de tutela, pues hace parte del control concreto y subjetivo de constitucionalidad.

14.3.2. Efecto *erga omnes* (frente a todos y contra todos)

Los efectos de la sentencia se extienden a quienes no participaron del proceso. Se presenta, o bien cuando se discuten derechos que involucran esta característica, como el real de dominio, o cuando se discute sobre la validez o constitucionalidad de la ley en procesos conciosos objetivos surtidos ante la Corte Constitucional o el Consejo de Estado.

14.3.3. Efecto excepcional *inter pares* (respecto de todos los semejantes)

La Corte Constitucional creó por vía jurisprudencial dos nuevos efectos que puede tener la declaratoria provisional de inconstitucionalidad por vía de excepción, cuando una norma sea manifiestamente contraria a la constitución y de tal violación se desprenda la necesidad de inaplicarla con efectos generales. En auto 071 del 27 de febrero de 2001, habló del efecto "*inter pares*", es decir, que una decisión surte efectos respecto de todos los procesos semejantes para asegurar la efectividad del principio de supremacía constitucional, en los siguientes términos:

"Los efectos inter pares también aseguran que, ante la evidencia d-el profundo, grave, generalizado y recurrente perjuicio que para el goce de los derechos fundamentales ha tenido la aplicación de normas administrativas contrarias a la Constitución, la Corte Constitucional como órgano del Estado al cual se le ha confiado la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, cumpla su misión de asegurar la efectividad de los derechos y principios constitucionales, como lo ordena el artículo 2 de la Carta a todas las autoridades del Estado. (...)

Es cierto que los jueces son independientes, pero su independencia es para aplicar las normas, no para dejar de aplicar la Constitución (artículo 230 de la C.P.). Un juez no puede invocar su independencia para eludir el imperio de la ley, y mucho menos para no aplicar la ley de leyes, la norma suprema que es la Constitución...

Finalmente, no sobra recordar que dentro del sistema Europeo Continental de control de constitucionalidad, precisamente debido a sus elementos concentrados dominantes, la regla general cuando una Corte Constitucional ejerce, no el control abstracto de normas, sino el control concreto de constitucionalidad, es que sus providencias también tienen efectos erga omnes. Esa es la regla general adoptada en los países europeos donde existe un control concreto de constitucionalidad independientemente de las características específicas de los diversos mecanismos para desencadenarlo. Hay dos excepciones, la belga y la portuguesa. Sin embargo, en estos dos países existen procedimientos para asegurar que los efectos del control concreto no sean exclusivamente inter partes."

Se presenta este efecto, entonces, en casos en que una norma es abiertamente inconstitucional, pero por razón de la incompetencia para declararla inexecutable de manera definitiva (*erga omnes*), por haber sido declarada en un proceso contencioso subjetivo de tutela, donde los efectos de la decisión son por naturaleza *inter partes*, es necesario extender la decisión a *todos los casos* en que deba ser invocada por otro juez⁴⁹. En este caso, la competencia para “modular” el efecto de la sentencia y de la cosa juzgada radica privativamente en la Corte Constitucional.⁵⁰

14.3.4. Efecto excepcional *inter comunis* (entre los miembros de una comunidad)

Se presenta cuando en un proceso de tutela se discuten derechos de personas que se encuentran en una misma situación de hecho, pero que no han participado del debate procesal, caso en el cual la sentencia cobija en sus efectos aún a quien no estuvo presente en el trámite de la tutela. En la sentencia SU - 1023 de 2001, la Corte Constitucional definió el concepto así:

“Generalmente, los efectos de las providencias de la Corte Constitucional son diversos en cada tipo de control constitucional. Usualmente, los efectos son erga omnes y pro - futuro cuando controla normas en abstracto; son inter partes cuando decide sobre una tutela; son inter partes cuando aplica de manera preferente la Constitución en el curso de un proceso concreto; y son erga omnes cuando controla el ejercicio de los mecanismos de participación ciudadana. Sin embargo, no siempre el efecto de las providencias de la Corte han de ser los anteriormente señalados... En materia de tutela, la Corte ha proferido numerosas sentencias en las cuales los efectos de las órdenes impartidas tienen un alcance mayor al meramente inter partes. Por ejemplo, la corte ha ordenado la adopción de programas, planes o políticas llamadas a beneficiar a personas diferentes a los accionantes y declarado estados de cosas inconstitucionales, lo cual conlleva órdenes que rebasan las partes en el caso concreto.”

La modulación *inter comunis*, entonces, se presenta cuando la Corte verifica que una misma situación de hecho afecta al mismo tiempo a un grupo determinado de personas.

Finalmente, el análisis de la jurisprudencia constitucional⁵¹ determina que este efecto se presenta cuando la Corte ha declarado previamente un estado de cosas inconstitucional⁵².

⁴⁹ Corte Constitucional. Auto 071 del 27 de febrero de 2001

⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia SU - 783/03, Magistrado Ponente Dr. MARCO GERARDO MONROY Cabra: “En uno de los casos que motiva la presente sentencia, se quiso, por el juez de segunda instancia, en un pronunciamiento cuestionable, como ya se indicó antes, darle efectos *inter comunis* a su decisión. La Corte advierte que no corresponde al ad-quem tomar esta clase de decisiones. Puede ser atribución de la Corte, ya que ella puede señalar el alcance de sus sentencias y lo hará para evitar proliferación de decisiones encontradas, o equivocadas. Por consiguiente, determinar que la jurisprudencia que sustenta el presente fallo y la decisión que se tomará, produce efecto *inter partes* y, por tanto, debe ser aplicada a todos los casos que reúnan los supuestos legales analizados en esta sentencia.”

⁵¹ Guerrero, Guerrero, Nisimblat. Indicadores de goce efectivo de derechos en familias desplazadas por la

14.3.5. Efecto general a futuro *ex nunc* (desde ahora)

Por regla general, los efectos de las sentencias sólo cobijan situaciones posteriores a ella, en virtud de que es precisamente con la sentencia que se tiene certeza acerca de la existencia del derecho o de la forma como debe ser aplicado (principio de seguridad jurídica: Art. 45 Ley 270 de 1996, revisada mediante sentencia C - 037 de 1996).

14.3.6. Efecto excepcional retroactivo *ex tunc* (desde entonces)

En determinados casos, la sentencia debe retrotraer sus efectos a situaciones ocurridas con anterioridad a su expedición, bien porque el derecho debatido lo exige, bien porque la naturaleza del conflicto lo amerita, en aplicación del principio de igualdad. En uno y otro caso, el juez deberá siempre señalar de manera expresa cuáles situaciones quedan cobijadas por la sentencia y cuáles no.

El efecto excepcional *ex tunc*, por cobijar situaciones anteriores, obliga al fallador a determinar con exactitud la fecha a partir de la cual tiene efectos la sentencia, pues se entenderá que todo lo ocurrido a partir de allí también debe ser declarado nulo o bien inconstitucional.

El magistrado MANUEL JOSÉ CEPEDA explica cómo en el constitucionalismo colombiano la regla del efecto hacia el futuro de las decisiones de inexecutable dista de ser absoluta:

“En ciertos casos, la Corte ha conferido efectos temporales distintos a sus decisiones. Y eso se explica por cuanto la declaratoria de inconstitucionalidad implica constatar que una norma desconoce mandatos constitucionales, y debe entonces ser retirada del ordenamiento. Sin embargo, esa disposición estuvo vigente y produjo efectos durante un período determinado, en el cual los operadores jurídicos pudieron razonablemente considerar que la norma se ajustaba a la constitución. Esto explica que el efecto temporal de una decisión de inconstitucionalidad dependa del peso que el ordenamiento jurídico respectivo atribuya a dos principios encontrados: la supremacía de la Constitución, que aconseja atribuir a la decisión efectos ex tunc, esto es retroactivos, pues la disposición legal siempre estuvo afectada del vicio de inconstitucionalidad, lo cual significa que su validez siempre estuvo en entredicho. Y el respeto a la seguridad jurídica y a la buena fe, que, por el contrario, indica que la decisión del juez constitucional debe tener efectos ex nunc, esto es únicamente hacia el futuro, debido a que los operadores ju-

violencia en Colombia. Acción pública. Revista *Studiositas*, edición de abril de 2010, 5(1):39-57.

⁵² Un estado de cosas inconstitucional se presenta cuando se constata la vulneración repetida y constante de derechos fundamentales, que afectan a multitud de personas, y cuya solución requiere la intervención de distintas entidades para atender problemas de orden estructural (CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-025 de 2004, p. 61)

*rídicos actuaron con base en la presunción de constitucionalidad de las normas vigentes. El constitucionalismo colombiano ha considerado que, por regla general, los efectos de las decisiones de inconstitucionalidad tienen, por razones de seguridad jurídica, efectos ex nunc o hacia el futuro. Esto significa que el ordenamiento colombiano privilegia la protección de la buena fe y de la seguridad jurídica. Sin embargo, la propia Corte ha señalado que en ciertas ocasiones pueden existir razones constitucionales que justifiquen un apartamiento de esa regla general, ya sea para conferir efectos retroactivos o ex tunc a la decisión de inexequibilidad⁵³, o ya sea para atribuir efectos ultractivos a esa decisión y postergar por un tiempo razonable la expulsión de la disposición declarada inexecutable. Esa facultad de la Corte fue aceptada por la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, cuyo artículo 45 señala que las sentencias de la Corte “tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”.*⁵⁴

En relación con los efectos de las sentencias de nulidad proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado ha precisado que producen los efectos aquí citados, es decir, desde el momento en que se expidió el acto acusado.

“De igual modo, se ha precisado que la sentencia de nulidad que recaiga sobre un acto de carácter general, únicamente afecta aquellas situaciones cumplidas, que no se encuentran consolidadas, bien porque al momento de producirse el fallo se encontraban en discusión ante las autoridades administrativas, o bien porque se encontraban demandadas ante la jurisdicción. Por lo que se repite, tal declaratoria de nulidad no afecta situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad a la fecha del fallo que así lo dispone, ni revive sus términos para su impugnación.

De otra parte, y en lo atinente a la materia impositiva, la Corporación ha expresado que “debe considerarse que si bien en principio toda nulidad que se decreta por el Contencioso Administrativo tiene efectos retroactivos; En este evento, tratándose especialmente de asuntos tributarios, deberá tenerse en cuenta que las normas impositivas tienen aplicación dentro de determinados períodos fiscales y por ello, así hayan sido derogadas, la nulidad que se ordene no puede afectarlas en cuanto al lapso en que tuvieron vigencia, o sea que debe ser una nulidad con efectos hacia el futuro.” (Sentencia de mayo 7 de 1.984, Exp. 6665, actor: Pedro Silvio Pulido Pinto, Ponente Doctor Gustavo Humberto Rodríguez

⁵³ Algunos ejemplos de decisiones con efectos retroactivos son las siguientes: la sentencia C - 619 de 2003, que declaró la inexequibilidad del decreto 900 de 2003. La Corte concluyó que ese decreto fue siempre inconstitucional, pues fue expedido con fundamento en un estado de excepción que resultó ser ilegítimo, y por ello retrotrajo los efectos de su decisión hasta el momento de la expedición del citado decreto. Igualmente la sentencia C - 500 de 2001 declaró inexecutable el artículo 47 de la Ley 640 de 2001 y un aparte del artículo 50 de ese mismo cuerpo normativo “a partir de su promulgación”, pues consideró que, debido a los vicios de procedimiento en su formación, esas disposiciones no se conformaron en “la debida forma constitucional” y por ello se debía “entender que al declararse la inexequibilidad de las disposiciones en estudio ellas desaparecen desde el momento mismo de su promulgación y por tanto no pueden producir efecto alguno”.

⁵⁴ Salvamento de voto a la sentencia C - 757 de 2004.

*reiterada en sentencia de febrero 5 de 1.993, Expediente 4476, actor Corporación Financiera de Boyacá, M.P. Dr. Guillermo Chaín Lizcano).*⁵⁵

Se concluye de lo anterior que en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no es regla general admisible la retroactividad de la declaratoria de nulidad de los actos. Sin embargo, existen pronunciamientos que, excepcionalmente, admiten la modulación de las sentencias del Consejo de Estado, caso en el cual se determina un efecto *ex tunc*, pero, como se indicó, tal pronunciamiento se realiza expresamente en la parte resolutive del fallo⁵⁶.

14.3.7. Efecto diferido o prospectivo de la sentencia de constitucionalidad: Exequibilidad temporal

En ocasiones, con el objeto de garantizar adecuabilidad a las decisiones proferidas en fallos de inexequibilidad, la Corte Constitucional, amparada en la facultad expresa consagrada en el artículo 45 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, difiere la ejecutoria de la sentencia y por lo tanto su cumplimiento para una fecha posterior y determinada. Así se pronunció la Corte en sentencia C - 491 de 2007:

“La Corte encuentra que si bien debe declarar la inexequibilidad de una norma inconstitucional la vigencia inmediata de la decisión puede aparejar adicionalmente, graves daños a bienes y derechos constitucionalmente protegidos. (...)

Si una decisión tiene como efecto directo o indirecto la afectación grave y palmaria de derechos fundamentales o de bienes constitucionalmente protegidos, la Corte, como guardiana integral de la Constitución, debe intentar controlar estos efectos.”

En el mismo sentido, la Corte al anular en su totalidad el sistema UPAC para la financiación de vivienda mediante C - 700 de 1999 difirió el efecto del fallo para no generar un grave efecto inconstitucional por su vigencia inmediata, posición que reiteró en la sentencia c-818 de 2011 que declaró inexecutable el título II de la Ley 1437 de 2011 que regulaba el Derecho de Petición en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, difiriendo la declaratoria de inexecutable hasta el 31 de diciembre de 2014.

14.3.8. Requisitos para modular a futuro el efecto de la sentencia

En la Sentencia C - 737 de 2001 la Corte indicó que para que procediera la sentencia de constitucionalidad diferida era necesario comprobar los siguientes elementos: i) la Corte debe justificar esta modalidad de decisión; ii) debe aparecer claramente dentro del expediente que la expulsión simple afecta más valores que resultan vulnerados con este tipo de

⁵⁵ Consejo de Estado, Sentencia del 19 de enero de 2001, Rad. **10581**.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, sentencia del 4 de mayo de 2011, Ra: 19001-23-31-000-1998-2300-01 (19.957).

fallo; iii) el tribunal debe explicar por qué recurre a este tipo de decisión y no a una sentencia integradora y, iv) debe justificar el plazo conferido.

14.3.9. Cosa Juzgada Absoluta

En los procesos de revisión de las normas por parte de la Corte Constitucional, cuando la sentencia cobija todos los posibles aspectos de constitucionalidad, la Corte no admitirá que con posterioridad las mismas normas vuelvan a ser demandadas “por los mismos cargos” que los tratados en sentencia anterior.

El artículo 243 de la Constitución Política de 1991 dispone que los fallos de constitucionalidad que dicte la Corte Constitucional en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, lo cual comporta varias consecuencias de linaje procesal, como son: 1. La sentencia no puede ser revocada ni aún por la misma autoridad que la profirió y 2. Tiene efectos *erga omnes*, es decir, vincula a todos los habitantes del territorio⁵⁷.

Según lo ha expuesto la Corte, la cosa juzgada puede ser absoluta o relativa; formal o material; aparente o real y explícita o implícita⁵⁸.

⁵⁷ Sentencia C - 153 de 2002. M.P. CLARA INÉS VARGAS. S.V. Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA y Dr. ÁLVARO TAFUR GALVIS.

⁵⁸ En sentencia C - 720 de 2007, la Corte recuerda que la doctrina de la Cosa Juzgada constitucional puede ser consultada en la Sentencia C - 774 de 2001. M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL. En todo caso no sobra recordar que para definir en cada caso concreto el alcance de la cosa juzgada es necesario (1) confirmar que no hubiere existido un cambio constitucional relevante; (2) verificar que el contenido normativo de la disposición demandada sea igual al contenido normativo de la disposición que fue objeto de juzgamiento; (3) y, finalmente, confrontar los alcances de la sentencia anterior frente a la nueva demanda presentada. Si se esta frente a una decisión de inexecutable o de executable pura y simple (que no establece restricción ni limitación alguna), existirá, en principio, cosa juzgada absoluta. En efecto, en principio si la propia Corte no ha limitado – expresa o implícitamente – su decisión, opera el fenómeno de la cosa juzgada absoluta (art. 243 de la Carta) por lo cual la disposición se entiende “executable o inexecutable en su totalidad y frente a todo el texto de la Carta”. En este sentido si la Corte no establece “que los efectos de una providencia son de cosa juzgada relativa, se entenderá que las sentencias que profiera, hacen en general, tránsito a cosa juzgada absoluta”. Sentencia C - 774 de 2001, M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL. Sobre este tema pueden consultarse el artículo 46 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia y la sentencia C - 037 de 1996 (M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA). Sin embargo, al confrontar el alcance de la decisión anterior respecto de la demanda interpuesta, se pueden presentar alguna de las formas de cosa juzgada relativa. En estos casos, como se verá, con el único propósito de “asegurar la efectiva primacía de la Carta”, podía proceder un nuevo juicio de constitucionalidad. (Sentencia C - 415 de 2002 M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT MONTEALEGRE). Las dos circunstancias en las cuales la Corte podría adelantar un nuevo juicio de constitucionalidad sobre una disposición, pese a la existencia de una sentencia desestimatoria previa sobre la misma disposición y a que no exista variación en el referente constitucional o en el contenido de la disposición demandada, se presentan cuando existe “cosa juzgada relativa” y “cosa juzgada aparente”. Existe cosa juzgada relativa cuando las razones de la primera sentencia son apenas parciales. Esto sucede cuando el juicio de constitucionalidad previo recae sólo respecto de ciertas normas constitucionales o se realiza sólo atendiendo a ciertos cargos y siempre que la nueva demanda incorpore nuevos cargos de constitucionalidad no estudiados en la decisión anterior. Adicionalmente, la Corte puede admitir la demanda y adelantar un nuevo juicio, cuando la decisión anterior que declaró la executable pura y simple de la disposición demandada, carece absolutamente de motivación, es decir, cuando la decisión no se encuentra soportada en ninguna razón de fondo que la motive (Al respecto

Para el alto tribunal existe cosa juzgada absoluta “cuando el pronunciamiento de constitucionalidad de una disposición, a través del control abstracto, no se encuentra limitado por la propia sentencia, es decir, se entiende que la norma es exigible o inexistente en su totalidad y frente a todo el texto Constitucional”⁵⁹ (Sentencia C - 469 de 2008).

La jurisprudencia constitucional vigente ha determinado que el efecto material o absoluto de la cosa juzgada impide de plano el doble enjuiciamiento, razón por la cual, con base en las facultades establecidas en el artículo 6° del Decreto 2067 de 1991, la Ley 270 de 1996, la Sentencia C - 037 de 1996 y el artículo 241 de la Constitución, es causal de rechazo de plano de la demanda de inconstitucionalidad la verificación de la operancia de la cosa juzgada por haberse resuelto el mismo cargo contra la misma norma en sentencia anterior. Así lo determinó la Corte en Auto 018 del 30 de enero de 2008, mediante el cual resolvió un recurso de súplica interpuesto contra la decisión del Magistrado Sustanciador de rechazar de plano una demanda por presentarse el fenómeno de la cosa juzgada constitucional.

14.3.10. Cosa Juzgada relativa

La Corte ha admitido que, en aquellos casos en que el control de constitucionalidad se realice con ocasión de la interposición de una acción pública de inconstitucionalidad, puede ocurrir que la sentencia no comprenda todas las posibles violaciones en que una norma pueda incurrir frente a la constitución, situaciones que admiten una nueva revisión, siempre y cuando el demandante acredite que se trata de cargos que no han sido previamente formulados y analizados, y que, por lo tanto, ameritan un pronunciamiento, que no siendo nuevo, sí se contrae a una ley que había sido estudiada por la Corte en sentencia precedente⁶⁰.

En sentencia C - 129 de 2003, la Corte Constitucional examinó el fenómeno de la cosa juzgada constitucional relativa señalando que ésta existe, en principio, cuando expresamente la Corte ha limitado los alcances de su decisión⁶¹ y para ello se funda en la sentencia C - 478 de 1998, en la cual se estudió la parte motiva de una sentencia para determinar si existía o no cosa juzgada relativa, a pesar de que en la parte resolutive de la sentencia la Corte no había limitado el alcance de su decisión.

pueden consultarse las sentencias C - 397/95, C - 700/99, S.V. C - 700/99, C - 774/01, C - 430/01, C - 925/00 y el auto A. 016/98) En estos casos habrá solo cosa juzgada aparente, pues en realidad la disposición acusada no ha sido objeto de juicio de constitucionalidad dado que “falta toda referencia, aún la más mínima a las razones por las cuales se declaró la constitucionalidad de lo acusado”. En todos los casos restantes, existirá cosa juzgada absoluta y la Corte no podrá volver a conocer de la disposición demandada. (Sentencia C - 710 de 2005. M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA. La cita pertenece a la sentencia C - 700 de 1999).

⁵⁹ Sentencia C - 774 de 2001

⁶⁰ FIERRO-MENDEZ, HELIODORO. Manual de Derecho Procesal Penal, Sistema Acusatorio y Juicio Oral y Público. Editorial Leyer. 3ª Edición. Bogotá, 2006. Pág. 271.

⁶¹ Ver entre otras las sentencias de la Corte Constitucional, C - 037 de 1996. M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA; C - 478 de 1998, MP: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO; C - 774 de 2001, M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL.

En aquella ocasión la Corte determinó que hace tránsito a cosa juzgada “*no solamente aquello que expresamente aparece en la parte resolutive pues también gozan de cosa juzgada implícita “los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquellos.”*⁶²

Esto significa, según lo expuesto, “*que el operador jurídico, para determinar el sentido y el alcance genuinos de una decisión judicial, debe interpretar la parte resolutive tomando en consideración todos aquellos apartes de la argumentación que forman una unidad de sentido con la determinación tomada y que constituyen la razón (ratio decidendi) para que el juez hubiera decidido de esa manera y no de otra.”*

La sentencia C - 037 de 1996 declaró la exequibilidad del artículo 46 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia, “*bajo el entendido de que mientras la Corte Constitucional no señale que los efectos de una determinada providencia son de cosa juzgada relativa, se entenderá que las sentencias que profiera hacen tránsito a cosa juzgada absoluta.”*

La Corte, sin embargo, ha enfatizado que en aquellos casos en que la revisión constitucional es automática y previa (leyes estatutarias, leyes aprobatorias de tratados internacionales) no es posible promover con posterioridad a su pronunciamiento acciones públicas, pues en estos eventos, de acuerdo con lo previsto en la propia Constitución, el control realizado por la Corte es integral, es decir, que no obedece al estudio de cargos formulados en una demanda, sino a una revisión completa, exhaustiva, total, general y sistémica de la ley, tanto en su sentido formal como material contra todo el articulado constitucional.

14.3.11. Cosa juzgada relativa explícita e implícita

Conforme lo determinó la Corte Constitucional en sentencia C - 337 de 2007 la cosa juzgada relativa puede a su vez ser explícita o implícita. Será explícita cuando la propia Corte en la parte resolutive de la providencia limita el alcance de la cosa juzgada en los términos indicados previamente en la parte motiva.

Por el contrario, si la delimitación de los efectos de la sentencia no se hace en la parte resolutive, sino exclusivamente en la parte motiva de la providencia⁶³, se trata de la figura de *la cosa juzgada relativa implícita*, que se configura “*cuando la Corte al examinar la norma constitucional se ha limitado a cotejarla frente a una o algunas normas constitucionales,*

⁶² Corte Constitucional, Sentencia C - 131 de 1993, MP. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

⁶³ En la sentencia C - 045 de 2002 M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL, se expresó que para que operara esta categoría de cosa juzgada era necesario “establecer si la Corte efectivamente restringió explícitamente la declaratoria de exequibilidad de la disposición demandada. (...) Si la Corte no los limitó, se debe concluir que la decisión adoptada (...) es de exequibilidad absoluta, pues 1) le compete solo a ella determinar los efectos de sus fallos en cada sentencia y 2) cuando la Corte no fija expresamente el alcance de sus decisiones, se entiende que se hace tránsito a la cosa juzgada absoluta.

sin extender el examen a la totalidad de la Constitución” o “a un solo aspecto de constitucionalidad, sin ninguna referencia a otros que pueden ser relevantes para definir si la Carta Política fue respetada o vulnerada”⁶⁴.

Se concluye entonces que una sentencia de la Corte hace tránsito a cosa juzgada no sólo frente a disposiciones de su parte motiva, sino aún a aquéllas contenidas en su *ratio decidendi*.

14.3.12. Técnicas establecidas por la Corte para limitar los efectos de la cosa juzgada constitucional

En la misma sentencia C - 129 de 2003 el alto tribunal definió las técnicas para limitar los efectos de la cosa juzgada, para lo cual fijó los siguientes criterios: 1. Los cargos formulados⁶⁵; 2. Los motivos efectivamente analizados⁶⁶ y 3. Las normas constitucionales supuestamente violadas.⁶⁷ Según explica la Corte, en ocasiones se pueden combinar estos criterios para delimitar de manera más precisa los alcances de la cosa juzgada.⁶⁸

Un ejemplo de lo anterior lo expone la Corte en el juicio sobre la constitucionalidad de los tres primeros incisos del artículo 402 de la Ley 599 de 2000, en el cual se limitó “a los cargos examinados”, y no a los puntualmente presentados por el actor. Para identificar cuáles fueron los cargos examinados por la Corte en la sentencia C - 009 de 2003, es necesario

⁶⁴ Sentencia C - 774 de 2001. M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL. En ella se cita el Auto 131 de 2000.

⁶⁵ Ver, por ejemplo, la sentencia C - 780 de 2001, MP: ALFREDO BELTRÁN SIERRA, donde la Corte declaró “EXEQUIBLE la expresión “y revisores fiscales” contenida en el literal f), numeral 5, punto 2.3. del artículo 2° de la ley 510 de 1999, en relación con los cargos formulados por vulneración de los derechos al debido proceso, la igualdad y el trabajo;” C - 1708 de 2000, MP: ÁLVARO TAFUR GALVIS, donde la Corte declaró “EXEQUIBLES las expresiones “ante el mismo funcionario que conoció del proceso penal” y “ante el mismo funcionario que conoció de la acción penal correspondiente.” que hacen parte de los incisos segundo y tercero del artículo 7° de la Ley 333 de 1996 y los incisos primero, segundo y cuarto del artículo 27 ibídem, respecto de los cargos formulados en las demandas que se resuelven.”

⁶⁶ Ver, por ejemplo, las sentencias C - 551 de 2001, MP. ÁLVARO TAFUR GALVIS, donde la Corte declaró “EXEQUIBLE la frase “aumentada en una tercera parte”, contenida en el párrafo del artículo 31 de la Ley 599 de 2000 por los cargos analizados en esta sentencia;” C - 716 de 1998, MP. CARLOS GAVIRIA DÍAZ donde la Corte declaró la exequibilidad del artículo 417 del Decreto 2700 de 1991, pero “únicamente por los cargos analizados”; C - 774 de 2001, M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL, donde la Corte declaró “EXEQUIBLE el artículo 356 de la Ley 600 de 2000, en relación con lo acusado y de acuerdo con lo expuesto en esta providencia”; C-269 de 1999, MP (E): MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO, donde la Corte declaró “EXEQUIBLE el artículo 82 de la Ley 45 de 1990, únicamente en relación con los cargos de inconstitucionalidad formulados por la demandante y examinados en esta sentencia.”

⁶⁷ Ver, por ejemplo, las sentencia C - 621 de 2001, MP. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, donde la Corte resolvió “Declarar EXEQUIBLE el artículo 13 del Decreto 100 de 1980, por el cual se expide el nuevo Código Penal, por considerar que no viola los artículos 9 y 35 de la Constitución”; C - 837 de 2001, M.P. JAIME ARAUJO RENTERÍA, donde la Corte declaró “EXEQUIBLE el artículo 89 de la ley 617 de 2000 por las razones expuestas en la parte motiva, en relación con el cargo de violación del artículo 287 de la Constitución.”

⁶⁸ Ver, por ejemplo, la sentencia C - 253 de 1995, M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, donde la Corte declara “EXEQUIBLE el artículo 1° de la Ley 89 de 1993, pero sólo en relación con los cargos formulados y en cuanto no viola los artículos 150-12, 151, 338 y 363 de la Constitución Política.”

analizar lo que dice la Corporación en la parte motiva de la sentencia y (i) verificar el objeto del juicio, es decir, que éste haya recaído sobre la misma norma legal nuevamente demandada; (ii) comprobar que el juicio de la Corte tuvo como referente la misma norma constitucional invocada en el nuevo proceso; y (iii) determinar el contenido y el alcance del juicio de comparación realizado por la Corte entre la norma cuestionada y el precepto constitucional supuestamente violado.

14.3.13. Cosa Juzgada Material

La protección del principio de seguridad implica la imposibilidad de volver sobre un hecho que ha sido controvertido en juicio, aún frente a la alteración del supuesto de hecho. Lo anterior, encuentra fundamento en la necesidad de clausurar los debates jurídicos frente a determinadas situaciones, en la medida en que se busca evitar la perpetuidad en el conflicto y la innecesaria afectación de derechos como la libertad, la intimidad y la dignidad.

La alteración en el supuesto fáctico, supone el hallazgo de nuevas pruebas que no fueron aportadas durante el proceso, pero que, por razones de lealtad, no son admitidas en debate posterior, salvo que se demuestre que la imposibilidad de revelarlas en el primero fue el producto del fraude, el dolo o el ocultamiento de la contraparte o de terceros, caso en el cual ya no se estará frente a un “nuevo proceso”, sino frente al mismo, que debe anularse para decidir con el verdadero sustento de hecho.

Esta previsión emana del principio general sustancial, según el cual “el fraude no crea derecho”, caso en el cual la legislación prevé un recurso exógeno denominado “Revisión”, que tiene por objeto quebrar la cosa juzgada material, cuando se demuestra que la sentencia no fue producto del debate leal y justo, sino del ocultamiento, de la colusión, del dolo o del fraude, caso en el cual, se insiste, no se estará ante un nuevo proceso, sino ante el mismo, que, por haber sido anulado, debe ser resuelto mediante una nueva sentencia.

Como ejemplos de sentencias que hacen tránsito a cosa juzgada material, se encuentran la que se dicta en proceso penal, cuando se demuestra la irresponsabilidad del sindicado (absolutoria) y la que se dicta en proceso declarativo o contencioso, cuando lo debatido es de libre disposición y la que resuelve el conflicto laboral, entre otras.⁶⁹

14.3.14. Cosa juzgada respecto de normas posteriores que reproducen otras previamente declaradas inconstitucionales

En materia de control objetivo de constitucionalidad se entiende que existe cosa juzgada material cuando la demanda recae sobre una disposición que no ha sido formalmente objeto de control constitucional, pero que reproduce de manera idéntica o exacta, el contenido de una norma sobre la cual sí existe decisión de constitucionalidad.

⁶⁹ Corte Constitucional, Sentencia C - 047 de 2006.

Según lo dicho en la sentencia C -720 de 2007, “*en estos casos, la Corte debe declarar la existencia de cosa juzgada material y respetar el precedente sentado en la primera decisión*”.

Igualmente se entiende que existe y opera el mismo fenómeno respecto de aquellas normas que sin haber sido demandadas “*su materia o contenido normativo resulta ser idéntico al de otra u otras disposiciones que ya fueron objeto del juicio de constitucionalidad, sin que el entorno en el cual se apliquen comporte un cambio sustancial en su alcance y significación*”⁷⁰. Se requiere entonces que la primera decisión recaiga sobre “*una disposición distinta – a la demandada - pero que es literalmente igual o cuyo contenido normativo es idéntico.*”⁷¹.

14.3.15. Cosa Juzgada formal

En oposición a la cosa juzgada material, la regulación procesal admite que un debate no sufra clausura definitiva, cuando lo que se ha discutido envuelve situaciones susceptibles de mutación o alteración en el supuesto de hecho y que por ello exigen ulterior debate procesal. Como ejemplo de estas sentencias se citan las que se dictan en el procesos penales condenatorios, las que resuelven sobre el monto de la cuota alimentaria, las que decretan una interdicción por demencia, disipación o sordomudez, las dictadas en procesos ejecutivos, cuando prospera una excepción que no ataca directamente el título sino su exigibilidad⁷², las que se emiten en procesos disciplinarios y, en general, las proferidas en procesos sancionatorios.

Especial mención merece el artículo 21 de la ley 906 de 2004, pues recoge las tendencias del derecho internacional en materia de juzgamiento por parte de los tribunales extranjeros sobre situaciones que ya han sido estudiadas por los jueces internos.

Establece el citado artículo: “*La persona cuya situación jurídica haya sido definida por sentencia ejecutoriada o providencia que tenga la misma fuerza vinculante, no será sometida a nueva investigación o juzgamiento por los mismos hechos, salvo que la decisión haya sido obtenida mediante fraude o violencia, o en casos de violaciones a los derechos humanos o infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario, que se establezcan mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia.*”

14.3.16. Cosa juzgada en procesos de nulidad de actos administrativos. Efectos relativos o absolutos según el tipo de sentencia

⁷⁰ Sentencia C-310 de 2002. M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL.

⁷¹ Sentencia C-394 de 2002, M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS. Igualmente Sentencia C - 040 de 2003, M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

⁷² VELASQUEZ, JUAN GUILLERMO. Los Procesos Ejecutivos. Librería Jurídica Sánchez. 13ª Ed. Medellín, 2006.

En materia de nulidad de los actos administrativos la legislación procesal admite la relativización de la cosa juzgada, siempre que la sentencia sea desestimatoria de las pretensiones.

La justificación de esta previsión se encuentra en el principio de la rogación que impera en el sistema jurisdiccional contencioso administrativo, donde la cosa juzgada opera con fuerza *erga omnes* tan sólo en la sentencia que declara la nulidad del acto, pero no respecto de aquella que la deniega, en virtud de la limitación del pronunciamiento del juez a las invocaciones del demandante respecto de la norma violada y el concepto de la violación, situación que impide confrontar la norma con la totalidad del ordenamiento jurídico.

Por ello, el Consejo de Estado ha adoctrinado que “*en el caso de las sentencias que niegan la nulidad del acto demandado, se pueden presentar varias situaciones:*

a) Que un mismo acto administrativo sea objeto de diversas demandas, sin que automáticamente opere el fenómeno de cosa juzgada a partir de los pronunciamientos judiciales anteriores;

b) Que, por lo mismo, sobre un acto administrativo coexistan sin ser contradictorios, diversos pronunciamientos judiciales respecto de su legalidad, cuando la causa petendi que ha dado origen a los procesos es distinta en cada caso; y

c) Que únicamente, cuando sobre un mismo acto administrativo se discutan las mismas razones o causa petendi de un proceso anterior, habrá cosa juzgada.

En este orden, debe tenerse en cuenta que en aquellos eventos en que se niega la nulidad del acto administrativo, la decisión judicial no conlleva una declaratoria de legalidad categórica y definitiva del mismo, de manera que se pueda entender que ese acto queda dotado de un halo de intangibilidad de tal magnitud que vuelve completamente inatacable hacia futuro su presunción de legalidad.”⁷³

14.4. Sentencias que no hacen tránsito a cosa juzgada

Conforme a lo previsto en el artículo 333 del Código de Procedimiento Civil, no constituyen cosa juzgada las sentencias que se dicten en procesos de jurisdicción voluntaria, las que decidan situaciones susceptibles de modificación mediante proceso posterior, por autorización expresa de la ley, las que declaren probada una excepción de carácter temporal que no impida iniciar otro proceso al desaparecer la causa que dio lugar a su reconocimiento y las que contengan decisión inhibitoria sobre el mérito del litigio.

En materia constitucional no hace tránsito a cosa juzgada la decisión de rechazar la Acción de Tutela regulada en el artículo 17 del Decreto 2591 de 1991, por haberlo establecido la

⁷³ Consejo de Estado Sala de Consulta. Concepto 1878, abr. 29/2008. M.P. WILLIAM ZAMBRANO CETINA.

Corte Constitucional en sentencia C - 483 de 2008, en la cual determinó que la decisión de rechazo de la acción de tutela no hace tránsito a cosa juzgada y, por tanto, el accionante está legitimado para presentar la solicitud de protección constitucional nuevamente, con el cumplimiento de los requisitos mínimos para su admisión, sin que ello pueda entenderse como el ejercicio de una actuación temeraria. De esta forma se garantiza el derecho de acceso a la administración de justicia y se descarta cualquier posibilidad de que el accionante se encuentre ante una situación de denegación de justicia.

14.5. Reglas comunes a los efectos anteriores

Los efectos en que se profiere una sentencia, pueden ser o bien el resultado del derecho debatido, o bien de la naturaleza del conflicto, motivo por el cual se debe determinar con claridad la motivación del juez para extender hacia el pasado una decisión que, en principio, sólo cobijaba situaciones futuras, o bien hacia quienes no participaron, lo que por regla general solo afectaba a demandante y demandado. También puede ocurrir que en una sentencia se combinen varios efectos, por necesidad de proteger distintos derechos, o bien porque el conflicto amerita modular expresamente el efecto del fallo.

Así, una sentencia puede tener, al mismo tiempo, efectos *inter pares* (se ha aplicado una excepción de inconstitucionalidad), efectos *inter comunis* (se ha protegido a una comunidad) y efectos *ex tunc* (la protección se extiende aún a situaciones ocurridas con anterioridad a su expedición). Por supuesto, todo ello ocurrirá, necesariamente, donde la sentencia en principio hacía tránsito a cosa juzgada con efectos *inter partes* y hacia el futuro, *ex nunc*, es decir, en el trámite de una acción de tutela y requerirá expreso pronunciamiento de la Corte Constitucional en la parte resolutive.

No obstante, también puede ocurrir que la modulación se de en procesos contenciosos objetivos, donde la sentencia, en principio, debía tener efectos *erga omnes* y, por lo tanto, *ex nunc*, pero que al modularla, puede resultar cobijando aspectos anteriores *ex tunc*, tal y como ocurre cuando, por ejemplo, la Corte Constitucional, en ejercicio del control abstracto, declara una norma inconstitucional “desde la fecha de su expedición”, caso en el cual, todo aquello que hubiere ocurrido en su vigencia también se considerará nulo.⁷⁴

14.6. Fecha a partir de la cual surten efecto las decisiones de la Corte Constitucional

Conforme a lo previsto en el artículo 45 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, las sentencias de constitucionalidad tienen efectos a futuro, lo que en principio se entendería como el momento a partir del cual se suscribe el texto que a ella corresponde o el de su notificación o ejecutoria.

⁷⁴ Citamos como ejemplo la sentencia C - 1033 de 2006, que declaró inexecutable con efectos retroactivos el artículo 531 de la Ley 906 de 2004.

Sin embargo, en sentencia T - 832 de 2003, la Corte Constitucional manifestó: *“Entonces, una vez precisado que la fecha de una sentencia corresponde a aquella en que se adoptó la decisión en ella contenida, y no a aquella en que los magistrados suscriben su texto o los salvamentos o aclaraciones de voto, y teniendo en cuenta la índole de los fallos de constitucionalidad y sus efectos erga omnes y no inter partes, se logran elementos de juicio para determinar los efectos temporales de los fallos de constitucionalidad: Cuando no se ha modulado el efecto del fallo, una sentencia de constitucionalidad produce efectos a partir del día siguiente a la fecha en que la Corte ejerció, en ese caso específico, la jurisdicción de que está investida, esto es, a partir del día siguiente a aquél en que tomó la decisión de exequibilidad o inexecutableidad y no a partir de la fecha en que se suscribe el texto que a ella corresponde o el de su notificación o ejecutoria”*.⁷⁵

En la práctica, la Corte expide comunicados de prensa en los cuales anuncia el sentido de sus decisiones y un breve relato de la motivación y aunque no es motivo del presente estudio, vale la pena mencionar cómo en varias oportunidades la propia Corte ha anunciado decisiones en sus comunicados que son posteriormente modificadas en los textos definitivos de las sentencias, con los graves y evidentes problemas que ello conlleva. Al respecto, se citan tan sólo dos casos en los cuales la Corte en el comunicado de prensa anunció un sentido distinto del plasmado en el fallo, como fueron la declaratoria de inexecutableidad del artículo 531 de la Ley 906 de 2004 mediante sentencia C - 1033 de 2006 y la declaratoria de Exequibilidad de la ley 54 de 1990 mediante la sentencia C - 075 de 2007.

En el primero de los casos, esto es, la sentencia C-1033 de 2006, el comunicado de prensa anunció la decisión de *“Declarar INEXEQUIBLE el artículo 531 de la Ley 906 de 2004 “por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, a partir de la fecha de publicación de la Ley 906 de 2004.”*

Empero, en el texto original de la sentencia dado a conocer más se seis meses después, en su apartado final la Corte incluyó el siguiente texto: *“Ahora bien en aplicación de reiterada jurisprudencia⁷⁶ y dado que se trata de la regulación de un beneficio que es contrario a la Constitución la inexecutableidad así declarada lo será desde la fecha de publicación de la Ley 906 de 2004. Empero es claro que los efectos retroactivos de la sentencia se aplicaran es en aquellos procesos en los que no se haya ya concretado la prescripción o caducidad especial cuya inexecutableidad se decreta.”*

En el caso de la sentencia C - 075 de 2007, el comunicado manifestó expresamente lo siguiente:

“La Corte Constitucional, en la sesión de la Sala Plena celebrada el día 7 de febrero de 2007, adoptó las siguientes decisiones: (...) Declarar la exequibilidad de la Ley 54 de

⁷⁵ A este mismo respecto consúltese la sentencia C - 973 de 2004.

⁷⁶ Ver entre otras las sentencias C - 619/03 M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ S.P.V. RODRIGO ESCOBAR GIL, EDUARDO MONTEALEGRE LYNNET, ÁLVARO TAFUR GALVIS A.V. JAIME ARAUJO RENTERÍA A.V. LUCY CRUZ DE QUIÑONES, C - 421/06 M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS. AV. JAIME ARAUJO RENTERÍA..

1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección en ellas contenido se aplica también a las parejas homosexuales (...) Finalmente, precisó que esta decisión se circunscribe al régimen legal de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes regulado en la Ley 54 de 1990 y modificado por la Ley 979 de 2005 y por lo tanto, no cubre otras materias jurídicas”, posición que no aparece posteriormente ratificada en el texto definitivo de la sentencia, lo que llevó, acertadamente, a extender los efectos del fallo a situaciones personales derivadas de la unión marital.

En el primero de los casos se trató de la declaratoria de inexecutable con efectos *ex tunc* de la norma que permitía la reducción en los términos de prescripción de las acciones penales con el fin de descongestionar la administración de justicia y con ello lograr una mejor entrada en vigencia del sistema penal acusatorio, caso en el cual se entendía que todo proceso que hubiere terminado objetivamente por la regla de la prescripción debía, al amparo del comunicado de prensa, ser inmediatamente reanudado, por haber quedado sin piso la decisión mediante la cual se hubiere decretado la prescripción.

La incertidumbre ante una situación semejante fue absoluta, pues piénsese en las miles de personas que fueron desjudicializadas, muchas liberadas, al amparo de la previsión contenida en el artículo 531 de la Ley 906 de 2004, cuando, mediante sentencia recién publicada, se declaró inexecutable con efectos retroactivos el artículo que amparó tales decisiones, pues según el efecto anunciado en la sentencia de inconstitucionalidad, debían reanudarse todos los procesos y en tal virtud volver a vincular a aquellas personas que se hubieren beneficiado de la previsión, lo que incluía la recaptura de quienes hubieren sido liberados por efecto de la prescripción.

En el segundo de los casos, esto es, la unión marital entre compañeros del mismo sexo, la ausencia de claridad en la decisión conllevó a que sus efectos se limitaran tan sólo a la sociedad patrimonial, la cual, como se tiene por establecido, sólo puede ser declarada dos años después de la convivencia, situación que excluía expresamente todos los efectos “personales” de la unión marital, es decir, todos aquéllos derivados de la convivencia y antes de la declaratoria de la existencia de la sociedad patrimonial, lo que llevó a varios magistrados a aclarar su voto en tal sentido, por lo que en la sentencia que fuera posteriormente publicada nada se dijo al respecto, lo que llevó a las parejas que ostentaban tal condición a invocar derechos de distinto linaje que los patrimoniales propiamente dichos.

14.7. Efecto de la sentencia de tutela frente a otros procesos judiciales

El profesor Néstor Raúl Correa Henao⁷⁷ formula el siguiente interrogante en la segunda edición de su texto titulado Derecho Procesal de la Acción de Tutela: “¿Cuál es el valor probatorio de una sentencia de tutela en otro proceso judicial?” a lo que responde:

⁷⁷ CORREA, HENAO, NÉSTOR RAÚL. Derecho Procesal de la Acción de Tutela. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 2005, 2ª Edición. Pág. 292.

“Yo considero que el fallo de tutela es mera prueba en ese segundo proceso de responsabilidad, mas no cosa juzgada. En esas condiciones, los hechos, las pruebas y demás aspectos de la tutela no tienen el carácter de indiscutibles. Al contrario, son discutibles en la nueva sede judicial. Tal afirmación, empero, habría que atenuarla para la parte resolutive del fallo de tutela, el cual no puede ser modificado en el nuevo proceso, abstracción hecha, desde luego, de la tutela transitoria. Y esta afirmación, a su vez, tiene un segundo matiz: una cosa es el fallo que concede la tutela –que en ese punto es discutible–, y otra cosa es el fallo que niega la tutela, el cual no comporta una exoneración para otros regímenes jurídicos, de suerte que el campo queda aún más despejado para futuros pronunciamientos.

Esta limitación a la cosa juzgada de la tutela se justifica por el derecho de defensa, pues 10 días que dura la tutela es tiempo suficiente para establecer si se debe proteger, o no, un derecho fundamental, pero es un tiempo insuficiente para defenderse de un cargo de responsabilidad civil o penal. Esa ausencia física de tiempo impide una defensa técnica y, con ello, un efectivo ejercicio del derecho de defensa.”

Esta teoría supone tres premisas fundamentales: i.- El fallo de tutela es mera prueba en un segundo proceso judicial; ii.- El fallo de tutela no hace tránsito a cosa juzgada material, es, por lo tanto, un fallo meramente formal; iii.- El proceso de tutela atípico, como se le reconoce, viola el derecho de defensa de la parte contra quien se concede el amparo o de quien, habiéndolo pedido, no le es concedido, en virtud de la imposibilidad de controvertir las pruebas o de aportar las necesarias para ejercer el pleno derecho de defensa y; iv.- La ausencia de defensa técnica torna en reversible la decisión adoptada en la sentencia de tutela.

Los postulados anteriores imponen el análisis de cada uno de los elementos que estructuran esta teoría para determinar si hay lugar o no a aplicarla en el concierto jurídico de las acciones ordinarias, no constitucionales, que se susciten como resultado de una sentencia de tutela, a la luz de la jurisprudencia que sobre la cosa juzgada ha producido la Corte Constitucional.

Pero antes de analizar el concepto de cosa juzgada a la luz de la doctrina constitucional, resulta imperativo definir el concepto de jurisdicción, de la cual hacen parte los jueces de tutela:

El concepto general de Jurisdicción se ha definido tradicionalmente como *“la función pública de hacer justicia.”*⁷⁸

El vocablo jurisdicción, como bien lo anotan los estudios del derecho procesal⁷⁹ significa *“poder o autoridad que se tiene para gobernar y poner en ejecución las leyes o para aplicar-*

⁷⁸ COUTURE, EDUARDO J. Fundamento del Derecho Procesal Civil. Ed. B de F. 4a. Edición. Buenos Aires, 2002.

⁷⁹ Al respecto consúltese las obras de HERNANDO DEVIS ECHANDÍA en sus Nociones Generales de Derecho Procesal Civil, HERNANDO MORALES MOLINA en su Curso de Derecho Procesal Civil parte General y JAIRO PARRA QUIJANO en su Derecho Procesal Civil parte General Tomo I.

las en juicio”⁸⁰, y etimológicamente significa declarar, expresar el derecho, de los vocablos latinos *iuris* (justo, de derecho, jurídico) y *dictio* (dicción, expresión, sentencia o fallo).

En sentencia T - 006 de 1992, la Corte Constitucional, al definir la jurisdicción constitucional, determinó que los jueces de tutela también hacen parte de ella:

“La jurisdicción constitucional, bien comprendido su objeto, debe entenderse en sentido material, máxime si se tiene en cuenta que las competencias específicas sobre el particular no se radican en un único órgano judicial. (...)”

El artículo 241 de la Constitución Política confía a la Corte Constitucional la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución y enumera los asuntos de constitucionalidad sobre los cuales debe pronunciarse.

El artículo 237 de la Constitución Política atribuye al Consejo de Estado el conocimiento de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional. De otra parte, según la misma norma, como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, conforme a las reglas que señale la ley, le corresponde pronunciarse sobre la constitucionalidad de la actuación administrativa.

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona tendrá acción para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales.”

Conforme a la sentencia citada, es claro que cuando un juez profiere una sentencia de tutela no sólo lo estará haciendo en uso del poder de dictar el derecho, inherente a él, sino como parte de la jurisdicción constitucional, de la cual hace parte y la integra.

Claro es, entonces, que su sentencia estará provista del efecto procesal de la cosa juzgada, pues de otra forma se desconocería el principio rector del debido proceso, según el cual ninguna persona puede ser sometida dos veces a mismo juicio, por los mismos hechos y por la misma causa.

Dicho lo anterior, se procede a estudiar en detalle el principio constitucional del *non bis in idem*.

En sentencia T-368 de 1993 la Corte Constitucional determinó los alcances de la Cosa Juzgada, así:

⁸⁰ Real Academia de la Lengua Española. “Diccionario de La Lengua Española”. Ed. Espasa Calpe. Vigésima Primera Edición. Madrid, 1992. Tomo II. Pág. 1215.

“El fundamento del principio de la cosa juzgada está, según COUTURE, en la eficacia de la jurisdicción, pues “donde hay cosa juzgada hay jurisdicción y donde no hay cosa juzgada no hay jurisdicción”. La eficacia de la jurisdicción es una exigencia de todo orden jurídico. Ahora bien, el concepto orden supone la armonía, y ésta es imposible en plano socio-jurídico sin la existencia de un respeto real a la certeza judicial. (...)

Luego el fundamento, en estricto sentido, del principio de la cosa juzgada radica en la consumación de las etapas lógicas y cronológicas del proceso, mediante una sentencia que dice el derecho (iuris dictio) en el caso concreto.

En cuanto a la esencia del principio de la cosa juzgada, la Sala encuentra que es la certeza judicial. No se trata de una opinión jurídica, sino de una verdad a la cual adhiere el intelecto del juez, sin vacilación alguna, por cuanto ya ha sido aprobado y debatido el hecho en la litis.

La certeza judicial es una posición intelectual en virtud de la cual el juez adhiere a una verdad evidenciada en el proceso, de suerte que exige inviolabilidad e incondicionalidad por parte del Estado y el acatamiento correspondiente de los asociados, por cuanto se torna en elemento indispensable del orden social justo. Por ello es un acto de justicia, y no una hipótesis jurídica, por tratarse de una cosa debida, en estricto sentido, a la colectividad, y, en consecuencia, es de interés general y parte constitutiva del bien común.(...)

Además, sin el principio de la cosa juzgada el proceso no tendría razón de ser. El medio que no conduce a un fin es absolutamente inocuo. Desestabilizar, pues, el orden jurídico mediante la relativización de la cosa juzgada equivale a desconocer un logro que la humanidad, desde los juristas romanos, descubrió: la intangibilidad de la cosa juzgada como principio conveniente para la convivencia humana y necesario para lograr el orden social justo; y ese principio, por su razonabilidad, se hizo válido en todos los tiempos y en todos los lugares, no como ficción, sino como muestra de operatividad de la función judicial que es capaz de discernir, verificar y luego dar a cada uno lo suyo, de manera cierta y definitiva. No en vano se sentó la máxima res iudicata pro veritate habetur (“la cosa juzgada se tiene por verdadera), para significar que el proceso termina con una sentencia que no es producto del arbitrio injustificado, sino de la consumación de unos actos coordinados que se ordenan a un fin racional: la justicia.”

Esta doctrina, avalada, entre otras, en las sentencias T - 368 de 1993, T - 520 de 1993, T - 575 de 1993, C - 974 de 2001, C - 088 de 2002, C - 870/02 y C - 1076 de 2002, ha tenido un extenso desarrollo jurisprudencial, como se demostró en el presente capítulo.

El principio, según la misma corporación, no se aplica de manera restrictiva al derecho penal, sino a todas las ramas del derecho. En sentencia T - 520 de 1993, la Corte afirmó: *“el postulado en mención se extiende a toda clase de procesos y no únicamente a los penales. Más aún, también es aplicable en las actuaciones administrativas según perentorio mandato del citado artículo 29 de la Carta.”*

Se desprende, entonces, de los pronunciamientos transcritos, lo siguiente:

A.- El juez de tutela ejerce función jurisdiccional.

B.- Entendida la jurisdicción como la función pública de hacer justicia, se entiende también que el juez de tutela efectivamente imparte justicia.

C.- La sentencia de tutela es el resultado de un proceso jurisdiccional, no es la mera opinión de un juez sino la deducción fundada de la violación o amenaza de un derecho de stirpe constitucional.

D.- La sentencia por lo tanto hace tránsito a cosa juzgada.

Sin embargo, subsiste el interrogante: ¿La sentencia de tutela hará tránsito a cosa juzgada material con efectos inter-partes? Para contestar este interrogante es necesario remitirse de nuevo a la jurisprudencia constitucional.

En materia de Acción de Tutela, la corte ha determinado que no es procedente la misma acción cuando el objeto es la invalidación de una decisión anterior proferida por un juez de esta misma jurisdicción. Así mismo, ha dicho en varios de sus pronunciamientos⁸¹ que *“la sentencia proferida contra otra sentencia de tutela es improcedente, dado que la única posible intervención de los afectados contra la decisión del juez constitucional por vía de tutela, consiste en manifestar su inconformidad con la decisión solicitando la selección del asunto”*, aceptando, sin embargo, que en casos excepcionales es viable la declaratoria de nulidad de una sentencia y aún su inaplicación cuando su contenido o la orden impartidas son material y sustancialmente contrarias a la Constitución.

Precisa la Corte: *“la actora instauró una acción de tutela contra una decisión de la misma naturaleza, amparada con la inmutabilidad que comporta la cosa juzgada constitucional material y formal.”*

Si, entonces, para la misma Corte la sentencia dictada en un proceso de tutela hace tránsito a cosa juzgada material y formal, ¿cómo podría entonces un juez ordinario invalidarla en un nuevo proceso? Salvo algunas excepciones que se consignan a continuación, simplemente no puede, pues, en efecto, varias excepciones han sido fijadas en torno a la cosa juzgada constitucional y son estas:

Primera.- Cuando el hecho configura una doble sanción. *“La Corte ha considerado como ajustadas a la Constitución normas que permiten que por la misma conducta, una persona sea sometida a un proceso disciplinario de manera concurrente con otros juicios sancionatorios dentro de los que se encuentran los penales, contencioso administrativos por nulidad*

⁸¹ Vgr. Sentencia T - 625 de 2002. Magistrado Ponente Dr. ÁLVARO TAFUR GALVIS.

del acto de elección del servidor público, de responsabilidad patrimonial del funcionario público y los de índole administrativa, fiscal, correccional civil y correccional penal. Igualmente la Corte ha aceptado la concurrencia de sanciones disciplinarias con el retiro de la carrera administrativa, y con sanciones en materia de ética médica, civil, laboral y familiar. La Corporación también ha considerado que no existe violación al principio non bis in idem cuando juicios penales concurren con procesos correccionales o con incidentes relativos al arresto por desacato.”⁸²

Segunda.- Cuando, a pesar de haberse absuelto a una persona en virtud de normas y procedimientos nacionales, un tribunal internacional lo solicita para su juzgamiento ulterior conforme a normas reconocidas en tratados internacionales.

Tercera. - Cuando la sentencia no cobije a todos los interesados, tanto en el proceso de tutela como en el proceso ordinario. Así lo reconoció la Corte en la sentencia T - 751 de 2004, en la cual la corporación indicó: *“Desea la Sala precisar que los alcances del presente fallo de ninguna manera se extienden a dicho proceso penal, y que, naturalmente, es el juez de esta materia el llamado a verificar la existencia o no de responsabilidad penal por parte de la señora (...) en aquello que se le imputa y a decidir, de acuerdo con la ley penal, lo que en derecho corresponda en relación con los bienes que formen parte del objeto de dicho proceso. Que la sentencia que la Corte estudia en sede de tutela, proferida en el proceso posesorio, se encuentre viciada por una vía de hecho, no impide el ejercicio de las competencias de la Fiscalía General de la Nación o del Juez Penal, sobre las personas investigadas o los bienes objeto de la acción penal; Aunque se trate de los mismos bienes que son objeto de esta tutela. No obstante, en aras de la claridad, la Sala hará una advertencia en este sentido.”*

Cuarta.- Cuando, como bien lo anota Correa Henao, la tutela se conceda como mecanismo transitorio, caso en el cual el afectado, conforme a lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991, dispone de un tiempo prudencial, normalmente fijado por el Juez, para acudir a la jurisdicción ordinaria a solicitar el amparo del derecho conculcado.

Quinta.- En general cuando los efectos de la tutela sean transitorios y no definitivos.

⁸² Corte Constitucional, Sentencia C - 870 de 2002. M. P. Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOZA. Por razones de espacio suprimimos las citas que la corte realiza en esta sentencia, las cuales se refieren expresamente a las sentencias C - 244 de 1996, T - 537 de 2002 (M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO), T - 852 de 2000 (M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS), C - 391 de 2002 (M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO), T - 562 de 2002 (M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS), C - 233 de 2002 (M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS), C - 371 de 2002 (M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO), C - 827 de 2001 (M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS), C - 597 de 1996 (M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO), C - 661 de 2000 (ÁLVARO TAFUR GALVIS), C - 484 de 2000 (M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO), C - 196 de 1999 (M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA), C - 037 de 1996 (Magistrado Ponente VLADIMIRO NARANJO MESA), C-259 de 1995 (M.P. HERNANDO HERRERA VERGARA), C - 728 de 2000 (M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ), C - 620 de 2001 (M.P. JAIME ARAUJO RENTERÍA), C - 092 de 1997, y la Sentencia C - 092 de 1997 (Magistrado Ponente CARLOS GAVIRIA DÍAZ).

Entonces, contrario a lo expresado tanto por el profesor CORREA HENAO, como por el tratadista JUAN CARLOS HENAO en su obra “*Responsabilidad del Estado por Daño Ambiental*”⁸³ la sentencia de tutela no puede considerarse como “mera prueba” en el proceso posterior que se derive de ésta. Varias son las razones que llevan a esta conclusión:

La primera de índole constitucional y se funda en el principio del non bis in idem. Si la Constitución quiso que el Juez de tutela resolviera los casos en un término prudencial de 10 días, mal haría un juez en apartarse de esta previsión en un proceso posterior, no constitucional, para invalidar la decisión previamente adoptada.

En segundo lugar, si en el proceso tutelar se discuten los mismos hechos que van a configurar un nuevo proceso de índole reparativa (y recuérdese que la tutela no tiene ese carácter), deberá atenerse la declaración al efecto derivado del primer pronunciamiento, esto es, al daño y su valoración.

No de otra forma podría entenderse la institución de la cosa juzgada, pues piénsese por un momento, por ejemplo, que en un proceso de responsabilidad extracontractual donde se discutan los daños causados por la violación al derecho fundamental por parte de un particular a otro particular, no fuera posible tener como probado el hecho generador o la relación de causalidad, para, a partir de allí, una vez establecidos hecho y nexo, liquidar el daño causado.

Mediando una declaración judicial, contenida en un fallo de tutela en el que se reconoce la violación del derecho fundamental, debe sustraerse del litigio toda controversia sobre: i.- la ocurrencia del hecho dañino; ii.- la culpa y iii.-el nexo de causalidad, ya que estos elementos ya fueron analizados por el juez de tutela, quien en juicio anterior estableció la efectiva violación del derecho, tal como lo dispone el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991.

De acuerdo con lo expresado, en procesos donde sea viable la fijación del litigio, como por ejemplo aquéllos donde sea factible la audiencia consagrada en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil⁸⁴, el juez, al decidir sobre las materias que van a ser debatidas y por lo tanto requieren de examen probatorio, debe prescindir de todo cuanto en el proceso tutelar anterior hubiere sido debatido y reconocido y en su lugar disponer, si así no lo hubieren hecho las partes, de la solicitud de dicho proceso en copia auténtica para incorporarlo como prueba trasladada al nuevo debate. Con esto se elimina de la contención toda discusión tendiente a demostrar el hecho, la culpa y el nexo causal, restando tan sólo la estimación del perjuicio, aclarando, por supuesto, que en el actual sistema legal no se admiten las condenas meramente punitivas -reconocidas en el derecho consuetudinario-, por lo que será menester de las partes, en virtud del principio *incumbit actori*, demostrar con las pruebas ad-

⁸³ Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Bogotá, 2000, página 199, citado por Juan Carlos Henao, Op Cit, pág. 293.

⁸⁴ Recordando que ni la Ley 446 de 1998 ni la Ley 640 de 2001, ni la Ley 1395 de 2010 derogaron tal audiencia en su totalidad sino la primera parte que consagra la etapa conciliatoria.

mitidas por la ley, tanto el daño como el perjuicio y, con base en ello, fundar la pretensión de reparación.

El profesor JUAN CARLOS HENAO se pregunta si se debe decretar en forma automática la responsabilidad del Estado con la sola prueba del daño ambiental o aún del consecutivo,⁸⁵ y la respuesta se encuentra nuevamente en la jurisprudencia constitucional que enseña que si respecto del proceso anterior existe identidad de causa, identidad de objeto e identidad en la persona, debe atenerse el juez del nuevo proceso a lo allí probado, pero se itera que no habrá cosa juzgada constitucional si no se dan estos tres elementos, pues es claro que allí lo que habrá será un nuevo proceso, donde se podrán ventilar todos aquellos aspectos no debatidos originalmente.

Es apenas evidente, además, que si en el nuevo proceso se van a discutir nuevos hechos o se van a ventilar pretensiones que no se fundan en situaciones debatidas en su integridad en el proceso de tutela, no será viable invocar la cosa juzgada, simplemente porque no se dan los elementos que la estructuran, caso en el cual la sentencia de tutela tan solo prestará el mérito necesario para demostrar el efecto jurídico que consagra la norma invocada.⁸⁶

14.4. Desestimación de la cosa juzgada

El ordenamiento procesal vigente impide que ciertas sentencias que han hecho tránsito a cosa juzgada material, a pesar de ello, extiendan sus efectos en el tiempo, por razones de seguridad jurídica, imperio de la ley, interés público prevalente e insostenibilidad de la decisión por estar fundada en el fraude.

Para ello, la legislación adjetiva ha previsto un recurso extraordinario denominado “revisión”, el cual contempla causales de anulación de los fallos que habiendo sido dictados en procesos contenciosos, civiles, penales, laborales o administrativos, han transitado por la materialidad de la *res iudicata*.

Dicho recurso, por regla general, resulta exógeno al litigio, es decir, se tramita después de terminado el proceso, pues su presupuesto yace precisamente en la sentencia que le puso fin.

En materia civil, son causales de revisión las contempladas en el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil de 1970, dentro de las cuales se cuentan el hallazgo de documentos que la parte no pudo encontrar por fuerza mayor, caso fortuito o por obra o fraude de la parte contraria; haberse declarado falsos por la justicia penal documentos que fueron decisivos para el pronunciamiento de la sentencia recurrida; haberse basado la sentencia en declaraciones de personas que fueron condenadas por falso testimonio en razón de ellas; Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilíciti-

⁸⁵ Ibid 20.

⁸⁶ NISIMBLAT Nattan, ATSHAN Gamal, TICORA Martha, González Martha, EFECTOS DEL FALLO DE TUTELA Y LA COSA JUZGADA INTER PARTES Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2006.

tos cometidos en la producción de dicha prueba; haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia; haber existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso en que se dictó la sentencia, aunque no haya sido objeto de investigación penal, siempre que haya causado perjuicios al recurrente; Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento; Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso y; Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada, entre las partes del proceso en que aquella fue dictada, siempre que el recurrente no hubiera podido alegar la excepción en el segundo proceso por habersele designado curador *ad litem* y haber ignorado la existencia de dicho proceso.

En el proceso penal, son causales de revisión las contempladas en el artículo 220 de la Ley 600 de 2000 (sistema escrito – inquisitivo) y las reguladas en el artículo 193 de la Ley 906 de 2004 (sistema oral – semi acusatorio).

Conforme a lo dispuesto en la Ley 906 de 2004, la acción de revisión procederá en los siguientes casos: cuando se haya condenado a dos (2) o más personas por un mismo delito que no hubiese podido ser cometido sino por una o por un número menor de las sentenciadas; Cuando se hubiere dictado sentencia condenatoria en proceso que no podía iniciarse o proseguirse por prescripción de la acción, por falta de querrela o petición válidamente formulada, o por cualquier otra causal de extinción de la acción penal; Cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado, o su inimputabilidad; Cuando después del fallo absolutorio en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, se establezca mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia, un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente tales violaciones; Cuando con posterioridad a la sentencia se demuestre, mediante decisión en firme, que el fallo fue determinado por un delito del juez o de un tercero; Cuando se demuestre que el fallo objeto de pedimento de revisión se fundamentó, en todo o en parte, en prueba falsa fundante para sus conclusiones; Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, tanto respecto de la responsabilidad como de la punibilidad.

Frente a la decisión de constitucionalidad, ha dicho la Corte que la posibilidad de que el Pleno de la Corte Constitucional anule un proceso de constitucionalidad se presenta cuando, en el trámite en la propia Corte Constitucional, se ha incurrido en violaciones al debido proceso.

Para ello, la propia Corte estableció dos requisitos generales de procedibilidad de la nulidad contra sus propias decisiones, a saber: 1. Que sea alegada antes de proferida la sentencia, o, cuando la irregularidad se predique de la propia sentencia, dentro del término de tres días siguientes a la notificación y; 2. Que no se trate de un nuevo juicio de constitucionalidad,

cuando tal nulidad no se origina en una irregularidad del proceso de constitucionalidad, sino que remite a un nuevo examen del trámite legislativo de la disposición que fue objeto del pronunciamiento de la Corte.

Mediante Auto No. 156 de 2008 la Sala Plena de la Corte Constitucional resolvió una petición remitida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la que ordenó remitirle la sentencia proferida el 26 de junio de 2008 mediante la cual se profirió condena contra YIDIS MEDINA PADILLA, quien en su calidad de ex Representante a la Cámara aceptó cargos por el delito de cohecho propio. La Corte Constitucional estimó que la solicitud se contrajo a la revisión de la sentencia C - 1040 de 2005 que declaró exequible el trámite del Acto Legislativo N° 02 de 2004, por medio del cual se estableció la posibilidad de reelección presidencial en Colombia.⁸⁷

En el mencionado auto la Corte dictaminó:

“Constata la Corte Constitucional que en la sentencia de junio 26 de 2008, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió, en el numeral octavo, *“[d]ar cuenta del presente fallo a la Corte Constitucional, a la Procuraduría General de la Nación y a la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes, para los fines señalados en la parte motiva de esta providencia”*. Sobre tales finalidades, en la parte motiva de la sentencia, en el párrafo de conclusión de las consideraciones sobre el Acto Legislativo 2 de 2004, se dice lo siguiente:

“De lo expuesto se concluye que el delito no puede generar ningún tipo de legitimación constitucional o legal, razón que lleva a la Corte a ordenar la remisión de copia de esta sentencia al Tribunal Constitucional y a la Procuraduría General de la Nación para los fines que estimen pertinentes”.

Con lo anterior, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia pone de presente que la competencia para juzgar el Acto Legislativo 2 de 2004 le corresponde a la Corte Constitucional. Las consideraciones plasmadas en la sentencia penal citada apuntan a justificar la remisión de la misma a esta Corporación, la única competente para pronunciarse sobre la validez de las reformas constitucionales.

En efecto, tal como se dispone en el artículo 241 de la Constitución, *“[a] la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con*

⁸⁷ La Corte Constitucional en las Sentencias C - 1040 y C - 1041 se pronunció de manera específica sobre el trámite legislativo del Acto Legislativo 2 de 2004 en relación con los distintos cargos que se habían formulado en su contra. Adicionalmente, en relación dicho acto legislativo, la Corte expidió las sentencias C-1042, C - 1043, C - 1044, C - 1045, C - 1046, C - 1047, C - 1048, C - 1049, C - 1050, C - 1051, C - 1052, C -1053, C - 1054, C - 1055, C - 1056 y C - 1057 de 2005, C - 034, C - 174 y C - 278 de 2006.

tal fin, cumplirá las siguientes funciones: // 1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, solo por vicios de procedimiento en su formación. (...)”

2. Las sentencias de la Corte Constitucional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional y no son susceptibles de recurso alguno.

Tal y como lo consagra expresamente el artículo 243 de la Constitución Política, “*los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional*”. En armonía con esa previsión de la Carta, en el artículo el artículo 49 del Decreto 2067 de 1991 se dispone que “*contra las sentencias de la Corte Constitucional no procede recurso alguno*”.

Lo anterior quiere decir que no es posible que la Corte Constitucional revise, de oficio o por solicitud de sujeto interesado o de autoridad pública, las decisiones que haya adoptado mediante sentencia ejecutoriada.

En el año 2005 la Corte Constitucional se pronunció de manera definitiva sobre la constitucionalidad del Acto Legislativo 2 de 2004 que estableció la posibilidad de reelección presidencial en Colombia.⁸⁸

En esa oportunidad la Corte hizo un exhaustivo análisis, a la luz de los cargos que habían sido formulados, sobre el procedimiento legislativo y encontró que el mismo se había ajustado a la Constitución.

Ello no desconoce la posibilidad de que un congresista haya obrado por motivaciones ilícitas, que es lo que se desprende del fallo de la Corte Suprema de Justicia en el caso de la ex-congresista YIDIS MEDINA. Para tal eventualidad estaba abierta la vía para determinar la responsabilidad penal que le corresponda por dichas actuaciones, como en efecto ocurrió.

2. Se ha planteado que los hechos de que da cuenta la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que se ha remitido a esta Corporación podrían dar lugar a que se declare la nulidad de las Sentencias en las que la Corte Constitucional se pronunció sobre el trámite de aprobación del Acto Legislativo 02 de 2004. Sobre el particular observa la Corte Constitucional que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49 del Decreto 2067 de 1991, antes

⁸⁸ La Corte Constitucional en las Sentencias C - 1040 y C - 1041 se pronunció de manera específica sobre el trámite legislativo del Acto Legislativo 2 de 2004 en relación con los distintos cargos que se habían formulado en su contra. Adicionalmente, en relación dicho acto legislativo, la Corte expidió las sentencias C -1042, C - 1043, C - 1044, C - 1045, C - 1046, C - 1047, C - 1048, C - 1049, C - 1050, C - 1051, C - 1052, C -1053, C - 1054, C - 1055, C - 1056 y C - 1057 de 2005, C - 034, C - 174 y C - 278 de 2006.

de proferido el correspondiente fallo, es posible alegar la nulidad de un proceso ante la Corte Constitucional, acreditando la existencia de una irregularidad que implique violación del debido proceso. En una interpretación sistemática de las disposiciones aplicables, la jurisprudencia constitucional ha concluido que la solicitud de nulidad puede presentarse incluso contra la propia sentencia, dentro de los tres días siguientes a su notificación, sin que ello signifique “... *que haya un recurso contra las providencias de la Corte Constitucional, ni que la opción de solicitar la nulidad pueda llegar a convertirse en una nueva oportunidad para reabrir el debate o examinar controversias que ya fueron concluidas.*”

De este modo, la posibilidad de que el Pleno de la Corte Constitucional anule un proceso de constitucionalidad se presenta cuando, en el trámite en la propia Corte Constitucional, se ha incurrido en violaciones del debido proceso. De allí que la nulidad sólo pueda alegarse antes de proferida la sentencia, o, cuando la irregularidad se predique de la propia sentencia, dentro del término de tres días siguientes a la notificación. No cabe, entonces, por esta vía, pretender una nulidad, que de lugar a un nuevo juicio de constitucionalidad, cuando tal nulidad no se origina en una irregularidad del proceso de constitucionalidad, sino que remite a un nuevo examen del trámite legislativo de la disposición que fue objeto del pronunciamiento de la Corte.

3. El artículo 241 de la Constitución Política, al confiarle a la Corte Constitucional “*la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución*”, establece igualmente que las funciones asignadas a dicho tribunal deberán cumplirse “*en los estrictos y precisos términos de este artículo*”.

En materia de actos reformativos a la Constitución, la propia Carta ha puesto dos condiciones para el ejercicio del control de constitucionalidad por la Corte, la primera que dicho control sólo procede por vicios de forma o de trámite, y la segunda es que tales vicios deben ser planteados ante la Corte Constitucional dentro del año siguiente a la expedición del respectivo acto.

Se trata, pues, de que en la oportunidad prevista por la Constitución, la Corte va a juzgar si el trámite de la reforma cumplido por el Congreso se ajustó a los parámetros constitucionales y legales. Una vez cumplido ese juicio y concluido el proceso con sentencia, la misma, por expresa disposición constitucional, queda revestida de autoridad de cosa juzgada, sin que, como se ha visto, frente a ella quepa interponer ningún recurso y sin que sea posible que el asunto decidido sea nuevamente planteado ante la Corte.

Se trata de un asunto de seguridad jurídica, plasmado en la misma Constitución, que quiso, precisamente, evitar la inestabilidad jurídica e institucional que se produciría si se deja abierta la posibilidad de que los actos del Con-

greso sean revisados por vicios de forma años después de haber sido expedidos y de, por consiguiente, haber generado un sin número de efectos jurídicos y prácticos en la vida del país.

Por eso el constituyente fue expreso en establecer, en el numeral 3° del artículo 242 de la Carta, que las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto. Dicha disposición fue reiterada en relación con los actos reformativos de la Constitución por el artículo 379 Superior, a cuyo tenor, “[l]a acción pública contra estos actos sólo procederá dentro del año siguiente a su promulgación”.

Y por eso es claro que una vez que la Corte Constitucional ha emitido su fallo, el mismo es definitivo, y los actos del Congreso, si la Corte los declara ajustados a la Constitución y vencido el término de caducidad para las acciones por vicios de forma, quedan dotados de certeza sobre su conformidad con la Constitución, sin que quepa, en ningún caso, un nuevo examen sobre el particular.

En ese contexto se inscribe el concepto de la cosa juzgada constitucional y la imposibilidad de que las sentencias de la Corte sean revisadas.

Por las anteriores razones no cabe plantear ahora, tres años después de expedido el acto legislativo y una vez decidida su constitucionalidad mediante Sentencia de la Corte Constitucional, como un asunto nuevo, con base en elementos que no fueron conocidos entonces, una nueva controversia sobre el trámite del proyecto de reforma, porque se ha vencido ya el término de caducidad establecido en la Constitución. No puede perderse de vista que se trata de un término fijado en la propia Constitución y frente al cual el estatuto Superior no estableció excepciones, de manera que tampoco puede establecerlas la ley, ni cabe que la Corte Constitucional deje de tenerlo en cuenta.

Por esa razón frente a la remisión que hiciera la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional no tiene alternativa distinta que la de declarar que ha perdido su competencia para un nuevo pronunciamiento sobre el Acto Legislativo 02 de 2004, porque (i) la Corte ya decidió sobre su constitucionalidad en sentencias que han hecho tránsito a cosa juzgada constitucional; (ii) dichas sentencias no son susceptibles de recurso alguno y (iii) en relación con el Acto Legislativo 2 de 2004 ha operado el término de caducidad previsto en la Constitución. En consecuencia, la validez del Acto Legislativo 2 de 2004 no puede ahora ser desconocida ni cuestionada.”

14.5. Desestimación constitucional de la cosa juzgada: Acción de Tutela contra providencias judiciales

En los debates de la Asamblea Nacional Constituyente suscitados en torno al artículo 86 de la Constitución se discutió acerca a la imposibilidad de extender los efectos de la tutela a situaciones jurídicas consumadas o contra sentencia que hubiere hecho tránsito a cosa juzgada, pues la función de control constitucional, en virtud de las previsiones contenidas en los artículos 4º y 6º de la Constitución – también debatidos en el mismo seno-, que ordenaban al juez ordinario resolver definitivamente sobre los debates constitucionales que se presentaren en los procesos judiciales⁸⁹.

En acatamiento a lo previsto en los artículos transitorios 5 y 6 de la Constitución, el Presidente de la República expidió el Decreto 2591 de 1991, en el cual reglamentó el ejercicio de la Acción de Tutela y su procedencia contra decisiones judiciales en los artículos 11, 12 y 40, según los cuales la acción sólo podía ser interpuesta dentro de los dos meses siguientes a la ejecutoria de la providencia (art. 11), debiendo interponerse ante el superior jerárquico inmediato (art. 40).

Como requisito de procedibilidad el artículo 40 estableció cuatro condicionantes expresos, uno positivo y tres negativos: 1. Que la providencia atacada fuera la causa directa de la violación de uno o más derechos fundamentales; 2. Que no existiera otro mecanismo idóneo para impugnar la decisión, salvo que se tratara de evitar la consumación de un perjuicio irremediable, caso en el cual la procedencia era transitoria; 3. Que la acción no tuviere como fin la controversia sobre el debate probatorio y; 4. Que no se fundamentare en errónea interpretación judicial.

Dos sentencias fundantes para la jurisprudencia constitucional en materia de tutela fueron la T - 006 de 1992 y la T - 494 de 1992 proferidas al amparo de los mencionados los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991. En ambas se reconoció el valor supremo de la Constitución y se definió el nuevo sistema de jurisdicción constitucional, lo que llevó a que las normas fueran demandadas ante la misma Corte, la cual los declaró inexecutable mediante sentencia C - 543 de 1992, con un vehemente salvamento de voto presentado por los magistrados ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, CIRO ANGARITA BARÓN Y EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

No obstante la declaratoria de inexecutable y la fuerza vinculante de la sentencia de constitucionalidad (*erga omnes*), la Corte corrigió su propia doctrina y mediante sentencia de tutela T - 079 de 1993, (posterior y con efectos *inter partes*), aceptó la procedencia excepcional de la acción constitucional de amparo contra providencias judiciales.

A largo de los años, la Corte elaboró varios conceptos jurisprudenciales en torno a las causales de procedencia o procedibilidad de la acción, con base en los lineamiento del derecho administrativo y la teoría de las actuaciones de hecho, para formular la hipótesis de la “vía

⁸⁹ JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO, Gaceta Constitucional No. 77.

de hecho judicial”, la cual se concentró en cuatro posibles violaciones o “defectos”, denominados por la Corte como fácticos, sustantivos, procedimentales y orgánicos.

Esta posición jurisprudencial se mantuvo hasta el año 2004, con la expedición de la sentencia T - 774 de 2004, cuando la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO y Rodrigo Escobar Gil, adoptó un nuevo criterio según el cual el concepto de *vía de hecho* debía ser objeto de revisión y readecuación para dar paso a otro nuevo que la Sala denominó “*causales genéricas de procedibilidad*”, criterio que se mantuvo hasta el año 2005 con la fuerza del “precedente judicial”, es decir, la influencia de una sentencia con efectos *inter partes*.

Fue tan solo hasta dicho año, 2005, que con motivo de la demanda de inconstitucionalidad formulada contra la expresión “ni acción” contenida en el artículo 185 de la Ley 906 de 2004, que la Corte tuvo la oportunidad de elevar su “precedente judicial” al rango de “doctrina constitucional”⁹⁰ y con ello establecer definitivamente, con carácter *erga omnes*, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

14.5.1. Justificación constitucional de la procedencia de la Acción de Tutela contra decisiones judiciales

Estos son algunos apartes de la sentencia C - 590 de 2005, mediante la cual se declaró inexecutable la expresión “ni acción” contenida en el artículo 185 de la Ley 906 de 2004 que reza literalmente “cuando la Corte aceptara como demostrada alguna de las causales propuestas, dictará el fallo dentro de los sesenta (60) días siguientes a la audiencia de sustentación, contra el cual no procede ningún recurso ni acción, salvo la de revisión”:

“Aparte de la dificultad de dar prelación al método *originalista* en casos como el presente, - es decir, en aquellos casos en los cuales la aplicación de dicho método podría contradecir abiertamente el texto de la disposición y, adicionalmente, podría tener como efecto la restricción de un mecanismo de garantía de los derechos fundamentales- , lo cierto es que en este caso la aplicación rigurosa del método *originalista* no nos conduciría al resultado mencionado.

El valor de cosa juzgada de las sentencias y el principio de seguridad jurídica suponen que los fallos son respetuosos de los derechos y ese respeto no se determina a partir de la visión que cada juez tenga de ellos sino del alcance que les fije la Corte Constitucional, pues esta es la habilitada para generar certeza sobre su alcance. Y ello es lógico ya que si algo genera inseguridad jurídica es la promoción de diferentes lecturas de la Carta Política por los jueces y, en particular, sobre el alcance de los derechos fundamentales. Este es precisamente el

⁹⁰ El precedente es aquel contenido en las sentencias de tutela que fijan el contenido y el alcance de los derechos fundamentales. La doctrina constitucional es la interpretación que de la Ley realiza la Corte conforme su compatibilidad con la Constitución con efectos *erga omnes*. Entre otras ver la sentencia C - 083 de 1995 de la Corte Constitucional.

peligro que se evita mediante la excepcional procedencia de la tutela contra sentencias pues a través de ella se promueven lecturas uniformes sobre el alcance de tales derechos y de la Carta Política como su soporte normativo. (...)

Actualmente, casi la totalidad de los sistemas jurídicos que adoptaron en la segunda mitad del siglo XX el sistema de control de constitucionalidad mixto incorporan un mecanismo que sirve para que el juez constitucional -usualmente el máximo tribunal constitucional- pueda controlar la constitucionalidad de las decisiones judiciales de última instancia proferidas en las restantes jurisdicciones⁹¹. En la mayoría de los casos se trata de un recurso o acción judicial subsidiaria, residual, autónoma y expedita que se encuentra limitada, exclusivamente, al estudio de las cuestiones *iusfundamentales* relevantes y que permite que el juez constitucional revoque una decisión judicial de última instancia siempre que encuentre que la misma vulnera los derechos fundamentales. (...)

En suma, la tutela contra sentencias judiciales constituye un elemento esencial en los distintos sistemas de control mixto de constitucionalidad para garantizar, simultáneamente, la defensa de los derechos subjetivos y la primacía de la Constitución en el ordenamiento jurídico.”

14.5.2. Requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales

En la misma sentencia C - 590 de 2005, la Corte determinó que son requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales los siguientes:

a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones⁹². En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

b. Que se hayan agotado todos los medios - ordinarios y extraordinarios - de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio *iusfundamental* irremediable⁹³. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inhe-

⁹¹ En algunos casos se establecen causales específicas de procedibilidad como en los casos de Chile y Perú. En el caso de Ecuador no hay tutela contra sentencias.

⁹² Sentencia 173/93.

⁹³ Sentencia T - 504/00.

rentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración⁹⁴. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora⁹⁵. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C - 591/05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible⁹⁶. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela⁹⁷. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas. (...)

Ahora, además de los requisitos generales mencionados, para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial es necesario acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben quedar plenamente demostradas. En este sentido, como lo ha señalado la Corte, para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.

⁹⁴ Ver entre otras la reciente Sentencia T - 315/05

⁹⁵ Sentencias T - 008/98 y SU - 159/2000

⁹⁶ Sentencia T - 658/98

⁹⁷ Sentencias T - 088/99 y SU - 1219/01

14.5.3. Requisitos o causales especiales de procedibilidad de la Tutela contra providencias

A continuación se citan brevemente los requisitos que tanto la jurisprudencia como la doctrina constitucionales han establecido para la procedencia excepcional de la tutela contra providencias judiciales:

a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales⁹⁸ o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado⁹⁹.

i. Violación directa de la Constitución. Se verifica cuando el juez ha dejado de aplicar directamente la constitución para resolver un caso concreto, anteponiendo una norma que es abiertamente inconstitucional. En este evento, la violación consiste en: i.- No hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad y; ii.- No aplicar directamente la Constitución.

⁹⁸ Sentencia T - 522/01

⁹⁹ Cfr. Sentencias T - 462/03; SU - 1184/01; T - 1625/00 y T - 1031/01.

La primera consiste en aplicar una norma que, a pesar de regular el caso concreto, es abiertamente inconstitucional, caso en el cual el juez tiene el deber *ex officio* de hacer la declaratoria y entrar a suplir con una norma de jerarquía superior.

El segundo de los casos planteados por la Corte consiste ya no en dejar de inaplicar una norma por ser manifiestamente contraria a la Constitución, sino en dejar de aplicar la norma constitucional en un caso que ha sido resuelto previa y directamente por la Constitución, pero que aún no goza de regulación legal.

15. Principio de Gratuidad

La administración de justicia es un servicio público esencial a cargo del Estado. En virtud del principio del principio de exclusividad, según el cual el monopolio del poder jurisdiccional lo tiene el propio Estado, la garantía de acceso se materializa a través de la gratuidad.

Por lo tanto, cualquier persona podrá pedir protección del estado o resolución de sus conflictos, sin que para ello sea necesario incurrir en erogaciones dinerarias.

Pese a lo anterior, la propia Constitución y la Ley han autorizado expresamente el cobro de algunos rubros que son requeridos para solventar la actividad procesal. Tal previsión encuentra sustento en los artículos 1º y 95 de la Constitución, que desarrollan el principio de solidaridad, así como en el principio dispositivo que rige ciertas actuaciones.

Son ejemplos de ello el pago de notificaciones, las copias para surtir traslados y recursos, los honorarios de auxiliares de la justicia, las cauciones judiciales, las expensas en general y el arancel judicial.

También han previsto la Ley y la Constitución, que en determinados asuntos las partes sufraguen el costo de la actividad del fallador o del colaborador, como es el caso del arbitraje y la conciliación.

No serán ejemplos de esta previsión, sin embargo, los pagos por concepto de costas, agencias en derecho e indemnizaciones, ya que hacen parte de otra cuenta que corresponde a la justa retribución que se realiza a la contraparte vencedora en el proceso, quien se entiende perjudicada por haberlo tenido que afrontar y soportar.

Con todo, la ley procesal tiene prevista la posibilidad para quien no pueda sufragar los gastos del proceso, de pedirle al juez que lo releve de ciertos pagos por el tiempo que dure la controversia y hasta tanto no mejore su situación económica, mediante el “amparo de pobreza”, institución del derecho procesal que tiene arraigo en el principio de solidaridad que definen los artículos 1º y 95-2 de la Constitución, según el cual todos debemos colaborar con las cargas de quien no pueda solventar el gasto que ocasiona un proceso judicial.

Por supuesto, el amparo de pobreza no se concederá exclusivamente a quien tiene la calidad de “pobre”, en la medida en que la regla no busca proteger a quien ostenta tal condición, sino a quien no tiene con qué sufragar los gastos del proceso, situación que favorece al litigante que, a pesar de tener ingresos sostenibles, los ha destinado con anterioridad al cumplimiento de otras obligaciones anteriores al proceso, las cuales, por expreso mandato de la ley, tampoco puede incumplir, sin perjuicio de lo que se establezca en materia de prelación de créditos.

16. Alteridad o intersubjetividad

El proceso es el resultado del intercambio de alegatos, de opiniones, de expresiones, de peticiones, de pretensiones y de excepciones. La naturaleza humana es eminentemente intersubjetiva. Diariamente las personas se relacionan, hablan, conversan, intercambian ideas, proponen, oyen, escuchan, procesan, contestan y dialogan.

El proceso, entonces, es eminentemente dialéctico y en tal medida se busca alternar entre el conocimiento y las opiniones de unos y el conocimiento las opiniones de otros, para así llegar a un convencimiento, producto de la combinación de varios elementos traídos por las partes al juez, quien escucha, procesa y decide.

Se garantiza alteridad mediante la socialización de pruebas, el traslado de la demanda, el ejercicio de recursos, en especial aquellos de tramitación vertical, es decir, aquellos que permiten que otro funcionario que no ha conocido del debate, adopte una decisión imparcial, libre de apreciaciones subjetivas.

Existen procesos que garantizan este principio de manera más clara, tal como ocurre en el proceso penal, en cualquiera de sus modelos, pues en dicha actuación, además de ser procedentes los recursos verticales, el proceso alterna para ser decidido por otro funcionario que calificará la actuación y dictará sentencia.

En efecto, bajo el sistema inquisitivo, corresponde al Fiscal instruir el proceso, indagar, buscar, encontrar, pero corresponde al juez valorar las pruebas que le aporte el fiscal, de modo tal que si el primero ha cometido errores, estos podrán ser vistos por quien no los cometió y por lo tanto se encuentra libre de apreciaciones que le impidan adoptar una decisión imparcial.

Bajo el sistema acusatorio, el principio de intersubjetividad cobra una nueva dimensión, en la medida en que se establece una comunicación directa entre el juez y el fiscal, donde ciertas decisiones se le reservan al primero, previa petición del segundo, para así garantizar tanto imparcialidad como igualdad.

El proceso civil es, tal vez, el menos intersubjetivo de todos, ya que las actuaciones están conducidas siempre por un mismo funcionario, quien se encarga de instruir y juzgar.

Nadie puede ser juez y perito al mismo tiempo, nadie puede ser juez de su propia causa, rezan al mismo tiempo este principio y el de imparcialidad, pero es precisamente en el proceso civil y aún en el penal inquisitivo, en el que se encuentran las mayores restricciones a la intersubjetividad judicial.

Imaginemos un juez omnímodo, supremo, que recibe la demanda y la califica, que decreta las pruebas y las practica y que, además de practicarlas, las valora, y al valorarlas dicta sentencia. Un juez que cita a las partes y resuelve, que escucha sus alegatos y resuelve, que practica inspecciones y resuelve, que produce las pruebas y resuelve. Un juez que transita sobre su propia equivocación, una y otra vez, lenta y progresiva y quien, al ser requerido para corregirla contesta: ¡Yo soy el juez, si me he equivocado, yo aceptaré mi error! Esto, en el derecho procesal, recibe el título de “única instancia”.

Errares humanum est

17. Verdad procesal

*"La finalidad del proceso no es solamente la búsqueda de la verdad; la finalidad del proceso es algo más: es la justicia, de la cual la determinación de la verdad es solamente una premisa."*¹⁰⁰

Es este, tal vez, el concepto de mayor controversia en el derecho procesal moderno. El objeto del proceso es encontrar la verdad, ¡La verdad verdadera!, afirman algunos. Es el único fin, afirman otros.

Pero, al tiempo que sostienen esta “verdad”, afirman también: “toda decisión deberá fundarse en pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”.

Entonces, si lo que se busca en el proceso es la “verdad verdadera”, ¿cómo hacer compatible el concepto con el de “necesidad de la prueba”?

En efecto, toda decisión deberá fundarse en pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Bajo este imperio, conceptos como la conducencia, la pertinencia, la utilidad, la licitud, la oportunidad, adquieren relevancia constitucional.

La conducencia no es nada distinto que el último rezago de tarifa legal probatoria.¹⁰¹ Según este precepto legal, si la prueba no es idónea, el hecho no puede ser probado.

¹⁰⁰CALAMANDREI, PIERO. Derecho procesal Civil, Vol. I, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1973. Pg. 21

¹⁰¹ROJAS, JIMMY. “Conferencias Universidad del Rosario”. Bogotá, 2007. Para el profesor Rojas “la conducencia de la prueba es el mismo tema de los rezagos de tarifa legal probatoria”, afirmando también que “conducencia y rezagos tarifarios son lo mismo”, pues “la conducencia como idoneidad legal de determinada prueba para demostrar determinado hecho, corresponde a los últimos rezagos de tarifa legal probatoria”.

La verdad, dicen los constructivistas, es relativa a quien la observa. La verdad no es nada distinto que lo que vemos, más lo que creemos que vemos. La expresión “hecho pasado” es una mera tautología. Todo hecho es pasado. Ahora, encontrar la verdad verdadera es tanto como “encontrarnos a nosotros mismos”. Ni siquiera hemos logrado eso. Lo que se busca es, entonces, certeza.¹⁰²

En el régimen procesal existen previsiones que nos llevan a pensar que tal principio —el de verdad verdadera—, no existe. Son ejemplos de ellas, los indicios, las presunciones, la confesión ficta, los sucedáneos de prueba y la carga de la prueba. GÓMEZ ARBOLEDA dijo: “Por naturaleza, las verdades tienen relaciones y enlaces que hacen que unas no entren en el espíritu más que por las otras; que las que deben entenderse por sí mismas y son fuente de otras deban precederlas; que éstas deban seguir, según dependen de las primeras y están mutuamente ligadas, y que así el espíritu, debiendo ir de unas a otras, debe verlas en orden, orden que hace la disposición de las definiciones, principios y detalles. De donde es fácil colegir la diferencia que hay entre las maneras de ver el detalle de las verdades que componen una ciencia dispuesta confusamente y la vista de este mismo detalle colocado en su orden, hasta el punto que puede decirse que no es menor que entre la vista de un confuso amontonamiento de materiales destinados a un edificio y la contemplación del edificio elevado en su simetría.”¹⁰³

TARUFFO¹⁰⁴ afirma que la discusión sobre si en el proceso se busca la verdad acerca de los hechos es absolutamente irrelevante, y para ello analiza las dos variantes de esta orientación. La primera, dentro de la que ubica a autores como WETLAUFER, DANET, EBERLE, BENNET y FELDMAN, se fundamenta en una interpretación del proceso y de las actividades que en él se realizan, en clave exclusivamente retórica, que tiende a presentarse como una concepción global y omnicomprendiva del proceso, donde todo lo que allí sucede no es más que un juego retórico persuasivo, dentro del cual se distinguen retóricas como la del abogado, que pretende persuadir al juez que tiene la razón, y la del juez, que al motivar la sentencia pretende persuadir a la sociedad de la bondad de la decisión que ha tomado.

La segunda variante de la posición que sostiene que la verdad de los hechos es irrelevante, se funda en la aplicación de métodos y modelos semióticos a los problemas jurídicos, es decir, que su estudio se aborda desde el punto de vista de las estructuras lingüísticas.

La discusión aún no ha sido del todo clausurada, pues las nuevas tecnologías nos acercan cada día más al descubrimiento de los hechos; sin embargo, mientras contemplemos el proceso como un debate dialéctico, persistiremos en la idea de la verdad probada, que en suma, será la verdad alegada.

¹⁰² DELLEPIANE. Op. Cit.

¹⁰³ VOELTZEL, págs. 219, 237; THIEME, pág. 26, citados por ENRIQUE GÓMEZ ARBOLEDA en “El racionalismo jurídico y los códigos europeos”. En Revista de estudios políticos, ISSN 0048-7694, N° 60, 1951. Págs. 33 – 66.

¹⁰⁴ TARUFFO, MICHELE. La prueba de los hechos. Colección de Estructuras y Procesos, serie derecho. Traducida por JORDI FERRER BELTRÁN. Ed. Trotta. Madrid, 2002.

En la literatura jurídica romana se encuentran adagios y expresiones relativas a la verdad, o su búsqueda incesante. Aquí se citan algunas¹⁰⁵:

Veritas de terra orta est, et iustitia de caelo prospexit: Brota de la tierra la fidelidad y la justicia mira desde el cielo.

Veritas filia temporis: La verdad es hija del tiempo.

Veritas in omnem partem sui eadem est: La verdad es la misma en cada una de sus partes.

Veritas laborare potest, extinguere non potest: La verdad puede eclipsarse, pero no se la puede apagar.

Veritas liberabit vos: La verdad os hará libres.

Veritas numquam perit: La verdad jamás perece.

Veritas vincit: La verdad vence.

Veritatem dies aperit: El tiempo descubre la verdad.

Veritatis simplex oratio est: El lenguaje de la verdad es sencillo.

Verum est id quod est: La verdad es lo que es.

Verum est quod pro salute fit mendacium: La mentira que se profiere para salvar la vida es una verdad.

Verum sequitur ex quolibet: Lo verdadero se sigue de cualquier cosa.

Verum, iustum, pulchrum:
Verdadero, justo, hermoso.

18. Dignidad

El hombre es un fin en sí mismo. En todas las actuaciones se deberá respetar la dignidad humana. El artículo 1º de la Constitución así lo prevé:

“Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y plu-

¹⁰⁵ HERRERO LLORENTE, VÍCTOR-JOSÉ. Diccionario de Frases y Expresiones Latinas. Ed. Gredos. 3ª Edición corregida y muy aumentada. Madrid, 1995.

ralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”

Es un deber del juez y un derecho de las partes. Cualquiera sea la actuación, cualquiera sea el fin procesal que se busque, la realización de cualquier acto estará siempre atada al respeto por el ser humano.

De la violación de este principio se desprenden conceptos como la “ilicitud de la prueba”, en la medida en que una prueba que es recaudada en contravía de principios fundamentales y en especial la dignidad, riñe con el ordenamiento procesal y debe ser rechazada, expulsada y hasta excluida¹⁰⁶.

La dignidad, explica CALAMANDREI, implica un concepto de humanidad. En su comentario a la reforma procesal italiana de 1942 afirma: “El problema de la reforma de las leyes es, ante todo, un problema de hombres.¹⁰⁷ Así, a este respecto, se cierra la Rel. Grandi (no. 33): “Este Código, que ha sido redactado con la constante intención de valorizar las aptitudes individuales de las personas que habrían de dar vida en la realidad a la nueva ley, está encomendado a su comprensión y a su celo; y en especial a la inteligencia y a la buena voluntad de las dos categorías de personas, los magistrados y los defensores, que deberán ser, no sólo los custodios, sino los animadores, y, casi podríamos decir, los creadores, del nuevo proceso civil”.

Y finaliza, “en esta fundamental orientación humana, deberá, en nuestro concepto, inspirarse la obra científica de los comentaristas del nuevo Código: como procuraremos hacer, por nuestra parte, del mejor modo que nos sea posible, en los volúmenes siguientes de este Curso.”

19. Prevalencia del derecho sustancial

En las actuaciones judiciales se deberá siempre atender el derecho sustancial reclamado. El fin de todo proceso es la realización del derecho subjetivo. No existe proceso sin pretensión y por ello, en caso de contradicción entre una norma sustancial y una procesal, prevalecerá aquella.

Así lo regula el artículo 228 de la Constitución Nacional, según el cual “la Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial.”

¹⁰⁶ FIERRO - MENDEZ desarrolla en extenso el principio de dignidad, al amparo del derecho procesal penal, por lo que recomendamos el estudio que el autor realiza en su “Manual de Derecho Procesal Penal”, anteriormente citado en este trabajo.

¹⁰⁷ CALAMANDREI. Op. Cit. Pág. 421.

En la sentencia C - 131 de 2002, a propósito de la revisión constitucional de la Ley 610 de 2002, la Corte Constitucional recordó que “uno de los espacios en los que mayor incidencia ha tenido el constitucionalismo es el derecho procesal. En la tradición del positivismo formalista el derecho procesal estaba desprovisto de una vinculación sustancial con lo que era materia de litigio; se agotaba en una ritualidad cuya configuración se realizaba fundamentalmente en la instancia legislativa; Era ajeno a propósitos que lo conectaran con los fines estatales y la protección de las garantías que lo integraban sólo se brindaba en esas actuaciones y bajo los estrechos parámetros de protección establecidos por el legislador. Así, no llamaba a interés el hecho de que, en materia de derechos, la sustancia que se tenía entre manos se desvaneciera ante las ritualidades y formalidades de unos procedimientos que las más de las veces se explicaban por sí mismos y que perdían puntos de contacto con lo que era objeto de controversia¹⁰⁸.”

Sin embargo, ha sido la propia Corte la que, a veces, apoyada en conceptos como “defecto procedimental absoluto”, “defecto fáctico”, “error inducido”¹⁰⁹ y otros, rotulados como “vías de hecho” o “causales genéricas de procedibilidad”, extensamente tratadas en líneas anteriores en el capítulo referente a la desestimación constitucional de la cosa juzgada material, defiende la instrumentalidad y el rito, como contenidos esenciales de la actividad estatal, punto del cual nos ocuparemos en otro escrito relativo a la Acción de Tutela y el procedimiento constitucional vigente en Colombia.

20. Primacía constitucional

La Constitución de 1991 creó un nuevo y entero sistema de jurisdicción constitucional¹¹⁰, en el que se ha adoptado un régimen de garantías para la salvaguarda de la Carta Fundamental.

El sistema mixto de control inserto en la codificación de 1991 ha hecho de Colombia uno de los regímenes constitucionales de mayor representatividad.

CAPPELLETTI, en su momento, la llamó la jurisdicción de la libertad¹¹¹, en el que el sistema jurisdiccional en torno de la Constitución ha optado por la solución, cada vez más cercana a

¹⁰⁸ Ya en varios pronunciamientos la Corte ha destacado la importancia que el derecho procesal asume en el constitucionalismo. Así, en la Sentencia C - 029/95, M.P. JORGE ARANGO MEJÍA, al declarar la exequibilidad del artículo 4º del Código de Procedimiento Civil expuso: “Las normas procesales tienen una función instrumental. Pero es un error pensar que esta circunstancia les reste importancia o pueda llevar a descuidar su aplicación. Por el contrario, el derecho procesal es la mejor garantía del cumplimiento del principio de la igualdad ante la ley. Es, además, un freno eficaz contra la arbitrariedad. Yerra, en consecuencia, quien pretenda que en un Estado de derecho se puede administrar justicia con olvido de las formas procesales. Pretensión que sólo tendría cabida en un concepto paternalista de la organización social, incompatible con el Estado de derecho”.

¹⁰⁹ Fundamentos todos de procedibilidad de la Acción de Tutela contra providencias judiciales, según sentencia C-590 de 2005.

¹¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T - 006, mayo 12 de 1992. Magistrado Ponente EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

los ciudadanos, de los problemas sociales fundamentales que aquejan al país, como producto de los cambios jurídico-políticos sufridos en el siglo pasado y que abrieron el paso a las tendencias del nuevo milenio.

La Constitución dejó de ser una fórmula política inerte, lejana, para afirmarse así misma como una norma jurídica¹¹², que ejerce supremacía sobre el orden jurídico, tanto material como formal¹¹³, dotando por una parte de competencias a los órganos del Estado para ejercer sus funciones, y legitimando, por la otra, las actuaciones de los poderes constituidos, con base en la representación popular que comporta su articulado, para convalidar o anular las normas que se opongan a ella.

La idea de establecer una norma como *lex superior*, proviene desde las teorías del pacto social y en especial la doctrina de JOHN LOCKE¹¹⁴, que propende por el establecimiento de un pacto básico y superior, que constituya el fundamento de todo el sistema jurídico, así como en la declaración de independencia de los Estados Unidos en el siglo XVIII, en la que se sentaron las bases de obediencia a una Ley Fundamental, que previniera a los poderes soberanos de imponer reglas contrarias a la voluntad general, soberana y popular radicada en los habitantes del nuevo Estado.

La “*Supreme Law of the Land*”, libraba a los colonos del mandato inglés y declaraba la independencia absoluta de su reinado. Para ello, en la sección 2a. del artículo VI se determinó:

“This Constitution, and the laws of the United States which shall be made, in pursuance thereof; And all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land; And the judges in every state shall be bound thereby anything in the Constitution or laws of any state to the contrary notwithstanding.”

La doctrina constitucional ha coincidido en señalar este artículo como la génesis normativa del concepto de valor superior de la Constitución,¹¹⁵ de donde posteriormente se derivaría la “Doctrina de la Revisión Judicial” (*Judicial Review*).

En Francia, las ideas revolucionarias provocaron movimientos de constitucionalismo como expresión de la voluntad soberana popular, obra de un poder constituyente superior y protector de los recién proclamados *Derechos del Hombre*; Sin embargo, fuerzas contrarias llevaron a fenecer el intento, reemplazándolo por la idea post-napoleónica del movimiento

¹¹¹ CAPPELLETTI, MAURO. La Giurisdizione costituzionale della libertà. Milán, 1976. En La Cuestión de Inconstitucionalidad en el Proceso Civil.

¹¹² GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN. Curso de Derecho Administrativo. Ed. Civitas. Tomo I. Madrid 1995. Pág. 161.

¹¹³ NARANJO MESA, VLADIMIRO. Teoría Constitucional e Instituciones Políticas. Ed. Temis. 4a. Edición. Bogotá. 1991.

¹¹⁴ Op. Cit. Pág. 96

¹¹⁵ Encarnación Marín Pageo. Op. Cit. Pág. 30

de restauración, que posicionaba a la Constitución como una expresión de la voluntad divina del Rey, en la cual se otorga plena legitimidad al poder legislativo, como representante directo del pueblo.

En 1920, con la trascendental obra jurídica de HANS KELSEN, plasmada en la Constitución austríaca, se establecería el control constitucional sobre los actos del legislativo, con una variante sobre el sistema americano adoptado por la doctrina MARSHALL: se optaba por la introducción de un sistema de control concentrado en un Tribunal Constitucional, el cual sería el encargado de velar por la guarda de la supremacía de la Constitución y conocer de los recursos incidentales que formularan prejudicialmente los funcionarios de administración de justicia. Los fallos que dictara el Tribunal Constitucional en el evento de formularse la cuestión prejudicial, tendrían efectos generales.

Esta particularidad del sistema propuesto por KELSEN y adoptado por la Constitución austríaca daba un nuevo giro al mecanismo de control de los actos legislativos. Cuando se planteara una cuestión prejudicial ante el Tribunal, el resultado, si este era negativo, era remover la norma del ordenamiento y no como se habría planteado en Estados Unidos, donde el fallo invalidaba la norma incompatible pero en el caso concreto y con efectos particulares. La revolución era pues, evidente. El método de control planteado por KELSEN, revestía nuevo poder legislativo, en este caso negativo, que revisaba la validez de las normas del ordenamiento en función de la Constitución.

Desde el punto de vista organicista, la concepción de Constitución como norma jurídica, implica una revisión general de la teoría de la división de poderes.

Tradicionalmente, la función judicial se ha entendido como una labor silogística, en la que los jueces están llamados a establecer una tipicidad de los casos sujetos a su decisión, frente a las normas previamente establecidas, sin ningún poder interpretativo ni creativo.

IHERING por el contrario señala¹¹⁶ que uno de los errores en la aplicación del derecho “*consiste en suponer que deba considerarse un orden jurídico positivo como emanación deductiva de una idea o de un plan, olvidando que el hecho de que las ideas se presenten compuestas de tal o cual modo no depende de exigencias lógicas, sino que depende precisamente del hecho de que en el modo como se presentan pueden satisfacer las necesidades de la vida social*”¹¹⁷.

El Juez es, entonces, creador, y a la vez controlador de los actos de los demás poderes; su función ya no se repliega a su concha lógico - jurídica, sino que emerge para erigirse en adecuador de la Ley para el propósito de la justicia.¹¹⁸

¹¹⁶ VON IHERING, RUDOLF. La Dogmática Jurídica. Ed. Losada. Buenos Aires, 1946.

¹¹⁷ RECASENS SICHES, LUIS. Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho. Ed. Porrúa. México. 1980. Pág. 40.

¹¹⁸ CALAMANDREI, PIERO. Derecho procesal Civil, Vol. I, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1973.

El caso *MARBURY VS. MADISON*, es, sin lugar a dudas, la génesis de la construcción de la doctrina de la revisión judicial, de donde surgieron los procesos de judicialización de los actos emitidos por los poderes del Estado por vicios de inconstitucionalidad y es por ello que ha sido tomado como referencia para la elaboración teórica y jurídica de las instituciones de control que vendrían a reforzar los regímenes constitucionales en Europa, y posteriormente en los estados latinoamericanos a partir del siglo XIX.

A partir de la doctrina de la “revisión judicial” o “*judicial review*”, que tuvo sus orígenes en el caso *Marbury vs. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803), la Corte Suprema de Justicia se arrogó el poder de revisar los actos legislativos y ejecutivos con base en la Sección 2 del artículo III y en la cláusula de supremacía contenida en el artículo V de la Constitución, competencia que fuera extendida a todos los Tribunales en 1816 en sentencia dictada en el caso *Martin vs. Hunter’s Leese*, 14 U.S. (1 Wheat.) 304.

Pero es precisamente el caso norteamericano el primero que ilustra el tema de la competencia para pronunciarse sobre asuntos de constitucionalidad, en el entendido en que tal poder se encuentra limitado por la misma Constitución, donde la Corte Suprema de Justicia conoce exclusivamente de los siguientes asuntos: I.- Consultas provenientes de las cortes federales inferiores. II.- Apelaciones provenientes de cortes estatales o federales¹¹⁹. III.- La concesión de apelaciones provenientes de Cortes inferiores, cuando estas no son federales, por razones de unificación de jurisprudencia¹²⁰.

Solo en estos casos la Corte Suprema de Justicia adquiere jurisdicción y decide si formula el conflicto de constitucionalidad, basada en las reglas de asunción de competencia preestablecidas por la misma corte, como son: A.- La necesidad de un caso o “case”¹²¹, que es lo que se denomina en nuestro sistema como el conflicto o el litigio. *Nashville, C. & St. L. Ry. vs. Wallace* 288 U.S. 249 (1933); B.- La legitimidad o “*standing*”, que se refiere a la posibilidad jurídica de plantear una cuestión de derecho en la que se va a resolver a favor de una de las partes. La Corte ha establecido que, por regla general, los contribuyentes no tienen el derecho a formular cargos de inconstitucionalidad, debido al limitado e indefinido interés que tienen sobre el caso. *FROTINGHAM VS. MELLON*, 262 U.S. 447 (1923); C.- La madurez o “*ripeness*”, que indica si el asunto que se somete a revisión es actual, no pudien-

¹¹⁹ El recurso de apelación también está restringido a los siguientes casos: A.- Cuando una ley estatal ha sido anulada por una Corte Federal de Apelaciones. B.- Cuando una ley estatal ha sido declarada constitucional por una Corte Estatal. C.- Cuando un tratado federal ha sido declarado inconstitucional en una Corte Estatal. D.- En ciertos y muy limitados casos, cuando una Corte Federal de tres jueces ha resuelto el caso en primera instancia. Corte Suprema de los Estados Unidos. 28 U.S.C.A. §§ 1253-1254, 1257.

¹²⁰ Petition for writ certiorary: Informally called "Cert Petition." A document which a losing party files with the Supreme Court asking the Supreme Court to review the decision of a lower court. It includes a list of the parties, a statement of the facts of the case, the legal questions presented for review, and arguments as to why the Court should grant the writ.

¹²¹ “A “case” requires that valuable legal rights asserted by the plaintiff are threatened by the the decision. The question is one lending itself to judicial determination, and the relief sought is a definitive final adjudication of legal rights. *Nashville, C. & St. L. Ry. Vs. Wallace*, 288 U.S. 249 (1933).

do conocer de casos inciertos o eventuales en los que se discuten cuestiones netamente políticas. *UNITED PUBLIC WORKERS VS. MITCHELL*, 330 U.S. 75 (1947) y; D.- La litigiosidad o “*mootness*”, que exige que el conflicto (case) aún conserve vigencia y deba ser dirimido por un Tribunal¹²². *DEFUNIS VS. ODEGAARD*, 416 U.S. 312 (1974).

Sólo en estos casos la Corte asume competencia y decide si plantea el conflicto de constitucionalidad, para lo cual se observan las siguientes reglas, establecidas por el Juez Supremo Brandeis’ en el caso *ASHWANDER VS. TVA*, 297 U.S. 288, 341 (1936)¹²³:

1. La Corte no promoverá cuestión de inconstitucionalidad en asuntos no contenciosos o netamente amistosos.
2. La cuestión de constitucionalidad no podrá ser anticipada a la necesidad de su decisión.
3. La Corte no formulará una regla de derecho constitucional más amplia que la necesaria para resolver el caso bajo estudio.
4. La Corte no formulará la cuestión de inconstitucionalidad si existe un medio alternativo que soporte la decisión.
5. La Corte no inaplicará una ley o acto ejecutivo sino en la medida en que el peticionario o reclamante haya demostrado que su aplicación le genera un perjuicio cierto y actual.
6. La Corte no revisará la constitucionalidad de una norma, si la parte que la pidió se ha beneficiado de ella en alguna forma.
7. La Corte no podrá revisar estatutos federales, aún si persisten serias dudas sobre su constitucionalidad, si existe una construcción justa del estatuto que permita evitar la cuestión de inconstitucionalidad.

Resultan estas reglas de vital importancia porque de ellas se derivan varios conceptos que deben ser atendidos por el Juez o funcionario al momento de plantear un conflicto de constitucionalidad por violación directa o indirecta de la Constitución.

Así, el funcionario judicial o administrativo debe determinar, en primer lugar, si se trata de una cuestión litigiosa o no, y aunque en nuestro sistema constitucional tal limitación no tiene validez alguna por cuanto es deber del juez o funcionario abstenerse de aplicar la

¹²² Salvo aquellos casos en los que la Corte decide por la necesidad de sentar un precedente, aún cuando la situación de hecho ha cesado, como cuando se discuten derechos sobre la mujer embarazada a recibir cierto tratamiento médico o a abortar: ciertamente para el tiempo en que el caso es decidido por la Corte, el hecho ya ha sido consumado, lo que no evita el pronunciamiento judicial.

¹²³ En libro “Constitucional Analisis” de JERRE S. WILLIAMS, WEST PUBLISHING Co., 1979.

norma, aún en el evento de no existir litigiosidad, debe determinar si la norma que se pretende inaplicar es la que, de ser aplicada, vulnera del derecho de alguna de las partes interesadas en el proceso.

La segunda regla guarda estrecha relación con el carácter netamente instrumental, según el cual, no habiendo proceso en curso o no siendo necesaria la inaplicación de una norma, no puede entrar el juez a desconocerla, so pretexto de aplicar de manera preferente la constitución.

La tercera regla guarda estrecha relación con la competencia del juez o funcionario para inaplicar una ley por considerarla inconstitucional, para lo cual solo podrá limitarse a los hechos que tiene bajo su conocimiento, absteniéndose de formular o emitir concepto para otros casos, porque tal competencia le está atribuida a la Corte como máximo organismo de la Jurisdicción Constitucional.

La cuarta y sexta reglas se refieren al principio de actualidad, según el cual, ningún juez puede abstenerse de aplicar una norma por considerarla inconstitucional, si la norma no condiciona la decisión que vaya a adoptar.

La quinta regla se refiere al principio de necesidad, que impone al juez la obligación de consultar primero las normas vigentes para resolver el caso sometido a su estudio, tal y como lo prevé el artículo 10 de la Ley 153 de 1887 en el caso colombiano.

La sexta regla tiene fundamento en el principio “*nemo auditur turpitudinem propriam allegans*”, según el cual nadie puede alegar o beneficiarse de su propia culpa.

1.1. 22.1. La Clausula de supremacía en el régimen constitucional colombiano

La Cláusula de Supremacía se incorpora a la Constitución colombiana de 1.886 mediante el Acto Legislativo No. 3 de 1.910 y ha sido ratificada a lo largo de las reformas que sufriera la Constitución de 1.886 (artículo 150 de la codificación de 1936, artículo 45 del Acto Legislativo No. 1 de 1945, artículo 60 del Acto Legislativo No 1 de 1979) hasta 1.991 con su consagración definitiva en el hoy artículo 4º que, a diferencia del estatuto constitucional anterior que contenía la disposición en artículo 215 del Título XX correspondiente a la Jurisdicción Constitucional, se encuentra inserto en el Título I “De los Principios Fundamentales”, bajo el siguiente tenor:

“La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.”

Este artículo, que se mantiene inmodificado, aunque en esencia consagra la Cláusula de Supremacía, mantiene la equivalencia con el otrora artículo 215, destacándose que el constituyente de 1.991 agregó al texto ya existente la expresión: “... *u otra norma jurídica* ...”, y eliminó la expresión: “...*de preferencia*...”.

Estas modificaciones no alteran de manera sustancial la institución y por el contrario amplían considerablemente su ámbito de aplicación, haciendo que toda norma jurídica, sin importar su rango, esté sujeta a los lineamientos generales de la Constitución y se subordine ante ella. De esta forma lo expresó el Consejo de Estado en sentencia del 1o. de abril de 1997:

“El sistema de control constitucional por vía de excepción se amplió con el nuevo precepto y, por tanto, un acto administrativo, que desde luego es norma jurídica, puede ser inaplicable si viola el estatuto constitucional, aunque haya creado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría. Definir Constitución como "norma de normas" genera consecuencias de suma importancia. Vincula o afecta a los miembros de la comunidad y a la totalidad del sistema jurídico de razonabilidad jerárquica ha de hacerse comparando, no solamente la ley con la constitución como sucedía antes de 1991, sino además normas jurídicas con ella, para decidir su aplicación preferente, si aquellas desconocen sus preceptos y principios fundamentales. La Constitución reafirmó la jerarquización del ordenamiento jurídico, del cual se desprende, como corolario lógico, el principio de que una norma superior señala el contenido, la competencia y el procedimiento para la creación de otras normas jurídicas. Son, en otros términos, los principios de validez y eficacia de la norma. Tal actividad puede multiplicarse en el desarrollo de las funciones inherentes a los órganos de la estructura estatal, hasta llegar a una sentencia, norma jurídica que cierra el sistema, como manifestación de la seguridad jurídica. De modo que, cuando una norma inferior riñe con la Constitución, ésta tendrá preferencia y, por consiguiente, la primera es inaplicable para el caso.”¹²⁴

1.2. 22.2. Sentido y alcance de la cláusula de supremacía

Para entender el verdadero alcance de la Cláusula de Supremacía en la nueva Constitución es necesario remitirse al debate desarrollado en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente que, si bien no muy nutrido, constituye un valioso antecedente sobre la naturaleza y propósitos de la institución. Los proyectos presentados reflejan distintas tendencias jurídicas, algunas de raigambre histórico¹²⁵ y otras de influencia foránea, como se expondrá a continuación.

El constituyente JUAN CARLOS ESGUERRA presentó un proyecto según el cual las sentencias que resolvieran la “cuestión de inconstitucionalidad” deberían deferirse a un control posterior ejercido por la Corte Suprema de Justicia para que allí se emitiera un concepto definiti-

¹²⁴ Consejo de Estado. Sala Plena. Consejero Ponente Dr. Juan de Dios Montes Hernández.

¹²⁵ CHARRY URUEÑA, JUAN MANUEL. La Excepción de Inconstitucionalidad. Asociación Colombiana de Derecho Constitucional y Ciencia Política. Jurídica Radar Ediciones, Santafé de Bogotá. 1.994. Pg. 90.

vo y vinculante sobre la decisión del inferior. El planteamiento incluía la posibilidad de inaplicar la ley, los decretos, las ordenanzas, o cualesquiera otros actos administrativos. En su ponencia, el constituyente lo planteó de la siguiente manera:¹²⁶

“El artículo 215 de la Constitución vigente quedará así:

En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley, el decreto, la ordenanza, el acuerdo o cualquier otro acto administrativo de carácter reglamentario, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales.

En firme el fallo que declare inaplicable una disposición legal o reglamentaria por ser contraria a la Constitución, el Juez o Magistrado que lo haya proferido, enviará de oficio la providencia respectiva a la Corte Suprema de Justicia la cual, en pronunciamiento que será facultativo, decidirá definitivamente sobre el caso particular.”

La propuesta del movimiento político “Esperanza, Paz y Libertad” incluía una extensión de carácter procedimental a la institución en cuanto que preveía la posibilidad de la inaplicación por vía oficiosa o a solicitud del interesado.¹²⁷

El “Colegio de Altos Estudios Quirama”, por su parte, propuso la inserción de una acción para que, mediante la intervención del Ministerio Público, se le diese aplicación a la Constitución en cualquier caso de incompatibilidad frente a una norma jurídica. El inciso tercero del artículo 17 de su proyecto sugería:

“Cuando un funcionario administrativo o judicial inaplique una norma jurídica, deberá solicitar al Ministerio Público la instauración de la acción correspondiente.”¹²⁸

El proyecto del Gobierno Nacional contuvo una propuesta similar al del movimiento Esperanza, Paz y Libertad, pero en la modalidad de “cuestión de inconstitucionalidad”, la cual debería ser planteada en el curso de un proceso cuya definición estuviera determinada por la aplicación de una norma en presunta contravención de la Constitución y que en todo caso no interrumpiría la actuación procesal, generándose así una especie de efecto diferido en la decisión sobre la incompatibilidad.¹²⁹

Finalmente, en el Memorando del Consejo de Estado para la Asamblea Nacional Constituyente, presentado el 23 de abril de 1991, se recomendó la ratificación de la norma del artículo 215 de la Constitución anterior, por considerar que “...se trata de una institución tradicional del país, mediante la cual los funcionarios, al proferir sus decisiones, deben hacer prevalecer la Constitución. Aunque aparentemente audaz, es practicada con mesura y hasta

¹²⁶ Proyecto No. 112. Gaceta Constitucional No. 7, martes 26 de marzo de 1.991 Pág. 4

¹²⁷ Gaceta Constitucional No. 7, marzo 26 de 1.991 Pág. 26

¹²⁸ Proyecto No. 4. Gaceta Constitucional No. 34, martes 2 de abril de 1.991 Pág. 4

¹²⁹ Presidencia de la República, Proyecto de acto reformativo de la Constitución Política de Colombia, febrero de 1.991, Pg. 82

con timidez; sin embargo, es instrumento jurídico eficaz que hace que en las decisiones prevalezcan las normas de jerarquía superior. De manera que es menester mantener la excepción de inconstitucionalidad sin reformarla y menos deferirla para su examen a ningún juez o tribunal.”¹³⁰

De todos los proyectos anteriormente analizados se desprenden varias conclusiones: más allá del contenido material del artículo 4o como Cláusula de Supremacía, se evidenció la intención de dotar a la Constitución de una herramienta de control –difuso-, que abarcara la totalidad de la normatividad en ella contenida y así facultar a las autoridades para abstenerse de aplicar o imponer una norma de cualquier rango.

De las ponencias se desprende así mismo una realidad histórica, consistente en la inclusión de la Excepción de Inconstitucionalidad dentro del principio mismo, o Cláusula de Supremacía, que evidencia también la confusión conceptual generada en torno de la institución, aclarando finalmente que la Excepción de Inconstitucionalidad goza de la misma entidad que la Acción de Inconstitucionalidad pero al establecerse por vía exceptiva, se encuentra en cabeza de distintos sujetos; sus alcances serán, en principio, iguales, pero sus efectos significativamente opuestos, y hace parte del control difuso de constitucionalidad.

21. Libertad o principio “*pro libertatis*”

El principio de libertad o “*pro libertatis*” encuentra su fuente directa en la noción del Estado Social de Derecho¹³¹ y se erige como solución a los casos dudosos, “pues ha de tener presente que la restricción es lo excepcional, y lo excepcional (la pena es un claro ejemplo) debe justificarse sin dejar margen a la duda.”¹³²

En materia penal o sancionatoria, aún civil o contenciosa, cuando una interpretación restringa el derecho de la persona, deberá desecharse de plano, para encontrar la que mejor proteja su libertad, la cual, para los efectos del derecho procesal y, por supuesto, para el proceso, debe entenderse ampliamente, como un criterio de interpretación frente a la aplicación de las normas que consagran derechos tanto subjetivos como adjetivos y no solamente bajo el supuesto de la realización del derecho subjetivo a la “libertad personal”.

22. Igualdad

En el trato, en el proceso, en la sentencia y en el uso del precedente.

No es objeto de este trabajo definir lo que en el derecho constitucional se conoce como igualdad, pero sí enmarcarlo dentro de la actividad procesal y para ello, se formulan las siguientes propuestas:

¹³⁰ Memorando del Consejo de Estado para la Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional No. 57, martes 23 de abril de 1991. Pág. 17.

¹³¹ Corte Constitucional. Sentencia T - 406 de 1992.

¹³² Corte Constitucional, sentencia 179 de 1994.

23. Igualdad en el trato y en el proceso

Salvo norma en contrario, en la tramitación de los procesos el juez velará por el trato igual a las partes, sin consideración a su condición social, económica, cultural o étnica¹³³. Esta igualdad, entendida como la posibilidad real de acceder a los medios de defensa, se traduce en la efectiva protección del derecho que tiene cada parte de conocer previamente el procedimiento que le es aplicable, conforme a normas procesales preestablecidas.

Si bien la Constitución establece un régimen de igualdad “material”, tal previsión debe entenderse en términos de justicia y realización del derecho y no como prebenda para el logro de objetivos procesales en el transcurso de las actuaciones judiciales.

Así, en la actividad procesal deberá respetarse el principio de “igualdad formal”, es decir, “igualdad sin consideraciones”, ya que durante las etapas del proceso, no será viable invocar una “desigualdad” sustantiva, para lograr el desequilibrio de las cargas procesales.

24. Igualdad en la sentencia

Ya en la sentencia, el juez, vetado en su mirada desde el inicio del proceso, se despoja de la venda y mira a las partes por primera vez, las escruta, las valora y las critica.

Ahora sí, al momento de decidir, podrá el juez permear en su fallo cuestiones subjetivas que no derivan directamente de la solución que la ley sustancial da al hecho probado, pues es claro que es en la sentencia que el juez, desposeído del lienzo que antes cubría su mirada, determina si la justicia y la equidad deben imperar sobre la ley.

Es allí, pues, en la sentencia, que el juez determinará si la respuesta que la ley le brinda al caso, se ajusta a las previsiones constitucionales, pudiendo aún separarse de ellas en consideración a la situación de las partes, en cumplimiento directo de los mandatos perentorios contenidos en los artículos 2º, 4º, 6º, 13, 29 y 228 de la Constitución, por mencionar tan sólo algunos de ellos.

25. La igualdad y el Principio de la confianza legítima y de la Buena Fe

Para la Corte Constitucional, “la expectativa que ampara el principio de la buena fe (...) está indisolublemente ligada a la legítima pretensión de que las autoridades públicas orien-

¹³³ No incluimos el vocablo raza, por considerar que tal distinción no se acompasa con la realidad y la dignidad humana. En la edición digital del diario El País, (<http://www.ub.es/penal/docs/geneticayraza.html>) aparece la siguiente explicación: “Los científicos sospechan desde hace tiempo que las categorías raciales reconocidas por la sociedad no se reflejan en el plano genético. Cuanto más de cerca examinan los investigadores el genoma humano -el material genético incluido en casi todas las células del cuerpo- más se convence la mayoría de ellos de que las etiquetas habituales utilizadas para distinguir a las personas por su raza tienen muy poco o ningún significado biológico.”

ten su quehacer de modo tal que las prestaciones que constituyen la esencia de los diferentes servicios, en lo posible, se realicen como conviene a la razón de ser de las autoridades, que no es otra que la de proteger efectivamente a todas las personas en su vida, honra, bienes, creencias, derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (CP art. 2).”¹³⁴

En sentencia T - 321 de 1998, la Corte fijó el alcance del principio de igualdad frente a las decisiones de los jueces colegiados, así:

“El mandato del artículo 13 de la Constitución, según el cual “...las personas deben recibir la misma protección y trato de las autoridades”, aplicable por igual a los jueces, requiere ser conciliado en este esquema de administrar justicia.

Por tanto, en tratándose de las autoridades judiciales, este precepto debe interpretarse así: al juez, individual o colegiado, no le es dado apartarse de sus pronunciamientos (precedentes), cuando el asunto a resolver presente características iguales o similares a los que ha fallado con anterioridad (principio de igualdad).”

26. Principio de confianza legítima

La misma Corte ha fijado el límite dentro del cual el juez puede actuar frente a una situación de hecho, que en ocasión anterior y en caso similar, había resuelto de una forma determinada, quedando sujeto a su propio precedente, so pena de vulnerar la legítima confianza que tiene el asociado de que su caso será tratado en la misma forma que otros anteriores. Así lo expresó en sentencia T - 169 de 2005, en la cual adoctrinó:

“...en el Estado social de derecho a los asociados los debe acompañar la certidumbre (1) que las mutaciones jurisprudenciales no serán arbitrarias, (2) que la modificación en el entendimiento de las normas no podrá obedecer a un hecho propio del fallador, (3) que de presentarse un cambio intempestivo en la interpretación de las normas tendrá derecho a invocar en su favor el principio de la confianza legítima, que lo impulsó a obrar en el anterior sentido¹³⁵, y (4) que si su derecho a exigir total respeto por sus garantías constitucionales llegare a ser quebrantado por el juez ordinario, podrá invocar la protección del juez constitucional.

Es que los asociados requieren confiar en el ordenamiento para proyectar sus actuaciones, de manera que tanto las modificaciones legales, como las mutaciones en las interpretaciones judiciales deben estar acompañadas de un mínimo de seguridad.”

¹³⁴ Corte Constitucional, sentencia T - 538 de 1994. M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

¹³⁵ Sobre la confianza legítima como principio protector de los administrados contra las modificaciones bruscas e intempestivas de las autoridades jurisdiccionales se pueden consultar las sentencias T - 538 de 1994, T - 321 y C - 321 de 1998.

Y es que la igualdad, como principio, rige la actividad unificadora del juez supremo, es decir, de quien tiene la facultad constitucional de cerrar la jurisdicción.

Por ello, la función encomendada a las Cortes, tanto la Constitucional como la Suprema y el Consejo de Estado, en estricto sentido, es la de unificar criterios de interpretación y tal encargo, en suma, lo único que busca, es asegurar el principio de igualdad.

27. Imparcialidad

El principio de imparcialidad se rige por varios postulados fundamentales, todos limitantes de la actividad judicial, como son: 1. Nadie puede ser juez de su propia causa (*nemo iudex in causa sua*). 2. Nadie puede ser juez y perito al mismo tiempo. 3. Nadie puede aplicar a un proceso su propio conocimiento. 4. Nadie puede juzgar sobre aquello en lo que tenga interés. 5. Nadie puede juzgar a quien quiere o a quien tiene por su enemigo.

En el proceso civil, que informa supletivamente el proceso constitucional, varias son las previsiones que desarrollan los anteriores postulados. Así, quien ha conocido el proceso en calidad de asesor o en calidad de parte, no puede a la vez fungir como juez; Quien ha dado consejo sobre lo debatido no puede dictar sentencia; Quien tiene conocimiento directo del hecho investigado, tendrá la calidad de testigo; Quien tiene interés directo o indirecto en el resultado del proceso, tendrá la calidad de parte y; Finalmente, quien tiene relación directa de consanguinidad, afinidad, amistad o enemistad, tendrá la calidad de tercero.

Un ejemplo nos lo trae el artículo 179 Código de Procedimiento Civil, que regula las pruebas de oficio, según el cual “para decretar de oficio la declaración de testigos, será necesario que éstos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes.”

Vale la pena, empero, recordar las palabras de STEIN, quien formuló su teoría del conocimiento privado en torno al estudio de las máximas de la experiencia, cuando dijo: “Solo puede tener importancia a la hora de establecer la distinción el modo en que el juez ha adquirido su saber, esto es, que la máxima de la experiencia le haya sido comunicada, ya elaborada, por peritos y otras personas, o que la haya formado él mismo por su propia experiencia”.¹³⁶

28. Legalidad y tipicidad

En desarrollo de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, el proceso debe ser el resultado de la aplicación de normas preestablecidas.

El principio de legalidad protege a las partes de no sufrir sanciones o limitaciones que no se encuentren plenamente establecidas en normas procesales o sustanciales.

¹³⁶ STEIN, FRIEDRICH. El conocimiento privado del juez. Ed. Temis. Bogotá. 1988. Pág. 93.

Actividades como la probatoria, la cautelar, la sancionatoria, se encuentran reguladas por el principio, como límite tanto de la aplicación como de la interpretación.

En materia probatoria, el principio de legalidad impide que en determinados procesos se practiquen pruebas distintas de aquellas a las que la naturaleza del acto debatido permite, como lo sería, por ejemplo, la orden de interceptar las comunicaciones del esposo que ha sido demandado por infidelidad¹³⁷, o la aplicación de las reglas del interrogatorio de parte como medio para obtener confesión en el proceso contencioso administrativo donde es demandada la Nación¹³⁸.

En tratándose de la actividad cautelar, la legalidad impide practicar medidas no contempladas para ciertos procesos. Ejemplo de ello son la detención preventiva en procesos civiles, el embargo y secuestro en procesos declarativos antes de dictar sentencia de primera instancia¹³⁹ o la prohibición de salir del país en procesos laborales¹⁴⁰, medidas todas que se justifican para asegurar el cumplimiento de la sentencia en aquellos procesos en los cuales se discuten derechos sustanciales de naturaleza e índole distintas.

En materia de sanciones, las legislaciones adjetivas castigan determinadas conductas de las partes durante el proceso. Ejemplo de ello podemos citar la confesión ficta, los indicios derivados de las conductas procesales de las partes, tales como la no contestación de la demanda y la no comparecencia a las audiencias, interrogatorios o diligencias (C.P.C., arts. 202, 249), la imposición de multas por temeridad o mala fe (Arts., 38, 39, 72, 73, 74 del C.P.C.) y la expulsión de las audiencias en caso de rebeldía o indebida conducta (Art. 39 ibidem).

Cualquiera sea la consecuencia, bien de orden procesal¹⁴¹, bien de orden pecuniario¹⁴² o aún personal¹⁴³, el juez debe siempre ajustar su decisión a los parámetros restrictivos de

¹³⁷ Propia del proceso penal, que es eminentemente constructivo, a diferencia del civil – contencioso de divorcio-, que es por naturaleza reconstructivo.

¹³⁸ Los representantes legales de las entidades públicas no tienen facultad para confesar, conforme a lo previsto en el artículo 199 del Código de Procedimiento Civil, según el cual “No vale la confesión espontánea de los representantes judiciales de la nación, los departamentos, las intendencias, las comisarías, los distritos especiales, los municipios y los establecimiento públicos. Tampoco podrá provocarse confesión mediante interrogatorio de dichos representantes, ni de las personas que lleven la representación administrativa de tales entidades. Sin embargo, podrá pedirse que el representante administrativo de la entidad rinda informe escrito bajo juramento, sobre los hechos debatidos que a ella conciernan, determinados en la solicitud. El juez ordenará rendir el informe dentro del término que señale, con la advertencia de que si no se remite en oportunidad sin motivo justificado o no se rinde en forma explícita, se impondrá al responsable una multa de cinco a diez salarios mínimos mensuales.”

¹³⁹ Artículo 690 del CPC, numeral sexto.

¹⁴⁰ Reservada para los procesos penales o contenciosos de menores (L. 1098/06).

¹⁴¹ Como la regulada en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, que sanciona con la presunción de veracidad de los hechos alegados por la contraparte en caso de inasistencia injustificada o la declaratoria de desierto de las excepciones de nulidad sustancial relativa, compensación y prescripción.

¹⁴² Ibidem. Art. 101. Hasta de 10 S.M.L.M.V.

interpretación de la sanción, como son tipicidad, libertad, no retroactividad e interdicción de la analogía negativa.

28.1. Dimensión de la legalidad en el proceso penal

Tratándose del proceso penal, la protección al principio es absoluta, ya que por tratarse de un derecho eminentemente sancionatorio, debe preservarse la confianza en el procedimiento y el conocimiento que de él tienen las personas al momento de ser juzgadas.

Por ello en materia penal, nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, con observancia de las formas propias de cada juicio. Cuando el legislador implemente una nueva ley procesal penal, sus disposiciones se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia.

28.2. Dimensión de la legalidad en procesos civiles, laborales y contencioso administrativos

Ya en el proceso civil, el principio sufre restricciones, en virtud de la aplicabilidad inmediata de la ley procesal, según el mandato contenido en el artículo 40 de la ley 153 de 1887, el cual conserva plena vigencia.

Reza el citado artículo: “Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.”

30.3. Dimensión de la legalidad en el proceso de Tutela

El proceso de Tutela se caracteriza por su variedad de sanciones, tanto para el tutelado incumplido como para el tutelante temerario, aspectos sobre los cuales nos referiremos en capítulos posteriores, al referirnos al incidente de desacato, a la sanción al tutelante temerario con multas y al abogado hasta con suspensión en el ejercicio de la profesión (Decreto 2591 de 1991 y Ley 1123 de 2007).

29. Favorabilidad

Ante todo una aclaración: la exposición que a continuación se presenta no encuentra sustento en el derecho sancionatorio sustancial, sino en el derecho sancionatorio procesal y en general en las reglas de derecho punitivo que rigen en todo proceso.

¹⁴³ Expulsión de la audiencia, arresto y hasta sanción disciplinaria.

Por derecho sancionatorio o punitivo se entiende aquel conjunto de reglas que facultan al juez para imponer una sanción al litigante que ha incumplido con sus cargas procesales o que ha actuado con dolo o temeridad en un proceso determinado, siendo ejemplo de tales reglas las que imponen multas al declarante contumaz o renuente; la imposición de sanciones al litigante temerario; la expulsión de audiencias o diligencias a la parte irrespetuosa; la prohibición de ser oído ante el incumplimiento de ciertos deberes económicos; la imposición de arresto por el incumplimiento a las órdenes del juez y; En general toda sanción de orden procesal que sea el resultado de la actividad litigiosa.

En los casos anteriores, **la ley procesal** de efectos sustanciales, permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable, salvo que se trate de la aplicación de sanciones que provengan de sentencias dictadas por organismos internacionales con jurisdicción.

30. Escritura

En un sistema escrito, las partes se comunican con el juez mediante memoriales y el juez con ellas mediante autos y sentencias, sin que por ello se prohíba la intermediación. Bajo este esquema, el protagonista central del proceso es el expediente y dentro de él, el alegato. Tradicionalmente, los sistemas romano germánicos admiten los alegatos extensos, enciclopédicos, donde el litigante presenta al juez, además del recuento de su posición, narraciones, citas y transcripciones que, a veces fieles, “ayudan” al juez a “conocer” el derecho.

El proceso de Tutela, por expreso mandado del artículo 14 del Decreto 2591 de 1991, es escrito, en virtud de que tanto la petición como la sentencia deberán formularse documentalmente.

31. Oralidad

Tradicionalmente se ha atado la celeridad a la oralidad. Los intentos por desmaterializar el documento en el proceso, han llevado a implementar distintos sistemas (el último de ellos el laboral), en el cual las actuaciones se adelantan verbalmente, sin que sea posible realizar transcripciones o presentar alegaciones escritas.

Cuando una actuación sea oral, estarán vedadas ciertas conductas de las partes y del juez, quienes no podrán expresar sus alegaciones, ni elevar sus peticiones de otro modo, a menos que el alegato o la petición se encuentre soportada en pruebas documentales, tales como contratos, recibos, talones, fotografías, etc.

En el proceso de tutela el principio de oralidad adquiere especial relevancia frente a las siguientes situaciones, todas expresamente reguladas en el artículo 14 del Decreto 2591 de 1991:

1. En caso de urgencia;

2. Cuando el solicitante no sepa escribir y;
3. Cuando el solicitante sea menor de edad.

En los anteriores casos el juez deberá atender inmediatamente al solicitante, pero, sin poner en peligro el goce efectivo del derecho, podrá exigir su posterior presentación personal para recoger una declaración que facilite proceder con el trámite de la solicitud, u ordenar al secretario levantar el acta correspondiente sin formalismo alguno.

32. Adaptabilidad del procedimiento a las exigencias de la causa

Citado por CALAMANDREI en sus Instituciones del Derecho Procesal Civil¹⁴⁴, este principio, si bien no se opone al de legalidad, lo complementa en los sistemas orales. Consiste en la libertad de adaptar el procedimiento a las necesidades del proceso, siempre que con ello se logre su finalidad y no se viole el derecho de defensa o de audiencias.

33. Funcionalidad del procedimiento

Sea el proceso oral o escrito, el proceso debe responder a las necesidades inmediatas de las partes. En tal medida, aún siendo el proceso íntegramente oral, cuando la actuación deba reducirse a escrito así lo determinará el juez, bien ordenando la transcripción de lo actuado, bien incorporando el elemento físico o escrito al expediente.

34. Economía

En los procesos se procurará por que las actuaciones se surtan en el menor tiempo, con el menor esfuerzo y con el menor gasto posible.

La economía, entonces, no se expresa tan solo en términos de dinero, sino de esfuerzo, tiempo y espacio. Esfuerzo, en la medida en que no se podrá exigir a las partes el cumplimiento de obligaciones o de cargas adicionales a las establecidas en la ley; tiempo, en la medida en que una actuación lenta o paralizada, viola el derecho de acceso a la administración de justicia y; Espacio, en el entendido en que los avances tecnológicos permiten archivar cada vez mayor información en medios compactos, como ordenadores y equipos de almacenamiento masivo.

35. Celeridad e Impulsión

Iustitiae dilatio est quaedam negatio

¹⁴⁴ CALAMANDREI, PIERO. Instituciones de Derecho Procesal Civil Según el nuevo código. Traducción del original "istituzioni di Diritto Procesuale Civile, secondo il nuovo codice", segunda edición actualizada. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1973. Pág. 376.

Afirma CARNELUTTI¹⁴⁵: “Cuando oímos decir que la justicia debe ser rápida, tenemos ahí una fórmula que se debe tomar con beneficio de inventario; El *clisé* de los llamados hombres de Estado que prometen a toda discusión del balance de la justicia que esta tendrá un desenvolvimiento rápido y seguro, plantea un problema análogo al de la cuadratura del círculo. Por desgracia, la justicia, si es segura no es rápida, y si es rápida no es segura. Preciso es tener el valor de decir, en cambio, también del proceso: quien va despacio, va bien y va lejos. Esta verdad trasciende, incluso, de la palabra misma “proceso”, la cual alude a un desenvolvimiento gradual en el tiempo: proceder quiere decir, aproximadamente, dar un paso después del otro”.

Y prosigue: “El delito, después de todo, puede hacerse de prisa precisamente porque a menudo es sin juicio; si quien lo comete tuviese juicio, no lo cometería; pero un castigo sin juicio sería, en vez de castigo, un nuevo delito.” Al respecto reza la máxima romana: *in iudicando criminosa est celeritas*: el apuro al sentenciar es delictivo.

Al juez le corresponde impedir que el proceso se paralice, pero esa a la parte a quien le corresponde impulsar las actuaciones del juez, en una relación cíclica y constante, que puede llevar, o no, a una sentencia¹⁴⁶.

En el derecho alemán, el principio de impulsión también se reconoce en el principio de deliberación (*verhandlungsmaxime*), según el cual no existe un interés público en introducir los hechos y averiguar su verdad.¹⁴⁷

Al margen de la discusión acerca de si un proceso debe ser largo o corto, célere o eventual, eficaz o eficiente, nuestra legislación constitucional y procesal ha reconocido en la celeridad e impulsión, que aunque no iguales, principios que protegen derechos inherentes a la persona que se encuentra *sub iudice*, en la medida en que debe respetarse su derecho a no permanecer en estado de indefinición jurídica.

Así, las sanciones por violación al principio se establecen en consideración a quien lo vulnera. Cuando la parálisis proviene del juez, la ley lo sancionará hasta con la separación del proceso, tal y como ocurre en el juicio penal, donde es causal de recusación demorar los asuntos a él encomendados¹⁴⁸; si, por el contrario, proviene de la parte, la sancionará, según

¹⁴⁵ CARNELUTTI, FRANCESCO. *Cómo se hace un proceso*. Ed. Temis S.A., 3ª Edición. Bogotá, 2007. Pág. 14.

¹⁴⁶ Según el debate que se presente, un proceso puede terminar con sentencia. A veces, sin embargo, la naturaleza de la pretensión impide que sea la sentencia la que lo de por clausurado, tal y como ocurre con el proceso ejecutivo, que termina con el pago, el proceso penal condenatorio, que termina con el cumplimiento de la pena, o el proceso divisorio, que termina con la división material.

¹⁴⁷ LEIBLE, STEFAN. *Proceso Civil Alemán*. Fundación Konrad Adenauer, Biblioteca Jurídica Dike. 2ª edición. Medellín, 1998.

¹⁴⁷ ARAZI, ROLAND. *La prueba en el proceso civil*. Ediciones La Roca. Buenos Aires. 2001. Pág. 134.

¹⁴⁸ Artículo 99, numeral 7 de la ley 600 de 2000: “Son causales de impedimento:7. Que el funcionario judicial haya dejado vencer, sin actuar, los términos que la ley señale al efecto, a menos que la demora sea debidamente justificada.” Con la misma redacción, el numeral 7 del artículo 56 de la Ley 906 de 2004.

la naturaleza del proceso y su posición jurídico procesal, hasta con la pérdida del derecho a obtener sentencia (perención y desistimiento tácito)¹⁴⁹.

En materia penal y disciplinaria, la inactividad procesal del demandante (que en nuestro sistema procesal es el Estado), se sanciona con la pérdida de la capacidad para continuar con la persecución del delito o de la falta, cuando transcurrido cierto tiempo después de cometido el hecho, aún no se ha ejercitado el derecho a sancionar (prescripción). Las reglas en uno y otro caso varían, según el hecho sea activo u omisivo, de ejecución instantánea o continuada, de realización en un determinado territorio (vigencia de la ley en el espacio), o en un determinado momento (vigencia en el tiempo).

33. Eficacia y Eficiencia

La eficiencia es la capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado, dice el DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA¹⁵⁰. La eficacia, dice el mismo diccionario, es la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera¹⁵¹. Afirma NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO, que mientras que la eficacia es obtener el resultado, la eficiencia buscar lograr, en palabras de JIMÉNEZ ASENJO, “máximo resultado y mínimo gasto”¹⁵².

Según las definiciones anteriores, se regirán por el principio de eficiencia las notificaciones en el proceso civil y, por el de eficacia, las notificaciones en el proceso constitucional de tutela¹⁵³ y el administrativo de conciliación¹⁵⁴, pues, en efecto, analizados los requisitos sustanciales de la notificación en el sistema adjetivo civil, para que la parte se entienda notificada de un acto, deben cumplirse todas y cada una de las etapas procesales previstas para la consecución del acto, al punto de que, en determinados casos, se debe designar un curador *ad litem* para que concurra al proceso y en representación de la parte a quien no se le pudo notificar, se entere de la decisión adoptada¹⁵⁵.

Por el contrario, en el trámite de la Acción de Tutela, no será menester lograr la notificación efectiva del tutelado, puesto que por mandato constitucional la sentencia debe dictarse

¹⁴⁹ La perención en materia procesal civil se encuentra actualmente derogada por la Ley 793 de 2004, siendo reemplazada por el “desistimiento tácito” contemplado en la ley 1194 de 2008, e incorporado en el actual artículo 346 del Código de Procedimiento Civil. En materia contencioso administrativa conserva plena vigencia, en virtud del principio de especialidad que regula dicho proceso.

¹⁵⁰ http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=eficiencia. Real Academia de la Lengua. Consultado el 13 de abril de 2008.

¹⁵¹ *Ibid.* http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=eficacia. Consultado el 13 de abril de 2008.

¹⁵² CORREA HENAO, NÉSTOR RAÚL, Derecho Procesal de la Acción de Tutela. Pontificia Universidad Javeriana. 2ª edición. 2005.

¹⁵³ Decreto 2591 de 1991, art. 16: “Las providencias que se dicten se notificarán a las partes o intervinientes, por el medio que el juez considere más expedito y eficaz.”

¹⁵⁴ Ley 640 de 2001, art. 20: “La citación a la audiencia deberá comunicarse a las partes por el medio que el conciliador considere más expedito y eficaz, indicando sucintamente el objeto de la conciliación e incluyendo la mención a las consecuencias jurídicas de la no comparecencia.

¹⁵⁵ Art. 315 del Código de Procedimiento Civil.

a más tardar dentro de los 10 días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, motivo por el cual no es, en palabras de Correa¹⁵⁶, del núcleo esencial lograr la notificación, pero sí intentarla.

34. Informalidad y oficiosidad

De acuerdo con el principio de *informalidad*, la acción de tutela no se encuentra sujeta a formulas sacramentales ni a requisitos especiales, que puedan desnaturalizar el sentido material de protección que la propia Constitución quiere brindar a los derechos fundamentales de las personas por conducto de los jueces. Con la implementación de la acción de tutela quiso el constituyente del 91 satisfacer las necesidades de justicia material mediante el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas procesales, motivo éste que explica por qué en el caso del amparo constitucional prevalece la informalidad.

En aplicación de este principio, la presentación de la acción sólo requiere de una narración de los hechos que la originan, el señalamiento del derecho que se considera amenazado o violado, sin que sea necesario citar de manera expresa la norma constitucional infringida, y la identificación de ser posible de la persona autora de la amenaza o agravio. Adicionalmente, la presentación de la acción no requiere de apoderado judicial, y en caso de urgencia, o cuando el solicitante no sepa escribir, o sea menor de edad, podrá ser ejercida de manera verbal (Corte Constitucional, sentencia C - 483 de 2008).

35. Lealtad y buena fe

En las actuaciones procesales, las partes deberán obrar con rectitud, honestidad, probidad, publicidad y responsabilidad.

En virtud de este principio, a las partes no se les permitirán conductas que tiendan a entorpecer el normal curso del proceso, la formulación de recursos abiertamente improcedentes, la presentación de pruebas tardías o el retiro de las presentadas oportunamente, las afirmaciones o negaciones maliciosas o impertinentes, las imputaciones deshonorosas y las citas inexactas o descontextualizadas, entre otras.

Así, a la parte se le prohíbe pedir o presentar pruebas después de cerrada la oportunidad probatoria, o bien retirar las que le desfavorecen después de haberlas socializado; también se prohíben y se sancionan las citas inexactas o descontextualizadas, siendo inexacta la que supone o cercena lo dicho por autor o juez y descontextualizada, la que afirma para el caso lo que en realidad se dijo para resolver uno enteramente distinto en sentencia anterior o en texto científico¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Ibid.

¹⁵⁷ Ley 1123 de 2007, Código Disciplinario del Abogado.

La buena fe, sin embargo, se presume, teniendo carga siempre quien alega su vulneración de probar el sustento de la acusación.

36. Doble instancia y no reforma en perjuicio (*non reformatio in pejus*)

Reza el artículo 31 de la Constitución Nacional: “Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley. El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.”

La posibilidad de apelar la sentencia y en general la decisión judicial, proviene del derecho romano, y encuentra su antecedente en la *intercessio*, que era un recurso concedido contra las decisiones del magistrado para que el César revisara su legalidad.

El principio de la doble instancia protege así mismo el principio de alteridad, sobre el cual descansa el sistema democrático moderno de pesos y contrapesos, donde las decisiones que van a afectar los derechos y los intereses de los asociados, y es precisamente bajo este concepto de control, es que se enmarca el derecho a no recibir una sentencia más gravosa por parte del superior, cuando el condenado sea apelante único.

La prohibición de la reforma peyorativa, dice la Corte Constitucional, “comporta una clara “manifestación del principio de congruencia, según el cual las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo”, de manera que, “Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, [cuando actúa como apelante único] constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem”¹⁵⁸. Ello implica, necesariamente, que la situación jurídica del recurrente puede ser mejorada por el superior, o incluso mantenida en los términos de la providencia impugnada, pero en ningún caso agravada, pues tal proceder desbordaría el ámbito de competencia funcional que, en virtud de la aplicación del principio constitucional en cuestión, se le ha reconocido a la autoridad judicial. Dicho en otros términos, por la vía del recurso de apelación, la competencia del juez tiene un alcance restrictivo si el condenado hace uso exclusivo del derecho de impugnación.”¹⁵⁹

36.1. Dimensión de la no reforma peyorativa en el proceso penal

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que no se trata de un principio absoluto y que el mismo encuentra límites claros en otros principios como el de la legalidad de la pena (C.P. art. 29).

En este sentido, afirma que la proscripción de la reforma en perjuicio del procesado o condenado, cuando éste actúa como apelante único, no puede convertirse en un obstáculo in-

¹⁵⁸ Sentencia SU - 327/95, M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

¹⁵⁹ Sentencia T - 082 de 2002.

salvable para el superior que pretende corregir los errores en que incurrió el *a quo* al momento de imponer la pena.

Según la Corte, “...la prohibición de empeoramiento supone lógicamente que el juzgador ha partido de los límites legales de la pena, no de una sanción que a él se le antoja o que inventa en medio de la confusión dentro de un acto de sustitución arbitraria del legislador.” Por eso, “cuando el juez de instancia, sin justificación alguna, desconoce dichos límites (...) el superior funcional simplemente procede a corregir una manifiesta ilegalidad, sin que para ese momento preciso constituya obstáculo el principio de reformatio in pejus, pues éste estaría en juego después de decantado su presupuesto lógico”.

Un ejemplo tomado de la jurisprudencia constitucional nos ilustra el asunto:

Mediante sentencia proferida en proceso penal, un ciudadano fue encontrado responsable del delito de destrucción, supresión y ocultamiento de documento público y por tal motivo fue condenado a la pena principal de dos años de prisión y, por el mismo término, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y a la prohibición de ejercer la profesión de abogado.

Contra la sentencia condenatoria de primera instancia el condenado interpuso recurso de apelación, siendo confirmada en todas sus partes por el Tribunal Superior del Distrito Judicial.

Dentro de la oportunidad legal prevista, el condenado y su apoderado judicial promovieron recurso extraordinario de casación en contra de la decisión adoptada por el *ad quem*.

Admitido el recurso, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia desestimó las pretensiones de la demanda y, oficiosamente, decidió casar parcialmente la providencia de segunda instancia “con el fin de declarar que la sanción principal se fija en *treinta y seis (36) meses de prisión*, e interdicción de derechos y funciones públicas y la prohibición de ejercer su profesión de abogado, por el mismo término”, con lo cual aumentó las penas principal y accesoria impuesta al actor de 2 a 3 años (24 a 36 meses), argumentando que el sentenciador de primera instancia había violado el principio de legalidad de la pena, al desconocer los topes mínimos fijados por la ley sustantiva que se encontraba vigente para la época en que se consumó el hecho delictivo investigado, para lo cual argumentó:

“...ciertamente, circunscrita la adecuación típica de la conducta imputada en el pliego de cargos al hecho punible descrito y sancionado en el Art. 223 del C. Penal, modificado, como ya se dijo, por el Art. 3° de la ley 43 de 1982, es claro que la sanción corporal imponible oscilaría entre dos (2) y ocho (8) años de prisión; sin embargo, el juez de primera instancia para dosificar la pena correspondiente partió de un (1) año de prisión, lapso muy inferior al límite mínimo previsto en la ley, no empece lo cual el Tribunal nada dijo sobre la materia y se limitó a confirmar ‘en todas sus partes’ el fallo impugnado, rehusando hacer la corrección oficiosa que le incumbía en la segunda instancia.”

36.2. Posición de la Corte Constitucional sobre la *non reformatio in pejus* en materia penal

La Corte Constitucional, por el contrario, no admite la interpretación jurisprudencial de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, motivo por el cual mediante sentencia de tutela fijó el verdadero alcance del artículo 31 de la Constitución Nacional en los siguientes términos:

“Esta Corporación, en ejercicio de su función de guardiana “*de la integridad y supremacía de la Constitución*” (C.P. art. 241), en reiterada jurisprudencia, se ha encargado de establecer una línea doctrinal uniforme en torno al tema, concluyendo “que la garantía constitucional que prohíbe la *reformatio in pejus* no admite excepciones cuando el condenado es apelante único, pues sólo así se garantiza la efectividad del artículo 31 de la Carta y del principio de certeza jurídica en el fallo.”¹⁶⁰ (...)

En consecuencia, este Tribunal, como intérprete autorizado de la Carta Política, discrepa abiertamente de la tesis expuesta por la Corte Suprema de Justicia, en cuanto considera que ni el principio de legalidad de la pena, ni ningún otro principio procesal, constituyen un límite constitucional válido a la garantía prevista por el artículo 31-2 Superior, según la cual, “*El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único*”. En las Sentencias de Unificación de Jurisprudencia SU.327 de 1995 (M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ) y SU.1553 de 2000 (M.P. ANTONIO BARRERA CARBONELL), la Sala Plena de la Corte explicó y justificó su posición en los siguientes términos:

“La protección del principio de legalidad que asume el superior al pretender corregir los errores del *A quo* no es posible si el juez no tiene competencia para ello. En efecto, en razón a que la función judicial es reglada, ella sólo puede ser ejercida por quienes la norma positiva les reconoce, no sólo jurisdicción sino competencia para ejercerla válidamente. Por lo tanto, si el superior ‘adquiere competencia sólo en función del recurso interpuesto por el procesado’¹⁶¹, no puede modificar para peor la sanción so pretexto de ejercer la función de control de legalidad.”

“Pero incluso si en gracia de discusión se acepta que la tesis de la Corte Constitucional lleva a que el principio de legalidad debe ceder frente al respeto de los derechos individuales del procesado, la pregunta que surge es la siguiente: ¿quién debe soportar la carga del error del juez?. La respuesta no

¹⁶⁰ Sentencia SU - 1553 de 2000, M.P. ANTONIO BARRERA CARBONELL.

¹⁶¹ Sentencia SU - 327 de 1995. M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ

puede incluir al condenado. En efecto, no existe ni debe existir norma que le imponga al sujeto activo de un delito la obligación de colocar en funcionamiento el aparato judicial para preservar el principio de legalidad de la pena, en contra suya. De hecho, si la propia Constitución exceptúa al sindicado de la obligación de declarar contra sí mismo (C.P. art. 33), con mayor razón lo exonera de la obligación de interponer un recurso que menoscaba su defensa o su situación como apelante.” (...).

No sobra precisar que la posición asumida por esta Corporación en relación con el alcance del artículo 31-2 Superior, se convierte en criterio obligatorio para todas las autoridades judiciales a quienes les compete interpretar y aplicar la norma. Inicialmente, por cuanto la misma constituye doctrina constitucional integradora, emanada de la aplicación directa del propio Estatuto Superior¹⁶². Pero además, por cuanto tales pautas de interpretación forman parte de una línea jurisprudencial uniforme y coherente que, por provenir del órgano de cierre de la jurisdicción y hacer parte de la *ratio decidendi* de sus fallos, “funge como auténtica dentro del ordenamiento jurídico colombiano”¹⁶³.

En lo que corresponde a esto último, ya la Corte había señalado que “si hay discrepancia sobre el sentido de una norma constitucional, entre el juez ordinario (dentro del cual, para estos efectos, hay que incluir al de casación) y la Corte Constitucional, es el juicio de ésta el que prevalece, tal como se desprende, con toda nitidez, del fallo C - 083 de 1995 que, al declarar la exequibilidad del artículo 8° de la Ley 153 de 1.887, fijó el alcance de la expresión ‘doctrina constitucional’ ”¹⁶⁴. En el mismo sentido, precisó recientemente, que “...la función de la Corte, en materia de derechos constitucionales, consiste en lograr ‘la unidad interpretativa de la Constitución’ ”¹⁶⁵, razón por la cual se ha entendido que la doctrina constitucional en la materia es obligatoria¹⁶⁶, en especial, la *ratio decidendi*¹⁶⁷, que construye el precedente judicial^{168,169}.

36.3. Dimensión de la *non reformatio in pejus* en el proceso de Tutela

Por tratarse de la protección de derechos fundamentales y en virtud de que en el proceso de tutela no se discuten derechos de contenido patrimonial ni se ventilan pretensiones, la sen-

¹⁶² Cfr. La Sentencia C - 083/95, M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ

¹⁶³ Sentencia C - 386/96, M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. Al respecto, se puede confrontar también la Sentencia SU - 1553/2000.

¹⁶⁴ Sentencia SU - 327/95. En relación con el efecto vinculante de las decisiones de la Corte Constitucional, también se pueden consultar, entre otras, las Sentencias C - 037/96 (M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA) y SU-640/98 (M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ).

¹⁶⁵ Sentencia SU - 640 de 1998 M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

¹⁶⁶ Sentencia C - 600 de 1998.

¹⁶⁷ Sentencia SU - 047 de 1999

¹⁶⁸ Sentencia T - 1625 de 2000

¹⁶⁹ Sentencia SU - 062/2001, M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

tencia del juez de segunda instancia puede extender la protección a situaciones no contempladas por el juez A-Quo.

Pese a lo anterior, se considera que esta facultad no se encuentra regida por la posibilidad de una reforma en perjuicio del demandado propiamente dicha, sino de la facultad oficiosa del juez Ad Quem de considerar aspectos adicionales a los invocados por el tutelante o que habiendo sido invocados no fueron considerados por el inferior, en virtud de la inexistencia de restricciones en materia de consonancia.

37. Independencia y autonomía

Los jueces, en sus decisiones, son autónomos. La autonomía (independencia) se enmarca dentro de los conceptos de libertad y de orden que rigen, de antaño, nuestros símbolos republicanos.

La independencia se predica, entonces, de los jueces de igual o superior categoría, de otras ramas del poder público y de cualquier agente externo al proceso, que pueda influir en la imparcialidad del juez.

Bajo el imperio del principio de independencia, el juez deberá acatar exclusivamente la Constitución y la interpretación que de ella hace la Corte Constitucional (precedente), la ley, y la interpretación que de ella hacen la Corte Constitucional (Doctrina constitucional¹⁷⁰) y la Suprema de Justicia (antecedente)¹⁷¹.

38. Principios rectores de las nulidades

La Corte Suprema de Justicia¹⁷² ha determinado que si la nulidad se vincula a la vulneración del derecho de defensa, para la correcta formulación de la censura corresponde al demandante identificar cada uno de los obstáculos que hubiesen conspirado contra esa prerrogativa y explicar por qué motivos no pudieron ser removidos o evitados durante el curso procesal, demostrando su trascendencia como causa invalidante, después de analizar el flujo de los principios de oportunidad, lealtad, taxatividad, protección, convalidación, trascendencia y residualidad que gravitan en el espectro de las nulidades.

¹⁷⁰ Sentencia C - 083 de 2005, plurimencionada por la Corte Constitucional en procura de la estabilidad de sus propias sentencias.

¹⁷¹ Corte Constitucional, sentencia SU - 120 de 2003: “Toda aplicación de la ley, como viene a ser la misma ley, pero para el caso concreto, debe ser general y uniforme de manera que infunda a sus destinatarios la seguridad de que pueden actuar de la manera prevista en la jurisprudencia, porque los asuntos por venir serán resueltos de la misma manera, como quiera que de nada vale sostener que en aras del principio de igualdad las leyes deban ser impersonales y generales, de permitirse al fallador de turno aplicarlas a su arbitrio, modificando su entendimiento en cualquier momento y sin mayor explicación –artículo 13 C.P.” En igual sentido, las sentencias C - 836 de 2001

¹⁷² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 16 de junio de 2006, Magistrado Ponente Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO, Rad. 22989.

38.1. Taxatividad

La regla de taxatividad apunta a la imposibilidad de invocar causal de nulidad distinta a la prevista en la ley.

El principio de taxatividad ha sido objeto de debate a lo largo de la historia constitucional colombiana, pues, tal y como lo hemos expresado a lo largo de este estudio, si de la lectura extensa y sistemática de la Constitución y de la ley se extraen principios que, como su nombre lo indica, son de directa aplicación, no se entendería cómo, pese a ello, no se incluya su violación como causal de anulación de los actos procesales.

En sentencia de 7 de diciembre de 1999 (Exp. C - 5037), la Corte Suprema de Justicia manifestó que “no es la nominación de la causal de nulidad lo que habilita su estudio, sino la sustentación fáctica que de ella se haga”, porque “siempre debe propenderse porque el problema propuesto para la composición judicial se decida en el fondo, en el sentido más acorde con el derecho y la justicia”.

38.2. Trascendencia

La sola verificación de una irregularidad en la actuación procesal no bastará para declarar la nulidad. Es necesario que la actuación defectuosa cause perjuicio al litigante, de modo que le impida el ejercicio de su derecho de defensa o de contradicción.

38.3. Finalidad

Solo se podrá declarar la nulidad en la medida en que con ella se altere efectivamente la situación de quien la alega, lo cual impide que la parte que advierte una situación violatoria del debido proceso pero que no le aprovecha, pueda invocarla, para así retrotraer los efectos del proceso a etapas ya precluidas.

38.4. Legitimación o protección

En virtud del principio de legitimación: a) Solo podrá alegar la nulidad quien resulte afectado con el acto procesal defectuoso; b) No podrá alegar la nulidad quien hubiere dado lugar a ella (*Nemo auditur*), y; c) No podrá alegar la nulidad quien la hubiere consentido expresa o tácitamente.

38.5. Oportunidad

Salvo norma en contrario, toda nulidad debe alegarse en la primera oportunidad que tenga el afectado, so pena de convalidarla.

Así lo disponen en el proceso los artículos 142, 143 y 144 del Código de Procedimiento Civil, según los cuales quien deje de alegar una nulidad, siendo esta saneable, la tendrá por convalidada con su inactividad.

38.6. Convalidación

La parte en cuyo favor se instituye una nulidad puede convalidarla. La convalidación puede ser expresa o tácita, como quien manifiesta su conformidad con el acto procesal o quien, a pesar de conocerlo, elige guardar silencio, pudiendo alegar la nulidad. En este último caso se requiere que el afectado actúe en el proceso sin invocar la violación del procedimiento susceptible de anulación.

38.7. Residualidad

Las nulidades solo podrán decretarse en ausencia de otros mecanismos procesales de defensa, pues no basta con la sola verificación de la causal para que sea procedente el decreto, sino que no exista otro medio en el proceso que permita invocarla.

39. Principios rectores de los recursos

Los recursos son medios de impugnación que tienen las partes contra las decisiones de los jueces. Sin embargo, el uso de tales mecanismos se encuentra también enmarcado dentro de los límites establecidos por el legislador, tanto a las partes como al juez, en la medida en que se busca hacer efectivo tanto el goce de los derechos sustanciales, como aquellos de orden procesal.

La limitación de los recursos, o la delimitación de su uso, deriva en un sano y leal uso de la administración de justicia.

39.1. Taxatividad

Por regla general, contra toda decisión proceden recursos de orden horizontal (reposición y reconsideración). Sin embargo, el legislador ha impuesto una restricción general en materia de recursos verticales, que consiste en la limitación a situaciones que realmente ameriten el pronunciamiento de un juez superior.

Así, en materia del recurso de apelación (también denominado impugnación en la acción de tutela), la ley prevé que serán apelables, tan solo las providencias para las cuales se destine el recurso y en procesos de doble instancia.

Igual situación se predica del recurso de casación, el cual solo procede, por regla general, contra las sentencias dictadas en segunda instancia por los tribunales superiores de distrito judicial o el extraordinario de revisión, reservado para las sentencias o las decisiones proferidas en procesos contenciosos que han transitado por la cosa juzgada material, lo que in-

cluye tanto sentencias como autos en procesos civiles, laborales y contencioso administrativos, así como los autos y las resoluciones que se dicten en el proceso penal que declaren la preclusión de la investigación (Ley 600 de 2000 y Ley 906 de 2004).

39.2. Legitimación

La legitimación se encuentra determinada por la situación procesal del recurrente, tanto en la parte en que actúa, como frente a su opositor. Bien puede suceder que quien formula el recurso no es el llamado a interponerlo, como cuando en la relación procesal intervienen terceros que defienden su propia pretensión, pero también existen casos en que la legitimación se le otorga a cualquiera de los intervinientes procesales, tal y como ocurre en el litisconsorcio necesario, que faculta a cualquiera de los litisconsortes para recurrir los actos procesales, sin necesidad de obtener autorización de los demás.

39.3. Oportunidad

En virtud del principio de la preclusión, los recursos deben interponerse en las oportunidades que la ley otorga para ello. Por regla general, la oportunidad para interponer un recurso se entiende otorgada a partir del conocimiento de la providencia y no de la expedición del acto procesal, pues es requisito de existencia la notificación que del acto se realice.

39.4. Finalidad

El principio de finalidad atiende a la posición jurídica del recurrente, pues solo aquel que busque la efectiva alteración de su situación procesal, podrá invocar exitosamente el recurso. En tal medida, la ley disciplinaria ha determinado que es causal de sanción la interposición de recursos manifiestamente encaminados a entorpecer el normal curso de los procesos (Decreto Ley 196 de 1971 y ley 1123 de 2007).

40. Principios rectores de la decisión judicial y la sentencia

40.1. Motivación

La motivación es requisito de existencia del acto jurídico procesal cuando emana del juez. Una providencia no motivada viola principios tan o más caros de la actividad procesal como son la publicidad, la contradicción, la defensa y por ende el debido proceso.

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

La Sala de Casación Civil se pronunció en fallo del 29 de agosto de 2008 (Rad. 00729-01), acerca de la necesidad de motivar las decisiones judiciales:

“La motivación de las decisiones judiciales, como es asumida por la doctrina actual, está ampliamente influenciada por el cambio de paradigma gestado por la Revolución Francesa

de 1789; Así, la exaltación del valor de la ley como producto de la voluntad soberana del pueblo y la necesidad de que los jueces, hasta ese momento fieles servidores del rey, se ajustaran en sus decisiones a los dictados de la ley, entendida esta como el instrumento que no sólo igualaba a los ciudadanos, sino que liberaba de la opresión monárquica, generó un cambio de perspectiva sobre la arquitectura de las decisiones judiciales.

Para comprender de forma más completa el proceso histórico de la motivación, ha de analizarse el antes y el después del siglo XVIII. En concreto, se pueden diferenciar tres grandes fases o períodos históricos de la motivación: una primera etapa va desde la Roma Clásica hasta el inicio de la Edad Media; cuando las decisiones judiciales no requerían ser razonadas o justificadas expresamente, pues su fundamento y valor podría venir respaldado por el prestigio social y la autoridad del órgano encargado de la decisión, así como por su vinculación a un alto estamento: el sacerdotal. El origen divino del poder, ejercerlo en nombre de Dios, hacía de la infalibilidad una cuestión cotidiana y determinaba un tipo de decisión en el que la motivación, desde luego, no cumplía el papel que desempeña en los sistemas jurídicos evolucionados.

A lo largo de la Edad Media, en distintos países y ámbitos jurídicos, surgieron manifestaciones a favor de la motivación; reclamo promovido en gran medida por el creciente papel que en su momento cumplen los jueces como factores de expresión del poder. En paralelo, convivía una tendencia de no motivación, debida a que los jueces, según esta percepción, eran meros representantes o servidores del rey o del príncipe, cuyas decisiones, como es lógico en tal esquema de poder, no habría porqué justificar. No obstante, a partir de la Revolución Francesa el deber de motivar las decisiones judiciales toma cuerpo y se expande a la mayoría de las legislaciones europeas.

Desde 1790, cuando se instaura en Francia la obligación de motivar, hasta nuestros días, es posible identificar varios periodos; Chaid Perelman, uno de los teóricos que ha estudiado del tema, identifica tres fases que surgen del distinto papel que se le asigna a la función judicial: el período de la escuela de la exégesis, que termina alrededor de 1880; El de la escuela funcional y sociológica, que llega hasta 1945; y el período influido por el proceso de Nüremberg, que se caracteriza por una concepción tópica del razonamiento judicial. Podría hablarse de un cuarto período, el actual, dominado por las corrientes discursivas y racionales que pretenden conciliar la estricta sujeción a la ley, con la validez axiológica de las decisiones judiciales.

En cuanto a la evolución del deber de motivar las sentencias como se ha presentado en el Derecho español, que tanta influencia ha ejercido entre nosotros, podemos adelantar que no existe acuerdo en la doctrina sobre el fundamento de la motivación y su valor histórico. Así, Menéndez Pidal asocia la motivación de las resoluciones judiciales a la existencia de jueces técnicos, capaces de destilar una argumentación que dé cuenta de los fundamentos de la decisión. De otro lado, autores como el profesor Ortells Ramos, sostienen que el condicionamiento del deber de motivar se produce en un doble sentido: determinando el mantenimiento, hasta tiempos tardíos, de la prohibición de motivar y, casi simultáneamente

dando lugar al establecimiento del deber de argumentar. De esta tensión paradójica entre el deber y la prohibición de motivar, da cuenta F. Tomás y Valiente, cuando señala cómo los reyes querían proteger su derecho, frente a la excesiva aplicación curial del derecho romano, para lo cual debían obligar a sus jueces a fundamentar expresamente en las órdenes Reales sus sentencias; situación que pudo justificar en algún momento la imposición del deber de explicar los motivos de la decisión judicial.

Entonces, en España, en el siglo XIX se generalizó el deber de motivar las sentencias, lo cual obedeció a distintas razones, entre ellas las de carácter político, porque un régimen más amplio tiende a que los actos de los órganos del Estado no sean una cruda imposición, sino un mandato justificado y razonado. Pero más decisivo es el imperativo de intentar, por medio de la motivación, dar un testimonio público de la aplicación del derecho vigente, sobre todo por ser un derecho de nueva implantación que suponía, en cierta medida, una ruptura con el orden jurídico anterior. También se hallan razones de carácter técnico jurídico, como el hacer viables las impugnaciones ante los superiores, en especial para el recurso extraordinario de casación.

Actualmente la doctrina y la jurisprudencia española discurren acerca de la motivación de las sentencias, siempre enfatizando la necesidad de ajustarla a las exigencias constitucionales: “En el caso de la jurisdicción, el habitual hermetismo en el discurso, es trasunto de una modalidad de poder, soberano en el viejo sentido, que se manifiesta en forma de diktat, como mandato desnudo y que se justifica de manera formal por el sólo hecho de provenir de una determinada instancia. En ese contexto basta con que resulte claro el sentido del fallo al sólo efecto de provocar una determinada actitud en el destinatario. La calidad de los antecedentes y el curso de formación de la misma resultan objetivamente indiferentes.

“La preocupación por lo que supone ese modo de operar judicial es antigua y se concreta en una gama de variadas opciones operativas, desde el „juicio de Dios“, a la prueba tasada, al principio de presunción de inocencia como regla de juicio conectado con el de contradicción y la exigencia de motivación. Ambos, considerados en la plenitud de sus implicaciones, expresan el máximo de conciencia sobre los problemas de la jurisdicción como forma de ejercicio del poder, una materia que afortunadamente preocupa cada vez más y en la que hay un largo camino por recorrer y que debería recorrerse.

“El lenguaje forense es un punto en ese camino, pero sería un grave error hacerle objeto de una consideración aislada, porque es un síntoma, extraordinariamente elocuente, pero un síntoma. Tanto que si en una experiencia de laboratorio fuera posible producir, de una vez, un juez en todo conforme al ideal representado por el modelo de referencia, le veríamos expresarse de una forma diferente a la que hoy es todavía corriente entre nosotros. Con esto no quiero decir que no merezca la pena incidir en este momento, de manera puntual, en el plano de la expresión lingüística. Debe hacerse, porque siempre será útil. Pero, para que ese esfuerzo resulte realmente eficaz, de la clase de eficacia que se necesita, es preciso que se integre en un ambicioso diseño estratégico de cambio cultural. Esta es, en realidad, la verdadera apuesta”.

Es de señalar que en Colombia son más bien escasos los estudios específicos sobre el deber de fundamentar las decisiones judiciales. Así, el profesor Tulio Enrique Tascón, escribía en 1934 a propósito del artículo 161 de la constitución de 1886: “Esta exigencia obedece a la necesidad de evitar la arbitrariedad de los Jueces: ellos en sus fallos deben exponer las disposiciones legales y las razones de justicia o equidad que constituyen los fundamentos de la decisión, así como la apreciación que hacen de las pruebas aducidas y de los alegatos presentados por las partes. Esto mismo dispone el artículo 471 del Código de Procedimiento Civil, en donde está bien la disposición, pero no en la constitución, por ser cuestión reglamentaria” 12. La cita que acaba de hacerse, muestra claramente la importancia relativa que se concedía a la fundamentación de las decisiones judiciales entre los autores emblemáticos del derecho constitucional. Se destaca, además, que en el comentario transcrito se hace la clara separación entre motivación acerca de las normas y sobre los hechos, así como el deber legal de responder a los alegatos de las partes. En igual sentido, el profesor Hernando Devis Echandía refiere lacónicamente que “cuando se trata de sentencias, debe distinguirse la motivación de los hechos y la del derecho”.

Como quedó visto, en Colombia, en el pasado más próximo, hallamos que la anterior Constitución fijaba en el propio canon fundamental, artículo 163, que en la nomenclatura original correspondía al artículo 161, el imperativo de que toda providencia judicial fuera motivada; no obstante, esta regla se excluyó inexplicablemente de la Carta Política de 1991. En la Constitución española en el artículo 120, numeral 3, se impuso que “Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública”, mientras que en la colombiana, la regla que venía desde la Constitución de 1886 desapareció. La Asamblea Constituyente de 1991, quiso eliminar de la Constitución aquellas normas que podían ser parte de una ley estatutaria, lo cual explica la desaparición del artículo 163 del texto constitucional, no obstante, a la manera de un sucedáneo de la norma suprimida de la Constitución, la exigencia de fundamentar pasó a ser parte de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, Ley 270 de 1996, que en su artículo 55 ordena la motivación de las sentencias, todo lo cual se extiende a las demás decisiones judiciales. Dispone la norma en cita que “las sentencias judiciales deberán referirse a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales. La parte resolutive de las sentencias estará precedida de las siguientes palabras: “Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley”. La pulcritud del lenguaje, la claridad, la precisión y la concreción de los hechos materia de los debates y de las pruebas que los respaldan, que los Magistrados y jueces hagan en las providencias judiciales, se tendrán en cuenta como factores esenciales en la evaluación del factor cualitativo de la calificación de sus servicios”. Conclúyese de todo lo dicho que la exigencia de motivación adecuada de las sentencias, aunque no existe directamente en la Constitución subsiste como expresión del debido proceso, y además tiene manifestación legal en la L.E.A.J.

Una de las funciones capitales que cumple el deber de fundamentación, consiste en mostrar la manera en que la sentencia judicial condensa en sí misma cómo encajan todas las piezas del ordenamiento, es decir la manera que ellas justifican su razón de ser. Así, aunque no de

modo explícito, el fallo refleja la función que cumplen el Estado, el poder, la norma; Al paso que da cuenta del ser del Derecho en tanto herramienta de encauzamiento de las expectativas acerca del desenvolvimiento pacífico del complejo de tensiones colectivas, y sobre el orden de los valores que se expresan en la sociedad. De esta manera, el deber de motivar las decisiones judiciales, en cuanto muestra la manera de ejercer la autoridad, hace visible la decisión y se erige en un componente esencial del debido proceso, pues en el Estado Social de Derecho a todo poder creado le corresponde un control como su correlato necesario, en lo cual va envuelta la legitimidad del sistema jurídico. La participación de todos en el control de la forma como se cumple la función judicial, supone la publicidad de las decisiones y de modo concreto que las razones del juez sean públicas y visibles, premisa a partir de la cual ellas pueden ser sometidas al escrutinio de las partes y de los órganos de control estatuidos en la Constitución y, porqué no, de la sociedad entera.

Al abrigo de estos supuestos, resulta indiscutible que la motivación de las sentencias es inherente al debido proceso, lo cual a su vez explica la ineficacia de un fallo en que no se ha cumplido la perentoria obligación de poner al descubierto la razones de la decisión, para permitir el examen público de ellas y el ejercicio de los controles que el ordenamiento tiene establecidos. La lealtad en la exposición abierta de las razones para adjudicar el derecho, a su vez permite ver todo el sistema en operación, así como denunciar sus propias fisuras a fin de auspiciar la protección de las garantías básicas y legitimar la democracia. Por lo demás, una actitud discursiva y abierta al diálogo del proceso, es un presupuesto metodológico para el hallazgo de la verdad.

En ese orden de ideas, un ordenamiento jurídico evolucionado sólo considera admisibles aquellas decisiones fundamentadas en juicios, criterios o razones claramente identificables, las que por ser visibles, puedan examinarse desde una perspectiva externa al autor de la decisión.

Además, la decisión judicial supone, las más de las veces, la escogencia entre diversas alternativas, lo cual implica que son admisibles varias formas de solución para un mismo asunto; por ello, el sentido del fallo, puede ser apenas una de las opciones elegibles dentro de un repertorio de posibilidades que emulan por ganar la adhesión del autor y de todos quienes por ella sean afectados. Así las cosas, la exigencia de motivación lleva a que el juez muestre cuál es el método y el camino recorrido para arribar a una decisión que opta entre las muchas disyuntivas admisibles. En suma, la debida fundamentación facilita un rastreo aproximado sobre cuáles fueron las motivaciones que llevaron al juez a elegir, por eliminación o por grados de aceptabilidad, entre las varias alternativas en competencia, para extraer de ellas la resolución que se acompasa con los dictados de la justicia.

Así las cosas, la exigencia de motivación tiene como función de máxima importancia, no sólo procurar el acierto, sino también demostrar que el juez tiene el genuino propósito de proscribir la arbitrariedad, adherir al ordenamiento jurídico y facilitar la crítica externa, en particular de las instancias encargadas de controlar la decisión, mediante una labor de contraste con el sistema de normas y valores que el ordenamiento consagra.

Como ya se anticipó, en el plano doméstico la exigencia de motivación hoy no aparece de modo explícito en la Carta Política; no obstante, subyace en el derecho fundamental al debido proceso, que el juez dé cuenta acerca de cuáles son las premisas normativas a cuyo amparo prodigó la decisión. En ese primer cometido, corresponde al juez asumir compromisos argumentativos sobre la vigencia de la norma, de su validez formal y axiológica, así como sobre la posición que ella ocupa en el ordenamiento jurídico. Pero ahí no culmina el juez su laborío, pues además debe seleccionar el conjunto de premisas fácticas, que a manera de proposiciones acerca de la realidad, tienen la pretensión de ser aceptados como verdaderas, para lo cual ha de mostrar el soporte probatorio mediante la disección de las pruebas y la explicación del mérito de convicción que ellas merecen separadamente y en su conjunto, así como de la correspondencia entre las fórmulas normativas, los hechos probados y la consecuencia que de ellos se desprende. Si esta exigencia no es atendida cabalmente, se resiente el derecho fundamental al debido proceso, pues, como es sabido y aceptado, la afirmación de existencia de los hechos, con pretensiones de verdad, debe ajustarse a las pruebas legal y oportunamente producidas en el juicio.

En sede del recurso de casación, al amparo de la causal quinta del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, se ha previsto como motivo de nulidad las carencias inadmisibles en la motivación de las providencias judiciales. En este escenario, la Corte Suprema de Justicia ha considerado que la irregularidad procesal en estos casos ocurre cuando existe una falta absoluta de motivación, pues “según lo han enseñado concorde y unánimemente doctrina y jurisprudencia, para que sea posible hablar de falta de motivación de la sentencia como vicio invalidativo del proceso, se requiere que aquella sea total o radical. Por mejor decirlo, es posible que en un caso dado a los razonamientos del juzgador les quepa el calificativo de escasos o incompletos, sin que por tal razón sea dable concluir que la sentencia adolece de carencia de fundamentación” (Sent. Cas. Civ. de 29 de abril de 1988).

El criterio expuesto ha sido ratificado por esta Corporación, que luego de comentar la desaparición de la norma constitucional que establecía el deber de fundamentar las sentencias - antiguo artículo 163 de la C.N-, reiteró que “... para que sea posible hablar de falta de motivación de la sentencia como vicio invalidativo del proceso, se requiere que aquella sea total o radical (...). Esto, por supuesto, se explica no sólo porque lógicamente se está en frente de conceptos distintos (una cosa es la motivación insuficiente y otra la ausencia de motivación), sino también porque en la práctica no habría luego cómo precisar cuándo la cortedad de las razones es asimilable al defecto de las mismas, y cuándo no lo puede ser (Cas. Civ. 29 de abril de 1988, sin publicar)” (Sent. Cas. Civ. de 1 de septiembre de 1995 Exp. No. 4219).

Y recientemente, la Corte reconoció que la nulidad en la sentencia puede provenir de la falta radical, absoluta o total de fundamentación de la providencia e insiste en que “no se trata de una motivación parca, corta e insatisfactoria, sino de su completa ausencia o inexistencia, pues, se repite, el juzgador no suministró ningún elemento de juicio que remotamente apuntara a soportar este punto de la providencia, con lo que emerge la comisión de un

vicio de actividad o in procedendo que viene a determinar el éxito de la censura” (Sent. Cas. Civ. de 23 de enero de 2006, Exp. No. 5969).

En el mismo sentido, la Sala de Casación Penal ha puesto algunos parámetros con miras a determinar en qué casos la sentencia puede ser nula por defectos de motivación; Alude esa corporación a cierta escala de defectos que van desde la carencia total de motivación, hasta la fundamentación incompleta y la motivación inextricable, contradictoria o ambigua. Ha dicho la mencionada fuente que “la primera hipótesis surge cuando el funcionario judicial omite precisar las razones de orden fáctico y jurídico que sustentan su decisión. La segunda, cuando el análisis que contiene de estos aspectos es deficiente, al extremo de no permitir su determinación. La tercera, cuando se sustenta en argumentaciones contradictorias o excluyentes que impiden conocer su verdadero sentido” (Sent. Cas. Pen. de 27 de febrero de 2001, Exp. 15402).

Volviendo la mirada sobre la necesidad de acompasar las causales del recurso de revisión a las exigencias de hoy, y atendiendo especialmente que las reglas legales que gobiernan dicha impugnación extraordinaria son anteriores a la Constitución de 1991, es menester registrar que el deber de motivar las decisiones no se satisface con la expresión objetiva de las razones que acompañan la resolución, sino que, desde una perspectiva constitucional, se impone hurgar con mirada penetrante si esa motivación satisface o no las actuales exigencias constitucionales.

La evidencia empírica muestra que jueces constitucionales de distintas jerarquías han protegido el derecho fundamental al debido proceso, reprochando al juez natural defectos gravísimos de motivación de la más diversa naturaleza, que tienen como denominador común la lesión al debido proceso.

Esta Sala, al conocer de acciones de tutela contra providencias judiciales, ha protegido el derecho fundamental al debido proceso, cuando quiera que este sufre mengua por obra de sentencias en las que, a pesar de la existencia objetiva de argumentos y razones, la motivación resulta ser inaceptable frente a los requerimientos constitucionales. Así, en la sentencia de 22 de mayo de 2003, expediente No. 2003-0526, se increpó al Tribunal por no “fundar su decisiones en razones y argumentaciones jurídicas que con rotundidad y precisión...”; lo propio ocurrió en el fallo de 31 de enero de 2005, expediente 2004-00604, en que se reprimió al ad quem por no expresar las “razones puntuales” equivalentes de una falta de motivación; defecto que en el fallo de 7 de marzo de 2005 expediente 2004-00137, se describe como desatención de “la exigencia de motivar con precisión la providencia”. Del mismo modo, en la construcción teórica que ha hecho esta Sala, se ha protegido el debido proceso, vulnerado cuando las razones no apuntan “al aspecto central” de la demanda, sentencia de 18 de marzo de 2005, expediente 2005-00008; o porque hay “falta de motivación”, sentencia de 18 de enero de 2005, expediente 2004-01464; o, también se ha dicho, si se desatiende el deber de motivar de “manera breve y precisa ... como exige el artículo 303 del C.P.C”, sentencia de 11 de agosto de 2005, expediente No. 2005-00120; o porque “cuando una sentencia carece de motivación, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia de

la Sala de Casación, está afectada de un motivo de nulidad originado en ella...”, sentencia de 9 de septiembre de 2005; de idéntica manera se dijo que el sentenciador debe “exponer a espacio la motivación pertinente”, sentencia de 22 de septiembre de 2005, expediente 2005-01142; o en su caso se prodigó el amparo porque el “ejecutante no pudo enterarse de las razones puntuales”, sentencia de 10 de marzo de 2005, expediente 2005-00877; y también se ha concedido el amparo constitucional ordenando que el Tribunal “se pronuncie con motivación clara y precisa sobre la situación planteada”, sentencia del 8 de febrero de 2006, expediente 2006-001957; y se ha prodigado la tutela porque el Tribunal “no ofreció una motivación suficiente sobre los fundamentos de la determinación objeto de la queja constitucional”, sentencia de 8 de marzo de 2006, expediente 2006-000269; de la misma manera, el reproche puede venir de que “la motivación consignada, aparte de insuficiente es lacónica...”, sentencia del 17 de agosto de 2006, expediente 2006-00134; o tras anular la sentencia se han dado ordenes para que “se emita una nueva decisión en la que se sopesen de manera completa aspectos relevantes de orden fáctico y jurídico que conduzcan a una adecuada motivación del fallo”, sentencia de 27 de julio de 2006, expediente 2006-001095; o la crítica al fallo se ha hecho porque el juzgado “se limitó, en lo fundamental a decir que avalaba la decisión de primera instancia... la que ni siquiera explicitó”, sentencia del 27 de julio de 2006, expediente 2006-001095; de manera semejante, se ha mandado que el juez procure en el nuevo fallo “una debida motivación para garantizar el derecho fundamental al debido proceso”, sentencia 24 de agosto 2006, expediente 2006-00160; y la censura se ha hecho por emitir una orden “sin la motivación que es exigible, no solamente desde la perspectiva legal sino como soporte del referido derecho fundamental -al debido proceso-”, sentencia del 24 de octubre de 2006, expediente 2006-00352. De idéntica manera, la Corte ha reiterado la necesidad de que todo proveído tenga una “motivación clara y precisa”, sentencia del 1º de diciembre de 2006, expediente 2006-00253; y censura cuando la motivación “ciertamente es insuficiente, inadecuada, y discordante, así como contradictoria”, sentencia del 14 de marzo de 2007, expediente 2007-00006; o porque la “falta de motivación hace que los proveídos hayan decaído en una vía de hecho”, sentencia de 9 de abril de 2007, expediente 2007-00012; y ha dispensado el amparo tutelar porque el Tribunal desatendió “la exigencia de motivar con precisión sus providencias –y– es claro que esa falta de motivación es constitutiva de vía de hecho”, sentencia del 14 de abril de 2007, expediente 2007-00427; igualmente, en sede constitucional esta Sala ha llamado “la atención de los juzgadores, con el objeto de que en sus providencias, invariablemente, quede registrada la motivación que en forma suficiente y cabal, sirva de báculo a la decisión que se permite adoptar”, sentencia del 30 de abril de 2007, expediente 2007-00530; y la descalificación viene en otros caso de que el juzgador natural “desatendió la exigencia de motivar con precisión sus providencias, de hacer examen crítico de las pruebas y de exponer razonadamente el mérito que le asignada a cada una...”, sentencia de 11 de julio 2007; o porque “la motivación consignada fue insuficiente y restrictiva...”, sentencia 2 de agosto de 2007, expediente 2007-00048; y el amparo se ha extendido para casos en que “la motivación es notoriamente insuficiente e inadecuada...”, sentencia de 16 de agosto de 2007, expediente 2007-00204; o si en el fallo “no hace presencia, argumento o motivación”, sentencia del 24 de julio de 2007, expediente 2007-0017; o porque “se valió de dos conclusiones que nunca justificó, como

que no presentó ningún razonamiento para precisar la forma en la cual sopesó las culpas...”, sentencia del 14 de agosto de 2007, expediente 2007-00175.

Y en una de sus últimas decisiones la Sala doctrinó que “...a pesar de hallarse la actuación del juzgador dotada de una motivación cuya apariencia se ajuste al debido proceso, es pertinente la tutela si de ello se deriva la vulneración del ius fundamental o un perjuicio irremediable...” -por lo cual dispuso- el amparo constitucional del derecho fundamental al debido proceso, sentencia del 24 de septiembre de 2007, expediente 2007-001423.

La muestra recogida, evidencia de manera ostensible la imposibilidad de ocultar que los defectos de argumentación son y han sido causa de aniquilación de los fallos judiciales. Además, la recensión hecha demuestra abrumadoramente el efecto deletéreo que tiene sobre una sentencia el déficit absoluto de argumentación y cómo a pesar de que en todos los casos examinados en sede constitucional las providencias mostraban objetivamente unas razones, ellas fueron obviamente, inaceptables por insuficientes, precarias o contradictorias como ya se vio. Por supuesto que en tales casos la presencia objetiva de argumentos no fue bastante para dar por cumplida la exigencia de motivar, pues en cada caso se determinó que los argumentos eran intolerables, y apenas cumplían como la apariencia.

Y visto el anterior panorama, en lo que atañe con el recurso de revisión, la posibilidad de plantear la nulidad originada en la sentencia tiene el mayor significado, pues se trata del juzgamiento intrínseco del acto más importante de un juicio, con el cual se expresa la soberanía del Estado y se extingue definitivamente la jurisdicción.”

40.2. Celeridad.

La Corte Constitucional ha determinado que el derecho al debido proceso implica la ausencia de dilaciones injustificadas. En sentencia T - 320 de 1993, ratificada en la sentencia T - 1068 de 2004, la Corte definió el concepto de dilación en los siguientes términos:

“Por disposición del artículo 29 de la Constitución toda persona tiene derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas. Por su parte, el artículo 228 superior, afirma que los términos deben ser observados con diligencia, tanto por los funcionarios judiciales como por las partes involucradas. En esa medida, si bien para que la dilación que se presente en el proceso vulnere el debido proceso, debe ser injustificada teniendo en cuenta que existe la obligación de la observancia diligente de los términos, se puede afirmar que no cualquier argumento puede considerarse como justificación, sino que la dificultad que se haya presentado en el proceso debe ser realmente impositiva de la labor judicial¹⁷³”.

¹⁷³ Para corroborar el argumento señalado, ver sentencia T - 190 de 1995, Magistrado Ponente JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ, se concedió la tutela al debido proceso a una procesada contra la cual se había radicado denuncia en 1993, y hasta el día 15 de junio de mil novecientos noventa y cuatro 1994, fecha en que se instauró la acción de tutela, no se había proferido ninguna de las resoluciones que jurídicamente procedían (En los procesos penales en los cuales está implicado un valor tan fundamental como la libertad el respeto a los tér-

El principio de celeridad fue expresamente desarrollado en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (L. 270 de 1996, reformada por la Ley 1285 de 2009) y en 2010 por la Ley 1395 sobre descongestión judicial que adicionó el artículo 124 del Código de Procedimiento Civil con un nuevo inciso que prevé un plazo perentorio de un año para los jueces de primera instancia para dictar sentencia y de seis meses para los tribunales para decidir el recurso de apelación que contra ella se interponga.

40.3. Economía

El principio de economía también rige la actividad decisoria del juez. Se respeta el principio cuando, para resolver varias situaciones planteadas en el proceso se dicta una sola sentencia. En desarrollo de esta previsión, en la sentencia el juez no podrá transcribir alegatos que se encuentren en el expediente, a menos que sea necesario para sustentar una posición o para negar una petición. Tampoco podrá mencionar los nombres de los abogados, ni transcribir hechos que ya están en el proceso o descripción de bienes que ya se encuentran plenamente identificados.

Infortunadamente, la formación judicial, bien por la imperiosa necesidad de educar en la sentencia, o bien por la vanidad que cobija al funcionario, impide la concreción y la sumaria en la decisión. Con desaliento se encuentran sentencias de inconmensurable extensión, en las que priman las construcciones tautológicas, pleonásticas y redundantes.¹⁷⁴

40.4. Congruencia

La sentencia deberá estar en consonancia con las pretensiones y las excepciones al tiempo de la demanda. No podrá condenarse por causa u objeto distintos, ni por más de lo pedido.

Son vicios de incongruencia: a) Condenar por más de lo pedido (*ultra petita*); b) condenar por fuera de lo pedido (*extra petita*) y; c) condenar por menos de lo probado, habiendo sido pedido (*citra petita*).

La congruencia, aunque rectora de la sentencia, puede no gobernar en algunos procesos, donde se discuten derechos ciertos e indiscutibles o de origen y rango constitucional. Como ejemplos de ello se citan el proceso agrario, cuando el juez ha concedido el amparo de pobreza (D. 2303 de 1989, art. 15), el proceso laboral, cuando el empleador es demandado, el proceso de familia, cuando se discuten derechos de menores (niños y niñas) y el proceso constitucional de tutela, caso en este último en el que se considera que solo se admite la facultad *extra petita*, en la medida en que dicho trámite no admite “pretensiones”, sino peticiones de amparo de derechos fundamentales¹⁷⁵.

minos procesales debe ser estricto. Por tanto, las causales para justificar la tardanza son mucho más restringidas).

¹⁷⁴ Palabras todas, que, en suma, tienen el mismo significado.

¹⁷⁵ Constitución Nacional, artículo 86.

40.5. Principio *pro actione*

Según este mandato, cuando la demanda o la petición sean oscuras en cuanto a los hechos o al derecho, corresponde al juez desentrañar el sentido querido por el accionante para así dictar sentencia de mérito.

La doctrina procesal¹⁷⁶ estima que son necesarios el concurso de cuatro requisitos para proferir toda sentencia, siendo ellos la jurisdicción, la competencia, la capacidad procesal y la demanda en forma. Es en esta última que reposa la potestad del juez de reconocer los fundamentos de hecho y de derecho que invoca el demandante, para así resolver sus pretensiones, pues si de la lectura de la demanda resulta imposible para el fallador desentrañar el querer del accionante deberá abstenerse de resolver el litigio, dictando sentencia inhibitoria (*non liquet*).

La Corte Constitucional explicó en sentencia T-571 de 2008 que la apreciación del cumplimiento de los requerimientos establecidos en el Decreto 2591 de 1991 ha de hacerse en aplicación del principio *pro actione*, de tal manera que se garantice la eficacia de este procedimiento vital dentro del contexto de una democracia participativa como la que anima la Constitución del 91. Quiere esto decir, que el rigor en el juicio que aplica el juez constitucional al examinar la demanda de tutela no puede convertirse en un método de apreciación tan estricto que haga nugatorio el derecho reconocido al actor y que la duda habrá de interpretarse a favor del demandante, es decir, admitiendo la demanda y fallando de fondo.

Este principio es desarrollo de otro conocido como *iura novit curia*, el cual se pasa a explicar.

40.6. *Iura novit curia*

Corresponde al juez conocer el derecho. Proviene del antiguo aforismo latino “el juez debe conocer el derecho”, según el cual corresponde a las partes probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que aquellas persiguen, pero no la norma como tal, salvo que la Constitución o la ley indiquen lo contrario.

En nuestra legislación, el principio goza de protección constitucional en los artículos 4° y 6° de la Carta Superior, que imponen a todas las autoridades conocer la Constitución y las leyes, lo que no obsta para que algunas normas de carácter internacional o no nacional, deban ser probadas por quien las alega.

En materia de Tutela la protección es absoluta, pues si bien en el Decreto 2591 de 1991 se impone una carga para el actor de determinar la norma constitucional vulnerada, tal exigen-

¹⁷⁶ Al respecto consúltense las obras de Fernando Canosa Torrado, Hernán Fabio López Blanco y Jaime Azula Camacho, en torno a los presupuestos procesales y de la sentencia judicial.

cia se ve atemperada por el principio fundamental que presume el conocimiento de la norma, una vez el juez ha determinado su fundamento de hecho.

50. Principios rectores de la sanción judicial como resultado de las potestades disciplinarias y de ordenación

Tal y como se expresó en capítulo anterior, el juez, como garante y rector del proceso, goza de especiales facultades disciplinarias frente a las partes, terceros y en general todo aquel que intervenga en el trámite judicial¹⁷⁷.

Son ejemplos de estas atribuciones los contenidos en los artículos 38 y 39 del Código de Procedimiento Civil, tal y como quedó reformado por el numeral 14 del artículo primero del decreto 2282 de 1989, y las señaladas en el artículo 143 de la Ley 906 de 2004, que corresponde al artículo 144 de la Ley 600 de 2000.

Por derecho sancionatorio o punitivo se entiende aquel conjunto de reglas que facultan al juez para imponer una sanción al litigante que ha incumplido con sus cargas procesales o que ha actuado con dolo o temeridad en un proceso determinado, siendo ejemplo de tales reglas las que imponen multas al declarante contumaz o renuente; la imposición de sanciones al litigante temerario; la expulsión de audiencias o diligencias a la parte irrespetuosa; la prohibición de ser oído ante el incumplimiento de ciertos deberes económicos; la imposición de arresto por el incumplimiento a las órdenes del juez y; En general toda sanción de orden procesal que sea el resultado de la actividad litigiosa.

50.1. Legalidad

La sanción debe estar señalada expresamente en el ordenamiento jurídico. El juez, aunque facultado para ejercer su poder de instrucción, de ordenación y de disciplina, tan solo puede aplicar la sanción que prevé la ley procesal o sustancial, estando siempre limitado a su interpretación positiva, nunca analógica o extensiva.

Advertimos, tal como lo hicimos en capítulo anterior, que no podemos confundir legalidad con licitud, pues uno y otro concepto llevan a conclusiones y soluciones distintas en el proceso.

50.2. Tipicidad

La sanción debe ser preexistente al hecho procesal que la produce. No podrán imponerse sanciones que no hubieren estado previamente reguladas en el ordenamiento procesal, pues si bien se entiende que la legislación procesal, por ser de orden público, rige a partir de su expedición y cubre los procesos que estén cursando, no por ello se autorizará la aplicación

¹⁷⁷ CALAMANDREI, antes citado, invoca el “principio de autoridad en el proceso”, como resultado del reforzamiento de los poderes del juez.

de una sanción que al momento de la ocurrencia del hecho no se encontraba tipificada en el estatuto procesal correspondiente.

50.3. Proporcionalidad, prohibición de exceso y subsidiariedad

La sanción debe ser impuesta en consideración a la gravedad del hecho. En materia procesal, al igual que en materia penal, la aplicación de máximos y mínimos en la imposición, debe siempre obedecer a criterios objetivos de graduación y dosificación, en la medida en que la ley los prevea.

El derecho sancionatorio, en general, es subsidiario, *ultima ratio*. En virtud de tal subsidiariedad, todo castigo debe obedecer al principio de intervención mínima y por ello la sanción sólo procede cuando el derecho considera una conducta como intolerable y ella sólo puede ser impuesta cuando el juez no encuentre otras soluciones para remediar el daño, recordando siempre que el fin de toda sanción no es el castigo sino la tutela del derecho conculcado.

50.4. Reserva legal

La creación y regulación de la sanción se encuentra reservada para quien tiene la facultad de expedir la ley, esto es, al Congreso de la República. Por ello no se permite que el juez, al interpretar la ley, cree, modifique o extienda la sanción a situaciones no previstas en ella.

Es pertinente recordar, que la potestad creadora no les está ni siquiera otorgada a los jueces que integran los tribunales de cierre de jurisdicción, tales como la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, el Consejo de Estado o el Consejo Superior de la Judicatura.

50.5. Objetividad

El juez adecuará su actuación a un criterio objetivo y transparente, ajustado jurídicamente para la correcta aplicación de la Constitución Política y la ley. (L. 906-04 art. 115).

50.6. Congruencia

Este último principio, que atañe a la competencia del juez de cumplimiento de la orden impartida en proceso de tutela, regula su actividad durante el incidente de desacato. Bien puede suceder que la orden de tutela sea impartida por un juez superior, pero que por razón del principio de la doble instancia corresponda su cumplimiento al inferior, al *a-quo*, caso en el cual tiene el deber de interpretar las órdenes impartidas en otras instancias, al amparo de las cuales deberá o no imponer una sanción al tutelado incumplido.

En sentencia T - 086 de 2003 la Corte Constitucional precisó los parámetros dentro de los cuales el juez de tutela ejerce esta facultad, determinando en cada caso cuál es el fin al que se debe propender al introducir este cambio y cuáles son los límites y alcances de esta facultad.

En primer lugar, se debe corroborar previamente que se reúnen ciertas *condiciones de hecho* que conducirán a que dadas las particularidades del caso, el derecho amparado no vaya a ser realmente disfrutado por el interesado o que se esté afectando gravemente el interés público, como cuando: (a) la orden, en los términos en que fue proferida, nunca garantizó el goce efectivo del derecho fundamental tutelado o lo hizo en un comienzo, pero luego devino inane; (b) en aquellos casos en que su cumplimiento no es exigible porque se trata de una obligación imposible o porque implica sacrificar de forma *grave, directa, cierta manifiesta e inminente* el interés público; y (c) cuando es evidente que siempre será imposible cumplir la orden.

El segundo caso, indica la Corte, cuando haya una afectación *grave, directa, cierta, manifiesta e inminente* del interés público, surge también de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991.

La vulneración a éste interés: (i) Debe ser *grave*, esto es, debe ser de gran impacto negativo, tiene que tratarse de un perjuicio de magnitud considerable. (ii) Debe ser *directa*, o sea, no pueden existir causas eficientes autónomas que medien entre la orden y la afectación al interés público. (iii) Debe ser *cierta*, es decir, la afectación no puede ser indeterminada, hipotética o eventual. (iv) Debe ser *manifiesta*, en el sentido de que no debe ser objeto de duda; debe ser evidente. (v) Por último, la afectación debe ser *inminente*: no puede tratarse de una amenaza futura, sino de una amenaza que indefectiblemente tendría lugar de no modificarse aspectos accidentales de la orden originalmente impartida.

El tercer evento en el que se podría presentar la necesidad de ajustar la orden es cuando es *evidente* que *siempre será imposible* cumplir lo ordenado. Este caso es tan sólo una aplicación del principio general del derecho según el cual “nadie puede ser obligado a lo imposible” (*nemo potest ad impossibile obligari*).

En todo caso, como el objetivo que debe perseguir el juez de tutela en últimas es garantizar el goce efectivo del derecho, cuando sea necesario modificar aspectos accidentales de la orden original y ello implique una reducción en el grado de protección adjudicado, es preciso que se adopte *una medida compensatoria*. El juez deberá incluir una orden adicional a la principal que compense a la persona que vio disminuida la protección que en un primer momento recibió. Quien deberá asumir, en justicia, la carga de esta nueva decisión será la persona o las personas que se beneficiaron con la alteración de lo ordenado en el fallo original.

Título II

Los principios rectores de la prueba

1. Importancia

El derecho procesal es una ciencia que se ocupa de estudiar y establecer los procedimientos; El procedimiento es el sistema particular contenido en las leyes y en los códigos; El proceso es la actividad que surge de la pretensión o de la ley y que se sujeta a las leyes de procedimiento¹⁷⁸. Con base en lo anterior, la ciencia jurídica procesal ha definido principios que le atañen a ella misma (derecho procesal), al sistema normativo que regula el proceso (procedimiento) y a la actividad que surge de la pretensión (proceso).

Por ello, al estudiar los principios que rigen el procedimiento, debemos distinguir entre aquellos que se consideran rectores del proceso (actividad), o rectores del procedimiento (sistema).

Robert Alexi, citado por la Corte Constitucional¹⁷⁹, destaca que *“los principios son mandatos de optimización. En tanto tales, son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Esto significa que pueden ser realizados en diferente grado y que la medida de su realización depende no solo de las posibilidades fácticas sino también jurídicas. Las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente, a más de por las reglas, por los principios opuestos. Esto significa que los principios dependen de y requieren ponderación. La ponderación es la forma característica de la aplicación de principios”*.¹⁸⁰ Para este mismo autor, la diferencia entre valores y principios viene dada porque los primeros tienen un carácter axiológico al paso que los segundos lo tienen deontológico.

En tal medida, los principios entendidos como conceptos deontológicos, expresan un deber ser y se manifiestan bajo la forma de mandatos, prohibiciones, permisiones o derechos. Los valores, como conceptos axiológicos expresan en sí mismos algo bueno. Por ello afirma que *“lo que en el modelo de los valores es prima facie lo mejor es, en el modelo de los principios, prima facie lo debido; y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente lo debido”*.¹⁸¹

2. Las etapas probatorias: el camino de la prueba

2.1. Principio de Necesidad

¹⁷⁸ OVIEDO, AMPARO. Fundamentos de Derecho Procesal, del procedimiento y del proceso. Ed. Temis. Bogotá, 1995, pág. VII.

¹⁷⁹ Sentencia c-1287 de 2001.

¹⁸⁰ ALEXI, ROBERT. El concepto y la validez del derecho. Editorial Gedisa, S.A. Barcelona, 1997.

¹⁸¹ ALEXI, ROBERT. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 2002.

El principio de necesidad es el resultado de la prohibición constitucional del fallo sin pruebas. También es el resultado de la prohibición internacional de la decisión por sospecha, en oposición a la decisión por indicio.

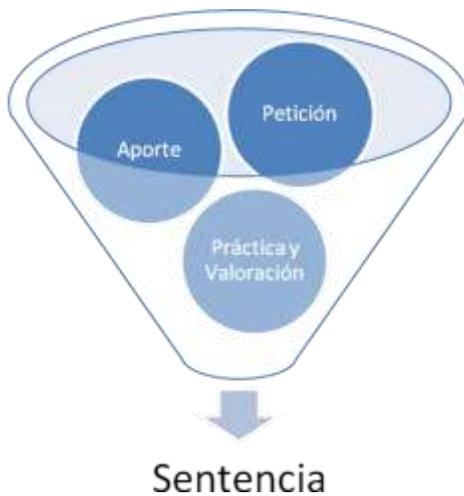
De acuerdo con la legislación procesal, toda decisión deberá fundarse en pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Este concepto, que encierra varias previsiones de contenido sustancial, obliga al intérprete y por lo tanto al operador judicial a distinguir los “momentos procesales de la prueba”, también conocidos como el *iter* o el sendero probatorio.

El *iter* o camino, es el sendero que debe recorrer la prueba para que pueda ser valorada en la sentencia o en la providencia, pues si bien se admite que la decisión debe fundarse en medio de prueba, también se admite que la valoración no es el resultado del capricho del juez.

Del principio de necesidad podemos citar las siguientes reglas: 1. No podrá valorarse la prueba que no fue pedida en tiempo, decretada legalmente y practicada en debida forma; 2. No podrá practicarse la prueba que no fue legalmente decretada; 3. No podrá decretarse la prueba que no fue oportunamente pedida o aportada o que, además, sea inconducente, impertinente o inútil, y; 4. No podrá pedirse o aportarse la prueba en oportunidad distinta que la prevista en la ley.

Las anteriores reglas obedecen a cada una de las etapas del *iter* probatorio, como son: 1. Petición y aporte; 2. Decreto; 3. Práctica y; 4. Valoración.

2.3. Principio de Necesidad: Mapa Conceptual



2.2. Petición y aporte: Etapa petitoria

Le corresponde a las partes pedir al juez que decrete las pruebas que apoyen sus alegaciones. Tal petición debe respetar momentos procesales en los cuales se permita la “socialización” del medio probatorio, en cumplimiento del deber de lealtad que rige el sistema procesal vigente. Se aporta lo que se tiene, se pide lo que debe producirse. Son ejemplos de pruebas que se aportan los documentos y las cosas que están en poder del demandante o del demandado. Son ejemplos de lo que se pide, aquello que debe ser producido por el juez o con su permiso, como son los testimonios, los interrogatorios, la interceptación de comunicaciones, los registros o los peritajes. Por regla general, la petición o el aporte de pruebas se realiza en la demanda y su contestación, a menos que la ley procesal disponga de otras oportunidades.

Según lo previsto en la Ley 1395 de 2010, que reformó el artículo 35 de la Ley 640 de 2001, en los asuntos civiles y de familia, con la solicitud de conciliación e interesado deberá acompañar copia informal de las pruebas documentales e anticipadas que tenga en su poder y que pretenda hacer valer en el eventual proceso; El mismo deber tendrá el convocado a la audiencia de conciliación. De fracasar le conciliación, en el proceso que se promueva no serán admitidas las pruebas que las partes hayan omitido aportar en el trámite de la conciliación, estando en su poder.

2.3. Decreto: etapa ordenatoria

El decreto es, en suma, la autorización que imparte el juez a una prueba, que bien ha sido pedida o aportada, para que ingrese al debate procesal. Sin el decreto, la prueba es ineficaz y aún nula, pues hace parte del proceso de socialización, mediante el cual se da publicidad y por supuesto se garantiza contradicción, la cual podrá ser concentrada o difusa como más

adelante se explicará. Para decretar una prueba, sin embargo, no basta con que la parte la haya aportado o pedido en tiempo; se requerirá además, que cumpla con unos requisitos que la doctrina ha denominado “intrínsecos” que garantizan su posterior eficacia, como son la conducencia, la pertinencia y la utilidad.

2.3.1. Requisitos intrínsecos de la prueba

La ley procesal impone al juez el estudio previo de la prueba, antes de proceder a su ordenación para incorporación o práctica en el proceso. Para ello debe verificar que la prueba esté permitida por el ordenamiento jurídico, que tenga relevancia con el tema debatido y que el hecho que se busque probar no esté suficientemente demostrado en el proceso con otros medios probatorios. Estos requisitos se denominan “intrínsecos”, porque corresponden a la calidad probatoria del medio, antes de su autorización para la incorporación al proceso judicial.

2.3.1.1. Conducencia.

La conducencia es la idoneidad del medio de prueba para demostrar lo que se quiere probar y se encuentra determinada por la legislación sustantiva o adjetiva que impone restricciones a la forma como debe celebrarse o probarse un determinado acto jurídico (elementos *ad substantiam actus* y *ad probationem*). Así, por estar regulada la compraventa como un contrato solemne y la tradición como el modo de adquirir dominio, no podrá demostrarse el derecho real que se tiene sobre la cosa inmueble sino mediante la exhibición de la escritura pública (título), debidamente registrada (modo). Tampoco podrá demostrarse el testamento por documento distinto de la escritura (salvo norma en contrario), ni el matrimonio por instrumento diferente al acta o la partida eclesiástica, o la unión marital por medio distinto que la sentencia, el acta de conciliación o la escritura pública¹⁸². La conducencia, en palabras de ROJAS¹⁸³, es un rezago de tarifa legal probatoria, pues limita la posibilidad de aportar al proceso cualquier medio que sirva para demostrar la ocurrencia de un hecho.

2.3.1.2. Pertinencia.

Inutile est probare quod probatum non relevant y frustra probatum non relevant. La pertinencia demuestra la relación directa entre el hecho alegado y la prueba solicitada¹⁸⁴. Bien puede ocurrir que una prueba sea conducente para demostrar un hecho determinado, pero que, sin embargo, no guarde ninguna relación con el “tema probatorio”. Son ejemplos de pruebas impertinentes las que tienden a demostrar lo que no está en debate, como el padre que alega no pagar alimentos a su hijo porque la madre sostiene relaciones con otro, y para ello pide testimonios que acreditan su afirmación. Como lo debatido no es la relación entre padre y madre, sino el deber de pagar alimentos, la prueba, aunque conducente para demos-

¹⁸² Ley 979 de 2005, que modificó la Ley 54 de 1990.

¹⁸³ ROJAS, JIMMY. “Conferencias dictadas en la Universidad del Rosario”. Junio de 2007.

¹⁸⁴ TIRADO Hernández Jorge. Curso de pruebas judiciales parte general. Ediciones doctrina y ley 2006. Tomo I, Página 246.

trar una relación sentimental entre la madre y un tercero, resulta impertinente para demostrar inculpabilidad frente al deber de pagar alimentos.

2.3.1.3. Utilidad.

En desarrollo del principio de economía, una prueba será inútil cuando el hecho que se quiere probar con ella se encuentra plenamente demostrado en el proceso, de modo que se torna en innecesaria y aún costosa para el debate procesal.

Para que una prueba pueda ser considerada inútil, primero se debe haber establecido su conducencia y pertinencia, que son presupuestos de utilidad.

En virtud de este principio, serán inútiles las pruebas que tiendan a demostrar hechos notorios, hechos debatidos en otro proceso o hechos legalmente presumidos.

Los hechos notorios, por expresa disposición del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, no requieren de prueba, recordando que el hecho notorio "exige, por lo menos, que sea conocido por la generalidad de las personas pertenecientes a un determinado medio local, regional o nacional, y que el juez tenga certeza de esa divulgación"¹⁸⁵.

Los hechos debatidos en otros procesos están cobijados por tres instituciones y fenómenos procesales distintos como son la prejudicialidad, el pleito pendiente y la cosa juzgada.

El primero de ellos, la prejudicialidad, se encuentra regulado los numerales primero y segundo del artículo 170 del C.P.C., que consagran la influencia de un proceso a otro, como puede ser el penal, el administrativo o el civil, cuando en un proceso el fallo que corresponda dictar en él haya de influir necesariamente en la decisión de otro o cuando la sentencia que deba dictarse en un proceso, dependa de lo que deba decidirse en otro proceso; el segundo, se encuentra regulado en el numeral décimo del artículo 97 del C.P.C., que consagra como excepción previa la existencia de pleito pendiente entre las mismas partes y por el mismo asunto y; el último de ellos, la cosa juzgada, contemplada en el artículo 332 del C.P.C., del cual se tratará en capítulo separado en esta misma obra.

2.3.2. Práctica de la prueba.

Se practica lo que no se tiene. La práctica, como se dijo, es el resultado del decreto y por lo tanto no se podrá practicar lo que no ha sido autorizado por el juez. En la práctica se asegurará siempre publicidad y contradicción, aspectos ambos que explicaremos más adelante en este mismo módulo.

¹⁸⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia de 21 de Mayo de 2002 (Exp. 7328), M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno.

Se practican los testimonios, la inspección judicial, la declaración de parte, el careo, el peritaje. Se aducen los documentos y las cosas. No se practican, por lo tanto los documentos, las cosas, el juramento ni el indicio.

2.3.3. Valoración de la prueba.

Por regla general, la valoración se realizará en la sentencia o en el auto que le ponga fin a una determinada actuación. La valoración es análisis que el juez realiza sobre el mérito de convicción de la prueba, pero, como se afirmó, el proceso de valoración comprende dos aspectos igualmente importantes para la formación del convencimiento y son: 1. La legalidad de la prueba, en la medida en que haya sido debidamente rituada en el proceso, y; 2. Eficacia. El mérito de convicción que ofrezca la prueba sobre la ocurrencia del hecho. La eficacia puede derivar de la imposibilidad de desconocer el valor probatorio de ciertos actos, como lo dicho en documento auténtico o público.

DEVIS afirma que son enemigos de la valoración probatoria la ignorancia, la pereza intelectual, el desconocimiento de la jurisprudencia y la doctrina, la falta de asesoría de expertos, la simpatía o antipatía, la suficiencia de la primera impresión, la ausencia de clasificación, la omisión u olvido en el examen de cada una de ellas y el estudio individual por sobre el estudio en conjunto¹⁸⁶.

La valoración de la prueba supone dos momentos o estadios, los cuales deben verse reflejados en la decisión judicial. El primero de ellos es la valoración individual, para lo cual se aplican las reglas de la sana crítica y el segundo la valoración en conjunto.

2.3.3.1. Sana Crítica

La sana crítica es un método o paradigma valorativo que impone al juez el análisis individual de la prueba a partir cuatro elementos como son:

- a. **La lógica.** Entendida como una construcción racional que parte de premisas y se funda en relaciones de causalidad.
- b. **El sentido común.** El sentido común es lo que un colectivo o el común de las personas siente o piensa sobre un determinado asunto o hecho.
- c. **Las reglas o máximas de la experiencia.** El juez, como ser social, acumula durante su vida vivencias, experiencias, que deben ser tenidas en cuenta para valorar las pruebas que se le ponen de presente. Dichas reglas vienen determinadas por la sociedad, la historia, la religión, la cultura, la geografía y la edad.

¹⁸⁶ DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. Compendio de Derecho Procesal, Pruebas Judiciales, Tomo II. Biblioteca Jurídica Dike. Décima Edición. 1994. Pág. 111.

- d. **Un conocimiento básico de la ciencia y del arte.** El juez conocer tanto la ciencia que rige el hecho que quiere conocer como la ciencia que rige el método para su conocimiento, sin que para ello se le exija el estudio profesional de materias distintas que las propias del derecho.

Al respecto se citan ejemplos:

- a. Una persona sale de su casa y observa que todo a su alrededor se encuentra mojado. El común de las personas pensaría que llovió (**sentido común**); sin embargo, la lógica puede no llevar a tan apresurada conclusión, pues la relación de causalidad entre un ambiente mojado y la lluvia no es la única existente (**lógica**).
- b. Una madre observa cómo su hijo, que tiene 18 años, sale muy arreglado un viernes en la noche a las 9:00 p.m. Al salir le pregunta a dónde se dirige, a lo que aquél contesta “*voy al festival de música vallenata*”¹⁸⁷.

Al cabo de dos horas lo ve retornar y se pregunta ¿cómo estuvo el festival? La experiencia indica que si la respuesta fuere, por ejemplo, “*excelente*”, grave duda pesaría sobre la veracidad de la afirmación, pues, como se ha indicado, un festival como aquel al que aquí se hace referencia dura hasta el amanecer. (**Reglas de la experiencia**).

- c. Un juez de familia recibe un dictamen de ADN y debe decidir si decreta la paternidad respecto del demandante quien reclama ser hijo del demandado. Al estudiar el experticio advierte que la probabilidad de paternidad fue establecida en un 99.99%, pero que las pruebas no fueron practicadas según los avances de la ciencia o *lex artis*, los cuales conoce por haber estudiado los fundamentos de la prueba pericial, caso en el cual ordena practicar un nuevo dictamen. (**conocimiento de la ciencia**).

La sana crítica y el método técnico científico

Con la adopción del sistema penal de corte acusatorio mediante la expedición de la ley 906 de 2004, la doctrina procesal y, en especial, la de los autores LUIS CAMILO OSORIO ISAZA Y GUSTAVO MORALES MARÍN, introdujo un nuevo método de valoración probatoria denominado “*método técnico científico*” que tiende por una reconstrucción de la verdad histórica utilizando todos los recursos que las ciencias y las técnicas ofrecen, lo que impone a la vez al juez el deber de analizar con perspectiva técnico científica las condiciones del elemento material probatorio.¹⁸⁸

¹⁸⁷ Música autóctona de la región caribe colombiana. Usualmente en dichos festivales los asistentes bailan, cantan, beben y festejan toda la noche hasta el amanecer.

¹⁸⁸ “Proceso Penal Acusatorio Ensayos y Actas”, Bogotá, 2004. FALTA CIUDAD AÑO Y EDITORIAL

Sin embargo, esta teoría fue de plano rechazada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 30 de marzo de 2006 (rad. 24468), la que reafirmó:

“[...] en el sistema acusatorio, como en el debate oral se practican todas las pruebas, salvo las excepciones atinentes a las pruebas anticipadas, el Juez se convierte en el sujeto que percibe lo indicado por las pruebas. Con base en esa percepción el Juez debe elaborar juicios y raciocinios que le servirán para estructurar el sentido del fallo. En ese conjunto de ejercicios mentales de reflexión e inteligencia el Juez no puede apartarse de los postulados de la lógica, de las máximas de la experiencia, ni, por supuesto, de las reglas de las ciencias. Es por ello que no resulta correcto afirmar radicalmente que la sana crítica quedó abolida en la sistemática probatoria de la ley 906 de 2004.”

2.3.3.2. Valoración en conjunto

Una vez determinado que una prueba fue válidamente decretada y practicada, procede su valoración individual de acuerdo con su eficacia, momento a partir del cual deben unirse todas y cada una de las pruebas practicadas y aducidas, para así determinar el hecho o hechos que revelan, conforme a las reglas de la sana crítica ya explicadas.

Así lo determina el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, según el cual *“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.”*

De acuerdo con lo expresado por la Corte Suprema de Justicia en fallo del 4 de marzo de 1991, *“Este principio de la apreciación en conjunto de las pruebas es un complemento natural del método adoptado por el código en el mismo artículo 187 para la estimación de aquéllas: si, con las conocidas excepciones legales, el análisis de las pruebas no se encuentra predeterminado por normas legales que señalen el valor que les atañe, sino que debe ser abordado con un criterio eminentemente lógico y científico, claramente comprensible resulta que la susodicha tarea no se puede adelantar dejando de relacionar los medios en pos de una visión amalgamada o coherente de los hechos porque, pensado de otro modo, ello conduciría a que de éstos se dé una figuración errática, fragmentaria o descoordinada”*.

La valoración en conjunto es, por lo tanto un deber y no una potestad del juez y por lo tanto, supone dimensiones que, *grosso modo*, pueden clasificarse como positivas y negativas.

La dimensión negativa de la valoración supone una omisión que ocurre cuando el juez se sustrae de la valoración de una determinada prueba que fue legalmente practicada (preterición), o cercena partes de ella (mutilación) sin dar cuenta de la razón o fundamento para la omisión.

La dimensión positiva ocurre cuando el juez supone la existencia de pruebas que no fueron recaudadas en el proceso (suposición), o agrega partes inexistentes (adición), o valora aquellas que, habiendo sido recaudadas, son manifiestamente inconducentes, ilegales o ilícitas, casos en los cuales se configura un yerro fáctico que puede ser atacado o bien por la vía de los recursos ordinarios (reposición, apelación y súplica) o el extraordinario de casación por vía indirecta de la causal primera (error de hecho o de derecho, según el caso) o aún mediante acción de tutela por violación al derecho fundamental al debido proceso, bajo la causal de procedibilidad del defecto fáctico (Sentencia C-590 de 2005).

Iter probatorio

<p>Petición y Aporte (Etapa petitoria)</p>	<p>Decreto (Etapa ordenatoria)</p>	<p>Práctica (Producción)</p>	<p>Valoración (Sana Crítica En conjunto)</p>
---	---	---	---

2.3.4 Dimensión de la necesidad en el proceso de Tutela

Aunque es claro que el brevísimo proceso de tutela se desarrolla en todas sus etapas en el lapso de 10 días, no por ello debe desconocerse el papel preponderante que cumple el principio de necesidad y sus sub- principios de conducencia, pertinencia y utilidad, así como la regla de itinerancia de la prueba, pues aunque el fallo debe proferirse en 10 días, si una prueba debe ser valorada en sentencia, el único medio para asegurar legalidad, licitud y contradicción, será respetando, en concordancia con el principio de adecuación¹⁸⁹, el principio de necesidad.

3. Autorresponsabilidad, carga o incumbencia probatoria

Citado por PARRA¹⁹⁰, el principio de autorresponsabilidad se encuentra consagrado en el artículo 177 del actual Código de Procedimiento Civil, según el cual “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que aquellas persiguen”.

Según este principio, es a la parte a quien incumbe aportar al proceso las pruebas de sus alegaciones y de las normas que establecen los efectos perseguidos, y, por lo tanto, es a la parte a quien le corresponde sufrir las consecuencias de su propia inactividad.

¹⁸⁹ También denominado “Adaptabilidad”. Consiste en la libertad de adaptar el procedimiento a las necesidades del proceso, siempre que con ello se logre su finalidad y no se viole el derecho de defensa o de audiencias. Nattan Nisimblat, Los Moduladores del Proceso de Tutela. 2009.

¹⁹⁰ PARRA QUIJANO, JAIRO. Manual de Derecho Probatorio. Ediciones Librería del Profesional. 17ª Edición. 2009.

Onus probando incumbit actori: corresponde al actor probar.

Reus in excipiendo fit actori: el demandado que excepciona, ocupa la posición del demandante.

a. Carga dinámica y de la probabilidad preponderante o prevalente de la prueba

Si es el demandado quien se encuentra en mejores condiciones de demostrar determinados hechos, será a él a quien le corresponda acreditarlos y no al demandante. Así lo manifestó el Consejo de Estado en sentencia del 24 de febrero de 2005, con ponencia del Magistrado RAMIRO SAAVEDRA BECERRA:

“...el llamado principio de las cargas dinámicas (...) encuentra su fundamento en las normas constitucionales que consagran el principio de equidad, toda vez que en algunas ocasiones éste puede verse vulnerado por la exigencia hecha a la parte actora de aportar determinadas pruebas al proceso dada su dificultad; y por lo mismo, supondría la inaplicación, en tales eventos, de la norma procesal civil que consagra a su vez, el principio del onus probandi. Sin embargo, en otros casos es la parte actora la que está en condiciones de aportar los medios de convicción pertinentes, por lo cual resulta innecesaria la inversión de la carga de la prueba que conlleva la presunción de falla del servicio; opera entonces el principio de la carga dinámica de la prueba, en virtud del cual si es el demandante quien se encuentra en mejores condiciones de demostrar determinados hechos.”

En sentencia del 10 de julio de 2004, la misma Sala de lo Contencioso Administrativo, había reconocido con base en este principio del dinamismo, la existencia de otro denominado probabilidad preponderante.

En la sentencia aludida, la sala expresó que *“en algunos eventos no se requerirá que la prueba aportada por el demandante genere certeza sobre la existencia de la relación causal, pues en consideración a la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados, el juez puede darla por establecida con la probabilidad preponderante de su existencia”*.

Las reglas anteriores tienen sustento en el cálculo de las probabilidades, ciencia que estudia la ocurrencia de los fenómenos desde una perspectiva matemática. El cálculo de probabilidades y su incidencia en la determinación de un hecho, puede ser explicado con un ejemplo sencillo, como podría ser la afirmación de que el que el sol sale por el occidente y no por el oriente.

Supóngase el siguiente caso, a partir del ejemplo anterior: en un proceso penal, la parte demandante ha afirmado que el día antes de la muerte de la víctima, el sol salió por el occidente y que ello llevó a que el sindicado modificara su patrón de conducta.

Para resolver esta afirmación, el juez debe formularse dos preguntas iniciales, a efectos de determinar si una hipótesis, como la afirmada por la parte, es susceptible de ser verificada y como tal soporte de su eventual sentencia. Estas dos preguntas, en su orden son: 1.- ¿Es posible? y 2.- ¿Es probable?

Un hecho, es decir, su ocurrencia, puede verificarse sólo si es posible. La posibilidad responde a la pregunta ¿pudo ocurrir? Esta pregunta suele encontrar respuesta en la lógica (aquella que tiene como única restricción la que lleva a contradicción manifiesta en sí misma), la física (que no contradice a las leyes naturales) y la técnica (aquella que permite su verificación mediante mecanismos de contrastación).

Determinada la posibilidad, nace la probabilidad, en otras palabras, la posibilidad es presupuesto de probabilidad.

La probabilidad es el rango de ocurrencias que un fenómeno puede presentar en un determinado tiempo y bajo unas mismas condiciones. Así, si una persona dice a otra “ayer saqué un siete en los dados”, aclarando que tan sólo lanzó uno, el interlocutor, tras indagar qué tipo de dados son a los que refiere quien hace la afirmación y verificar que se trata de dados comunes de seis caras, dirá: “es imposible, el dado sólo tiene seis”. Si, por el contrario, la misma persona afirma “te apuesto a que al lanzar este dado saldrá un seis”, bastará con saber que frente a un lanzamiento y seis caras, la probabilidad de que salga seis, es de 6 a 1.

Ahora, en el caso de la afirmación “el sol salió por el occidente”, ¿se podría decir que tal suceso es imposible? Veamos:

El movimiento de la Tierra es el de rotación sobre su propio eje y el de traslación alrededor del Sol. El camino de la Tierra alrededor del Sol es su órbita. Tarda un año, es decir, 365 días en orbitar completamente alrededor del Sol.

El movimiento de rotación se realiza de Oeste a Este, por lo que el Sol aparenta salir por Oriente y se pone por Occidente, lo que da lugar a los días y las noches. En un marco de referencia de inercia, el eje de la Tierra sufre un movimiento precesional lento con un período de aproximadamente 25.800 años, así como de una nutación con un período principal de 18,6 años. Estos movimientos son causados por la atracción diferencial del Sol y la Luna sobre el aumento ecuatorial de la Tierra, debido a su aplastamiento en los Polos. El movimiento polar es casi periódico, conteniendo un componente anual y un componente de un período de 14 meses llamado el “bamboleo” o Wobbler. También la velocidad rotatoria varía, un fenómeno conocido como la longitud de variación del día.¹⁹¹

Con base en estas afirmaciones y teniendo en cuenta cambios como los climáticos, las tectónicas de placas, los movimientos telúricos y aún las colisiones contra otros cuerpos celes-

¹⁹¹ <http://www.alertatierra.com/TierMovimientos.htm>

tes, cuya ocurrencia está plenamente demostrada a lo largo de los siglos, ¿podría afirmarse que un cambio en las condiciones de la rotación de la tierra llevaran, por un día, a que el sol saliera por el occidente y no por el oriente?

La respuesta, al parecer, es afirmativa¹⁹². Sin embargo altamente improbable y para determinar esta última, bastará con realizar la siguiente operación matemática simple y unirla a la experiencia del juez (uno de los elementos de la sana crítica): supóngase que el fallador es una persona de 35 años; Durante ese tiempo, descontando sus primeros cinco años de vida, ha observado salir el sol por el oriente. 30 años son 10950 días.

Entonces, un cálculo simple dirá que si bien es “posible” que el sol hubiere salido por el occidente, la probabilidad de tal ocurrencia es de 10950 a 1, teniendo en cuenta tan solo la experiencia de vida del juez, pues si utilizara una referencia más “científica”, el cálculo lo habría hecho con base en la vida histórica de la tierra, la cual está calculada en millones de años, todo lo cual podrá llevar a la conclusión de que una hipótesis semejante, si bien no es imposible, será altamente improbable, lo que llevará a una mayor exigencia en la carga probatoria.

La determinación de la probabilidad también puede medirse en escalas de 0 a 1 o de 1 a 10. Para ello, un ejemplo simple: a un concurso de talentos se presentan 10 personas, todas con iguales aptitudes. Cada concursante tiene una sola oportunidad para presentarse ante el jurado y con ello, su probabilidad de ganar será de 10 a 1. Al iniciar el concurso dos de los participantes se retiran, quedando tan sólo 8, es decir, la probabilidad de ganar aumenta, ya que no será de 10 a 1, sino de 8 a 1. Al cabo de un rato, tres competidores más se retiran, lo que deja tan sólo 5. Tres de ellos son descalificados por el jurado, con lo cual quedarán 2 competidores, lo que arroja una probabilidad cercana, en una escala de 0 a 1, al 1 y en una escala del 1 al 10, a 10.

4. Contradicción

El principio de contradicción tiene soporte constitucional directo en el artículo 29. En él descansa la legitimidad de toda la actuación judicial y, en general, estatal. Una prueba no controvertida es una prueba incompleta; una prueba no controvertida es una prueba írrita; por lo tanto, una prueba no controvertida, es una prueba nula.

a. Aspectos procesales de la contradicción

El ejercicio del derecho a controvertir se materializa a lo largo del proceso y en todas sus etapas, para lo cual las partes tienen derechos y deberes frente a la prueba y frente a los demás sujetos procesales, en la medida en que respeta otros principios de igual jerarquía, como son el de publicidad, eventualidad, preclusión e igualdad. Dos, son pues, las alterna-

¹⁹² En 2010 varios movimientos telúricos sacudieron América y África (Haití y Chile, febrero de 2010), lo cual hizo que el eje de la Tierra se desplazara unos cuantos grados.

tivas ofrecidas a la parte contra quien se aduce una prueba para controvertirla, según la naturaleza de la prueba y según el momento procesal en que esta produzca, aduzca o asuma, y son: 1. La contradicción concentrada y; 2. La contradicción difusa.

b. Contradicción concentrada

Por concentrado entendemos lo que se realiza en una misma audiencia o diligencia. El ejercicio concentrado de contradicción es, entonces, aquel que se realiza en el momento mismo en que la prueba se está produciendo, practicando, es decir, una contradicción directa, *in situ*, coetánea a la recepción o producción. Son ejemplos de contradicción concentrada la que se realiza al participar del interrogatorio al testigo, la participación en la inspección judicial, la intervención en la elaboración del dictamen pericial, presenciando la recolección de muestras, evidencias o información por parte del perito y el interrogatorio a este en el proceso oral y, en general, la asistencia personal a las audiencias y diligencias en las cuales se practican pruebas o se adoptan decisiones.

c. Contradicción difusa

Es aquella que se realiza en las demás etapas del proceso judicial, desde la demanda y hasta en la formulación de los recursos extraordinarios de casación y revisión. Son ejemplos de este ejercicio la oposición que se hace en la contestación de la demanda al decreto de las pruebas solicitadas por el demandante, el recurso de reposición que se interpone contra el auto que decreta pruebas o el de apelación contra el que las niega, la tacha de falsedad material de documentos cuando estos son aportados en la demanda, en las audiencias o en las diligencias, la contradicción al dictamen pericial en todas sus formas, cuando este es presentado en proceso escrito¹⁹³, los alegatos formulados en la instancia o en el trámite del recurso de apelación, y en general, toda controversia que se realice frente a las pruebas, en oportunidad distinta a la práctica o la asunción.

5. Publicidad

Una prueba no conocida es una prueba inexistente. La publicidad, como garantía del derecho de defensa, exige que las pruebas, tanto las aducidas como las practicadas, sean conocidas por las partes, quienes tienen derecho a controvertirlas mediante mecanismos legales y oportunos.

En desarrollo de ciertos procesos, no obstante, se legitima el decreto y práctica de ciertas pruebas que tienden a verificar hechos que son materia de actual investigación, tales como la interceptación de correspondencia y de comunicaciones o el allanamiento con fines de registro y recolección de evidencias.

¹⁹³ El dictamen pericial en el proceso oral se contradice de manera concentrada, en la medida en que el perito asiste personalmente al proceso y declara sobre sus conclusiones verbalmente. L. 906 de 2004 y Ley

Estas pruebas, aunque en principio reservadas a la parte, lo serán exclusivamente en cuanto a su decreto y a su práctica, pero no en cuanto a su valoración, pues es claro que una vez el fin de la reserva ha cumplido su cometido, esto es, preservar la materialidad (inmaculación) de la evidencia, de manera inmediata se debe proceder a socializarla, a fin de que la parte contra quien se aduce pueda ejercer su derecho de contradicción.

Así, pues, en aquellos casos en que la prueba sea reservada para alguna de las partes o para todas en el proceso, deberá el juez o el fiscal determinar a partir de qué momento el resultado debe ser público, ya que si se mantiene la reserva, aún después de haber sido practicada, perderá toda su eficacia y no podrá ser valorada posteriormente, ya que se entiende que no se ha garantizado contradicción cuando el juez o el fiscal permiten a las partes conocer el resultado de algunas diligencias donde se recaudaron evidencias, tan solo en la decisión, en espera de que ellas las controviertan mediante la interposición de recursos (contradicción difusa).

Es claro, que no garantizar a las partes el uso de mecanismos de defensa frente a la prueba que ya ha sido practicada, mediante el ocultamiento hasta la finalización de la respectiva etapa del proceso o peor aún hasta el final, para hacerla pública en sentencia, desconoce el núcleo esencial del debido proceso e impide que en adelante la prueba pueda ser convalidada, pues la nulidad que recae sobre ella será de carácter constitucional, al amparo del inciso final del artículo 29 de la Constitución, según el cual será nula la prueba obtenida con violación del debido proceso.¹⁹⁴

6. Inmediación

El principio de inmediación obliga al juez a estar en permanente contacto con la prueba, a recaudarla personalmente, a presenciarla, a controlarla. La inmediación garantiza que el juez se familiarice con el medio, que se permee del hecho que antes le era desconocido, para así poder valorarlo.

La inmediación garantiza otros principios como son la originalidad y la inmaculación, en la medida en que permite al juez percibir directamente (originalidad) aquello que le desvela la verdadera ocurrencia de un hecho y a la vez impide que lo recaudado o producido se altere (inmaculación).

¹⁹⁴ “A partir de las regulaciones de la Carta Fundamental, en torno al debido proceso en las actuaciones judiciales surge la publicidad como uno de sus principios rectores, en virtud del cual, el juez tiene el deber de poner en conocimiento de los sujetos procesales y de la comunidad en general, los actos que conduzcan a la creación, modificación o extinción de un derecho o la imposición de una obligación, sanción o multa, teniendo en cuenta que su operancia no constituye una simple formalidad procesal, sino un presupuesto de eficacia de dicha función y un mecanismo para propender por la efectividad de la democracia participativa. Con todo, el mismo texto constitucional legitima que se establezcan mediante ley, excepciones al conocimiento de ciertos documentos o actuaciones públicas, para que a través de un juicio de ponderación constitucional, se otorgue prioridad al principio de reserva, como sucede con la etapa de instrucción en un juicio criminal. Corte Constitucional Sentencia 641 de 2002.

LEIBLE afirma: “El hoy vigente principio de inmediación en el procedimiento procesal civil no es un sobreentendido. Hubo ordenanzas de procedimiento, en que la reunión del material fáctico estaba encomendada a otro tribunal diferente del de la decisión. Tal regulación priva al tribunal interviniente de impresiones esenciales, que se derivan del contacto inmediato con las partes y los medios de prueba, como en la declaración de testigos. El mejor servicio para el descubrimiento de la verdad se logra primordialmente, cuando el tribunal interviniente recoge por sí mismo las informaciones que necesita para su decisión.”¹⁹⁵

7. Concentración

Reza el artículo 110 del Código de Procedimiento Civil, tal y como quedó modificado por el artículo 13 de la Ley 794 de 2003: “Cuando su número, naturaleza o complejidad lo hagan necesario, el juez señalará de una vez fechas continuas e inmediatas para las audiencias y diligencias que deban practicarse, con el fin de que haya mayor concentración de ellas. En los casos indicados, cada audiencia o diligencia tendrá una duración mínima de tres horas, salvo que antes se agote el objeto de la misma. Cuando no sea posible concluir la diligencia o audiencia el mismo día de su iniciación, el juez deberá, antes de cerrar la audiencia, señalar la fecha más próxima para continuarla.”

En igual sentido se pronuncia el artículo 424 de la Ley 906 de 2004, que determina: “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 hacersele comparecer coactivamente. Si el término de suspensión incide por el transcurso del tiempo en la memoria de lo sucedido en la audiencia y, sobre todo de los resultados de las pruebas practicadas, esta se repetirá. Igual procedimiento se realizará si en cualquier etapa del juicio oral se debe cambiar al juez.”

8. Comunidad

El proceso se estructura como un colectivo de sujetos que acuden al debate en procura de la solución de un conflicto. Por ello, cuando la prueba se socializa, ya no pertenece a quien la aporta sino a toda la comunidad¹⁹⁶, aún en el evento en que lo aportado no le favorezca a quien lo aportó.

El principio de comunidad impide, entonces, que una vez la prueba haya entrado válidamente al proceso pueda ser retirada por las partes, salvo que su eficacia o poder de convicción estén garantizados. Por ello, al estudiar las reglas relativas al retiro físico de documentos que obran en el expediente (desglose), se encuentra que el estatuto procesal civil trae algunas previsiones que garantizan el principio, tales como la exigencia de la preclusión de

¹⁹⁵ Op. Cit. Pág. 150.

¹⁹⁶ FRAMARINO DEI MALATESTA. Lógica de las pruebas en materia criminal. 4ª ed. Editorial Temis. Bogotá, 1999.

la oportunidad para tacharlos de falsos, la imposibilidad de hacer entrega del título de cobro al deudor, cuando no ha pagado la obligación (art. 117-1) o al acreedor cuando ya se hubiere cancelado (117-3) y la imposibilidad de renunciar al testigo cuando ya hubiere iniciado el interrogatorio.¹⁹⁷

9. Inmaculación

Non nisi parendo vincitur natura. A la naturaleza no se le vence más que obedeciéndola.

La prueba debe llegar al proceso en su estado original, pura, inmaculada. Por ello, las legislaciones modernas se han preocupado por regular los procesos de identificación, recolección, embalaje, transporte y manipulación de aquellos elementos que sirven de sustento a la actividad judicial.

El derecho procesal moderno admite en este principio el mayor avance de la ciencia jurídica probatoria, en la medida en que incorpora los adelantos tecnológicos a las reglas de valoración que tradicionalmente han servido a los jueces para determinar con mayor o menor grado de certeza la ocurrencia de un hecho.

Los hechos, afirma DELLEPIANE, dejan huellas, rastros y vestigios, que en la legislación actual se denominan “evidencias”. De la recolección de tales evidencias es que se obtiene la prueba, y es entonces cuando adquiere especial relevancia el proceso mediante el cual tales huellas y vestigios han de ser “manipulados” para ser ofrecidos al juez y admitidos por este en un proceso judicial.

Son enemigos de la prueba la naturaleza, el tiempo y el hombre. Hasta ahora, el mayor enemigo de la prueba es el hombre, por infortunado que parezca. Es el hombre, quien por su inexperiencia o bien por su curiosidad, o ambas, destruye la integridad de la prueba.

A veces el impedimento de conservación proviene de la propia ley, que limita su producción inmediata, tal y como ocurre con la regulación que sobre la declaración de terceros traía el Código de Procedimiento Civil, el cual prohibía que los testimonios de quienes les consta o pueda constarle un hecho determinado, sean recepcionados antes del proceso como prueba extrajudicial y anticipada (C.P.C. Art. 298, según el cual “podrá pedirse que se reciban testimonios anticipados únicamente a personas que estén gravemente enfermas”)¹⁹⁸.

10. Originalidad o mismidad

En el proceso judicial se debe procurar porque la prueba que se ofrezca sea aquella que tenga una relación directa con el hecho y no la que lo indique (la misma). Por lo tanto, en

¹⁹⁷ DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. Compendio de Derecho Procesal, Pruebas Judiciales. Tomo II. Biblioteca Jurídica Dike. Décima Edición. 1994. Pág. 17.

¹⁹⁸ Esta norma fue reformada por la Ley 1395 de 2010, que permite la recepción anticipada de testimonios, aún sin que se encuentren gravemente enfermos.

desarrollo de este principio se preferirá el documento original que el autenticado, el testigo a quien le consta, que el testigo de referencia (*ex auditur*), el archivo digital que la impresión de su contenido.

A veces, por razón de las nuevas tecnologías, al juez se le dificulta la labor de identificar lo que es original de lo que no lo es. Tal es el caso de la evidencia digital o electrónica, regulada en Colombia desde 1999 con la ley 527, que de poco o ningún entendimiento ha gozado por los operadores judiciales y sus auxiliares, quienes a veces confunden lo que es un archivo digital, una firma digital, una firma electrónica, una mecánica o la simple impresión que de ellos se realice.

Al respecto una suposición: dos personas están negociando un contrato de arrendamiento telefónicamente. Más tarde, una de ellas, quien va a tener la calidad de arrendataria, envía a la otra un correo electrónico (mensaje de datos), en el que le dice: “de acuerdo con nuestra conversación de esta mañana, le manifiesto que estoy de acuerdo en los términos del contrato; sin embargo, me gustaría que aclaráramos dos puntos esenciales, como son, el canon y las fechas de inicio y terminación”. El futuro arrendador, responde por el mismo medio: “Entonces, estamos de acuerdo en lo siguiente: el local es el 201 del Centro Comercial Los Robles de Pereira, el canon de arrendamiento es la suma de \$1.000.000, pagaderos los primeros cinco días de cada mes a mi favor, la entrega será el 1º de junio de este año y la duración del contrato será por un año. ¿Está usted de acuerdo?” El arrendatario replica nuevamente: “estoy de acuerdo.”

Transcurrido un año, el arrendador pide al juez que decrete la terminación del contrato y ordene la entrega y para ello adjunta a su demanda una copia impresa de cada uno de los tres correos electrónicos donde constan las condiciones del arrendamiento.

En este caso, se entiende que el arrendador no ha cumplido con su carga de aportar el documento original donde consta el contrato, pues hasta ahora lo único que ha hecho es traer tres documentos impresos que, a lo sumo, serán indicio de la conversación, pero no el convenio en sí. Lo adecuado, entonces, para cumplir con la carga probatoria, es aportar al proceso la prueba de los correos en su estado original, y para ello el único medio admisible es aquel que permita transportar el documento electrónico tal y como fue creado y recepcionado, es decir, en medio igualmente digital, tal como un disco compacto o sistema de almacenamiento portátil.

a. La prueba indirecta o de referencia.

En sentencia del 30 de marzo de 2006¹⁹⁹, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, analizó la regulación en Colombia de la prueba de referencia en materia testimonial, enmarcada dentro de los principios que rigen en el nuevo sistema penal de corte acusa-

¹⁹⁹ Radicación 24468, Magistrado Ponente Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO.

torio, implementado mediante la Ley 906 de 2004. En la referida sentencia, la Corte determinó:

“Acreditar en modo razonable la imposibilidad de que el testigo directo comparezca, forma parte de las exigencias legales que condicionan la pertinencia, el decreto y la práctica excepcional del testimonio de referencia. Similar tipo de condicionamientos, *mutatis mutandi*, se predica en general de todas las pruebas de referencia.

En el anterior sentido el artículo 375 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), señala que el elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba serán pertinentes cuando se refieran directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y a sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado; y cuando solo sirvan para hacer más o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiera a la credibilidad de un testigo o de un perito. Y en el mismo orden de ideas, el artículo 379 dice una vez más que es excepcional la admisibilidad de las pruebas de referencia, porque la regla general es el acatamiento del principio de inmediación. (...)

Las particularidades de la prueba de referencia y la dificultad práctica de controvertir los contenidos referidos determinan que a ese género de pruebas la legislación reconozca un poder suasorio restringido, al estipular en el artículo 381 que “la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”, consagrando así una tarifa legal negativa, cuyo desacatamiento podría configurar un falso juicio de convicción²⁰⁰. (...)

Es factible que se decrete un testimonio, a solicitud de la Fiscalía, la defensa o el Ministerio Público (por excepción), y que en su desarrollo el testigo directo relate además de sus percepciones personales, algunos contenidos referidos o escuchados a otros. (...)

A manera de ejemplo del estudio del tema en el derecho comparado, se trae la Sentencia del 31 de octubre de 2000, proferida por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid²⁰¹:

“Es cierto que la regulación de la ley responde, como tendencia, al principio de inmediación de la prueba, entendiéndose por tal la utilización del medio de prueba más directo y no los simples relatos sobre éste, pero ello no significa que deba rechazarse en forma absoluta los testimonios de referencias u oídas, porque no siempre es posible obtener y practicar la prueba original y directa, que en muchos supuestos puede devenir imposible, y, en definitiva, la problemática que plantea la prueba de referencia es, como en cualquier otra prueba, el relativo a su veracidad y credibilidad.

...

El Tribunal Constitucional Español sigue la tesis jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, exigiendo para desplazar o sustituir totalmente la prueba testifical di-

²⁰⁰ Cfr. Sala de Casación Penal, Sentencia del 24 de noviembre de 2005, radicación 24.323.

²⁰¹ <http://www.sc.ehu.es/dpwlona/legislacion/Jurisprudencia/Tribunal%20del%20Jurado/Jurisprudencia%20-%20Jurado%20-%20ad%20quem%20-%2083.htm>

recta, que se trate de casos de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada al juicio oral (Sentencia del Tribunal Constitucional 303/93). En este punto la doctrina de este Tribunal sigue el canon hermenéutico proporcionado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (artículo 10.2 CE en relación con el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso Delta, de 19 diciembre 1990 caso ISGRO, de 19 de febrero 1991 caso ASCH, de 26 abril 1991, entre otras).

...

El Tribunal Constitucional Español reconoce que su doctrina sobre la prueba sumarial anticipada o la imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial en el juicio oral tiene su base y precedente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que había declarado como contraria a lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la sustitución del testigo directo por el indirecto sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquél al juicio oral (entre otras, Delta c. Franci Elena, 19 diciembre ISGRO c. Italia, 19 febrero 1991 ASCH c. Austria, 26 abril 1919 en particular, sobre la prohibición de testigos anónimos Windisch c. Austria de 27 septiembre 1990 y Ludl c. Suiza de 15 junio 1992)".

11. Libertad

El principio de libertad, en oposición al tarifario legal, permite al juez formar su convencimiento con el recurso de cualquier medio de prueba, siempre que no se oponga a la naturaleza del proceso, que no esté prohibido por la ley o la Constitución y que sea idóneo para demostrar el hecho alegado.

En cuando a la naturaleza del juicio, podemos afirmar que, en términos generales, existen dos tipos de procesos, según lo que en ellos se pretenda demostrar y son el constructivo y el reconstructivo. El primero es común en la averiguación penal, pues con él se busca encontrar tanto lo que pasó como lo que aún está sucediendo, en virtud de la necesidad, tanto de sancionar, como de evitar la continuidad del delito. El segundo es propio de los conflictos civiles, laborales y contenciosos, donde lo que se busca no es prevenir, sino reconstruir unos hechos que fundamentan las pretensiones de las partes.

En tal virtud, lo que es libre en un proceso no lo será para otro, tal y como ocurre, por ejemplo, con ciertos medios probatorios que, siendo admisibles en el proceso penal, no lo son en el proceso civil, tales como el allanamiento con fines de registro, la interceptación de comunicaciones y la interceptación de correspondencia.

12. Principio dispositivo, de deliberación o principio de parte

El principio dispositivo, denominado en el derecho alemán como la máxima de disposición o *dispositionsmaxime*²⁰² de la prueba predomina en el proceso civil y ahora en el penal. Son

²⁰² LEIBLE, STEFAN. Proceso Civil Alemán. Biblioteca Jurídica Dike. 2a. Pág. 130.

reglas que definen este sistema: a) El juez no puede iniciar las actuaciones de oficio²⁰³; b) Las partes aportan y piden las pruebas, no pudiendo hacerlo el juez, ni aún en caso de duda (*iudex iudicet secundum allegata et probata partium*); c) Los hechos confesados por las partes se deben tener por ciertos, y; d) La sentencia debe estar en consonancia con los hechos, las pretensiones y las excepciones (congruencia)²⁰⁴.

a. Carácter rogado de la jurisdicción

Da mihi factum et dabo tibi ius. “Dadme los hechos y yo te daré el derecho”.

Pero, ¿qué derecho? solo el que me habéis pedido. Es el principio de la congruencia, que limita al juez a pronunciarse exclusivamente sobre lo que se le ha llamado a resolver y para lo cual ha sido investido de jurisdicción y, además, de competencia.

El principio de congruencia informa igualmente otro de carácter constitucional que es la no reforma en perjuicio, antes tratada en este mismo escrito.

b. Principio de la rogación en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.²⁰⁵

La competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está definida en los artículos 82 y 83, modificados por el Decreto-Ley 2304 de 1989 y los artículos 12 y 13 respectivamente, del Código Contencioso Administrativo, con las modificaciones introducidas por la ley 446 de 1998 y la ley 954 de 2005. Tales artículos definen las materias sobre las que recaen las decisiones tanto de los Juzgados, los Tribunales Administrativos, como del Consejo de Estado.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado en innumerables fallos el carácter de rogado que tiene la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y para ello se ha fundado en varios conceptos. El primero de ellos consiste en la vía procesal que corresponde a los

²⁰³ Ibid. Página 134. Leible afirma: “El principio de deliberación, también denominado principio fundamental de deliberación o de aporte o principio de parte, por ello expresa, que las partes deben aportar los hechos e inclusive sus medios de prueba, con base en los que el tribunal debe sentencias sobre el objeto litigioso sometido a decisión el Tribunal sólo puede basar su sentencia en aquellos hechos propuestos por las partes en el proceso, de decir, fundamentalmente en la audiencia oral y probados, en tanto fueran cuestionados.”

²⁰⁴ ARAZI, ROLAND. La prueba en el proceso civil. Ediciones La Roca. Buenos Aires. 2001. Pág. 130.

²⁰⁵ No proviniendo de la ley en forma expresa, esta definición ha sido elaborada por la jurisprudencia y la doctrina nacional y extranjeras, como producto de la interpretación de las normas procedimentales del Código Contencioso Administrativo y de aquellas disposiciones constitucionales que otorgan competencia a los tribunales administrativos. Para mayor referencia, consúltese las obras de JAIME VIDAL PERDOMO "Derecho Administrativo". Ed. Temis. 10a. Edición. Bogotá 1994; Libardo Rodríguez R. "Derecho Administrativo general y Colombiano". Ed. Temis. Novena Edición. Santafé de Bogotá 1996. Pg. 222; CARLOS BETANCUR JARAMILLO "Derecho Procesal Administrativo". Señal Editora. Medellín. 1994"; GUSTAVO HUMBERTO RODRÍGUEZ "Derecho Administrativo General". Ediciones Ciencia y Derecho. Segunda Edición. Bogotá. 1995; EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ "Curso de Derecho Administrativo". Op. Cit. Ed. Civitas. Tomo II. Madrid. 1993. Págs. 432 a 470.

ciudadanos y a la misma administración para acceder al control de legalidad de los actos emanados de la actividad estatal, la cual, por su naturaleza, es de índole activa, lo que quiere decir, en primer término, que se accede a la jurisdicción con el objeto de anular un acto de la administración por contrariar normas superiores de tipo constitucional o legal (atendiendo siempre al orden jerárquico que observan las normas dentro del ordenamiento jurídico constitucional) por la vía de la acción, bien sea esta pública o particular. El segundo de ellos se funda en un concepto meramente formal, contenido en el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo.

Este argumento esbozado por el Consejo de Estado se encuentra a lo largo de su doctrina en torno de las acciones contenidas en el Código Contencioso Administrativo en sus artículos 84, 85, 86, 87 y 88.

c. Principio de la rogación en la Jurisdicción Ordinaria²⁰⁶

Del artículo 2º del Código de Procedimiento Civil se extrae un concepto más flexible de la jurisdicción que el analizado en la sección anterior entorno a los procesos ante los jueces y los tribunales administrativos; En efecto, dispone el citado artículo: "Los procesos sólo podrán iniciarse por demanda de parte, salvo los que la ley autoriza promover de oficio".

Este carácter dispositivo de la jurisdicción, como regla general, es el que ha servido a la jurisprudencia y la doctrina para afirmar que la iniciación de la actuación judicial, en materia civil y laboral, sólo puede darse a través de una demanda de parte, principio este derivado del romano *nemo jure sine actore*.

Sin embargo la ley procesal ha admitido la intervención del juez para lograr el alcance de esa justicia material que atiende al fin mismo del proceso, incorporando en el sistema el principio inquisitivo, creando con esto así, una dualidad o mixtura que permite al fallador participar del *thema decidendum* y decretar oficiosamente las pruebas que considere necesarias para llegar a su convencimiento y en ciertos casos, definidos por el legislador, podrá también promover la actuación por su propia iniciativa.

Continúa el estatuto procesal con su artículo cuarto donde se establece la finalidad del proceso y la prevalencia del derecho sustancial, consagración que encontró eco en la redacción

²⁰⁶El aspecto primordial a tratar en esta sección gira en torno al principio de la congruencia de las sentencias judiciales, por lo tanto haremos un análisis integral que comprenda las jurisdicciones Civil y Laboral, tomando como referencia para ambas el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil. Para mayor referencia consúltese las obras de HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO "Instituciones del Derecho Procesal Civil", parte general, Tomo I; HERNANDO DEVIS ECHANDÍA "Compendio de Derecho Procesal" Tomo I; HUGO ROCCO "Tratado de Derecho Procesal Civil", Vol. I, Ed. Temis, Bogotá, 1979 ; JAIRO PARRA QUIJANO; FRANCESCO CARNELUTTI "Sistema de Derecho Procesal Civil" "Colección Ciencias del Proceso", Tratado de SANTIAGO SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, Ed. Ejea, 1971; MARCO GERARDO MONROY CABRA "Derecho Procesal Civil" Parte General, Biblioteca Jurídica Dike, 4a. Edición, Medellín, 1996. Pg. 464; HERNANDO MORALES MOLINA "Curso de Derecho Procesal Civil", Ed. ABC, 4a. Edición, Bogotá, 1973; PIERO CALAMANDREI "Derecho procesal Civil", Vol. I, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1973.

actual del artículo 228 de la Constitución Política siendo un complemento valioso para la disposición del artículo 4° superior en materia de procedimiento y del mismo artículo 29 que eleva a rango constitucional el derecho fundamental al debido proceso.

Dicho esto, viene a estudio el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil que ordena al juez emitir su sentencia en consonancia con las pretensiones de la demanda y en donde se le prohíbe condenar por cantidad superior (*ultra petita*) o por objeto distinto del pretendido en esta, ni por causa diferente a la invocada en ella (*extra petita*), o por monto o concepto inferior al probado (*citra, infra o minima petita*). Es lo que se conoce como el fallo inconsonante, que consiste básicamente en otorgar más de lo pedido en el primer caso, o hacer pronunciamiento sobre objeto distinto al ventilado en el proceso, en el segundo, o no conceder lo pedido a pesar de haberlo probado, en el último.

La norma continúa instruyendo al fallador para que declare las excepciones que sean alegadas por las partes y las que aparezcan probadas en el proceso, consagrándose así un poder para el Juez de declarar excepciones de manera oficiosa, con exclusión de tres de ellas que son, la nulidad relativa, la prescripción y la compensación, que deben ser alegadas en la contestación de la demanda (Art. 306 del C. de P. C.).

d. Principio Inquisitivo

Bajo este sistema, el juez tiene la carga de investigar, de averiguar, de producir la prueba y de encontrar el hecho, pues lo que se busca es la verdad material, y para ello utiliza sus poderes oficiosos. La oficiosidad, es, sin duda, la protagonista de este sistema, pues permite al juez iniciar el proceso e impulsarlo, convocar a las partes e interrogarlas, decretar pruebas y practicarlas y dictar la sentencia conforme a lo probado, sin consideración a lo pedido o alegado.

13. Principio de la Duda: *in dubio*

La duda, como principio del derecho probatorio, así como del sustancial, hace parte del régimen de la decisión, según el cual, el juez no podrá abstenerse de dictar sentencia ni aún en caso de incertidumbre. No hay lugar a discusión frente a ello.

Se acude a la duda únicamente cuando el juez no tiene certeza sobre lo ocurrido, bien porque las partes no le han ofrecido suficiente material probatorio, bien porque dicho material es tan rico y extenso que no permite fallar a favor de una o de otra.

La aplicación de la regla de duda en materia probatoria surge cuando el juez se encuentra frente a dos caminos, esencialmente opuestos, que lo llevan a acudir a reglas de reemplazo, las cuales la doctrina ha denominado “sucedáneos”.

Por sucedáneo se entiende aquello a lo cual se acude en caso de incertidumbre o, precisamente, de duda. Son otros ejemplos de sucedáneos, los indicios y la carga probatoria, en la

medida en que resuelven un debate que aparentemente debe terminar, como en los juegos de ajedrez, en tablas.

Aunque en el derecho procesal, civil o penal, contencioso o laboral, existe la posibilidad de abstenerse de dictar sentencia (*non liquet*), tal circunstancia solo se presenta cuando no concurren en el proceso los presupuestos de jurisdicción, capacidad y claridad en la demanda, situaciones todas que excluyen la posibilidad de fallar de fondo, pero sin decretar un vencedor.

No existiendo esta posibilidad para el juez, la de resolver sin dar la razón a alguno de los litigantes (que es distinta de la posibilidad de dictar un fallo inhibitorio), la ley procesal lo faculta para acudir al sucedáneo, para inclinar su decisión a favor de una u otra parte, conforme se trate de derechos ciertos e indiscutibles o bien, inciertos y discutibles.

Una duda, entonces, deriva de la oposición de dos tesis igualmente aceptables en torno a la ocurrencia de un hecho. Para ello es necesario que existan igual número de pruebas, de igual poder de convicción, en favor de dos hipótesis frente a un mismo hecho.

Tal circunstancia, de difícil ocurrencia, solo se presenta cuando en el proceso:

1. Hay dos o más hipótesis fácticas;
2. Se practicaron pruebas a favor de todas las hipótesis;
3. Al valorar las pruebas resultan demostradas tanto las una como las otras.

En este caso se deberá resolver:

1. A favor de la hipótesis que resulte, además de posible, más probable (escala probabilística de 0 a 1: ver capítulo sobre la probabilidad prevalente o preponderante);
2. A favor del demandado si se trata de proceso civil, salvo que, a partir del cálculo de probabilidades, la carga se invierta por razón de la hipótesis fáctica del demandante;
3. A favor del demandante, si se trata de proceso laboral, siempre que el demandante sea el trabajador;
4. A favor del sindicado si se trata de proceso penal;
5. A favor del administrado si se trata de proceso fiscal (tributario).

Al efecto se presenta el siguiente ejemplo: en un proceso penal, el fiscal ha aportado suficientes pruebas que demuestran la ocurrencia del hecho y la participación del sindicado. Al mismo tiempo, la defensa ha aportado el mismo número de pruebas que demuestran que el

hecho no ocurrió. Es evidente que el juez debe proferir sentencia de mérito en la cual condenará o absolverá al sindicato y para ello tiene igual número de plenas pruebas que le indican, por una parte, que el hecho ocurrió y que el sindicato lo cometió, y, de la otra, que el hecho ocurrió y que por lo tanto, por sustracción de materia, el sindicato no pudo haberlo cometido, caso en el cual tendrá una verdadera duda.

En este caso, no pudiendo acudir a nuevas pruebas, bien porque se han agotado los medios o bien porque el término probatorio se encuentra vencido, debe resolver acudiendo a la regla de desempate, esto es, al *in dubio*, el cual, por tratarse de derecho penal, favorece al sindicato: *pro reo*.

Debe aclararse, con todo, que si una de las pruebas a favor o en contra de determinada hipótesis fáctica no ofrece el suficiente poder de convencimiento, no se estará ante un caso de duda, sino de incertidumbre y en este caso habrá que acudir a la regla de carga probatoria o a la de presunciones, como puede ser la de inocencia en el derecho penal.

En el ejemplo antes citado, se podría suponer que tanto a favor de la tesis de la ocurrencia se practicaron dos testimonios (A y B) y a favor de la inexistencia igual número de declaraciones (C y D). Al valorar individualmente cada uno de los testimonios, el juez encuentra que en el testimonio de D concurren elementos de sospecha, que fueron formulados en tiempo por una de las partes mediante tacha, tales como la manifiesta incongruencia entre los hechos narrados, la inconsonancia entre las calidades del testigo y su lenguaje y un comportamiento evasivo durante la diligencia, todo lo cual lleva al juez a declarar fundada la tacha y desestimar el testimonio. En este evento, el juez tendrá tres declaraciones de los testigos A, B y C, respecto de quienes no se formularon tachas y al analizarlos encontró que fueron claros, responsivos y contestes, situación que lleva a un estado de certidumbre respecto de la teoría fáctica que soportan los testimonios A y B, por lo que no será necesario acudir a la regla del *in dubio*.

No ocurrirá lo mismo en el proceso laboral, pues en caso de duda sobre la ocurrencia de un hecho, como puede ser la existencia de contrato de trabajo y las condiciones de su ejecución, se estará a lo que el demandante afirma, en virtud de la regla del *in dubio*, la cual, en este caso, favorece al demandante, esto es al trabajador: *pro operario*.

Otros casos en los que la duda reina en el proceso, se resuelven, por mandato de la ley, a favor o en contra de una de las partes, como ocurre en el caso del Estado, cuando opera como agente Fiscal, *in dubio contra fiscum*²⁰⁷, o bien como agente legislador, *in dubio pro legislatoris*, o bien en el caso del sujeto disciplinado *in dubio pro disciplinado*, ora en el caso del derecho penal por el delito de aborto, *in dubio pro vita*, por citar solo algunos ejemplos extraídos de la doctrina procesal.

²⁰⁷ *In dubio magis contra fiscum est respondendum*

Título III

Los medios de prueba en particular

1. Importancia

Una vez revisados los principios rectores de la prueba, a partir del principio de necesidad, del cual deriva el camino probatorio, se aborda el estudio de los medios procesales de convencimiento en particular.

Se ha dicho que el juez hace historia. Lo dijo Carnelutti. El historiador, cuenta el autor, *“escruta en el pasado para saber cómo ocurrieron las cosas...un hecho ha ocurrido o no...el juez, al principio, se encuentra ante una hipótesis; no sabe cómo ocurrieron las cosas; si lo supiese, si hubiese estado presente en los hechos sobre los que debe juzgar, no sería juez, sino testigo y si decide, precisamente, convierte la hipótesis en tesis, adquiriendo la certeza de que ha ocurrido o no un hecho, es decir, certificando ese hecho. Estar cierto de un hecho quiere decir, conocerlo como si se lo hubiere visto.”*²⁰⁸

El concepto de “certeza”, aquí citado, ha sido objeto de debate, por vía del concepto de verdad procesal.

*“La finalidad del proceso no es solamente la búsqueda de la verdad; la finalidad del proceso es algo más: es la justicia, de la cual la determinación de la verdad es solamente una premisa.”*²⁰⁹

Es este, tal vez, el concepto de mayor controversia en el derecho procesal moderno. El objeto del proceso es encontrar la verdad, ¡La verdad verdadera!, afirman algunos. Es el único fin, afirman otros.

Pero, al tiempo que sostienen esta “verdad”, afirman también: *“toda decisión deberá fundarse en pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”*.

Entonces, si lo que se busca en el proceso es la “verdad verdadera”, ¿cómo hacer compatible el concepto con el de “necesidad de la prueba”?

En efecto, toda decisión deberá fundarse en pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Bajo este imperio, conceptos como la conducencia, la pertinencia, la utilidad, la licitud, la oportunidad, adquieren relevancia constitucional.

²⁰⁸ Carnelutti, Francesco. *Cómo se hace un proceso*. Monografías Jurídicas. Editorial Temis. 2007.

²⁰⁹ CALAMANDREI, PIERO. *Derecho procesal Civil*, Vol. I, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1973. Pg. 21

La conducencia no es nada distinto que el último rezago de tarifa legal probatoria.²¹⁰ Según este precepto legal, si la prueba no es idónea, el hecho no puede ser probado.

La verdad, dicen los constructivistas, es relativa a quien la observa. La verdad no es nada distinto que lo que vemos, más lo que creemos que vemos. La expresión “hecho pasado” es una mera tautología. Todo hecho es pasado. Ahora, encontrar la verdad verdadera es tanto como “encontrarnos a nosotros mismos”. Ni siquiera hemos logrado eso. Lo que se busca es, entonces, certeza.²¹¹

En el régimen procesal existen previsiones que llevan a pensar que tal principio –el de verdad verdadera– no existe y por el contrario se suple por el de certeza. Son ejemplos de ellas, los indicios, las presunciones, la confesión ficta, los sucedáneos de prueba y la carga de la prueba. Gómez Arboleda dijo: *“Por naturaleza, las verdades tienen relaciones y enlaces que hacen que unas no entren en el espíritu más que por las otras; que las que deben entenderse por sí mismas y son fuente de otras deban precederlas; que éstas deban seguir, según dependen de las primeras y están mutuamente ligadas, y que así el espíritu, debiendo ir de unas a otras, debe verlas en orden, orden que hace la disposición de las definiciones, principios y detalles. De donde es fácil colegir la diferencia que hay entre las maneras de ver el detalle de las verdades que componen una ciencia dispuesta confusamente y la vista de este mismo detalle colocado en su orden, hasta el punto que puede decirse que no es menor que entre la vista de un confuso amontonamiento de materiales destinados a un edificio y la contemplación del edificio elevado en su simetría.”*²¹²

Taruffo²¹³ afirma que la discusión sobre si en el proceso se busca la verdad acerca de los hechos es absolutamente irrelevante, y para ello analiza las dos variantes de esta orientación. La primera, dentro de la que ubica a autores como Wetlaufer, Danet, Eberle, Bennet y Feldman, se fundamenta en una interpretación del proceso y de las actividades que en él se realizan, en clave exclusivamente retórica, que tiende a presentarse como una concepción global y omnicomprendiva del proceso, donde todo lo que allí sucede no es más que un juego retórico persuasivo, dentro del cual se distinguen retóricas como la del abogado, que pretende persuadir al juez que tiene la razón, y la del juez, que al motivar la sentencia pretende persuadir a la sociedad de la bondad de la decisión que ha tomado.

²¹⁰ ROJAS, JIMMY. “Conferencias Universidad del Rosario”. Bogotá, 2007. Para el profesor Rojas “la conducencia de la prueba es el mismo tema de los rezagos de tarifa legal probatoria”, afirmando también que “conducencia y rezagos tarifarios son lo mismo”, pues “la conducencia como idoneidad legal de determinada prueba para demostrar determinado hecho, corresponde a los últimos rezagos de tarifa legal probatoria”.

²¹¹ DELLEPIANE. Op. Cit.

²¹² VOELTZEL, págs. 219, 237; THIEME, pág. 26, citados por ENRIQUE GÓMEZ ARBOLEDA en “El racionalismo jurídico y los códigos europeos”. En Revista de estudios políticos, ISSN 0048-7694, N° 60, 1951. Págs. 33 – 66.

²¹³ TARUFFO, MICHELE. La prueba de los hechos. Colección de Estructuras y Procesos, serie derecho. Traducida por JORDI FERRER BELTRÁN. Ed. Trotta. Madrid, 2002.

La segunda variante de la posición que sostiene que la verdad de los hechos es irrelevante, se funda en la aplicación de métodos y modelos semióticos a los problemas jurídicos, es decir, que su estudio se aborda desde el punto de vista de las estructuras lingüísticas.

La discusión aún no ha sido del todo clausurada, pues las nuevas tecnologías nos acercan cada día más al descubrimiento de los hechos; sin embargo, mientras contemplemos el proceso como un debate dialéctico, persistiremos en la idea de la verdad probada, que en suma, será la verdad alegada.

En la literatura jurídica romana se encuentran adagios y expresiones relativas a la verdad, o su búsqueda incesante. Aquí se citan algunas²¹⁴:

Veritas de terra orta est, et iustitia de caelo prospexit: brota de la tierra la fidelidad y la justicia mira desde el cielo.

Veritas filia temporis: la verdad es hija del tiempo.

Veritas in omnem partem sui eadem est: la verdad es la misma en cada una de sus partes.

Veritas laborare potest, extinguere non potest: la verdad puede eclipsarse, pero no se la puede apagar.

Veritas liberabit vos: la verdad os hará libres.

Veritas numquam perit: la verdad jamás perece.

Veritas vincit: la verdad vence.

Veritatem dies aperit: el tiempo descubre la verdad.

Veritatis simplex oratio est: el lenguaje de la verdad es sencillo.

Verum est id quod est: la verdad es lo que es.

Verum est quod pro salute fit mendacium: la mentira que se profiere para salvar la vida es una verdad.

Verum sequitur ex quolibet: lo verdadero se sigue de cualquier cosa.

Verum, iustum, pulchrum: verdadero, justo, hermoso.

²¹⁴ HERRERO LLORENTE, VÍCTOR-JOSÉ. Diccionario de Frases y Expresiones Latinas. Ed. Gredos. 3ª Edición corregida y muy aumentada. Madrid, 1995.

2. El testimonio

El testimonio es la declaración que realiza un tercero, ajeno a la controversia, sobre algo que ha percibido, de manera directa, por cualquiera de sus cinco sentidos.²¹⁵

Es testigo quien no tiene relación jurídico procesal con las partes. Se dice testigo a quien le consta. Por lo tanto, no es testigo quien no tuvo percepción directa del hecho que se busca verificar.²¹⁶

2.1. Finalidad de la prueba testimonial y distinción con el interrogatorio, la confesión y el perito

Siendo el testimonio la declaración que realiza un tercero en el proceso, varias son las distinciones que deben realizarse respecto de los demás tipos de deposición:

²¹⁵ “En palabras del tratadista Jeremías Bentham citado por Gorphé *“los testigos...son los ojos y los oídos de la justicia”* (GORPHÉ. Francois, *Apreciación judicial de las pruebas*. Reimpresión tercera edición. Editorial Temis. Bogotá, 2004. pg. 288); “El fin del testimonio es llevar al proceso la verdad real sobre los hechos que el testigo ha percibido para contribuir formar la certeza en el funcionario encargado de apreciarlos.” (GARCÍA VALENCIA, Jesús Ignacio, *Las pruebas en el proceso penal*. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. 2003, pág. 212); “...tanto en materia civil como en materia penal, la prueba pericial procede cuando sea necesario verificar y valorar hechos que le interesan al proceso, que requieran conocimientos especializados para su comprensión y desarrollo.” (PELAEZ HERNANDEZ, Ramón Antonio. *Manual para el manejo de la prueba*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2009. pág. 192); “La confesión es pregonable, en principio, de quien tenga la calidad de parte en el proceso; Es posible también que pueda provenir de un tercero interviniente.” PELAEZ HERNANDEZ, Ramón Antonio. *Manual para el manejo de la prueba*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2009. pág.133); “El interrogatorio o declaración de parte tiene por objeto obtener de los demandantes o demandados la versión sobre los hechos relacionados con el proceso y puede llegar a configurar una confesión, siempre y cuando recaiga sobre hechos que perjudican al declarante o favorezcan a la parte contraria” (Corte Constitucional, Sentencia C-559/09 Referencia: expediente D-7592 Magistrado Ponente: Dr. NILSON PINILLA PINILLA Bogotá, D. C., veinte (20) de agosto de dos mil nueve (2009).

²¹⁶ “...de lo que se trata es de que personas naturales que no son parte del proceso ilustren con sus relatos referentes a hechos que le interesan al mismo, pare efectos de llevar certeza al juez acerca de las circunstancias que constituyen el objeto del proceso”. (LÓPEZ BLANCO. Hernán Fabio. *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*. Tomo II. Pruebas. Dupré Editores. Bogotá D.C. Colombia. 2008. pág. 180.); “... La razón del conocimiento de un testigo solo se logra por el empleo de los cinco sentidos, bien todos o algunos de ellos, pero siempre por su intermedio...” (LÓPEZ BLANCO. Hernán Fabio. *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*. Tomo II. Pruebas. Dupré Editores. Bogotá D.C. Colombia. 2008. pág. 183.); “Testimonio es la atestación, aseveración, afirmación, relato, narración o descripción, positiva o negativa y oral que el sujeto hace de los hechos o circunstancias que presencié, mediante explicación suficiente de las condiciones de tiempo, modo y lugar en que observó lo que relata, lo cual comunica a una persona o cosa ante el juez, en virtud de la percepción sensorial del testigo relacionadas, en forma directa, con los hechos afirmados o negados dentro del proceso.” (Cañón Ramírez Pedro Alejo, *Practica de la prueba Judicial*, ECOE ediciones, 2009 pág. 299); “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”. (PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de derecho probatorio*. Decima séptima edición. Librería ediciones del Profesional Ltda., 2009 pág. 267.)

- a) El interrogatorio busca la confesión, mientras que el testimonio busca esclarecer hechos. El testigo no confiesa²¹⁷.
- b) Se diferencia del perito en que a este último no le constan los hechos, pero emite juicios de valor. El testigo no emite juicios de valor²¹⁸.

²¹⁷ “El testimonio se diferencia de la confesión, en cuanto: Los sujetos de la confesión son las partes en el proceso civil, laboral, penal; El sujeto en el testimonio es el tercero, ajeno a la relación procesal; La confesión contiene o se refiere a hechos personales del confesante, el testimonio se refiere a hechos no personales o ajeno; la ley le atribuye a la confesión mayor fuerza probatoria, ... el testimonio debe ser especialmente examinado para cobrar fuerza probatoria...” (CAÑÓN RAMÍREZ, Pedro Alejo. *Práctica de la prueba Judicial*. ECOE ediciones. 2009 pág. 314); “El fin de la confesión es lograr una explicación real de los sucesos proveniente de quien participó en los mismos y los conoció de forma directa para que sirva de elemento de convicción al funcionario judicial” (GARCIA VALENCIA, Jesús Ignacio. *Las pruebas en el proceso penal*. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. 2003. pág. 223); “El testigo es un tercero respecto a los acontecimientos del proceso mientras que el confesante está vinculado al proceso como sindicado, es sujeto procesal del mismo” (GARCIA VALENCIA, Jesús Ignacio. *Las pruebas en el proceso penal*. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. 2003. pág. 201); “El testimonio se hace sobre hechos que tienen trascendencia en el proceso... el testigo debe tener conocimiento sobre los hechos motivo de su declaración.” (PELAEZ HERNANDEZ, Ramón Antonio. *Manual para el manejo de la prueba*. Ediciones doctrina y ley Ltda. 2009. pág. 99).

²¹⁸ “El testimonio se diferencia de la peritación en que el testigo narra hechos por el percibidos mientras que el perito aplica conocimientos especiales a la interpretación de los hechos...” (GARCIA VALENCIA, Jesús Ignacio. *Las pruebas en el proceso penal*. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. 2003. pág. 201); “Es así que el peritaje está encaminado a ofrecer un elemento de juicio de naturaleza científica que, en todo caso, está sometido al tamiz de la sana crítica por parte del funcionario judicial. por las características de su intervención, al perito no le corresponde deponer sobre los hechos, pues evidentemente no le constan, pero su conocimiento sobre un tema particular le permite al funcionario judicial comprenderlos y allegar elementos de juicio del orden científico para adoptar una decisión.” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL Magistrado Ponente JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS Aprobado acta N° 217 Bogotá D. C., quince (15) de julio de dos mil nueve (2009).); “El perito exterioriza, da o informa sobre el conocimiento científico, técnico, artístico, industria o que escapa al conocimiento común. El testigo en cambio informa sobre los hechos percibidos por alguno de los sentidos.” (CAÑÓN RAMÍREZ, Pedro Alejo. *Práctica de la prueba Judicial*. ECOE ediciones. 2009 pág. 315); “Es bien claro que el perito es un tercero que ayuda a entender la evidencia o a determinar un hecho en controversia, dados sus conocimientos científicos, artísticos o de un oficio.” (Cadena Lozano Raúl. *Reflexiones sobre el testimonio, la argumentación jurídica y las técnicas de interrogatorio y contrainterrogatorio en el sistema acusatorio*, Ediciones Nueva Jurídica, 2010 pág. 63); “No se puede confundir la diferencia entre testigo perito y testigo técnico, toda vez que este último es aquel sujeto que posee conocimientos especiales en torno a una ciencia o arte, que lo hace particular al momento de relatar los hechos que interesan al proceso, de acuerdo con la teoría del caso, mientras que el primero se pronuncia no sobre los hechos, sino sobre un aspecto o tema especializado que interesa en la evaluación del proceso fáctico. Dicho de otra manera, el testigo técnico es la persona experta en una determinada ciencia o arte que lo hace especial y que, al relatar los hechos por haberlos presenciado, se vale de dichos conocimientos especiales.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 11 de abril de 2007, 27 radicación No. 26128 y Proceso No 31795 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL 2009); “No se puede confundir el testigo técnico con el perito. Si bien los dos poseen conocimientos especiales en un arte, ciencia u oficio, de todos modos la diferencia está en que el primero aporta al juicio su proceso de percepción individual de los hechos objeto del debate; mientras que el segundo aporta al juicio su conocimiento de la ciencia, arte u oficio frente al acontecer fáctico que no percibió. Se limita a presentar personales opiniones que sustenta con base en el conocimiento, en virtud, de un encargo judicial” (CADENA LOZANO, Raúl. *Reflexiones sobre el testimonio, la argumentación jurídica y las técnicas de interrogatorio y contrainterrogatorio en el sistema acusatorio*. Ediciones Nueva Jurídica. 2010 págs. 61 - 62).

c) El testigo, si es único, es irremplazable. El perito es siempre reemplazable.

2.2. Testigo técnico

La etimología de la expresión proviene del latín *technicus*, y este del griego τεχνικός, de τέχνη, arte. Es aquel que, habiendo presenciado un hecho, posee conocimientos especiales de una ciencia o arte que le permiten calificarlo (C.P.C. Art. 227). Es una persona que declara sobre hechos de los cuales tiene conocimiento (circunstancias de tiempo, modo y lugar), y además emite juicios de valor sobre aquello que percibió²¹⁹.

Son ejemplos de testigos técnicos: El médico que presencia una muerte; el abogado que presencia una captura; el artista que presencia la realización de una obra; el físico que presencia un accidente de tránsito.

Un testigo técnico no se distingue por su vocabulario, sino por el verdadero conocimiento sobre la ciencia o el arte de su declaración. Por ello, al testigo técnico se le debe interrogar acerca de sus cualidades, sus especialidades y su capacidad de observación²²⁰.

2.3. Excepciones al deber de declarar y al deber de comparecer al juicio

El deber de declarar tiene consagración constitucional en el artículo 95 del ordenamiento superior. Sin embargo, existen limitaciones que debe respetar el Juez al momento de decretar o recibir al testigo²²¹:

²¹⁹ “¿Quién es el testigo técnico? Esta especie de testigo ofrece valiosas herramientas en la apreciación de la prueba. Se entiende por testigo técnico una persona que presencia unos hechos y además debido a su habilitación, entrenamientos, capacidades, adiestramientos, formación profesional o por su oficio, tiene una posibilidad de conocer mejor el hecho, la cosa o el fenómeno de que se trata. Esta capacidad especial le da ventajas especiales tanto para conocer como para recordar y para declarar.” (ARENAS SALAZAR, Jorge. Valdez Moreno Carlos Eduardo. La prueba testimonial y técnica. EDIPRIME LTDA., 2006, pág. 35); “El testigo técnico es la persona experta en una determinada ciencia, arte u oficio que lo hace especial y que al relatar los hechos se vale de dichos conocimientos especiales.” (CADENA LOZANO, Raúl. Reflexiones sobre el testimonio, la argumentación jurídica y las técnicas de interrogatorio y contrainterrogatorio en el sistema acusatorio. Ediciones Nueva Jurídica. 2010 pág. 61).

²²⁰ “El testigo no es técnico por el vocabulario que emplee sino por la experiencia, el conocimiento o la preparación.” (PARRA QUIJANO Jairo. Manual de derecho probatorio. Décima séptima edición. Librería ediciones del Profesional. Ltda., 2009 pág. 274); “Sin embargo hay eventos en los cuales quien percibe el acontecimiento delictuoso es una persona que posee conocimientos especiales y ellos, obviamente, le sirven de fundamento para formarse un juicio”. (GARCÍA VALENCIA, Jesús Ignacio. Las pruebas en el proceso penal. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. 2003. pág. 203).

²²¹ “Para el testigo rendir testimonio una vez lo haya requerido el funcionario judicial constituye un deber, salvo que esté cobijado por las excepciones constitucionales y legales para testimoniar.” (GARCÍA VALENCIA, Jesús Ignacio. Las pruebas en el proceso penal. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. 2003. pág. 203); “El carácter de testigo, en principio lo puede adquirir cualquier persona en virtud de que rendir declaración, está concebido como un deber cívico y que se traduce en la necesidad de contribuir a la recta administración de justicia que se logra precisamente con el concurso o apoyo que puedan brindar los asociados, con la finalidad de esclarecer los hechos materia de la controversia.” (PELAEZ HERNPELAEZ, Ramón Antonio. Manual

a) **Inhabilidades absolutas.** Conforme a lo previsto en el Código de Procedimiento Civil, son absolutamente inhábiles para testimoniar en todo proceso:

1. Los menores de doce años.
2. Los que se hallen bajo interdicción por causa de demencia.
3. Los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito o por lenguaje convencional de signos traducibles por intérprete.

Respecto de la inhabilidad consagrada para los menores e interdictos, la doctrina nacional se ha pronunciado en sentidos diversos:

Estima el profesor Hernán Fabio López Blanco que, *“en lo que concierne con el testimonio de menores de doce años es contradictoria con otra norma posterior, pues tal como se verá ellos pueden declarar. Numerosos menores están en capacidad de declarar y su testimonio puede ser recaudado, debido a que el artículo 227 del C. de C.P. expresamente permite esta posibilidad, de ahí que la contradicción advertida se resuelve acudiendo a la norma posterior”*.²²²

Raúl Lozano Cadena afirma que *“El actual código de procedimiento penal, no excluye a los infantes o adolescentes para que rindan testimonio. Solo establece unos presupuestos de acuerdo con la edad y no por su condición.”*²²³

para el manejo de la prueba. Ediciones doctrina y ley Ltda. 2009 pág. 101); “Comparecer, declarar dentro del sistema de oralidad y decir la verdad, son los deberes del testigo, respecto de los cuales existen excepciones; unas soportadas en principios, otras en criterios jurídico políticos y otras en la simple oportunidad” (CAÑÓN RAMÍREZ, Pedro Alejo. Práctica de la prueba Judicial. ECOE ediciones. 2009 pág. 312); “El Artículo 213 del C.P.C dispone varias precisiones y como primera, es menester resaltar que al referirse a toda persona, se debe entender toda persona natural, pues los demás sujetos de derecho como lo son las personas jurídicas y los patrimonios autónomos, no pueden rendir declaración de terceros, de modo que no es posible pedir que se llame a declarar a una sociedad...” (LÓPEZ BLANCO. Hernán Fabio. Instituciones de derecho procesal civil colombiano. Tomo II. Pruebas. Dupré Editores. Bogotá D.C. Colombia. 2008. pág. 183.); “Es un derecho del estado poder exigir a las personas que se encuentran en su territorio, que rindan testimonio” (PARRA QUIJANO Jairo. Manual de derecho probatorio. Décima séptima edición. Librería ediciones del Profesional. Ltda. 2009 pág. 276); “Inhabilidades para testimoniar. Cuando se presentan determinadas circunstancias físicas que pueden afectar la apreciación de la persona cuya declaración se solicita, la ley procesal consagra ciertas inhabilidades que tienen como efecto impedir que pueda ser recepcionada la prueba, es más, que de ser conocidas en el momento que va a decidirse sobre su decreto, pueden llevar a que se niegue la misma. Esas inhabilidades las clasifica la ley en absolutas y relativas, hallándose como nota diferenciadora entre unas y otras que las absolutas impiden terminantemente que la persona declare, mientras que las relativas sólo llevan a que se posponga la oportunidad de ser recibida la versión, aspectos que se consagran en los artículos 215 y 216 del C. de P.C.” (LÓPEZ BLANCO. Hernán Fabio. Instituciones de derecho procesal civil colombiano. Tomo II. Pruebas. Dupré Editores. Bogotá D.C. Colombia. 2008. pág. 186.)

²²² LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de derecho procesal civil colombiano. Tomo II. Pruebas. Dupré Editores. Bogotá D.C. Colombia, 2008. pág. 186 y 187.

²²³ Cadena Lozano Raúl. Reflexiones sobre el testimonio, la argumentación jurídica y las técnicas de interrogatorio y contrainterrogatorio en el sistema acusatorio, Ediciones Nueva Jurídica, 2010 pág. 49.

La Corte Constitucional, por su parte determinó que *“en el caso específico del testimonio de los menores de 12 años, se tiene que tanto en la Ley 600 de 2000 (artículo 266), como en la Ley 906 de 2004 (383, inciso segundo) se establece que cuando depongan sobre los hechos no se les recibirá juramento y que durante esa diligencia deberán estar asistidos - en lo posible- por su representante legal o por un pariente mayor de edad.”*²²⁴

El profesor Jairo Parra Quijano, con base en lo previsto en el artículo 150 del Código de la infancia y la adolescencia (ley 1098 de 2006), estima que *“en materia penal en aquellos procesos que se adelanten contra los adultos, las declaraciones de los niños, niñas y adolescentes, solo podrán tomarse por el defensor de Familia, con cuestionario enviado previamente por el fiscal o el juez.....”* y afirma que *“cuando se declara a una persona interdicto por demencia, su estado mental, reiteramos, ha sido estudiado en su totalidad y , por tanto, se puede decir que inhábil absoluto para testimoniar.”*²²⁵

En lo que respecta a los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito o por lenguaje convencional de signos traducibles por intérprete, el autor estima que *“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”*²²⁶, posición que comparte López Blanco, para quien *“es obvia la inhabilidad absoluta pues si se presenta la incapacidad para expresar sus impresiones, la imposibilidad de recibir su declaración brota como obligada consecuencia.”*²²⁷

A nivel internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó en sentencia de 24 de febrero de 2012 (caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile) que el artículo 8.1 de la Convención Americana consagra el derecho a ser oído que ostentan todas las personas, incluidos los niños y niñas, en los procesos en que se determinen sus derechos. Estimó la Corte:

*“La Corte resalta que los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el artículo 19 de la Convención, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto”*²²⁸. *En el presente caso, el Tribunal observa que el artículo 8.1 de la Convención Americana consagra el derecho a ser oído que ostentan todas las personas, incluidos los niños y niñas, en los procesos en que se determinen sus derechos. Dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Conven-*

²²⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-078/10 Magistrado Ponente: Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA Bogotá, DC., once (11) de febrero de dos mil diez (2010)

²²⁵ PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Décima séptima edición. Librería ediciones del Profesional Ltda. 2009 pág. 295.

²²⁶ Ibid. Pág 295.

²²⁷ López Blanco Hernán Fabio Instituciones de derecho procesal civil colombiano, tomo II Pruebas, Dupré Editores. Bogotá D.C.. Colombia. 2008. pág. 189.

²²⁸ *Mutatis mutandi, Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones.* Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 121.

*ción sobre los Derechos del Niño*²²⁹, el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado de las niñas y los niños, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino²³⁰.

197. De manera específica, la Observación General No. 12 de 2009 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas resaltó la relación entre el “interés superior del niño y el derecho a ser escuchado, al afirmar que “no es posible una aplicación correcta del artículo 3 [(interés superior del niño)] si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida”²³¹.

198. Con el fin de determinar los alcances de los términos descritos en el artículo 12 de dicha Convención, el Comité realizó una serie de especificaciones, a saber: i) “no puede partir[se] de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones”²³²; ii) “el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto”²³³; iii) el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado; iv) “la realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias”²³⁴; v) “la capacidad del niño [...] debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar

²²⁹ El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala: 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. (Añadido fuera del texto)

²³⁰ Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 122, párr. 99. Por otra parte, el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas ha definido que el derecho a “ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño”, implica que “esta disposición es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, sin limitaciones”. Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párr. 32. En particular, UNICEF ha indicado que “todo procedimiento [...] judicial que afecte al niño cubre un espectro mu amplio de audiencias en cortes, incluyendo todos los procedimientos civiles, tales como los procedimientos de divorcio, custodia, cuidado y adopción, cambio del nombre, solicitudes judiciales respecto al lugar de residencia religión, educación, disposición de dinero, etc., decisiones judiciales sobre nacionalidad, inmigración y estado de refugiado, y procedimientos penales; también incluye la participación de Estados ante tribunales internacionales”. Traducción al castellano de la Secretaría de la Corte Interamericana. Unicef, Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (Tercera edición enteramente revisada) 2007, p. 156.

²³¹ Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 218, párr. 74.

²³² Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 218, párr. 20

²³³ Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 218, párr. 21

²³⁴ Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 218, párr. 25

al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso”²³⁵, y vi) “los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica”, por lo que la madurez de los niños o niñas debe medirse a partir de “la capacidad [...] para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente”²³⁶.

199. Por otra parte, la Corte reitera que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal²³⁷ (*supra* párr. 108). En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas de menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso²³⁸. Asimismo, la Corte considera que las niñas y los niños deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean.

Al respecto, en casos en que se presenten conflictos de intereses entre la madre y el padre, es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que los intereses del menor de edad sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto.

200. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño no sólo establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, sino el artículo abarca también el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta en función de la edad y madurez del niño²³⁹. No basta con escuchar al niño, las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio, lo que requiere que las opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso por caso²⁴⁰. Si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones del niño como factor destacado en la resolución de la cuestión²⁴¹. Por tanto, en el contexto de decisiones judiciales sobre la custodia, toda la legislación sobre separación y divorcio debe incluir el derecho del niño a ser escuchado por los encargados de adoptar decisiones²⁴².

b) **Inhabilidades relativas.** Son inhábiles para testimoniar en un proceso determinado:

²³⁵ Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 218, párr. 28

²³⁶ Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 218, párr. 30

²³⁷ *Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7, *supra* nota 171, párr. 17.

²³⁸ Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 122, párr. 102

²³⁹ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 218, párr. 15.

²⁴⁰ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 218, párrs. 28 y 29.

²⁴¹ *Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 218, párr. 44.

²⁴² *Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra* nota 218, párrs. 28 y 29.

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 alucinógenas²⁴³.

2. Las demás personas que el juez considere inhábiles para testimoniar en un momento determinado, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.²⁴⁴

c) **Otras excepciones al deber de declarar.** De acuerdo con la calidad, el cargo o la relación del declarante con la parte, la ley lo dispensa o defiere el deber de comparecer al juicio:

1. El abogado o profesional. Aquél que ha tenido conocimiento de un hecho por razón de su profesión u oficio. Se entienden incluidos en esta categoría los médicos, los sacerdotes, los profesionales independientes y el escolta, entre otros.

2. El servidor público o el representante de misión diplomática. Aquél que ocupa un cargo público que por su dignidad le impide desplazarse hasta la sede del juzgado. En este caso el testimonio se rendirá por certificación jurada (arts. 222 y 223 del C.P.C que establecen la deferencia)²⁴⁵.

²⁴³ “Si se trata de circunstancias transitorias (la embriaguez por ejemplo), nada impide que pueda ser señalada una nueva fecha para la recepción del testimonio”. (LÓPEZ BLANCO. Hernán Fabio. Instituciones de derecho procesal civil colombiano. Tomo II. Pruebas. Dupré Editores. Bogotá D.C. Colombia. 2008. pág. 191).

²⁴⁴ Al respecto se han pronunciado la doctrina y la jurisprudencia: “dejar al juez que decida, de acuerdo con la regla de la sana crítica, en que otros casos, y para un proceso determinado, existen inhabilidades, verbigracia: por cansancio, insomnio, dolor agudo al rendir el testimonio; Etc.” (Parra Quijano Jairo, Manual de derecho probatorio, decima séptima edición, librería ediciones del Profesional Ltda., 2009 pág. 296); “La sana crítica es la libre valoración de la prueba, pero no es arbitraria. Es reglada. Por eso, deben señalarse los fundamentos de la apreciación y explicar, además, razonable y razonadamente, cómo se llega a ellos.” (Arenas Salazar, Jorge. Valdez Moreno Carlos Eduardo, LA PRUEBA TESTIMONIAL Y TÉCNICA, EDIPRIME LTDA, 2006, pag 87); “Es evidente que la norma no autoriza que el juez adopte en forma arbitraria, abusiva o caprichosa la decisión de declarar relativamente inhábil a un testigo, en el momento de su comparecencia a rendir declaración dentro de un proceso civil, y, por el contrario, exige que dicha decisión sea motivada en forma razonada o crítica, de acuerdo con las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia, en todo caso mediante la exposición de los motivos concretos o específicos que originan su decisión”. (Corte Constitucional, Sentencia C-202 de 2005, Referencia: expediente D-5336 M.P. Jaime Araujo Rentería.).

²⁴⁵ “Por la categoría del cargo que desempeñan en el ámbito nacional comprende los mencionados por el artículo 222 del Código de Procedimiento Civil. El artículo 222 del código de procedimiento civil cobija al presidente de la república, los ministros del despacho, el contralor general, los gobernadores, los senadores y representantes, mientras gocen de inmunidad, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los consejeros y fiscales del Consejo de Estado, el procurador general de la nación, los arzobispos y obispos, los magistrados, jueces, fiscales y procuradores. El artículo 271 de la ley 600 de 2000 incluía, además de los anteriores, al vicepresidente de la república, los magistrados de la Corte constitucional, del Consejo Superior de la Judicatura y del consejo Nacional electoral, el fiscal general de la nación y sus delegados, el defensor del pueblo, el registrador nacional del estado civil, los directores de departamentos administrativos, el contador general de la nación, el gerente y los miembros de la junta directiva del banco de la República, los cardenales, el alcalde mayor de Bogotá, los alcaldes municipales y los generales en servicio activo. Consideramos que los funcionarios que adicionalmente enunciaba la ley 600 de 2000 gozan también de la exención en materia civil y, por consiguiente, en la laboral y la contencioso administrativa, por cuanto los cargos no existían cuando se expi-

3. Quien se encuentre enfermo o bajo calamidad, caso fortuito o fuerza mayor. (L. 906/04 art. 385)²⁴⁶.

dió este ordenamiento, en 1970, ni aun para la época de la reforma, 1989, y su categoría equivale a los que denuncia. Así, por ejemplo, el defensor del pueblo o el fiscal general de la nación están en el mismo nivel que el procurador o el contralor. La certificación jurada consiste en responder el cuestionario que mediante despacho con tal objeto les envía el funcionario que decreta la prueba y tienen el deber de responderlo dentro de los ocho días siguientes a su recibo, so pena de que se informe al superior para que imponga la correspondiente sanción. Este deber para los funcionarios nacionales es facultativo, en el sentido que le beneficiado puede renunciar a él y concurrir al despacho de quien ordena el testimonio para rendir personalmente la declaración. Aunque solo existe norma expresa al respecto en penal en el inciso final del artículo 271, consideramos que también obra en el campo civil, pues no hay prohibición y la excepción es en favor de la persona, quien, por tanto, puede renunciar a ese derecho. La ley 906 de 2004, en la que prevalece el principio de oralidad, en su artículo 387 sobre los testimonios especiales, elimina esa prerrogativa y dispone que solo al presidente de la república y al vicepresidente se les puede recibir declaración en sus despachos, previa comunicación sobre el día y hora en que se ha previsto la diligencia, lo cual significa que a los demás funcionarios se les aplican las reglas generales. Los diplomáticos y el personal de su comitiva y familiares, que menciona el código de procedimiento civil en sus artículos 222 y 223. En materia penal la ley 600 de 2000 incluye los cónsules en el artículo 271. A los agentes diplomáticos el despacho se hace llegar mediante carta rogatoria por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores y la respuesta queda a consideración de la persona a quien se dirige, según se deduce del artículo 272 de la ley 600 de 2000, que utiliza la frase si él a bien tiene. La ley 906 de 2004, fundada en el criterio de la oralidad, no reproduce el procedimiento anterior, sino que dispone enviar, por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, nota suplicatoria para que, si lo tiene a bien, concurra al despacho a declarar o para que acceda a rendirlo en sus dependencias (art. 388). En los dependientes de diplomáticos no obra la excepción, por cuanto declaran en la forma corriente, es decir, personalmente; la única formalidad es que para hacerlo el funcionario que decreta la prueba tiene que solicitarle a la persona de quien depende que les otorgue el correspondiente permiso. Este criterio lo reitera el artículo 388 de la ley 906 de 2004.” (JAIME AZULA CAMACHO. Manual de Derecho Procesal. Tomo VI. Pruebas Judiciales. Librería Temis. 2008.)

²⁴⁶ “A quienes estén impedidos para concurrir al despacho por enfermedad se les recibe la declaración en audiencia en el lugar donde se encuentren, previo nuevo señalamiento, preceptúa el artículo 220, inciso 3°, del código de procedimiento civil, extensible al laboral y al contencioso administrativo. En el ámbito penal el artículo 270 de la ley 600 de 2000 traía una disposición semejante, al preceptuar que “si el testigo estuviere físicamente impedido para concurrir al despacho del funcionario, será interrogado en el lugar donde se encuentre”. La ley 906 de 2004 en su artículo 386 trae una reglamentación diferente, adecuada al proceso acusatorio, en el sentido de que se acuda al sistema de audio, video u otro de reproducción a distancia en el supuesto que esto no sea posible en el lugar en que se encuentre el testigo, pero siempre en presencia del juez y de las partes que formulan el interrogatorio. En el civil, según se infiere de la disposición, para que proceda la excepción es necesario que la parte interesada, con antelación a la audiencia o dentro de los tres días siguientes a la fecha de esta, presente la correspondiente solicitud, a la cual, dese luego, se requiere acompañar la prueba para establecer la enfermedad que le impide comparecer al despacho, constituida generalmente por el certificado médico. En materia penal la ley 600 de 2000 no consagra una sanción específica para la inobservancia del deber de testimoniar, por cuanto el artículo 279, que la contempla, se remite a la general para todos los medios probatorios, consagrada por el artículo 150, por lo cual lo indicado, al igual que en civil, es que la solicitud se formule con antelación a la fecha señalada para la recepción de la declaración o con posterioridad a ella y antes de que se imponga la sanción, sea a iniciativa del testigo o como descargo. En la ley 906 de 2004, en cambio, hay sanción expresa por no permanecer injustificadamente en el lugar, que consiste en arresto hasta por 15 días, previo trámite oral y sumario, o en multa de 10 a 100 salarios mínimos mensuales. En este trámite oral y sumario le corresponde probar al testigo la circunstancia que justifica la no permanencia en el lugar”. (JAIME AZULA CAMACHO. Manual de Derecho Procesal. Tomo VI. Pruebas Judiciales. Librería Temis. 2008.)

4. El Psiquiatra, Psicólogo o Terapeuta con el paciente (L. 906/04 art. 385);
5. El Trabajador social con el entrevistado (L. 906/04 art. 385);
6. El Clérigo con el feligrés (L. 906/04 art. 385);
7. El Contador público con el cliente (L. 906/04 art. 385);
8. El Periodista con su fuente (L. 906/04 art. 385);
9. El Investigador con el informante (L. 906/04 art. 385).

Sobre el tema de las excepciones estima la doctrina:

“Cualquiera que sea la actividad referida, la exoneración del deber de declarar proviene de aquellos que se ha conocido en razón del oficio o del ministerio, de ahí que no es que el sacerdote, el abogado, el médico, el periodista, o el contador no estén obligados a rendir declaración atendida su profesión, sólo que si los hechos los conoció en razón de esa actividad se le puede exonerar del deber de responder determinadas preguntas relacionadas con los hechos que llegaron a su conocimiento del citado en atención a las circunstancias mencionadas”.²⁴⁷

“Excepciones de rango legal: contempladas en la ley, y constituyen un privilegio de que gozan ciertos profesionales independientes, quienes en virtud de su actividad puede llegar a conocer hechos de sus clientes (reserva profesional), como los médicos ,abogados, sacerdotes etc. El denominado secreto o sigilo profesional, entendido como una garantía fundamental de las actividades descritas anteriormente....”.²⁴⁸

“Existen otras excepciones a las reglas generales sobre el testimonio, como cuando se atiende a la dignidad del cargo del más alto servidor público de la rama ejecutiva de la República, extensivo al Vicepresidente. Se les exonera de la obligación de comparecer al recinto de audiencias del juzgado, pero no del deber de declarar. En tales casos la audiencia se traslada a la sede de la presidencia o de la vicepresidencia. En este evento, la obligación de estos altos dignatarios de la nación es la de permanecer en su sede el día y la hora fijados por Juez y de declarar. Una vez en audiencia, su trámite se surtirá igual que en cualquier otro caso sin excepciones ni concesiones de ninguna naturaleza”.²⁴⁹

²⁴⁷ LÓPEZ BLANCO. Hernán Fabio. Instituciones de derecho procesal civil colombiano. Tomo II. Pruebas. Dupré Editores. Bogotá D.C. Colombia. 2008. págs. 185 - 186.

²⁴⁸ PELAEZ HERNANDEZ, Ramón Antonio, manual para el manejo de la prueba, ediciones doctrina y ley Ltda., 2009 pág. 103.

²⁴⁹ ARENAS SALAZAR, Jorge. Valdez Moreno Carlos Eduardo, LA PRUEBA TESTIMONIAL Y TÉCNICA, EDIPRIME LTDA, 2006, pág. 61.

2.4. Tacha del testigo

La tacha es un cuestionamiento que se realiza respecto del testigo, bien por sus calidades personales, bien por sus relaciones afectivas o convencionales con las partes, de modo que se evite que su declaración pueda estar influenciada por elementos ajenos a su simple percepción, lo que lo torna en “sospechoso”²⁵⁰.

Dispone al respecto el Código de Procedimiento Civil: *“Testigos Sospechosos. 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 a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas”*. (Art. 217).

Son fundamentos de la tacha²⁵¹:

- a) La inhabilidad del testigo.
- b) Las relaciones afectivas o comerciales con las partes.
- c) La preparación previa al interrogatorio.
- d) La conducta del testigo durante el interrogatorio.
- e) El seguimiento de libretos.
- f) La inconsonancia entre las calidades del testigo y su lenguaje.
- g) La incongruencia entre los hechos narrados.

Según lo establece el artículo 218 del C.P.C., *“La tacha deberá formularse por escrito antes de la audiencia señalada para la recepción del testimonio u oralmente dentro de ella,*

²⁵⁰ “La facultad de tachar a los testigos constituye una herramienta a la cual puede acudir una parte con el fin de impugnar la prueba testifical de la contraria, porque considera que existe algún motivo legal concreto (artículos 215 a 217 del Código Procesal Civil) para desestimar la declaración del deponente”. (Procurador General Concepto No. 4099 23 de mayo de 2005, EDGARDO JOSE MAYA VILLAZÓN Procurador General de la Nación); “Afirma que la tacha de los testigos obedece a circunstancias que se predicen del testigo como fuente de prueba y no del contenido mismo de la declaración, bien sea porque la persona está inhabilitada o porque se encuentra en una de las situaciones que afectan su credibilidad o imparcialidad. Que cualquiera sea la causal, la tacha del testigo citado “tiene por finalidad y objetivo principal excluir la prueba de la actuación de modo que no sirva como medio de convicción y fundamento de la decisión final a adoptar, ya sea que se impida su recepción cuando la parte aduzca la inhabilidad del testigo, o siendo descalificado como sospechoso, sea desestimado por el juzgador y desvirtuada su credibilidad al momento de hacer su valoración”. (Sentencia C-790/06 Referencia: expediente D-6219 Magistrado Ponente Dr. ALVARO TAFUR GALVIS Bogotá, D.C., veinte (20) de septiembre de dos mil seis (2006).

²⁵¹ “La tacha puede concebirse como las circunstancias que una de las partes puede invocar con el objeto de impedir o restarle eficacia a la declaración de un testigo, decretada a instancia de su opositora o de oficio por el juez. Obra en el campo civil y los que llenan sus vacíos con ese ordenamiento procesal.” (AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de derecho procesal. Tercera edición. 2008. pág. 131); “Los motivos de sospecha, genéricamente, pueden basarse en el interés presunto que el testigo tenga en el proceso por razón de 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..” (PARRA QUIJANO Jairo. Manual de derecho probatorio. Décima séptima edición. Librería ediciones del Profesional. Ltda., 2009 pág. 296).

presentando documentos probatorios de los hechos alegados o la solicitud de las pruebas relativas a estos, 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.”

Se colige de la norma que la tacha le está reservada a la parte, sin determinar a cuál corresponde, pues nada se dice de la legitimación para formularla, por lo que podrá hacerlo aún quien solicitó el testimonio si advierte que concurren los elementos establecidos en la ley. Ello, no obstante, no impide al juez valorar severamente, si así lo estima necesario, el testimonio, pues aún en el evento en que no se ventile la sospecha por ninguna de las partes, la sana crítica le impone valorar la prueba y determinar su valor demostrativo, lo que incluye, por supuesto, la determinación de la veracidad del testimonio, con los mismos argumentos que aquellos en que puede fundarse una tacha.

Apreciación de la tacha

En lo que respecta a la decisión, es clara la norma en determinar que salvo lo concerniente a la inhabilidad para declarar, sea esta relativa o absoluta, los motivos en que se funda una tacha no serán estudiados sino hasta tanto se resuelva la actuación procesal para cuyo fin se decretó el testimonio, por lo que, una vez evacuado el trámite de formulación y contradicción de la tacha, se continuará con el testimonio, así el testigo hubiere aceptado los hechos en que se funda.

Hernán Fabio López Blanco afirma que *“el juez no puede declarar que el testigo es sospechoso, esa declaración no es viable, simplemente se limita a recibir las pruebas en orden a demostrar el motivo de la sospecha para apreciarlas en la sentencia o el auto que defina el incidente para el cual fue destinado el testimonio, sin que cambie en nada la percepción de la declaración”*²⁵².

Tacha en el proceso penal

El proceso penal bajo el sistema adversarial contenido en la Ley 906 de 2004 no contempla la posibilidad de tachar a los testigos por sospechosos, pues, de una parte, la práctica del testimonio se realiza bajo la técnica del interrogatorio cruzado, el cual ofrece los medios necesarios para autenticar y acreditar al testigo y, de la otra, la misma expresión “sospecha” no es compatible con la presunción constitucional de inocencia consagrada en el artículo 29

²⁵² LÓPEZ BLANCO. Hernán Fabio. Instituciones de derecho procesal civil colombiano. Tomo II. Pruebas. Dupré Editores. Bogotá D.C. Colombia. 2008. pág. 192.

superior, que prefiere la expresión “indicio”. De allí que la ley procesal penal hubiere sustituido de antaño el vocablo “sospechoso” por el de “indiciado”.

El profesor Parra expone que “*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*”.²⁵³

Tacha en el proceso laboral

El Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social no establece un régimen especial para la práctica del testimonio, por lo que se remite la actuación a las reglas previstas en el Código de Procedimiento Civil, las cuales se aplicarán *mutatis mutandis*, atendiendo a la especial protección consagrada a favor del trabajador.

Parra estima que “*en el proceso laboral, cuando se trata de testigo sospechoso, el testimonio se le recibe y se juzgará, esto es, se valorará, en el momento de dictarse sentencia. En los demás casos, es decir cuando se trate de inhabilidad, el juez resolverá si lo recibe en ese momento o en otra oportunidad.*”²⁵⁴

2.5. Limitación de la eficacia del testimonio

El testigo debe declarar sobre hechos que le consten, atendiendo a la regla de conducencia y, en tal medida, no será admisible un testimonio que verse sobre hechos sobre los cuales la ley impone otro medio de prueba, como son los actos sometidos a requisitos *ad substantiam actus o ad probationem*.

Son ejemplos de testimonios inconducentes: el que tiende a probar compraventa de bienes inmuebles; el que tiende a demostrar el matrimonio; el que tiene como fin demostrar la representación legal de una persona jurídica y; el que propende por la prueba del estado civil, este último, en la medida en que lo que se busque es demostrar la calidad de una persona en proceso distinto al de filiación, como quien declara que A es hijo de B, para demostrar su vocación hereditaria²⁵⁵.

²⁵³ PARRA QUIJANO Jairo. Manual de derecho probatorio. Décima séptima edición. Librería ediciones del Profesional.Ltda., 2009 pág. 299 y 300.

²⁵⁴ PARRA QUIJANO Jairo. Manual de derecho probatorio. Décima séptima edición. Librería ediciones del Profesional.Ltda., 2009 pág. 300.

²⁵⁵ “La prueba es eficaz o ineficaz según que tenga o no poder demostrativo como elemento de convicción... Por ejemplo, los testimonios pueden ser pertinentes en un proceso que se debate la propiedad de un inmueble, por que se relaciona con el asunto materia del asunto, pero será ineficaces de entrada o in limine, porque el legislador exige para el caso una prueba solemne, especial y exclusiva, cual es la escritura pública debidamente registrada.” (TIRADO HERNANDEZ, Jorge. Curso de pruebas judiciales. Ediciones doctrina y ley Ltda. 2006. pág 250); “Existen eventos taxativamente determinados por la ley donde la prueba testimonial no es conducente, es decir no es apta para demostrar determinados aspectos, tal como sucede, por ejemplo, con el

2.6. Limitación del número de testigos

De acuerdo con lo previsto en el artículo 219 del Código de Procedimiento Civil *“el juez podrá limitar la recepción de los testimonios cuando considere suficientemente esclarecidos los hechos materia de esa prueba.”*

A pesar de que en los sistemas procesales modernos se eliminó el concepto de “tarifa legal”, persiste el concepto de “utilidad”, según el cual si en un proceso el juez cuenta con suficientes testigos que le lleven convencimiento, deberá limitar la práctica de todos aquellos que no sean necesarios, aunque sean pedidos por las partes²⁵⁶, tal como se observa en la redacción del inciso tercero del artículo 439 del Código de Procedimiento Civil (con la mo-

artículo 1046 del C. de Co. , modificado por la ley 389 de 1997 donde se establece que en materia de demostración del contrato de seguro sólo es admisible la prueba documental escrita y la de confesión lo que, al rom- pe, implica la inconducencia de los testimonios para efectos de acreditar dicho contrato; Adicionalmente, el inciso primero del artículo 232 del C.de P.C. consagra que “ la prueba de testigos no podrá suplir el escrito que la ley le exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato”, con lo cual recoge todos los casos en los que para que exista un determinado negocio jurídico es necesaria la formalidad de que conste por escrito, tal como sucede, por ejemplo, con la promesa de contrato en materia civil.,el testamen- to solemne, la tradición de bienes raíces.... advirtiéndose que en veces la solemnidad no se limita al escrito sino a una determinada modalidad del mismo es decir, que se trate de escritura pública.“ (LÓPEZ BLANCO. Hernán Fabio. Instituciones de derecho procesal civil colombiano. Tomo II. Pruebas. Dupré Editores. Bogotá D.C. Colombia. 2008. pág. 236);“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 compra- venta o hipoteca de inmuebles, en los que se exige 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 testi- monial, ni por la confesión.” (PARRA QUIJANO Jairo. Manual de derecho probatorio. Décima séptima edi- ción. Librería ediciones del Profesional.Ltda., 2009 pág. 301).

²⁵⁶ “Existen tres sistemas, en relación al número de testigos. 1) En el primero no existe límite en cuanto al número que puede ser postulado por las parte en el proceso. Sistema que acogen los Códigos de Procedimien- to penal y Penal Militar; 2) El segundo sistema que tampoco fija límite al número de testigos, pero otorga al juez la facultad de reducir el propuesto por las parte C de P. C.; 3) El tercero , la ley establece un número máximo que puede proponer cada una de las partes“. (PARRA QUIJANO Jairo. Manual de derecho probato- rio. Décima séptima edición. Librería ediciones del Profesional. Ltda., 2009 pág. 373); “Le basta al funciona- rio proferir un auto en el cual únicamente debe mencionar que con las declaraciones recibidas tiene establecido lo que se quiere probar y negar la práctica de los restantes, decisión inimpugnable, de ahí la gran utilidad que reviste, pues si se permitiera cualquier recurso se vendría a erigir en un motivo de dilación del proceso.” (LÓPEZ BLANCO. Hernán Fabio. Instituciones de derecho procesal civil colombiano. Tomo II. Pruebas. Dupré Editores. Bogotá D.C. Colombia. 2008. pág. 194); “...es procedente cuando el juez considere que, con los recibidos hasta determinado momento, y a pesar de quedar algunos pendientes de recepcionar, están sufi- cientemente esclarecidos los hechos objeto de esa prueba” (TIRADO HERNANDEZ, Jorge. Curso de prue- bas judiciales. Ediciones doctrina y ley Ltda. 2006. Pág. 251); “Se infiere del texto legal transcrito que la limi- tación requiere, en primer lugar, que se decreten a instancias de las partes la recepción de varios testimonios que tengan por objeto establecer un determinado hecho; En segundo lugar, que se haya recibido varios testi- monios, pero estén pendiente otros; y, finalmente, que el juez consideres suficientemente demostrado el hecho que con ese medio probatorio se pretende establecer. El conocimiento que el juez tiene del hecho y que lo determina a prescindir de los testimonios no requiere que provenga que provenga de los recibidos con anterio- ridad, sino de cualquier otro medio probatorio, por cuanto la disposición no hace diferencia al respec- to.”(Azula Camacho Jaime, Manual de derecho procesal, Tercera Edición 2008. pag 136).

dificación No. 243 del artículo 1° del D. 2282 de 1989, que se mantuvo en el artículo 28 de la Ley 1395 de 2010), según el cual se limita la recepción de testimonios a un máximo de dos por cada parte.

2.7. Ratificación de testimonios practicados por fuera del proceso: prueba sumaria y prueba trasladada

Si el testimonio que se pretende aducir en un proceso fue practicado a instancias de otro funcionario o en otro proceso judicial, se deberán observar las siguientes reglas²⁵⁷:

- a) Si se trata de prueba trasladada y en el primer proceso se practicó sin audiencia de todas las partes que participan del nuevo proceso donde quiere hacerse valer, el juez decretará que se practique nuevamente. En la nueva diligencia el testigo no podrá leer lo que fue objeto de su declaración inicial.
- b) Si la declaración se obtuvo extrajudicialmente ante Notario, debe citarse nuevamente al testigo, quien no podrá leer lo que fue objeto de su declaración inicial. No tendrá valor alguno la prueba testimonial extrajuicio (sumaria), a menos que la ley le asigne mérito de convicción, tal como ocurre en el proceso de restitución de inmueble arrendado, por disposición expresa del numeral primero del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil²⁵⁸.

²⁵⁷ “Ratificar (del latin ratus, confirmado; y facere, hacer): la acción de aprobar o confirmar actos, palabras o escritos, dándolos por valederos o ciertos.” (PARRA QUIJANO Jairo. Manual de derecho probatorio. Décima séptima edición. Librería ediciones del Profesional.Ltda., 2009 pág. 370); “La ratificación es la misma fórmula que existe para completar la prueba testimonial trasladada que no se hubiera surtido en el proceso primitivo, del cual se toma para transportarla, con el surtimiento de la oportunidad requerida para la permisión de la contradicción. Ese fenómeno, el de la ratificación, sólo es factible cuando se trata de prueba testimonial, entendida esta en sentido lato, como toda declaración hecha en un proceso, sin importa el carácter de tercero o de parte...” (TIRADO HERNANDEZ, Jorge. Curso de pruebas judiciales. Ediciones doctrina y ley Ltda. 2006. pág 328 y 329);

²⁵⁸ “El Artículo 299 del C. de P.C., consagra la posibilidad de receptar testimonios anticipados ante notarios o alcalde, siempre que sean sin fines judiciales. También pueden hacerlo con fines judiciales, sin que se pida la citación de la futura contraparte, pero, en este caso, el peticionario deberá afirmar bajo juramento, que se entiende prestado con la presentación del escrito, que solo están destinados a servir como prueba sumaria en determinado asunto para el cual la ley autoriza esta clase de prueba, y sólo tendrán valor para dicho fin...De los medios de prueba la sumaria que más se emplea es la testimonial, regulada por el artículo 299 del C.de P.C.; Ella es siempre extrajudicial y se practica ante notarios y alcaldes; para su práctica hay que tener en cuenta también el decreto 1557 de 1989, y puede ser con fines judiciales o sin fines judiciales..... Esta prueba para ser completada, a fin de ser estimada en la decisión de mérito, requiere la ratificación, mediante la cual se da al afectado la oportunidad de contradicción...” (TIRADO HERNANDEZ, Jorge. Curso de pruebas judiciales. Ediciones doctrina y ley Ltda. 2006. pág 348 y 328); “El 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 la audiencia y sin citación de la futura contraparte, ante notarios o alcaldes. “. (PARRA QUIJANO Jairo. Manual de derecho probatorio. Décima séptima edición. Librería ediciones del Profesional. Ltda., 2009 pág. 366).

- c) En la diligencia de oposición al secuestro de que trata el artículo 686 del Código de Procedimiento Civil, si lo que se aportan son testimonios extrajuicio (prueba sumaria), el juez podrá citarlos a que ratifiquen lo dicho con audiencia de las partes²⁵⁹.

2.8. Requisitos de la petición del testimonio

Son requisitos para la práctica del testimonio²⁶⁰:

- a) Que solicite en tiempo. Los testimonios, por regla general, podrán solicitarse en la demanda y su contestación, en los incidentes, en las diligencias de secuestro y en general, en cualquier actuación cuya decisión dependa de la práctica de pruebas²⁶¹, siendo necesario advertir que por disposición de la Ley 1395 de 2010, en la audiencia prevista en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil ya no se podrán solicitar nuevas pruebas, por lo que tampoco será admisible la petición del testimonio en esta etapa procesal.
- b) Que se especifique el nombre del testigo, su domicilio, su residencia o el lugar donde puede ser citado personalmente²⁶².
- c) Que se acredite la pertinencia del testimonio. Es necesario acreditar el motivo por el cual se cita al testigo a declarar, lo cual impide ocultamientos a la contraparte y asegura el principio de lealtad²⁶³.

²⁵⁹ “Practicadas las pruebas o transcurrida la oportunidad señalada para ello, se resolverá la oposición con base en aquéllas y en las practicadas durante la diligencia; para que los testimonios presentados como prueba sumaria puedan apreciarse, deberán ser ratificados” (Art. 686 C.de P.C.)

²⁶⁰ “La práctica del testimonio presenta dos reglamentaciones diferentes, que debemos analizar separadamente; de una parte, en materia civil y en las ramas que llenan sus vacíos con ese ordenamiento, como el laboral y el contenciosos administrativo, y, de otra el adoptado por la ley 906 de 2004, que ofrece peculiaridades en razón al sistema acusatorio” (AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de derecho procesal. Tercera edición. 2008. pág. 133).

²⁶¹ “Además de los requisitos de legalidad y regularidad en su práctica, la prueba debe introducirse o producirse oportunamente, según lo mandan los artículos 174 del C. de P.C., 232 de la ley 600 de 2000 y las normas pertinentes de la ley 906 de 2004, a fin de facilitar el cumplimiento del principio de contradicción y hacer eficaz el derecho de defensa de las partes...” (TIRADO HERNANDEZ, Jorge. Curso de pruebas judiciales. Ediciones doctrina y ley Ltda. 2006. Pág. 287).

²⁶² “Cuando se pidan testimonios deberá expresarse el nombre, domicilio y residencia de los testigos, y enunciarse sucintamente el objeto de la prueba”. (Art. 219 del C. de P.C.); “Cuando el testimonio es solicitado por cualquiera de las partes es necesario indicar el domicilio y la dirección de la residencia u oficina donde el testigo puede ser encontrado y el objeto de la prueba.. Este requisito tiene por objeto poder efectuar la correspondiente citación y si, es el caso, ordenar la comisión; El de denunciar el objeto del testimonio, pretende establecer que ese medio probatorio es conducente y pertinente. (AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de derecho procesal. Tercera edición. 2008 pag 133).

²⁶³ “El funcionario deberá requerir al testigo para que sus respuestas se limiten a los hechos que tengan relación con el objeto de la investigación” (Art. 276 del C. de P.C.); “El análisis del funcionario judicial para determinar si una prueba es pertinente o impertinente implica, un juicio de valor sobre la relación o no de la prueba con la situación fáctica que es tema de demostración en los autos, por cuanto debe precisar, en otras

- d) Si se trata de prueba de oficio, que el nombre del testigo aparezca previamente mencionado en el proceso. Esta previsión tiene fundamento en el principio de imparcialidad, pues si el juez decreta pruebas que no aparecen mencionadas en el expediente, es porque tuvo conocimiento de ellas de manera excepcional, previa o extraprocesal, caso en el cual deberá separarse del proceso. El juez no puede en su sentencia aplicar conocimiento privado²⁶⁴.

2.9. Decreto del testimonio

El testimonio debe ser decretado por medio de auto, el cual deberá indicar la fecha y la hora para su recepción, a fin de que las partes ejerciten su derecho de contradicción. En aplicación del principio de concentración, el juez deberá fijar fechas y horas sucesivas para la práctica de los testimonios si fueren varios, para lo cual deberá considerar conforme a su experiencia y el fin de la prueba, el tiempo que tomará cada una de las declaraciones.

Enseña Parra Quijano que *“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, conainterrogar al testigo... con el propósito de que quien va a conainterrogar pueda investigar quién es el testigo y si es el caso, preparar o asegurar las pruebas que aportará para tacharlo, o para demostrar que no pueden constarle los hechos que está relatando”*²⁶⁵.

2.10. Práctica del testimonio en materia civil²⁶⁶

palabras, si la prueba se ciñe al asunto materia del proceso..” (TIRADO HERNANDEZ, Jorge. Curso de pruebas judiciales. Ediciones doctrina y ley Ltda. 2006. pág. 246).

²⁶⁴ “Si la prueba la va disponer de manera oficiosa el juez, recuérdese que es menester que el nombre del testigo aparezca citado en el proceso..... tiene como explicación no permitir que opere directamente el conocimiento privado del juez y que simplemente se elude si el funcionario en la practica de cualquier otra prueba testimonial pregunta a quien declara si conoce determinada persona, con lo cual queda cumplido el formal requisito que debe desaparecer” (LÓPEZ BLANCO. Hernán Fabio. Instituciones de derecho procesal civil colombiano. Tomo II. Pruebas. Dupré Editores. Bogotá D.C. Colombia. 2008. pág. 194); “En la Sentencia C-1270 de 2000, la Corte indicó que la protección constitucional del derecho de defensa obliga al legislador a reconocer al menos las siguientes garantías en materia probatoria: i) el derecho a presentar y solicitar pruebas; ii) el derecho a controvertir las pruebas que se presenten en su contra; iii) el derecho a la publicidad de la prueba, con el fin de erradicar las pruebas ocultas y el conocimiento privado del juez; iv) el derecho a la regularidad de la prueba, es decir la observancia de las formas de obtención e incorporación de la prueba al proceso; 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); y vi) el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso, de acuerdo con las reglas de la sana critica” (Sentencia C-790/06 Referencia: expediente D-6219 Magistrado Ponente Dr. ALVARO TAFUR GALVIS Bogotá, D.C., veinte (20) de septiembre de dos mil seis (2006).

²⁶⁵ PARRA QUIJANO Jairo. Manual de derecho probatorio. Décima séptima edición. Librería ediciones del Profesional.Ltda., 2009 pág. 375.

²⁶⁶ “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.” (PARRA

En la diligencia se observarán las reglas contenidas en el artículo 228 del C.P.C.

Especial atención merece la redacción del artículo 25 de la Ley 1395 de 2010, que reformó el artículo 432 del Código de Procedimiento Civil, así como la contenida en el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 que derogó el Decreto 01 de 1984, pues, de una parte, ambas establecen que el testimonio se practicará en una sola audiencia concentrada, con intermediación del juez y las partes (audiencia de instrucción y juzgamiento para la Ley 1395/10 y de sólo instrucción para la ley 1437 de 2011), pero, de otra, ninguna de las dos establece el orden ni las reglas para practicar el interrogatorio al testigo, por lo que es necesario armonizar dichos preceptos con el contenido del artículo 228 del Código de Procedimiento Civil, del cual se dará cuenta en capítulo posterior, pues no parece existir total armonía entre las tres normas citadas, en la medida en que el citado artículo 228 establece un procedimiento propio de un sistema escritural, mientras que las reglas contenidas en los artículos 25 de la Ley 1395 de 2010 y 181 de la Ley 1437 establecen un proceso oral, público y concentrado.

Según el citado artículo 228 del C.P.C., la práctica del testimonio se realizará teniendo en cuenta las siguientes reglas y etapas:

- a) **Preguntas de autenticación y de acreditación.** El juez interrogará al testigo acerca de su nombre, apellido, edad, domicilio, profesión, ocupación, estudios que haya cursado, demás circunstancias que sirvan para establecer su personalidad y si existe en relación con él algún motivo de sospecha.
- b) **Informe al testigo.** A continuación el juez informará sucintamente al testigo acerca de los hechos objeto de su declaración y le ordenará que haga un relato de cuanto le conste sobre los mismos. Cumplido lo anterior continuará interrogándolo para precisar el conocimiento que pueda tener sobre esos hechos y obtener del testigo un informe espontáneo sobre ellos. Si el juez incumple este requisito, incurrirá en causal de mala conducta.
- c) **Deber del juez.** 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 (cuándo), modo (cómo) y lugar (dónde) en que haya ocurrido cada hecho y de la forma como llegó a su conocimiento teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 226 del C.P.C. Si la declaración versa sobre expresiones que el testigo hubiere oído, o contiene conceptos pro-

QUIJANO Jairo. Manual de derecho probatorio. Décima séptima edición. Librería ediciones del Profesional.Ltda., 2009 pág. 382).; Las partes en materia civil y con fundamento en lo estatuido por el artículo 226 del C. de P. C., pueden hacerlo también verbalmente ,si lo prefieren, elaborar un escrito que contenga las preguntas, escrito que se entrega al secretario antes de la audiencia, lo cual significa que con el comienzo de esta precluye la oportunidad. El escrito puede presentarse en sobre cerrado o abierto y es susceptible de sustituirse antes de que finalice la oportunidad o bien prescindir de él y formular el interrogatorio verbalmente. (AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de derecho procesal. Tercera edición. 2008. pág. 141).

pios, el juez ordenará que explique las circunstancias que permitan apreciar su verdadero sentido y alcance²⁶⁷.

Establece el artículo 226 que las preguntas de 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, es decir, por preguntas verbales, total o parcialmente. Dicho pliego podrá entregarse al secretario del comitente para que lo remita con el despacho comisorio, o al del comisionado.

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.

- d) **Interrogatorio.** A continuación del juez, las partes podrán interrogar al testigo, comenzando por quien solicitó la prueba. El juez podrá interrogar nuevamente si lo considera necesario.
- e) No se admitirá como respuesta la simple expresión de ser cierto el contenido de la pregunta, ni la reproducción del texto de ella.
- f) El testigo no podrá leer notas o apuntes, a menos que el juez lo autorice, cuando se trate de cifras o fechas, y en los demás casos que considere justificados siempre que no afecte la espontaneidad del testimonio.

²⁶⁷ “...que el testigo debe dar la razón de su dicho, es decir, explicar suficientemente al funcionario, cuales fueron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que llegaron a su conocimiento los hechos que está narrando... ¿Cuándo, dónde y como los percibió?” (Parra Quijano Jairo, Manual de derecho probatorio, décima séptima edición, librería ediciones del Profesional Ltda., 2009 pág. 371 y 378); “impone al juez el deber de buscar que las respuestas sean responsivas, es decir, que “exponga la razón de la ciencia.....” (LÓPEZ BLANCO. Hernán Fabio. Instituciones de derecho procesal civil colombiano. Tomo II. Pruebas. Dupré Editores. Bogotá D.C. Colombia. 2008. pág. 214); ..si emplea una especial terminología propia de su profesión, condición social o cultural, se indague acerca de su verdadero sentido.....”. (LÓPEZ BLANCO. Hernán Fabio. Instituciones de derecho procesal civil colombiano. Tomo II. Pruebas. Dupré Editores. Bogotá D.C. Colombia. 2008. pág. 210); “Es posible que el testigo utilice términos o expresiones que hubiere oído, como dice la norma, o que contengan conceptos propios...El precepto se refiere no a términos técnicos, que encuadrarán en otra modalidad ya considerada, sino a los que son de uso corriente, pero que tienen un significado especial o propio en ciertas regiones” (AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de derecho procesal. Tercera edición. 2008 pag 149). “Existen otros casos en los cuales la prueba se puede practicar por fuera de la sala de audiencia como: i. la práctica del testimonio del menor, para efectos de su protección y salvaguarda de sus garantías fundamentales; la recepción del testimonio del testigo que se halla físicamente impedido para concurrir a la audiencia pública; la práctica del testimonio del Presidente y Vicepresidente de la República, la cual implica el procedimiento especial de realizar la audiencia en el despacho de cada uno de ellos,” (TIRADO HERNANDEZ, Jorge. Curso de pruebas judiciales. Ediciones doctrina y ley Ltda. 2006. pág. 303)

- g) 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.
- h) En el acta, si se trata de proceso escritural, se consignarán textualmente las preguntas y las respuestas.

En los procesos donde se sigan las reglas de oralidad plena se prohíbe la transcripción del contenido de las grabaciones, conforme a lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 25 de la Ley 1395 de 2010, norma también aplicable a la audiencia de pruebas consagrada en el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011.

- i) 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, o injustificadamente no concurriere a la audiencia señalada para terminar su interrogatorio, se le aplicará la multa contemplada en el artículo 225 del C.P.C., consistente en dos a cinco salarios mínimos mensuales, quedando siempre con la obligación de rendir el testimonio, para lo cual se señalará nueva audiencia, excepto cuando manifieste que no recuerda los hechos sobre los cuales se le interroga.
- j) Concluida la declaración, el testigo sólo podrá ausentarse cuando el juez lo autorice para ello.
- k) El acta de la audiencia se sujetará a lo dispuesto en el artículo 109 del C.P.C., pero si fueren varios los testimonios que deben recibirse en la misma audiencia, cada testigo deberá firmarla inmediatamente que termine su interrogatorio, o al finalizar la audiencia, según el juez lo disponga, salvo lo ya dicho respecto de los procesos que se adelanten conforme a las reglas previstas en el artículo 25 de la ley 1395 de 2010 y el 181 de la ley 1437 de 2011.
- l) El juez podrá, en cualquier momento de la instancia, ampliar los interrogatorios y exigir al testigo aclaraciones y explicaciones.

2.11. Práctica del interrogatorio al testigo en materia penal

2.10.1 En el proceso inquisitivo. Ley 600 de 2000, ART. 276:

A continuación se transcriben las reglas para la práctica del interrogatorio en el proceso penal que se adelanta bajo las reglas inquisitivas y escriturales de la ley 600 de 2000, vigente ultraactivamente para el juzgamiento de delitos cometidos hasta la entrada en vigencia de la ley 906 de 2004 en todo el territorio nacional:

- a) Presente e identificado el testigo, el funcionario le tomará el juramento y le advertirá sobre las excepciones al deber de declarar.

- b) A continuación, el funcionario le informará sucintamente al testigo acerca de los hechos objeto de su declaración y le ordenará que haga un relato de cuanto le conste sobre los mismos.
- c) Terminado éste, procederá el funcionario a interrogarlo si lo considera conveniente. Cumplido lo anterior, se le permitirá a los sujetos procesales interrogar.
- d) Se permitirá provocar conceptos del declarante cuando sea una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia.
- e) El funcionario podrá interrogar en cualquier momento que lo estime necesario. Las respuestas se registrarán textualmente. El funcionario deberá requerir al testigo para que sus respuestas se limiten a los hechos que tengan relación con el objeto de la investigación.

2.10.2 En el proceso penal acusatorio. Ley 906 de 2004.

Enseña el profesor Roberto Solórzano:

“Todo interrogatorio tiene cinco etapas que se diferencian por igual número de preguntas que no pueden faltar y deben respetar un orden específico, a saber: i) preguntas de acreditación, ii) preguntas de introducción, iii) preguntas de transición, iv) preguntas de tema principal, y v) pregunta final.

PREGUNTAS DE ACREDITACIÓN: *Las preguntas de acreditación son aquellas que le permiten al juez saber si el testigo está en condiciones de poder dar una declaración, bien sea porque tenga los conocimientos específicos, o porque pudo percibir los hechos, o porque tiene la formación y la experiencia adecuada para actuar como investigador.*

PREGUNTAS DE INTRODUCCIÓN: *Son aquellas con las cuales como su nombre lo señala inserto al testigo en el tema materia de su interrogatorio.*

PREGUNTAS DE TRANSICIÓN: *Son las que permiten cerrar temas y llevan al testigo de un tema a otro, con lo cual se garantiza que todos los tópicos queden cubiertos, y generalmente van acompañadas de una pequeña introducción que permite que el testigo entienda que van a abordar un tema fundamental.*

PREGUNTAS DE TEMA PRINCIPAL: *Todo testigo puede tener una muy buena información, y podrá referirse a varios tópicos, pero siempre hay un tema principal. Así si el testigo fue presencial el tema principal es la ocurrencia del hecho.*

PREGUNTA FINAL: *Busca dejar la información en el punto más alto.*²⁶⁸

Según lo previsto en la Ley 906 de 2004, el interrogatorio deberá realizarse en audiencia concentrada, respetando el principio de la inmediación²⁶⁹ y se ceñirá a las siguientes reglas:

- a) **Juramento.** Toda autoridad a quien corresponda tomar juramento, amonestará previamente a quien debe prestarlo acerca de la importancia moral y legal del acto y las sanciones penales establecidas contra los que declaren falsamente o incumplan lo prometido, para lo cual se leerán las respectivas disposiciones.

Acto seguido se tomará el juramento por medio del cual el testigo se compromete a decir toda la verdad de lo que conoce (Artículo 389)²⁷⁰.

- b) **Examen de los testigos.** 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 iniciar el interrogatorio a un testigo, el juez le informará de los derechos

²⁶⁸ SOLÓRZANO GARAVITO, Carlos Roberto. Sistema Acusatorio y Técnicas del Juicio Oral. Tercera edición. Ediciones nueva jurídica. 2010. Págs. 238 a 241.

²⁶⁹ “En el proceso penal acusatorio, la inmediación, se cumple en el sentido estricto, porque los medios de conocimiento de que trata el artículo 382 de la ley 906 de 2004 se presentan y se solicitan en la audiencia preparatoria de la etapa del juicio, pero se incorporan y practican todos en la audiencia del juicio oral, bajo la dirección y control del juez de conocimiento...Es así como el artículo 16 del nuevo código dispone, a fin de hacer efectiva la inmediación en todos los casos, que en juicio sólo se estimarán como prueba la que se haya producido o incorporado en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento; se incluye la anticipada, que ya mencionamos como excepción; y agrega que en ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas, porque de permitirse la comisión se rompería la inmediación entre el juez y las pruebas (testigos, peritos, etc.) o los órganos de pruebas(testimonios, documentos, etc.).” (TIRADO HERNANDEZ, Jorge. Curso de pruebas judiciales. Ediciones doctrina y ley Ltda. 2006. pág 225).

²⁷⁰ “Desde sus orígenes el juramento, entendido como un compromiso solemne de ajustar la declaración que se rinde a la verdad, sin omitirla ni en todo ni en parte, implica que quien lo presta queda atado por él, pues pone por testigo de su dicho a la divinidad o, en general a lo que considera tan sagrado para él y para la comunidad a la que pertenece, que se ve compelido a no deshonrar su promesa de no faltar a la verdad. Por ello, el perjurio fue y ha sido objeto de sanción punitiva por el Estado. Es la creencia pública en que quien jura no traiciona el juramento y hace creíble su declaración por haberlo prestado, lo que llevó a los legisladores a establecerlo como formalidad previa para ciertos actos jurídicos, o inclusive como medio de prueba en materia civil, en las modalidades del juramento estimatorio, juramento deferido por la ley y juramento decisorio. En cambio, en materia penal, contrario de lo que sucede en materia civil, el juramento no ha sido aceptado por el legislador como medio de prueba, para preservar el derecho del sindicado a no declarar contra sí mismo...En materia procesal, el juramento que se exige como requisito previo a la declaración testifical es distinto del testimonio que se rinde por el declarante, como quiera que la declaración sobre el conocimiento del testigo de unos hechos determinados que interesan al proceso, es posterior al juramento que constituye como acto previo una promesa solemne de sujetarse a la verdad y de declararla completa, so pena de la sanción penal que el quebranto de ese juramento traiga consigo”. (Sentencia C-782/05 Referencia: expediente D-5515 Magistrado Ponente Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil cinco (2005).

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 (Artículo 390)²⁷¹.

- c) **Interrogatorio cruzado del testigo.** Todo declarante, luego de las formalidades indicadas en el artículo anterior, en primer término será interrogado por la parte que hubiere ofrecido su testimonio como prueba.

Este interrogatorio, denominado **directo**, se limitará a los aspectos principales de la controversia, se referirá a los hechos objeto del juicio o relativos a la credibilidad de otro declarante.

No se podrán formular preguntas sugestivas ni se insinuará el sentido de las respuestas²⁷².

²⁷¹ “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 la 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...” (PARRA QUIJANO Jairo. Manual de derecho probatorio. Décima séptima edición. Librería ediciones del Profesional.Ltda., 2009 pág. 766).

²⁷² “Ahora bien, en tratándose de la práctica de la prueba testimonial en el juicio, según la orientación del respectivo modelo de enjuiciamiento, hay tres formas de proceder al interrogatorio; son ellas: el directo, el indirecto, y el cruzado: “El directo es aquél en el que las partes interrogan al testigo haciéndole directamente al mismo las preguntas una vez que el juez o el presidente del tribunal le ha otorgado el permiso o la venia para ello, conservando el órgano jurisdiccional el control del interrogatorio en cuanto a la pertinencia y utilidad de las preguntas que se formulan, y pudiendo ampliar en cualquier momento las que las partes formulen. Pero las partes comienzan a interrogar una vez el juez o tribunal ha terminado de examinar al testigo con su interrogatorio.” En el indirecto, propio del sistema inquisitivo y antiguo, las partes sólo pueden hacer preguntas al testigo por intermedio del juez o tribunal, lo cual implica que la pregunta se dirige a ellos, quienes a su vez la reformulan al testigo en la forma en que lo consideren apropiado, procurando no alterar o tergiversar el sentido de la misma a menos que lo consideren pertinente.” El tercer sistema es el de interrogatorio cruzado o cross examination, propio de los sistemas acusatorios como los imperantes en los países anglosajones o en los Estados Unidos. El mismo implica que las partes dirigen al testigo sucesivamente todas las preguntas, asumiendo el juez una actitud pasiva en principio, interviniendo solamente en los supuestos en que las partes requieran su decisión por impugnaciones o irregularidades del procedimiento; las partes son dueñas del interrogatorio” En la legislación colombiana, esto es, en la Ley 906 de 2004, se acoge expresamente éste último sistema, al disponer en el artículo 391 lo siguiente: INTERROGATORIO CRUZADO DEL TESTIGO. Todo declarante, luego de las formalidades indicadas en el artículo anterior, en primer término será interrogado por la parte que hubiere ofrecido su testimonio como prueba. Este interrogatorio, denominado directo, se limitará a los aspectos principales de la controversia, se referirá a los hechos objeto del juicio o relativos a la credibilidad de otro declarante. No se podrán formular preguntas sugestivas ni se insinuará el sentido de las respuestas. En segundo lugar, si lo desea, la parte distinta a quien solicitó el testimonio, podrá formular preguntas al declarante en forma de contrainterrogatorio que se limitará a los temas abordados en el interrogatorio directo. Quien hubiere intervenido en el interrogatorio directo podrá agotar un turno de preguntas dirigidas a la aclaración de los puntos debatidos en el contrainterrogatorio, el cual se denomina redirecto. En estos eventos deberán seguirse las mismas reglas del directo. Finalmente, el declarante podrá ser nuevamente preguntado por la otra parte, si considera necesario hacer claridad sobre las respuestas dadas en el redirecto y sujeto a las pautas del contrainterrogatorio”. (Proceso No 29415 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL Magistrado Ponente: JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA Bogotá D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil nueve (2009).

- d) En segundo lugar, si lo desea, la parte distinta a quien solicitó el testimonio, podrá formular preguntas al declarante en forma de **contrainterrogatorio** que se limitará a los temas abordados en el interrogatorio directo.
- e) Quien hubiere intervenido en el interrogatorio directo podrá agotar un turno de preguntas dirigidas a la aclaración de los puntos debatidos en el contrainterrogatorio, el cual se denomina **redirecto**.

En estos eventos deberán seguirse las mismas reglas del directo.

- f) Finalmente, el declarante podrá ser nuevamente preguntado por la otra parte, si considera necesario hacer claridad sobre las respuestas dadas en el redirecto y sujeto a las pautas del contrainterrogatorio²⁷³.

2.11 Reglas sobre el interrogatorio (Artículo 392.).

Enseña Carlos Roberto Solórzano que *“del desarrollo de código de procedimiento penal se desprenden varias reglas que necesariamente deben ser observadas por el interrogador so pena de que el juez las rechace de plano o una contraparte hábil las objete o se oponga a las mismas”*²⁷⁴.

A continuación se transcriben las reglas previstas por el artículo 392 de la Ley 906 de 2004:

- a. Toda pregunta versará sobre hechos específicos²⁷⁵;

²⁷³ “En consecuencia, en materia probatoria, y en particular en lo atinente al testimonio, la regla es que el juez debe mantenerse equidistante y ecuánime frente al desarrollo de la declaración, en actitud atenta para captar lo expuesto por el testigo y las singularidades a que se refiere el artículo 404 de la Ley 906 de 2004²⁷³, interviniendo sólo para controlar la legalidad y lealtad de las preguntas, así como la claridad y precisión de las respuestas, asistiéndole la facultad de hacer preguntas, una vez agotados los interrogatorios de las partes, orientadas a perfeccionar o complementar el núcleo fáctico introducido por aquellas a través de los respectivos interrogantes formulados al testigo, es decir, que si las partes no construyen esa base que el juez, si la observa deficiente, puede completar, no le corresponde a éste a su libre arbitrio y sin restricciones confeccionar su propio caudal fáctico.” (Proceso No 29415 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL Magistrado Ponente: JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA Bogotá D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil nueve (2009).

²⁷⁴ SOLÓRZANO GARAVITO, Carlos Roberto. Sistema acusatorio y técnicas del juicio oral. Tercera Edición. Ediciones nueva jurídica. 2010. pág. 205.

²⁷⁵ “Cada vez que se formule una pregunta, esta debe versar sobre un solo punto. No deben tocarse varios puntos de interés a la vez, esto dificulta la respuesta. A los testigos se les debe interrogar sobre hechos, pero que sean específicos y además que se hubiesen percibido directamente. El el sistema acusatorio parte de la base que el testigo solo puede pronunciarse sobre lo que percibió directamente.” (SOLÓRZANO GARAVITO, Carlos Roberto. Sistema acusatorio y técnicas del juicio oral. Tercera Edición. Ediciones nueva jurídica. 2010, págs. 205 - 206); “Lo anterior significa que cada pregunta se debe individualizar dándole individualidad al hecho preguntado.” (PARRA QUIJANO Jairo. Manual de derecho probatorio. Décima séptima edición. Librería ediciones del Profesional.Ltda., 2009 pág. 773).

- b. El juez prohibirá toda pregunta sugestiva, capciosa o confusa²⁷⁶;
- c. El juez prohibirá toda pregunta que tienda a ofender al testigo²⁷⁷;
- 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 mismos²⁷⁸;
- e. El juez excluirá toda pregunta que no sea pertinente²⁷⁹.

²⁷⁶ “Son sugestivas las preguntas que sugieren la respuesta. Estas no son válidas en el interrogatorio, aunque sí lo serán en el contrainterrogatorio. Y son válidas en el contrainterrogatorio, porque parten de lo que ya manifestó el testigo al ser interrogado.” Es capciosa la pregunta, que por la forma como se elabora, induce en error al testigo, llevándolo a que de una respuesta equivocada.” (SOLÓRZANO GARAVITO, Carlos Roberto. Sistema acusatorio y técnicas del juicio oral. Tercera Edición. Ediciones nueva jurídica. 2010, pág. 206); “Las preguntas confusas, sugestivas o capciosa deben ser prohibidas y rechazadas por el juez, que de no hacerlo deben ser objetadas por la defensa. De presentarse esta situación debe aflorar de manera inmediata en la defensa la actitud de objetar la pregunta ante el juez”. (El proceso penal acusatorio colombiano. Nuevo manejo de la prueba. ediciones jurídicas Andrés Morales. 2005 pag 264); “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 el 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.” (PARRA QUIJANO Jairo. Manual de derecho probatorio. Décima séptima edición. Librería ediciones del Profesional. Ltda., 2009 pág. 773).

²⁷⁷ “Y el artículo 392 de la misma codificación señala las reglas a las que debe sujetarse el interrogatorio, incluyendo entre ellas las precisas facultades de intervención del juez a quien le corresponde prohibir toda pregunta sugestiva, capciosa, confusa, o que tienda a ofender al testigo; Autorizar al declarante para consultar documentos que le ayuden a su memoria; Excluir toda pregunta que no sea pertinente y, en general, controlar “que el interrogatorio sea leal y que las respuestas sean claras y precisas”, atribuciones que son extensivas a la práctica del contrainterrogatorio reglado en el artículo 393 ídem”. (Proceso No. 29415 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL Magistrado Ponente: JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA Bogotá D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil nueve (2009); “Debe la parte ser cuidadosa en no formular preguntas que ofendan al testigo o lesionen su dignidad o derechos humano. Queda a discreción y sapiencia de cada interrogador, valorar lo que pueda extraer del testigo de la contraparte por la vía del contrainterrogatorio”. (El proceso penal acusatorio colombiano. Nuevo manejo de la prueba. Ediciones jurídicas Andrés Morales. 2005. pág. 265).

²⁷⁸ “En desarrollo del interrogatorio cruzado de los testigos es factible la utilización de documentos que ayuden a la memoria del declarante, o que se empleen para impugnar su credibilidad...con la exigencia única que se permita a la contraparte y demás intervinientes el examen de los documentos.... Como la prueba que se introduce al juicio es la declaración del testigo y no el relato efectuado con antelación, que en sí es un simple apoyo a la declaración, la parte contraria puede someterlo al contrainterrogatorio de acuerdo con el interés que sirve a su teoría del caso, siendo esta la razón por la cual se le garantiza el examen de los elementos sobre los que el testigo elabora el proceso de rememoración”. (Proceso No 28935 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION PENAL Magistrado Ponente Dr. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ Bogotá, D.C., primero de julio 2009).

²⁷⁹ “Toda pregunta pertinente es la que tiene relación con los hechos materia de la investigación.” (SOLÓRZANO GARAVITO, Carlos Roberto. Sistema acusatorio y técnicas del juicio oral. Tercera Edición. Ediciones nueva jurídica. 2010, pág. 206)

- f. El juez intervendrá con el fin de que el interrogatorio sea leal y que las respuestas sean claras y precisas²⁸⁰.

2.12 Reglas sobre el conainterrogatorio (Artículo 393.).

El profesor Carlos Roberto Solórzano enseña cómo *“el código de procedimiento penal que establece el sistema acusatorio (ley 906 de 2004), a través de una serie de postulados que permiten que los sujetos o actores procesales puedan actuar dentro del mismo de manera equilibrada y justa, pero a través de un principio fundamental que es el de la contradicción, que se desarrolla principalmente en el conainterrogatorio y en las objeciones u oposiciones.*

²⁸⁰ “Dicho criterio es reiterado cuando en el artículo 397 se dice “ excepcionalmente, el juez podrá intervenir en el interrogatorio y conainterrogatorio, 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 la s parte, el juez y el ministerio Público podrán hacer preguntas complementarias para el cabal entendimiento del caso ...”. (PARRA QUIJANO Jairo. Manual de derecho probatorio. Décima séptima edición. Librería ediciones del Profesional. Ltda., 2009 pág. 777); Son complementarias, en el sentido que se agregan al cuestionario formulado por las partes, pero realmente, su objeto es el de hacer claridad sobre los puntos oscuros o dudosos. (AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de derecho procesal. Tercera edición. 2008 pag 141); “En consecuencia, en materia probatoria, y en particular en lo atinente al testimonio, la regla es que el juez debe mantenerse equidistante y ecuánime frente al desarrollo de la declaración, en actitud atenta para captar lo expuesto por el testigo y las singularidades a que se refiere el artículo 404 de la Ley 906 de 2004, interviniendo sólo para controlar la legalidad y lealtad de las preguntas, así como la claridad y precisión de las respuestas, asistiéndole la facultad de hacer preguntas, una vez agotados los interrogatorios de las partes, orientadas a perfeccionar o complementar el núcleo fáctico introducido por aquellas a través de los respectivos interrogantes formulados al testigo, es decir, que si las partes no construyen esa base que el juez, si la observa deficiente, puede completar, no le corresponde a éste a su libre arbitrio y sin restricciones confeccionar su propio caudal fáctico. La literalidad e interpretación que corresponde a la citada norma no deja espacio distinto al de concluir que con la misma se restringe entonces igualmente la posibilidad de intervención del juez en la prueba testimonial practicada a instancia de alguna de las partes, para preservar el principio de imparcialidad y el carácter adversarial del sistema,...” (Proceso No 29415 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL Magistrado Ponente: JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA Bogotá D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil nueve (2009) y Proceso n.º 32868 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL Magistrado Ponente Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ Bogotá, D. C., diez de marzo de 2010); “Características del Interrogatorio. Debe realizarse con preguntas abiertas: Qué, Cuándo, Cómo, Dónde, Describa, Explique, etc. Su finalidad principal, es la de obtener información, que permita al juez, entender claramente la forma en que sucedieron los hechos. El interrogador debe conducir, y guiar al testigo a través de las preguntas para mantener un orden cronológico y mejor comprensión del asunto. Al testigo debe prepararse con anticipación. Lo cual consiste en saber de antemano, cuál es exactamente la información que conoce personal y directamente el testigo, de tal forma, que se pueda establecer un objetivo concreto con su declaración. Igualmente, el deponente debe conocer cómo es la técnica que se emplea para su interrogatorio y cuál para el contra-interrogatorio. En síntesis, el interrogatorio es, una conversación entre fiscal y testigo sobre los hechos y las circunstancias particulares del caso. Mediante pregunta y respuesta, es el declarante quien testimifica, nunca el fiscal. La idea es que quien formula las preguntas, sirva de instrumento para guiar el testimonio y obtener del declarante toda información útil para probar los hechos que sustentan su teoría del caso con destino al conocimiento del juez. “(VILLEGAS ARANGO, Adriana. El juicio oral en el proceso penal acusatorio. Fiscalía General de la Nación. 2008. pág. 44).

Para el citado tratadista *“el contra interrogatorio es la técnica que se utiliza para examinar al testigo de la contraparte y que se caracteriza porque se utilizan preguntas cerradas, sugestivas, asertivas y de control. Lo que se pretende con ello es quitarle credibilidad al testigo, mostrar que no es tan seguro como inicialmente se percibió por parte del juez, y que su información deja muchas dudas... “En el litigio, el mejor medio o herramienta más útil para el esclarecimiento de los hechos, lo constituye el contrainterrogatorio, pues con este queda en evidencia al testigo amañado, el testigo adoctrinado, el que tiene un interés no propiamente en que se haga justicia sino en favorecer a una de las partes dentro del proceso, por ello se debe recordar siempre, que durante su práctica se tenga, a partir de la previa planificación, como objetivo central el cuestionamiento de la credibilidad en las manifestaciones del testigo que se contrainterroga.”²⁸¹”*

- a. La finalidad del contrainterrogatorio es refutar, en todo o en parte, lo que el testigo ha contestado²⁸²;
- 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 oral²⁸³.

²⁸¹SOLÓRZANO GARAVITO, Carlos Roberto. Sistema acusatorio y técnicas del juicio oral. Tercera Edición. Ediciones nueva jurídica. 2010, pág. 267.

²⁸²“IMPORTANCIA DEL CONTRAINTERROGATORIO. Es el medio ideal para ejercitar el contradictorio desarrollando el principio de contradicción; Es una herramienta para llegar a la verdad; Permite la construcción racional, persuasiva y fiel del alegato; Sirve para examinar testigos de la contraparte; De él depende el éxito o fracaso de su teoría del caso; FINES DEL CONTRAINTERROGATORIO. Cuestionar la credibilidad del testigo de la parte contraria; Lograr de los testigos de la contraparte, aspectos positivos para nuestro caso; Resaltar aspectos negativos del caso de la contraparte.” (SOLÓRZANO GARAVITO, Carlos Roberto. Sistema acusatorio y técnicas del juicio oral. Tercera Edición. Ediciones nueva jurídica. 2010, pág. 271 a la 279).

²⁸³“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 al testigo responda. ...”. (PARRA QUIJANO Jairo. Manual de derecho probatorio. Décima séptima edición. Librería ediciones del Profesional.Ltda., 2009 pág.776); “El contrainterrogatorio es el examen realizado por el abogado que no solicitó el testimonio. Su finalidad es la de controvertir lo declarado en el interrogatorio y la de minar la credibilidad del testigo adverso, además de: Acentuar y enfatizar los defectos del testigo y de su testimonio; Disminuir la importancia del testimonio perjudicial; Obtener información del testigo sobre: Su interés en el caso; Los beneficios que recibirá a cambio de su testimonio; La imposibilidad o las dificultades de observación. Durante el desarrollo del contra-interrogatorio, usualmente se impugna la credibilidad del testigo. Su contenido se limita a los temas abordados durante el desarrollo del interrogatorio directo. Las oposiciones son el medio a través del cual, la parte interesada busca materializar dichos límites. Características del Contrainterrogatorio: Se formula con preguntas cerradas. Su mayor característica, es que el abogado que lo dirige, es quien testifica y el testigo simplemente se limita a aceptar o rechazar lo afirmado por el contra interrogador. Las preguntas deben limitarse a los temas tratados en el interrogatorio y su propósito es el de impugnar la credibilidad del testigo. Redirecto: Debe formularse con la misma técnica del interrogatorio directo. Su finalidad es rehabilitar el testigo, permitiéndole corregir o aclarar, si algunas de sus respuestas quedaron inconclusas o pendientes de explicación durante el contra-interrogatorio. De no ser así, no es necesario realizar el redirecto. Recontra-Interrogatorio: Está estrictamente limitado a los temas tratados en el redirecto, tiene los mismos fines y técnica del contra-interrogatorio.” (VILLEGAS ARANGO ADRIANA, EL JUICIO ORAL EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO Fiscalía General de la Nación, 2008 pág. 89 a la 91).

- c. 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.
- d. Oposiciones durante el interrogatorio. La parte que no está interrogando o el Ministerio Público, podrán oponerse a la pregunta del interrogador cuando viole alguna de las reglas anteriores o incurra en alguna de las prohibiciones. El juez decidirá inmediatamente si la oposición es fundada o infundada.

2.13. El testigo indirecto en materia penal

En materia penal únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:

- a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;
- b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar;
- c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar;
- d) Ha fallecido.

También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos. (Art. 438 C. de P. P.)

Los artículos 439, 440 y 441 de la Ley 906 de 2004 establecen las reglas para valorar la prueba de referencia, por lo que su consulta es obligada al momento de valerse de este medio.

Según la doctrina nacional, *“en el caso colombiano, en el nuevo Código de Procedimiento Penal que se comenta, este tipo de testimonio quedó excluido. La razón esencial es que un testimonio de oídas carece de ciencia en relación con los hechos que se investigan por la sencilla razón de no haberlos conocido.... hace imposible la constatación referida al conocimiento de los hechos²⁸⁴”*.

Estima el profesor Cadena Lozano que *“con el código de Procedimiento penal , la prueba de referencia ha sido tratada con gran cautela al punto que ha diseñado una especie de*

²⁸⁴ ARENAS SALAZAR, Jorge. Valdez Moreno Carlos Eduardo. La prueba testimonial y técnica. EDIPRIME LTDA., 2006, pág. 34.

*tarifa legal de pruebas, pues el artículo 381 contempla que la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia.*²⁸⁵

Finalmente, para Cañón Ramírez, “*el Código de procedimiento penal para el sistema acusatorio, Ley 906 de 2004, contempla un régimen especial para las pruebas de referencia, cuya regulación, si bien no es precisa y puede llamar a confusiones, tiende a compasar sus propósitos con los parámetros internacionales de justicia. En Colombia, el régimen de procedimiento penal adoptado con la Ley 906 de 2004, consagra la prueba testifical directa como norma general, al prever en el artículo 402 (conocimiento personal) que “el testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar y percibir. Ello es así, porque forma parte de inmediatez en materia probatoria que el contenido de la declaración se circunscriba a lo visto o escuchado en forma personal sin intermediarios, para no romper la conexión directa que debe existir entre el sujeto que persigue y el objeto de la percepción.*”²⁸⁶”

En sentencia del 30 de marzo de 2006²⁸⁷, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, analizó la regulación en Colombia de la prueba de referencia en materia testimonial, enmarcada dentro de los principios que rigen en el nuevo sistema penal de corte acusatorio, implementado mediante la Ley 906 de 2004. En la referida sentencia, la Corte determinó:

“Acreditar en modo razonable la imposibilidad de que el testigo directo comparezca, forma parte de las exigencias legales que condicionan la pertinencia, el decreto y la práctica excepcional del testimonio de referencia. Similar tipo de condicionamientos, mutatis mutandi, se predica en general de todas las pruebas de referencia.

En el anterior sentido el artículo 375 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), señala que el elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba serán pertinentes cuando se refieran directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y a sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado; y cuando solo sirvan para hacer más o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiera a la credibilidad de un testigo o de un perito. Y en el mismo orden de ideas, el artículo 379 dice una vez más que es excepcional la admisibilidad de las pruebas de referencia, porque la regla general es el acatamiento del principio de inmediatez. (...)

Las particularidades de la prueba de referencia y la dificultad práctica de controvertir los contenidos referidos determinan que a ese género de pruebas la legislación reconozca un poder suasorio restringido, al estipular en el artículo 381 que “la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”, consagrando así una

²⁸⁵ CADENA LOZANO, Raúl. Reflexiones sobre el testimonio, la argumentación jurídica y las técnicas de interrogatorio y contrainterrogatorio en el sistema acusatorio. Ediciones Nueva Jurídica. 2010 pág. 49.

²⁸⁶ CAÑÓN RAMÍREZ, Pedro Alejo. Práctica de la prueba Judicial. ECOE ediciones. 2009 pág. 301.

²⁸⁷ Radicación 24468, Magistrado Ponente Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO.

tarifa legal negativa, cuyo desacatamiento podría configurar un falso juicio de convicción²⁸⁸. (...)

Es factible que se decrete un testimonio, a solicitud de la Fiscalía, la defensa o el Ministerio Público (por excepción), y que en su desarrollo el testigo directo relate además de sus percepciones personales, algunos contenidos referidos o escuchados a otros. (...)

A manera de ejemplo del estudio del tema en el derecho comparado, se trae la Sentencia del 31 de octubre de 2000, proferida por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid²⁸⁹:

“Es cierto que la regulación de la ley responde, como tendencia, al principio de inmediatez de la prueba, entendiéndose por tal la utilización del medio de prueba más directo y no los simples relatos sobre éste, pero ello no significa que deba rechazarse en forma absoluta los testimonios de referencias u oídas, porque no siempre es posible obtener y practicar la prueba original y directa, que en muchos supuestos puede devenir imposible, y, en definitiva, la problemática que plantea la prueba de referencia es, como en cualquier otra prueba, el relativo a su veracidad y credibilidad.

...

El Tribunal Constitucional Español sigue la tesis jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, exigiendo para desplazar o sustituir totalmente la prueba testifical directa, que se trate de casos de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada al juicio oral (Sentencia del Tribunal Constitucional 303/93). En este punto la doctrina de este Tribunal sigue el canon hermenéutico proporcionado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (artículo 10.2 CE en relación con el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso Delta, de 19 diciembre 1990 caso Isgro, de 19 de febrero 1991 caso Asch, de 26 abril 1991, entre otras).

...

El Tribunal Constitucional Español reconoce que su doctrina sobre la prueba sumarial anticipada o la imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial en el juicio oral tiene su base y precedente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que había declarado como contraria a lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la sustitución del testigo directo por el indirecto sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquél al juicio oral (entre otras, Delta c. Franci Elena, 19 diciembre Isgro c. Italia, 19 febrero 1991 Asch c. Austria, 26 abril 1919 en particular, sobre la prohibición de testigos anónimos Windisch c. Austria de 27 septiembre 1990 y Ludl c. Suiza de 15 junio 1992)”.

2.13.1. Testigo de oídas o de referencia (prueba de referencia)

²⁸⁸ Cfr. Sala de Casación Penal, Sentencia del 24 de noviembre de 2005, radicación 24.323.

²⁸⁹ <http://www.sc.ehu.es/dpwlona/legislacion/Jurisprudencia/Tribunal%20del%20Jurado/Jurisprudencia%20-%20Jurado%20-%20ad%20quem%20-%2083.htm>

Se conoce como testigo de “oídas” o de “referencia” a aquél que no percibió los hechos de manera directa, sino por crónica de otro que se lo relató. A este testigo lo denomina la doctrina como *ex auditur*.²⁹⁰

El profesor García Valencia enseña que *“el testigo de referencia o indirecto es aquel que no ha percibido directamente los hechos que narra, sino que ha llegado a su conocimiento por el relato que, a su vez, le ha hecho otro testigo”*²⁹¹.

2.13.2. Grados del testigo de oídas

De acuerdo con Parra Quijano, el testimonio de oídas puede ser: *“1- de primer grado: Si la declaración versa sobre expresiones que el testigo hubiere oído, o contiene conceptos propios. 2- De grado sucesivo: se trata de aquella persona que dice haber oído a otra relatar unos hechos que esta a su vez, los había oído de otra y así sucesivamente.”*²⁹²

Según el citado autor, *“el testimonio de terceros puede versar sobre hechos que ellos oyeron relatar a otras personas, este es llamado testimonio de oídas”*²⁹³.

2.13.3. Oportunidad para solicitar o presentar la prueba de referencia

La oportunidad para presentar una prueba de referencia será la misma establecida para presentar las demás pruebas testimoniales, pues no es admisible sorprender a la contraparte con declaraciones indirectas, si a ellas no se hizo expresa referencia en el descubrimiento o en la etapa respectiva para la solicitud de la prueba.

En tal sentido se pronuncia Castro Ospina, para quien *“no es posible sorprender a la otra parte llevando un testigo para introducir al proceso una prueba de referencia. La lealtad, el equilibrio, el respeto al debido proceso y al derecho de defensa son los principios a seguir en el ejercicio profesional. Por ello tanto la Fiscalía como la defensa deben advertir que presentarán una prueba de referencia y anunciar el medio probatorio del cual se valdrán para conducirla al juicio oral y público., la oportunidad para proceder a ello es en la audiencia preparatoria, tal como lo señala el artículo 374 del C. de P.P.”*²⁹⁴.

²⁹⁰“El testigo de oídas o “de referencia” es aquel que no ha conocido los hechos de manera personal ni directa y cuyo conocimiento se limita a lo que oyó o escuchó de parte de otra persona que sí conoció personalmente el hecho. Los testigos de oídas pueden serlo en muchos grados.” Arenas Salazar, Jorge. Valdez Moreno Carlos Eduardo, LA PRUEBA TESTIMONIAL Y TÉCNICA , EDIPRIME LTDA, 2006, pág. 33.

²⁹¹ GARCÍA VALENCIA, Jesús Ignacio. Las pruebas en el proceso penal. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. 2003. pág.. 202).

²⁹² PARRA QUIJANO Jairo. Manual de derecho probatorio. Décima séptima edición. Librería ediciones del Profesional.Ltda., 2009 pág. 345,346.

²⁹³ Parra Quijano Jairo, Manual de Derecho Probatorio, Decima séptima edición, 2009 Librería Ediciones el Profesional Ltda., pág. 268.

²⁹⁴ CASTRO OSPINA, Sandra Jeannette. El proceso penal acusatorio colombiano. Nuevo manejo de la prueba. ediciones jurídicas Andrés Morales. 2005 pág. 237.

2.14 El testigo indirecto en materia civil: Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de junio de 2005, Magistrado Ponente Dr. Edgardo Villamil Portilla, Rad. 0143:

“Tradicionalmente se ha mirado con reserva y prudencia el testigo que apenas retransmite la versión de otro, tanto que la doctrina y la jurisprudencia han creado una nominación especial. Así se le ha calificado como testimonio de oídas o ex auditur alieno para individualizarlo, por esa específica circunstancia, dentro del género de testigos y así resaltar su singularidad, pues varios principios basilares del derecho probatorio pueden resultar severamente amenazados con la inadecuada valoración de un testigo de estas características.

Cuando una declaración llega al oído del juez a través de un intermediario, mínimas preocupaciones de orden metodológico imponen la búsqueda y consulta de la fuente misma, pues el conocimiento original es preferible al que circula por medio de segundas voces, que aún sin intención pueden falsear la percepción primigenia. No se trata solamente de una cuestión formal, ni de temor al engaño, es una simple consideración metodológica propia de las ciencias sociales: es mejor la fuente que los intermediarios, y la fuente es mejor porque uno es el proceso de aprehensión del conocimiento y muy otro el mecanismo mental que opera cuando se reproduce la representación de los hechos en función narrativa dirigida a un interlocutor que no es el destinatario judicial ordinario, sino apenas otro testigo, no de los hechos vivos, sino de una narración.

Obsérvese cuidadosamente que una cosa es la disposición o actitud de escucha en una audiencia judicial y otra, muy distinta, la del testigo que asiste a la narración espontánea y desprevenida que hace otro testigo; una cosa es la escucha intencional y otra la simple expectación pasiva del curioso, cuyo interés por la narración está cruzado por una serie diversa de circunstancias, entre ellas el relajamiento y desatención de quien oye una historia, muy diferente de quien la vive, así sea pasivamente como testigo. Igualmente, la disposición del narrador frente al curioso lejos está de la solemnidad propia de la audiencia judicial. En suma, es exigible que el testigo de visu transmita directamente su percepción en el estrado judicial.

Desde la arista del testigo original, sus compromisos narrativos son diferentes si la representación verbalizada tiene como destinatario un auditorio cualquiera, más o menos ávido de la novedad, o un funcionario judicial interesado oficialmente en reproducir la representación de los hechos para hacerla visible en el juicio.

En lo que atañe al momento que rodea la narración, entre el episodio judicial formal y la difusión coloquial de una noticia de los hechos, hay notorias diferencias, como quiera que los participantes en la audiencia, jueces y apoderados, tienen interés directo en conocer las aristas singulares de cada caso según sus particulares intereses, lo que no acontece en la desprevenida escucha que hace el testigo intermediario.

Todo indica entonces, que si el testigo prístino está identificado, es perentorio evitar la interposición y provocar que se reciba la versión original y directa, en cuyo caso el declarante de oídas tendría como función principal dar noticia sobre la existencia misma del testigo directo, como también servir de control a la versión que este puede brindar como corroboración o rectificación judicial y pública de lo dicho en privado, por el contraste que pueda brindar la versión directa del testigo presencial y lo que de éste oyó decir el otro.

En consecuencia, si está identificado el testigo original, el sistema procesal vigente impone como principio la verificación de la fuente, pues tal exigencia se destila de la conjugación armónica de varias normas de procedimiento. Así, el artículo 229 del Código Procedimiento Civil ordena la ratificación para los testimonios recibidos en otro juicio sin audiencia de una de las partes. También se impone la ratificación de las pruebas anticipadas de la que sólo “se prescindirá cuando las partes lo soliciten de común acuerdo”, de lo cual se sigue que si tal es el tratamiento -la ratificación- para el testigo escuchado formalmente por otro juez, con mayor razón debe acontecer respecto del testigo que apenas declaró ante otro testigo. Por su parte, el artículo 179 del Código de Procedimiento Civil exige para decretar la declaración de testigos, que “éstos aparezcan mencionados” en otras pruebas o en cualquier otro acto procesal, lo cual exige necesariamente la identificación plena o los elementos necesarios para precisar de quién se trata, como cuando se usan las expresiones “el cuñado”, “el hermano”, “el ayudante” de alguien, o voces equivalentes que permitan individualizar la persona referida.

En el mismo sentido el artículo 228 numeral 3º del Código de Procedimiento Civil, descarta la posibilidad de recoger en el proceso “las expresiones que el testigo hubiere oído”, pues en tal caso han de exigirse explicaciones adicionales, las cuales en primer lugar tendrán como objetivo identificar la fuente, que en concreto podría ser una de las partes, u otro testigo plenamente identificado, para con su citación cumplir el requisito metodológico de preferir la fuente al intermediario. No poca cosa significa, se añade, que en la petición de la prueba se deba identificar el testigo con las adhehas concernientes a la dirección y objeto de la probanza.

Es notorio entonces que cuando la fuente remota es una voz anónima, el peligro que se cierne sobre la fiabilidad del método de escuchar al testigo de oídas, llega a límites intolerables, que no pueden salvarse con la simple referencia a la libertad probatoria o a los dictados de la sana crítica.

En lo que atañe al aspecto netamente formal relacionado con el principio de contradicción, es evidente que la parte contra quien se opone un testimonio de oídas, pierde la preciosa e imprescindible oportunidad de confrontar la versión original mediante el interrogatorio cruzado. Una primera reflexión a este propósito mostraría que si está plenamente identificado el testigo primigenio, la posibilidad de tacharlo oportunamente como declarante sospechoso a la luz del artículo 218 del Código de Procedimiento Civil, se resentiría, como

también faltaría la ocasión para acreditar los motivos de la sospecha. Pero si la posibilidad de tachar al testigo original se disminuye cuando está plenamente identificado o es identificable, tal derecho sencillamente desaparece frente al testigo anónimo del que hace eco el testigo de oídas, pues desde la penumbra pueden proyectar su influjo las propias partes o terceros interesados.

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

Por ello, la Corte en sentencia de 1º de septiembre de 2003, destacó la gran probabilidad de error a que puede llevar el testigo ex auditur alieno y recordó que “Tales declaraciones, valoradas conforme las reglas de la sana crítica, no merecen credibilidad y, en consecuencia, no crean convencimiento... como quiera que, según lo tiene dicho esta Corporación, en los testimonios de oídas o ex auditu "son mucho mayores las probabilidades de equivocación o de mentira", de donde "está desprovisto de cualquier valor demostrativo, con mayor razón, el testimonio del que afirma un hecho por haberlo oído de la parte misma o a sus causahabientes, en cuanto esa afirmación sea favorable a éstas" (G.J. t, CLXVI, pags. 21 y 22)” (Exp. No. 6943).”

2.15 Valoración del testimonio en materia civil. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 5 de mayo de 1999, Magistrado Ponente Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles, Rad. 4978.

“Entre los diversos aspectos a cuyo análisis debe dedicarse el juez para ponderar la eficacia probatoria del testimonio, se encuentran algunos de naturaleza subjetiva, que le permiten establecer la idoneidad del testigo para rendir declaración judicial, aptitud que debe enjuiciarse, entonces, desde dos ópticas claramente definidas por el legislador: de un lado, la habilidad fisiológica del declarante para percibir los hechos sin equivocarse, requiriendo este que habrá de conducirlo a rechazar ab-initio el testimonio de las personas previstas en los artículos 215 y 216 del Código de Procedimiento Civil, amén que lo impulsará a cerciorarse de las condiciones sensoriales de los deponentes; y, de otro lado, a determinar su idoneidad moral, particularidad que debe apremiarlo a examinar con mayor celo el dicho de quienes se encuentren en cualquier situación que los torne proclives a engañar o mentir, circunstancias estas que, valga la pena anotarlas, pueden ser, según lo prevé el artículo 217 ejusdem, de muy variada índole.

Otras condiciones por el contrario, apuntan a la forma como se produce la declaración, esto es, al modo y la oportunidad de la misma, aspecto que conducirá al juzgador a establecer, entre otros, el adecuado discernimiento del lenguaje utilizado por el testigo y a preocuparse por advertir si éste recurrió a un estilo artificioso o afectado, lo que de ordinario denota un premeditado esfuerzo mental por engañar.

De igual modo, cuando algunas expresiones y precisiones se repiten mecánicamente en varios testimonios, podrá colegir el juzgador cierto afán de los deponentes por narrar un libreto preestablecido, ocurrencia que les podría restar crédito habida cuenta que esa “identidad de inspiración” o concordancia entre los testigos es, en verdad, inusitada. También estará atento a las vacilaciones o turbaciones del declarante, pues ellas suelen obedecer al temor a ser descubierto, a no contradecirse, nada de lo cual suele acontecer cuando se dice con la verdad.

Asimismo, deberá establecer si la respuesta del atestiguante no fue sugerida por el interrogador, análisis que lo pondrá de cara a uno de los aspectos más controversiales de la prueba testifical porque, si bien lo ideal en el punto pareciera ser que el declarante deba ser sometido a un examen abierto que le permitiera la libre exposición de los hechos por él conocidos, librado subsecuentemente de cualquier influencia malsana de quien interroga, tal método que garantizaría la espontaneidad y sinceridad de su versión, podría aparejar, empero, la vaguedad y falta de colorido de su deposición, la cual se caracterizaría, entonces, por la poca concreción del testigo y la ausencia de pormenores que enriquezcan su testificación. De ahí que sea admitida la técnica de la declaración provocada, que, por supuesto, favorece un testimonio más concreto y acaso más preciso, pero que trae consigo la eventual sugestión a que pueda ser sometido el deponente, amén de que la espontaneidad de su dicho flaquearía en provecho de la concreción del mismo.

Para salir al paso a estos inconvenientes, el Código de Procedimiento Civil prohíja una técnica mixta en virtud de la cual el juez debe apremiar al declarante para que realice una narración abierta de los hechos, interrogándolo, en seguida, en procura de “precisar el conocimiento que pueda tener sobre esos hechos y obtener del testigo un informe espontáneo sobre ellos” (artículo 228 del Código de Procedimiento Civil), esforzándose porque el testimonio sea “exacto y completo, para lo cual exigirá al testigo que exponga la razón de la ciencia de su dicho con explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho y de la forma como llegó a su conocimiento teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 226” (artículo 228 ejusdem), todo ello, obviamente, con el fin de recoger una atestiguación espontánea y sincera que se erija en un valladar frente a las eventuales preguntas insinuantes de las partes, las cuales, como se sabe, también están facultadas para examinar al deponente, sujetándose, empero, a lo previsto en los artículos 226, 227 y 228 ibídem. En lo pertinente, el artículo 226 impele al juez a rechazar las preguntas que sugieran la contestación, como acontece con todas aquellas que exigen del testigo una respuesta afirmativa o negativa, generándole lagunas en la memoria que aquél pretenderá colmar de la manera más fácil y convincente posible, o, primordialmente,

con aquellas otras en las cuales se enuncia la respuesta que se espera; si no obstante las precauciones que el juez adopte en el transcurso del interrogatorio para impedir la formulación de esa especie de preguntas, estas se plantearan, el fallador deberá examinar con especial celo el testimonio, con miras a establecer si la respuesta del deponente es en verdad el fruto de la pregunta sugestiva.

Mas tal afán del juzgador no debe trocarse en desmesurada severidad, toda vez que, si bien es deseable que la prueba testimonial se ciña ajustadamente a las reglas legales prescritas en los preceptos mencionados, no lo es menos que esa labor no puede ejecutarse con "... 'desmedido rigor, puesto que es común que los declarantes, por su escasa cultura, su poca locuacidad, su misma discreción, medida o prudencia, sus limitantes psicológicos, el tiempo transcurrido entre la ocurrencia de los hechos y el momento en que declara, tenga que ser inquirido sobre el conocimiento de los hechos, en lugar de que éste inicialmente haga un relato de los mismos. Por estas 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 ni viene hábilmente dirigido.

En este mismo orden de ideas y como se presentan declarantes que no son expresivos, o porque su impreparación los limita, o porque solo les consta lo que contiene la pregunta, sus respuestas son igualmente cortas, pero no del todo inexpresivas. De suerte que si el juez no dispuso que el testigo hiciera un relato de los hechos objeto de su declaración, pero por otra parte en el interrogatorio y contrainterrogatorio que le formulan las partes ha expuesto los hechos por él conocidos, atinentes al litigio, con precisión y claridad, aquella omisión no puede conducir a restarle toda eficacia probatoria a tal prueba. Como tampoco cuando dentro de un aceptable margen de tolerancia se formulan preguntas sugestivas al declarante, o este responde en pocas palabras lo que le consta, pero de manera clara y correcta'. (Cas. Civ. de 30 de julio de 1980, 6 de julio de 1987 y 25 de julio de 1990)" (Sentencia del 30 de mayo de 1996).

En consecuencia, para efectos de aquilatar el testimonio, incumbirá al juzgador distinguir las preguntas abiertamente sugestivas o sugerentes, en las que el "hecho real o supuesto que el interrogador espera y desea ver confirmado con la respuesta, se indica al interrogado mediante la pregunta", de aquellas interrogaciones meramente determinativas que se imponen cuando por causa de la divagación, inexactitud o parquedad del declarante, el interrogador se ve compelido a inquirirlo para que precise su respuesta, interrogación que suele caracterizarse porque parte, la mayoría de las veces, de conceptos que el mismo testigo ha esbozado con anterioridad o a dejado apenas bosquejados en su deposición.

Finalmente, cabe destacar aquí que el sentenciador debe reparar en las condiciones que atañen con el contenido de la declaración y que le imponen el escrutinio de aspectos intrínsecos de la misma, como su verosimilitud o inverosimilitud, la índole asertiva o dubitativa de la misma, la determinación de las circunstancias de modo, tiempo y lugar de su percepción, etc., o extrínsecos, como las contradicciones en que hubiere incurrido con otros testimonios considerados más fiables."

3. Declaración de parte y confesión

La declaración es la deposición que sobre un hecho realiza un sujeto procesal denominado “parte”. Es parte quien pide y contra quien se pide una pretensión. No es parte, por lo tanto, quien no ostente la calidad de demandante o demandado, incidentante o incidentado.

La declaración de parte puede tener dos fines, según el momento procesal en que se practique y según quien solicite y practique la prueba. Así, si quien solicita la prueba es la contraparte, la declaración de parte busca el fin de la confesión. Si, por el contrario, quien ordena la prueba es el juez, la declaración tendrá fines meramente aclarativos de la controversia.

La declaración de parte es, en sí, un medio de prueba. Será prueba la confesión que se busca con ella, tanto en la ley procesal civil, como en la ley procesal penal (indagatoria en Ley 600 de 2000).

3.1 La confesión

La confesión es la declaración que hace la parte sobre un hecho que le perjudica (definición del antiguo Código Judicial). No es confesión el simple testimonio que se hace de hechos que benefician a la parte o aclaran puntos sobre derechos de terceros en el proceso, ya que esto constituirá testimonio.

La confesión puede ser espontánea o provocada, lo que indica que, en algunos procesos y atendiendo al fin perseguido, la confesión puede ser obtenida aún por medios inductivos, tal como ocurre en el proceso civil.

3.2 Clasificación de la confesión

a. 3.2.1 Según ante quien se realice:

- a) Judicial: Se realiza ante un funcionario en ejercicio de sus funciones y en transcurso de un proceso o con el objetivo de iniciarlo.
- b) Extrajudicial: Se realiza por fuera de un proceso, pero en presencia de testigos. Debe ser probada en el juicio y para ello puede quien la alega valerse de otros medios (prueba de la prueba).

La confesión extrajudicial puede ser verbal o escrita (Art. 6º, numeral 3º, de la Ley 75 de 1968 para efectos de establecer filiación).

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en materia de confesión extrajudicial

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia del 21 de octubre de 1997, Magistrado Ponente Dr. Carlos Esteban Jaramillo Scholss, Rad. 4922.

“Acerca del tema específico propuesto en la censura, los autores tienen dicho, al ocuparse de la confesión extrajudicial, que el juzgador debe siempre tener presente los riesgos de aceptar este tipo de prueba, consistentes en que “puede haberse recogido y después emitido de un modo incompleto, o puede tal vez estar mal interpretada” (Carlos Lessona, “Teoría General de la Prueba en Derecho Civil” t.1, pág. 573) o que puede no haber existido en ella “animus confidenti” pues “importa sobremanera que el interesado en aprovechar la confesión extrajudicial, acredite de modo completo el ánimo de confesar de su contrario, esto es, la seriedad de su conducta, de su obrar, pues es éste el medio de evitar abusos y arbitrariedades, ya que en la realidad de la vida social, de relación, son constantes las manifestaciones de las personas, desprovistas de verdadero alcance y que sólo son hechas para resolver situaciones transitorias, para esquivar compromisos, desechar pedimentos o excusar incumplimientos, etc.

En consecuencia, no parece que sea lo correcto que en esta materia los funcionarios judiciales apliquen criterios de amplitud que llevan a calificar de ciertas, manifestaciones de naturaleza equívoca, dudosa, que en sí no ofrezcan alcance preciso” (Julio González Velásquez, “Manual Práctico de la Prueba Civil”, 1951, pág. 110).

Dicho en otras palabras, es norma de generalizada aplicación en el común de los procesos tomar a la confesión extrajudicial realizada de viva voz y revelada mediante el dicho de testigos que manifiestan haberla escuchado, como una prueba débil en extremo -deficiente o incompleta según lo expresaba la legislación procesal de 1931- que por sí misma no convence y requiere de otros elementos demostrativos con los cuales haga juego para que pueda obtenerse la certeza que se busca, y por eso no es posible aceptar el intento por el que aquí parece propugnar el recurso, consistente en amalgamar la declaración de varios testigos sobre circunstancias ante ellos relatadas por el presunto padre hasta convertirlas en una supuesta confesión extrajudicial con alcance suficiente para acreditar por sí misma la filiación en disputa, todavía con mayor razón cuando por expreso y terminante mandato del Art. 6º, numeral 3º, de la Ley 75 de 1968, en controversias de esta clase las únicas confesiones extrajudiciales de paternidad admisibles son las escritas, no las que verbalmente aquél pueda hacer ante la parte contraria o ante terceros.

En fin, no con la intención de ser repetitivos sino con el fin de dejar completamente aclarado el punto, importa anotar que esta corporación también ha expresado que “no es acorde con los principios jurídicos en que descansa la prueba de confesión, el que una manifestación de esta clase, hecha sin fórmula ni solemnidad alguna que le dé caracteres de seriedad, haya de ser tenida como prueba contra quien la ha hecho”. (G.J. XXXI, pág. 28) y en la misma medida, en cita que de Mattiolo trae Lessona según pasaje transcrito en sentencia de casación de 5 de julio de 1935, se dice que “no se puede nunca atribuir la eficacia de una plena prueba legal a la confesión extrajudicial hecha a un tercero, por lo cual sería

censurable en casación la sentencia que le reconociera fuerza de plena prueba, o presunción absoluta no impugnabile por cualquier prueba contraria” (G. J. XLII, pág. 309), concepto plenamente válido en vigencia del artículo 604 del Código Judicial de 1931 y que cobra actualidad en virtud de que es la fuente conceptual de la que se alimenta el recurrente para sustentar el cargo que se estudia en el aparte correspondiente.”

3.2.2 Según la forma como se obtenga

Atendiendo el rito de la obtención, la confesión puede ser:

- a) **Provocada.** Es aquella que se logra mediante interrogatorio de parte. Se admite en el proceso civil, laboral y de familia.

No es admisible en el proceso Contencioso Administrativo, cuando la parte interrogada es el representante de entidad pública (C.P.C. Art. 199).

Será admisible en el sistema de enjuiciamiento oral de la Ley 906 de 2004, con las limitaciones del principio de la no autoincriminación, en la medida en que al sindicado se le permite guardar silencio y por lo tanto jamás ser interrogado durante el proceso, pero si decide declarar lo realiza en calidad de testigo, sin que lo que diga en su contra pueda ser utilizado posteriormente para efectos de una condena o un agravante a la condena (Sentencia C-782 de 2005 proferida por la Corte Constitucional).

En lo que respecta al proceso de Tutela consagrado en el Decreto 2591 de 1991, es necesario aclarar que mientras en el proceso contencioso administrativo es inadmisibles la confesión ficta y aún la declaración de parte (Art. 168 C.C.A. y 199 del C.P.C.) en el trámite de amparo constitucional se reguló una situación intermedia que apunta a una confesión ficta por parte del servidor público que es sujeto pasivo de una demanda constitucional de amparo, tal como se desprende de la lectura del artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, que estableció que *“si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos”*.²⁹⁵

- b) **Espontánea.** Es aquella que se logra por cualquier otro medio procesal, siempre que se cumplan los requisitos de libertad y perjuicio para la parte, antes mencionados (Sentencia C-102 de 2005 proferida por la Corte Constitucional).

Son ejemplos de confesión espontánea:

- La que se realiza en la demanda y la contestación por parte de los apoderados;

²⁹⁵ NISIMBLAT, Nattan. Derecho Procesal Constitucional y Derecho Probatorio Constitucional en Colombia. In print.

- La que se realiza en la audiencia del artículo 101, salvo en la etapa de conciliación y;
 - La que se realiza en cualquier audiencia en procesos de investigación de la paternidad (filiación) cuando el demandado acepta expresamente la calidad de padre.
- c) **Tácita o ficta.** Se presenta este tipo de confesión ante la contumacia o la rebeldía del declarante.

La primera (contumacia) consiste en no acudir a un interrogatorio, judicial o anticipado, sin excusarse debidamente. La segunda (rebeldía), consiste en acudir al llamado del juez pero guardar silencio ante las preguntas válidamente formuladas.

En ambos casos el juez procederá a calificar la pregunta y si la encontrare asertiva la tendrá por resuelta afirmativamente. Una pregunta asertiva es aquella en la cual va envuelta la posibilidad de contestar con un “sí” o un “no”. Este tipo de confesión no es admisible en los procesos Contencioso Administrativos ni en los penales o disciplinarios.

Tratándose del proceso por audiencias, según la regla contenida en el artículo 432 del Código de Procedimiento Civil, tal y como quedó reformado por el artículo 25 de la Ley 1395 de 2010, la inasistencia de alguna de las partes a la audiencia de trámite, pruebas y sentencia, hará presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión en que se fundan las pretensiones o las excepciones, según el caso.

Las dificultades que ofrece la aplicación de esta norma son evidentes, pues riñe con lo previsto en el artículo 209 del Código de Procedimiento Civil, que establece que si el citado probare siquiera sumariamente, dentro de los tres días siguientes a aquél 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 aquélla tenga lugar.

3.2.3. Requisitos para la confesión ficta: art. 210 C.P.C.

La confesión presunta, tácita o ficta, debe reunir los siguientes requisitos:

- a) Que se pretenda provocar la confesión
- b) Que se decrete el interrogatorio a solicitud de parte. El interrogatorio decretado oficiosamente no busca obtener confesión, sino aclarar puntos dudosos por parte del juez, aún en el evento contemplado en la nueva redacción del artículo 101 del C.P.C., según la reforma de la Ley 1395 de 2010.

- c) Que el auto que señala fecha y hora sea notificado debidamente.
- d) Que el citado sea contumaz o rebelde.
- e) Que la conducta, en caso de rebeldía sea evasiva o que el interrogado decida guardar silencio.
- f) Que la pregunta no sea autoincriminativa.
- g) Que el juez haya advertido sobre las consecuencias de la rebeldía.
- h) Que exista un pliego de preguntas o que existan hechos susceptibles de confesión en la demanda o en la contestación y que sean materia de excepciones.
- i) Que el juez califique la pregunta
- j) Que el juez asigne la consecuencia asertiva a la pregunta dejada de contestar o a la afirmación realizada en la demanda o la contestación.

3.2.4. Clasificación según su contenido

Atendiendo el contenido, la confesión puede ser:

- a) **Simple.** Cuando la parte reconoce el hecho perjudicial, sin condicionarlo a ninguna otra circunstancia o hecho.
- b) **Calificada.** Se presenta cuando la confesión es acompañada de una dispensa, de un calificante o una excusa. En este caso, la confesión es indivisible.

Un ejemplo ilustra la regla: *“Diga si es cierto que usted debe \$100.” Respuesta: “Sí, es cierto, pero ya los pagué”.*

3.3. Indivisibilidad de la confesión

De la actitud del citado frente a la pregunta realizada, surgen las siguientes posibles consecuencias:

- a) Simple declaración: se niega el hecho.
- b) Confesión simple: se acepta el hecho.
- c) Confesión indivisible: Se acepta el hecho y se le agrega una excusa. La excusa debe estar plenamente demostrada, para lo cual es admisible el aporte de documentos durante la diligencia.

- d) Confesión divisible: se acepta el hecho y se le agrega una excusa, pero la excusa no puede ser demostrada.
- e) Confesión y declaración de parte: a la respuesta se le agregan hechos que no guardan íntima relación con la pregunta (impertinentes).
- f) Confesión y testimonio. A la respuesta se le agregan hechos de los cuales el declarante tiene conocimiento pero no le afectan.
- g) Simple testimonio. El declarante se limita a relatar hechos ajenos a su condición de parte, pero que son pertinentes al proceso, tal como puede ocurrir cuando la Litis la integran un número plural de personas y todas ellas actúan como litisconsortes facultativas.

3.4 Requisitos formales y materiales de la confesión: art. 195 del Código de Procedimiento Civil

Para que la confesión surta plenos efectos, debe reunir los siguientes requisitos:

- a) Capacidad y poder dispositivo sobre el derecho. Quien declara debe ser plenamente capaz, jurídica y procesalmente. No pueden confesar, los menores de edad, los representantes de entidades públicas y de la Nación, el Curador Ad-Litem, el defensor de oficio y en general quien no tenga potestad para disponer libremente del derecho litigioso.
- b) Hechos perjudiciales: la confesión debe ser sobre hechos que causan un perjuicio al declarante. No es confesión la declaración sobre hechos que perjudican a la contraparte.
- c) Que recaiga sobre hechos sobre los cuales la ley no exige otro medio de prueba. La confesión debe ser conducente. No se puede confesar sobre aquello que la ley exige formalidades.

Ejemplo: la adquisición de un bien inmueble, o la celebración de una promesa de compraventa, pues ambos actos jurídicos son formales, escritos, tal como lo expresan el Decreto 1250 de 1970 y el artículo 1611 del Código Civil (subrogado por la Ley 153 de 1887), respectivamente.

- d) Que sea expresa: que no dé lugar a equívocos.

- e) Que sea consciente: la consciencia se refiere al “*animus confitendi*”, el cual proviene de la capacidad mental para confesar. No tiene ánimo de confesar, quien no entiende las consecuencias de sus actos.
- f) Que sea libre. La confesión no puede ser obtenida por medios coactivos, indignos o violentos. Sí puede, sin embargo, ser obtenida mediante preguntas asertivas.
- g) Que verse sobre hechos personales, o sobre los cuales tenga conocimiento. Esta previsión incluye a los representantes legales de personas jurídicas, tal como lo establece el art. 198 del C.P.C., quienes tienen el deber de declarar a partir del momento que en que fungen como tales, caso en el cual no será motivo de dispensa el haber, por ejemplo, asumido el cargo de manera reciente, pues la ley le presume el conocimiento de todo aquello relacionado con la persona a la cual representa.
- h) Que se encuentre plenamente demostrada, si es extrajudicial.
- i) Que la realice la parte, es decir, el demandante o el demandado, el incidentante o el incidentado plenamente capaz.
- j) Que no esté infirmada. Toda confesión admite infirmación. Quien infirma una confesión tiene la carga de probar los hechos en que se funda su alegación.

3.5. El polígrafo

El polígrafo, también denominado prueba poligráfica o psicofisiología forense, consiste en la medición de las reacciones corporales o signos vitales mediante aparatos que registran los cambios y las reacciones de una persona que se somete a un interrogatorio por parte de un especialista, denominado psicofisiólogo.

La naturaleza jurídica de este medio de prueba aún se encuentra en discusión, pues, para algunos, se trata de una prueba científica, novel, que debe ser tratada bajo reglas especiales y que por tanto no admite su práctica al amparo de aquéllas que regulan el interrogatorio o el testimonio y, para otros, se trata en efecto de un interrogatorio asistido por un perito, quien determina su resultado y recomienda al juez el sentido de la valoración.

3.5.1. Inadmisibilidad en materia penal

Corte Suprema de Justicia, sentencia del 1º de agosto de 2008, Proceso 26.470:

“...lo que concretamente marca el polígrafo es la reacción del individuo frente a precisas situaciones y preguntas ocurridas en una atmósfera privada, en la cual el experto califica como “DI” (decepción indicada) si advierte reacciones fisiológicas indicativas de engaño, o como “NDI” (no decepción indicada) si no las hay y como “NO” cuando no puede dar una opinión, pero en ningún momento esa diagnosis resulta idónea para trasmitirle al fun-

cionario judicial los conocimientos que requiere para adoptar sus decisiones, que es la finalidad de todo medio de prueba. Desde otro margen, no es cierto, como algunos afirman, que en el derecho comparado y específicamente en los Estados Unidos, lugar donde tuvo su origen el examen de polígrafo, se haya generalizado su aceptación como medio de prueba. La literatura informa de lo excepcional de su admisibilidad, hallándose limitada a los siguientes eventos: (i) cuando hay estipulación entre las partes; y (ii) una vez estipulada, cuando se usa para impugnar o corroborar un testimonio. Consecuentes con esa tradición, los tribunales norteamericanos prosiguen excluyendo la evidencia poligráfica cuando no ha sido estipulada, salvo el caso excepcional de Nuevo Méjico donde se ha admitido sin necesidad de acuerdo previo entre las partes.

Ahora bien, en Colombia habría dificultades para admitirlo aún si fuera objeto de estipulación en los asuntos tramitados por medio de la Ley 906 de 2004, por cuanto el parágrafo del ordinal 4° del artículo 356 limita su procedencia a hechos o circunstancias y como se ha visto el polígrafo no es apto para demostrar hechos o circunstancias de la conducta punible sino para ofrecer un dictamen acerca de si una persona, en un ambiente determinado, respondió con la verdad o con la mentira las preguntas estructuradas que se le hicieron. Para finalizar, la Corte encuentra peligros enormes frente a la libertad y a la dignidad del sujeto si se admite la utilización del polígrafo como medio de prueba, pues ese dispositivo antes que matizar la tensión entre la finalidad del proceso penal como método de aproximación a la verdad y la de proteger la integridad de los derechos fundamentales comprometidos, contribuye a afianzar más el fin que los medios, debido al dramático proceso de instrumentalización a que se somete a la persona, de quien se extraen mediciones tomadas del monitoreo de las reacciones del sistema nervioso autónomo, para convertir al propio individuo en instrumento de corroboración de una verdad a la que debe llegar la administración de justicia con absoluto respeto por la dignidad humana.

*En suma, todas esas razones llevan a la Sala a colegir que **el polígrafo no es admisible** como medio de prueba en el contexto de la teleología de la investigación penal y por esa razón se abstiene de desarrollar el segundo punto relacionado con su confiabilidad, que es de carácter técnico-científico, enfatizando que los motivos que llevan a descartar su uso dentro del proceso penal nada tienen que ver con su empleo en otras áreas, como ocurre con los procesos de selección de personal. Por lo tanto, la Sala no apreciará los resultados del polígrafo aportados por la defensa y mediante los cuales pretende controvertir la prueba legal y oportunamente allegada al proceso.”*

3.5.2. El polígrafo en Materia Laboral

El Ministerio de Protección Social, se pronunció mediante Concepto 7920 del 27 de noviembre de 2006, al considerar:

“...en criterio de esta Oficina, la práctica de la prueba del polígrafo sin el consentimiento del trabajador puede llegar a constituir un irrespeto y ofender su dignidad, pero este es un aspecto que no están facultados para determinar los funcionarios del Ministerio de la Pro-

tección Social, por cuanto para hacerlo tendría que hacer juicios de valor, lo cual le está prohibido en el numeral 1 del artículo 486 del C.S.T., subrogado por el artículo 41 del D.L. 2351 de 1965 y modificado por el artículo 20 de la Ley 584 de 2000...”

3.6. Confesión por litisconsorte

Si una de las partes es plural y se quiere obtener la confesión, debe determinarse si el litisconsorcio es necesario o facultativo.

Si el litisconsorte es facultativo, sus actos procesales solo le perjudican a él y por lo tanto es libre de confesar.

Si, el litisconsorcio es necesario, deberá obtenerse la confesión de toda la parte y en tal virtud, la declaración de los litisconsortes necesarios puede ser:

- a) **Confesión:** todos los litisconsortes aceptan.
- b) **Simple declaración:** ninguno de los litisconsortes acepta.
- c) **Testimonio:** alguno de los litisconsortes acepta.

3.7. Práctica del interrogatorio de parte

Para la práctica del interrogatorio en materia civil, cuando el proceso se adelante por el rito escritural (procesos iniciados antes de la vigencia de la Ley 1395 de 2010), se seguirán las siguientes reglas:

- a) Juramento. Al interrogado se le tomará juramento. Si se niega el juez lo exhortará a decir la verdad.
- b) Las preguntas autoincriminativas (con consecuencias penales o disciplinarias) se absolverán sin juramento y se advertirá al declarante que no está en el deber de responder. En todo caso, si el declarante accede a la respuesta, ella no tendrá consecuencias en un futuro proceso penal.
- c) Se limitará el interrogatorio a 20 preguntas, salvo en el proceso verbal sumario, que no excederán de 10.
- d) Si el interrogatorio fue decretado de oficio, solamente interrogará el Juez.
- e) El declarante puede aportar documentos que tengan íntima relación con los hechos materia del interrogatorio. También lo puede hacer quien lo solicita. De todo documento aportado en diligencia se correrá traslado a la contraparte por 3 días para que ejerza su derecho de contradicción.

- f) Comisión. Si el interrogatorio debe realizarse por fuera de la sede del Juzgado, se comisionará al juez que corresponde, pero será el juez comitente quien califique las preguntas, a menos que se sustituya el pliego de preguntas el día antes de la diligencia, caso en el cual deberá calificarlas el comisionado.
- g) Una vez iniciada la diligencia no se podrá suspender, como tampoco para responder una pregunta con fines de consulta. Sin embargo sí se podrán consultar y aportar documentos.
- h) El juez podrá rechazar una pregunta por impertinente, inconducente, inocua o superflua, capciosa, imprecisa o sugestiva.
- i) Las partes podrán objetar por los mismos motivos una pregunta. Si la objeción es fundada se procederá a la siguiente pregunta sin poderla sustituir por una nueva.
- j) El auto que declara fundada una objeción no es susceptible de recursos.

3.7.1. Práctica en el proceso verbal y verbal sumario bajo reglas de oralidad plena

Cuando el interrogatorio se adelante en proceso verbal, según lo previsto en el artículo 7° de la Ley 1395 de 2010, que modificó el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, el juez oficiosamente interrogará de modo exhaustivo a las partes sobre el objeto del proceso, estas podrán formular el interrogatorio a su contraparte y se acudirá al careo si se hiciese necesario; luego de ellos se fijará el objeto del litigio.

Resulta evidente que la norma radica en el juez el *dominus* de la prueba, lo que destaca una cualidad inquisitiva del nuevo proceso civil, pues es él quien debe interrogar “*de modo exhaustivo a las partes sobre el objeto del proceso*”, tal como ocurre actualmente en el proceso laboral, contrario a lo que ocurre en el proceso penal por audiencias previsto en la Ley 906 de 2004, en el cual el interrogatorio es de naturaleza cruzada y su dominio corresponde a quien pide la prueba, quien formula un primer cuestionario que se denomina “directo”, para ceder a su contraparte el derecho a contrainterrogar (ver trámite del interrogatorio cruzado en el capítulo sobre la prueba testimonial en proceso penal).

Debe tenerse en cuenta que este es el único interrogatorio de las partes que se practica en el proceso verbal, tal como quedó redactado el artículo 432 del Código de Procedimiento Civil por la reforma que de él hizo el artículo 25 de la Ley 1395 de 2010.

3.8. Jurisprudencia en materia de confesión

3.8.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia del 28 de noviembre de 2000, Magistrado Ponente Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Rad. 5768.

“La confesión judicial, por realizarla una de las partes ante un Juez en ejercicio de sus funciones, será provocada si se origina con ocasión de interrogatorio formulado por su adversario o por el mismo juzgador, en contraposición con la espontánea que se deriva de la demanda, su contestación o de cualquier otro acto procesal sin previo interrogatorio, siempre y cuando se satisfagan, en lo pertinente, las exigencias de los artículos 194 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

A ello se agrega que la confesión también puede producirse, como sanción, frente a ciertas conductas asumidas por las partes durante la tramitación del litigio, que no se acompañan con el principio basilar de lealtad procesal, ni con el deber de colaboración para el esclarecimiento de los hechos de incidencia en la decisión judicial.

En este sentido, el artículo 210 del estatuto procesal civil, ha establecido que la ausencia injustificada del demandante o del demandado a su interrogatorio de parte o a su continuación, hará tener por ciertos los hechos susceptibles de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas que sean admitidas por el Juez y que consten en el formulario escrito aportado para el efecto, o, en su defecto, que se hayan alegado en la demanda, las excepciones de mérito o sus respectivas contestaciones, según fuere el caso. Esta misma consecuencia se derivará cuando, de asistir, la parte es renuente a contestar o da respuestas evasivas, si a pesar de verificarse la amonestación judicial que prevé el artículo 208 ibídem en su antepenúltimo inciso, el absolvente persiste en su reticencia.

Y no podía ser de otra manera, en tanto que “reconocido el derecho de interrogar judicialmente al adversario por las razones y con los fines que hemos dicho, nace en el interrogado la obligación de responder. El silencio no puede interpretarse, salvo prueba en contrario, sino como la admisión de los hechos propuestos, y así debe sostenerse, ya cuando el interrogado no comparezca, ya cuando rehúse responder, siempre que no justifique un impedimento legítimo. El no comparecer viene a probar que se carece de valor para presentarse y admitir un hecho; y el no querer responder, cuando no se cuestiona sobre la admisión del interrogatorio o cuando fue denegado, significa un pretexto de no querer decir una verdad que redundaría en propio daño”²⁹⁶.

Al fin y al cabo, como lo puntualiza Pescatore, citado por el referido autor Lessona, “El silencio del interrogado se atribuye a la conciencia de no poder negar, e induce la confesión tácita: el silencio es el efecto, y la conciencia de la verdad es su causa determinante; la inducción marcha desde el efecto a la causa y descubre la verdad en la conciencia del interrogado, eliminando cualquier otro motivo del silencio” (Ibídem).

²⁹⁶ Carlos Lessona. Teoría General de la Prueba en el Derecho Civil, Tomo I, pág. 537.

*Ahora bien, la mencionada consecuencia de presumir la confesión como secuela de la rebeldía injustificada frente al interrogatorio, presupone que éste haya sido necesariamente convocado a instancia de parte, en ejercicio del derecho que confiere el artículo 203 del Código de Procedimiento Civil. Así se desprende del artículo 207 del ordenamiento procesal, norma según la cual “El interrogatorio será oral, **si la parte que lo solicita** concurre a la audiencia; En caso contrario, el **petionario** deberá formularlo por escrito en pliego abierto o cerrado...” (Se resalta).*

Por tanto, si la convocatoria a rendir declaración se hizo oficiosamente por el Juez, en ejercicio de los poderes de instrucción que le han sido conferidos, tal como lo habilita el artículo 202 de la mencionada codificación, la contumacia no tendrá otra consecuencia que la de constituir un indicio, según lo precisa la misma disposición, motivo por el cual los pliegos de preguntas que la contraparte presente con el propósito de que sean tenidos en cuenta, no están llamados a generar ningún efecto probatorio, pues en esta clase de diligencias sólo el Juez puede interrogar.

Justifícase 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 de lograr el despacho favorable de sus súplicas, sino el juzgador, motu proprio, 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 en 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 abstracto, 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.”

3.8. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia: elementos de la confesión

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del primero de octubre de 2004, Magistrado Ponente Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Exp. 7560.

“El primer inciso del artículo 200 del Código de Procedimiento Civil, expresa que la confesión “deberá aceptarse con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernien-

tes al hecho confesado, excepto cuando exista prueba que las desvirtúen”, y en el segundo, que “...cuando la declaración de parte comprenda hechos distintos que no guarden íntima conexión con el confesado, aquellos se apreciarán separadamente”.

La norma anterior consagra, de manera apodíctica, la –llamada- indivisibilidad de la confesión, de cuya lectura se desprende que el fundamento toral de la anunciada inescindibilidad descansa en la íntima, amén de acerada conexidad existente entre lo que se confiesa y lo que se adiciona o agrega (plus), por manera que si ella no se verifica, no será dable pretextar esta singular característica, lo cual, prima facie, si bien resulta simple de enunciar, no es menos cierto que, in casu, su examen y la determinación de sus consecuencias, se traduce en una labor no exenta de dificultad. Tanto así que la confesión, se ha dicho, puede ser simple, cualificada o compuesta –entre otras clasificaciones-, trinomio éste que tiene asignados rasgos y efectos divergentes, tal y como lo corrobora la jurisprudencia, a la par que la doctrina vernácula.

Tiene lugar la primera, cuando el confesante se limita, simple y llanamente, a declarar el hecho que le perjudica, sin formular aclaraciones y explicaciones (aditivos), de suerte que como lo explicita el profesor Antonio Rocha, ella “Consiste en reconocer sin salvedades la afirmación del adversario”²⁹⁷.

Hay confesión cualificada, por su parte, “...cuando las explicaciones dadas por el confesante guarden íntima relación con el hecho reconocido como cierto, no sólo por su naturaleza sino también por el tiempo de su ocurrencia, hasta el punto de integrar una unidad jurídica que el principio de la lealtad procesal impide dividir, a fin de que quien la provocó no pueda prevalerse únicamente de lo que ella le beneficia”, y se materializa la compuesta, “...por la ausencia de íntima conexidad entre lo que se confiesa y lo que se agrega. Como el hecho agregado es aquí distinto y separado del reconocido, la falta de relación íntima permite dividirlos, ya que el primero tiene origen distinto al del segundo, en frente del cual el confesante asume el deber de probar su defensa” (cas. civ. de 29 de enero de 1975, no publicada).

Se comprende, entonces, que como la confesión simple, por su propia naturaleza, se torna inescindible, el criterio diferencial consagrado en el artículo antes transcrito, de la indivisibilidad o divisibilidad de la confesión, deviene predicable de la cualificada y de la compuesta, según el caso, siendo la primera, por regla general, indivisible, al paso que de la última no podrá pretextarse tal calidad.

Claro entonces que no todos los tipos de confesión son susceptibles del mencionado atributo de la indivisibilidad, de suyo limitado, según se anotó, debe recordarse que la ratio de la indivisibilidad de la confesión cualificada, radica en dos puntuales circunstancias: la primera, en que el hecho confesado es uno sólo (unicidad confesional), con todas las “modificaciones, aclaraciones y explicaciones” que han sido expuestas por el declarante, que alu-

²⁹⁷ De la Prueba en Derecho, Universidad Nacional, Bogotá, 1949 pag. 79

den “...a una cierta forma de presentar el hecho: este desde luego, no se traza por el absolvente de una manera escueta, o sea, en los mismos términos por los que el preguntante averigua, sino que le introduce un matiz o faceta diferente.

La descripción tiene que corresponder al hecho del que se trate, sólo que sus notas distintivas no son, en su totalidad, las que afirma la contraparte” (CCVIII, 113); y la segunda, en que sería injusto y arbitrario, de cara a la anunciada unidad del hecho declarado, aceptar únicamente la parte que desfavorece o perjudica al declarante y no la que lo beneficia, o pueda llegar a beneficiarle, en la medida en que sirva de explicación causal. Al fin y al cabo, si ha de darse credibilidad al dicho del confesante, esto es, en su justa extensión explicativa, ha de aceptarse, in toto, su declaración, en orden a extraer de ella determinadas secuelas jurídicas, pues “...mal se procede al separar lo inseparable, para entender como veráz sólo aquello que grava al confesante y negarle credibilidad a cuanto lo favorece. En lo filosófico ello entraña notable injusticia y en lo probatorio constituye grave error (cas. civ. 26 de febrero de 2001, Exp. 5861).

En la denominada confesión compuesta, por el contrario, la declaración versa sobre dos o más hechos distintos e independientes, sin vínculo o conexión intrínseca que los ligue, de suerte que no constituyendo una unidad, la confesión sólo prueba el hecho perjudicial al declarante, pero no los demás que puedan favorecerlo, respecto de los cuales éste tendrá sobre sí, la carga probatoria de demostrarlos, siendo insuficiente, para tal propósito, su mera declaración.”

3.9 El principio de no autoincriminación

El principio de no autoincriminación se encuentra consagrado en el artículo 33 de la Constitución Nacional, así como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas de 1966 (Arts. 8 y 14) y en la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (art. 8), tratados ambos válidamente ratificados por Colombia.

Según este principio, 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 jurisprudencia de la Corte ha definido los casos en que la persona tiene derecho a guardar silencio, ya que, dependiendo de la normatividad que regule el proceso y la naturaleza del asunto, su aplicación tiene condicionantes.

3.10 Tratamiento constitucional de la no autoincriminación en Colombia

La Corte Constitucional ha distinguido el foro donde debe y puede invocarse el principio, pues no en todos los casos es procedente acusar violaciones por desconocimiento de la regla.

3.10.1 El principio de la no autoincriminación como valor absoluto.

Tratándose de derecho criminal, disciplinario, policivo y en general sancionatorio, el principio de la no autoincriminación tiene un valor absoluto. Es decir, cuando se trate de un proceso en que la persona sea investigada, imputada, acusada, sindicada o aún condenada, el derecho a guardar silencio implica una doble connotación: 1. El derecho a no confesar, es decir, a permanecer callado y; 2. El derecho a que el silencio no sea usado en su contra.

El derecho a permanecer callado, indica la Constitución, se extiende hasta los grados cuarto de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil, e implica para el interrogado la facultad de participar abiertamente de un interrogatorio en el que se le formulen preguntas sobre su responsabilidad, o bien asumir una conducta pasiva, eligiendo no contestar o no asistir.

Es necesario distinguir las dos situaciones, pues cada una de ellas tiene regulación especial en nuestro sistema jurídico.

Bajo el sistema inquisitivo contemplado en la ley de enjuiciamiento criminal del año 2000 (ley 600), es deber del Fiscal y del Juez citar y hacer comparecer al imputado o al sindicado para que absuelvan interrogatorio sobre los hechos materia del proceso. Este interrogatorio, por expreso mandato de la ley, es libre, es espontáneo, es desprovisto de juramento y, dada su naturaleza, no contiene preguntas asertivas²⁹⁸.

Siendo imperativa la citación, es igualmente obligatoria la comparecencia, y es allí donde el imputado (versión libre) o el sindicado (indagatoria), pueden hacer uso del derecho a no contestar, es decir, a guardar silencio.

Ya en la regulación del sistema de corte acusatorio, implementado por la ley procesal penal de 2004 (ley 906 que implementó el juicio oral y adversarial), al sindicado le asiste el derecho de no comparecer ante el juez, quien tampoco podrá citarlo, ni aún en uso de su facultad inquisitiva²⁹⁹.

3.10.2 El principio de no autoincriminación en el Derecho Procesal Civil

²⁹⁸ La pregunta asertiva es aquella que solo busca una respuesta derivada de la afirmación implícita en ella, es de decir, un sí o un no. Por ello, es común que al formularse una pregunta asertiva, la frase comience con las expresiones “diga usted si es cierto...”.

²⁹⁹ Recientemente reconocida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a pesar de la prohibición legal contenida en la ley acerca del principio eminentemente dispositivo que rige el nuevo proceso penal (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicación 24468, Magistrado Ponente Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO.)

Ya en el derecho procesal civil³⁰⁰, el tratamiento es distinto y por lo tanto el derecho a guardar silencio no tendrá la misma regulación.

Aunque la Constitución no distinguió en la redacción del artículo 33, la Corte Constitucional, bajo una interpretación histórica, con motivo del análisis del artículo 194 del Código de Procedimiento Civil, puntualizó:

“Para la Corte es claro que conforme a lo expuesto en la sentencia C - 422 de 2002, ya citada, la garantía constitucional a la no autoincriminación no se opone en ningún caso a la confesión como medio de prueba, siempre que ésta sea libre, es decir, sin que de manera alguna exista coacción que afecte la voluntad del confesante, requisito igualmente exigible en toda clase de procesos.

*La confesión, esto es la aceptación de hechos personales de los cuales pueda derivarse una consecuencia jurídica desfavorable, como medio de prueba no implica por sí misma una autoincriminación en procesos civiles, laborales o administrativos. De la misma manera, ese medio de prueba es admisible en el proceso penal, pero en todo caso, en ninguna clase de procesos puede ser compelida la persona a la aceptación de un hecho delictuoso, que es en lo que consiste la autoincriminación, que la Constitución repudia.”*³⁰¹

Auto incriminarse es, entonces, confesar la comisión de un delito. En tal virtud, por no veros los procesos civiles, laborales, contenciosos y aún los constitucionales subjetivos (tutela) sobre aspectos relativos al delito, es admisible que una persona que es sometida a interrogatorio pueda confesar.

Es más, del estudio de las normas que la Corte declara exequibles se desprende una conclusión: La confesión puede ser provocada y para ello se admiten las preguntas asertivas - desterradas del proceso penal inquisitivo³⁰², pero útiles en el proceso civil-, ya que de allí es que se derivará, inclusive, el derecho de quien pretende incoar acción contra el declarante, tal y como ocurre con la confesión obtenida anticipadamente al proceso, regulada por los artículos 295 y 488 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con lo previsto en el artículo 12 de la Ley 446 de 1998, normas que prevén explícitamente la posibilidad de provocar la declaración de la parte para lograr la confesión.

3.11 Infirmación de la confesión

Finalmente, sea en el proceso penal, sea en el proceso civil, aún en el evento de haberse producido la confesión – auto incriminativa o no, según la naturaleza del proceso-, tanto la constitución como la ley admiten infirmación, es decir, el derecho a retractarse de lo confesado (C.P.C. Art. 201).

³⁰⁰ Del cual se nutren el laboral, el contencioso administrativo y el constitucional.

³⁰¹ Corte Constitucional. Sentencia C - 102 de 2005.

³⁰² Admitidas en el acusatorio por su estructura adversarial. Art. 394 Ley 906 de 2004.

Pero, como quiera que las consecuencias en uno y otro caso varían, es menester aclarar dos puntos fundamentales:

El primero y respecto del proceso penal, según el cual quien se retracta, infirma. Es decir, que quien ha confesado la comisión de un hecho es libre de desconocer su propio dicho, caso en el cual, como antes se anotó, tal conducta no podrá ser utilizada en su contra como indicio de la ocurrencia del hecho confesado o de algún otro.

El segundo atañe al proceso civil y por ende al contencioso, el laboral y el constitucional, ya que allí lo que se discute no es la responsabilidad penal o disciplinaria, sino la ocurrencia o no de un hecho al cual la ley sustancial le asigna consecuencias jurídicas de orden personal o patrimonial, y es por ello que la regulación adjetiva prevé soluciones frente a la confesión, aún la obtenida por la mera conducta pasiva de la parte (confesión ficta e indicios), pudiendo el confeso desvirtuarla, pero con carga de probar, descontando por supuesto, el hecho inconfesable, esto es, el hecho que no admite presunción, como lo es aquel sobre el cual no se tiene libre disposición, el hecho imposible física o jurídicamente, el objeto ilícito o la causa ilícita, pues no admitiendo prueba de confesión, tampoco requieren infirmación.

4. Juramento

El juramento es conocido como un sucedáneo, es decir, un reemplazo de prueba, y procede cuando la ley defiere en la parte la posibilidad de estimar algo, por lo general la cuantía de un perjuicio, ante la inexistencia de medios probatorios iniciales que ayuden al juez en la determinación del monto que funda la pretensión del sujeto y que va a servir para informar la actuación que debe ordenar a partir de dicha pretensión (art. 211 C.P.C.).

Ejemplo de ello se encuentra en el proceso ejecutivo originado en obligaciones de hacer o de no hacer, donde la ley defiere al demandante la posibilidad de estimar en su demanda el monto de los perjuicios bajo juramento, con la carga de sostener su posición procesal frente al demandado, so pena de que este pruebe lo contrario durante la controversia (C.P.C., arts. 493, 494, 495).

Según lo previsto en la Ley 1395 de 2010, quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente.

Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. 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 treinta por ciento (30%) de la que resulte en la regulación, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia.

Esta disposición, sin embargo, rige exclusivamente en el caso de pretensiones que se funden en situaciones consolidadas, que el accionante o incidentante y en general quien invoque daño, pueda demostrar mediante la invocación de hechos pasados, a los cuales queda atado procesalmente y comprometido a su demostración.

No así ocurre con los daños y los perjuicios que, o bien son de difícil demostración o bien están deferidos al *arbitrium iuris*, tales como los daños futuros o los perjuicios inmateriales, pues tales rubros de indemnización, si bien se fundan en pruebas y en afirmaciones de la parte que los invoca, están sometidos a la estimación razonada del juez en su decisión, caso en cual habrá que distinguir plenamente cuándo se está dispensado de prestar este tipo de juramento, siendo ejemplo de ello:

- a. La estimación de los daños morales, psíquicos y a la vida de relación.
- b. La pérdida del chance o "*perte d' un chance*"³⁰³.

³⁰³ "El daño por pérdida de chance u oportunidad de ganancia consiste en que el perjudicado pierde la posibilidad o expectativa o conseguir o tener un bien, material o inmaterial. Se trata de la llamada <<perte d' un chance>> definida por la doctrina francesa como la <<desaparición de la probabilidad de un suceso favorable>> o pérdida de la oportunidad de obtener una ganancia la cual tiene que contemplarse de una forma res-

- c. La pérdida de la oportunidad de desarrollo profesional³⁰⁴.
- d. Oportunidad o chance matrimonial³⁰⁵.
- e. La estimación del lucro cesante futuro.
- f. La estimación del daño emergente futuro.
- g. Los daños punitivos.³⁰⁶
- h. Los cálculos actuariales (Ley 446 de 1998).
- i. En general, cualquier daño o perjuicio inmaterial.

trictiva y su reparación nunca puede plantearse en los mismos términos que si el daño no se hubiera producido y el resultado hubiera sido favorable al perjudicado"

La pérdida de la oportunidad debe ser indemnizada cuando alcanza un determinado grado de probabilidad. Se basa sobre un pronóstico acerca de cuales eran las probabilidades de ganancia de las víctimas, en una proyección de lo que hubiera ocurrido eliminando hipotéticamente el hecho dañoso. Para ser indemnizable, la oportunidad perdida deber ser cierta, debiendo existir posibilidad de ponderación de su probabilidad o improbabilidad."

Con relación a la cuantificación de la oportunidad perdida ha indicado la doctrina:

Es muy importante tener presente que lo indemnizable es la oportunidad o chance considerado en sí mismo, no la totalidad de la ganancia que se hubiere obtenido si los hechos hubiesen ocurrido de la manera esperada "lo resarcible es la eliminación del chance misma, lo cual importa un resarcimiento menor en comparación con el que corresponde otorgar cuando se resarcen daños de otra índole"

La cuantificación de la pérdida de la oportunidad debe hacerse utilizando un método prospectivo, esto es, planteando escenarios hipotéticos de como podría haberse desenvuelto la situación de la víctima de no haber ocurrido el daño. Una vez determinados los escenarios posibles, de acuerdo con las circunstancias y condiciones particulares de cada caso, el juez determinará cual de ellos era más probable que se produjera y procederá a evaluar cada uno de acuerdo con la posibilidad de ocurrencia. Una vez establecida cual era la oportunidad con mayor probabilidad, se procede a realizar un estimación económica de la misma" (María Cristina Isaza Posse. Pg. 40, 41 y 42).

³⁰⁴ El Consejo de Estado ha reconocido que el hecho dañoso priva a la víctima de una oportunidad cierta de desarrollo profesional. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006. Consejero Ponente Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

³⁰⁵ El daño que da lugar a esta pérdida de oportunidad (chance maritalis) es de origen estético, , originado en la dificultad que las secuelas que le ha dejado el hecho ilícito le originan para contraer matrimonio. Isaza Posse, María Cristina. De la cuantificación del daño. Ed, Temis. Pg., 41.

³⁰⁶ Este tipo de daños provienen del derecho anglosajón y constituyen una sanción civil a quien ha causado daño doloso o gravemente culposo. Aún no se conocen fallos en nuestro derecho que los reconozcan, pero nada impide que un replanteamiento de la teoría de los daños pueda reconocer este tipo de indemnizaciones a cargo de quien ha sufrido un daño injusto por parte de quien, a sabiendas, quebrantó el orden jurídico y social.

Debe tenerse en cuenta, finalmente, que la Corte Suprema de Justicia determinó desde el año 2009 que la pretensión innominada “*lo que se pruebe*”, es admisible en el proceso civil, situación que puede servir de elusión a la norma aquí planteada, pues la indeterminación de la pretensión hace nugatoria la imposición del juramento estimatorio, aclarando que, según el contenido de los artículos 75 y 82 del Código de Procedimiento Civil, no es admisible acumular en un mismo título pretensiones nominadas e innominadas, pues las unas hacen parte de la manifestación inequívoca de tasación del monto por parte del accionante y las otras del futuro resultado probatorio.

Un ejemplo de lo anterior sería acumular en la misma pretensión, de una parte, la solicitud de condena al pago de la suma de cien millones de pesos y de la otra la expresión “*o lo que se pruebe*”, ya que son pretensiones evidentemente excluyentes, tanto por su construcción gramatical (uso del “o” disyuntivo), como por su destino procesal, pues, o bien sabe el peticionario que su perjuicio son cien millones, o desconoce cuál es el monto de los perjuicios causados y para ello aporta o solicita pruebas que le van a suplir su deficiencia probatoria, tales como los documentos, los libros de comercio, la exhibición, la inspección judicial y el peritaje, las cuales tienen vocación de determinación del perjuicio.

Finalmente, es necesario ilustrar casos en que el Código de Procedimiento Civil ordena prestar juramento, aclarando que tal previsión tiene sustento en la buena fe procesal y no en la estimación de perjuicios.

En materia procesal, se conoce el juramento como una formalidad que antecede a ciertos actos jurídicos declarativos, tales como los testimonios, los informes o las peritaciones, consistente en la “declaración de verdad” que hace el declarante, sobre los hechos que van a ser materia de su exposición. Este tipo de juramento no es considerado medio de prueba, sino compromiso de lealtad, de seriedad y de responsabilidad.

Son entonces ejemplos del juramento, aunque no estimatorio:

- El que presta el agente oficioso (art. 47 C.P.C.)
- El que presta quien afirma ignorar el domicilio del denunciado en pleito, su residencia, la de su habitación u oficina o la de su representante (art. C.P.C.)
- El que presta el abogado principal, cuando afirma que los sustitutos están ausentes o faltan por otro motivo o no quieren ejercer el poder (art. 66 C.P.C.).
- El que presta el demandante cuando afirma ignorar el domicilio del demandado o su apoderado (art. 75 C.P.C., nums. 2 y 11).
- El que presta quien afirma no tener la representación de una sociedad de hecho (art. 78 C.P.C.).

- El que realiza el demandado respecto del lugar de habitación o de trabajo donde el demandado o su representante o apoderado recibirán notificaciones. (art. 92 C.P.C.).
- El que afirma la pérdida o destrucción de la primera copia (art. 115 – 2 C.P.C.).
- El que presta el apoderado de la parte interesada al formular la solicitud de reconstrucción de un expediente, respecto del estado en que se encontraba el proceso y la actuación surtida en él (art. 133 C.P.C.).
- El que presta quien afirma estar en situación de pobreza para efectos de obtener el amparo (art. 161 C.P.C.).
- El que presta el notificador cuando el notificado no sabe, no quiere o no puede firmar (art. 315-4 C.P.C.).
- El que presta el demandante en el proceso abreviado de entrega de la cosa por el tradente al adquirente cuando afirma no haber recibido la cosa (art. 417 inc. 3 C.P.C.).
- El que presta el demandante en el proceso de rendición provocada de cuentas, cuando lo afirmado es lo que se le adeude o considere deber (art. 418 C.P.C.). (Estimatorio).
- El que presta el ejecutante, cuando lo pretendido es la ejecución por obligación de dar o hacer (art. 493 C.P.C.). (Estimatorio).
- El que presta el ejecutante cuando lo pretendido es el pago de perjuicios por la no entrega de una especie mueble o de bienes de género distintos de dinero, o por la ejecución o no ejecución de un hecho (art. 495 C.P.C.). (Estimatorio).
- El que presta el acreedor del asignatario que repudia la asignación y afirma que la repudiación le causa perjuicio (art. 592 C.P.C.).

5. Los documentos

El documento es una cosa mueble que ha sido creada o manipulada por el hombre con el fin de transmitir algo.

Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares.

El Código de Procedimiento Penal (ley 906 de 2004), determina que se entienden por documentos, para los efectos de este código, los siguientes:

1. Los textos manuscritos, mecanografiados o impresos.
2. Las grabaciones magnetofónicas.
3. Discos de todas las especies que contengan grabaciones.
4. Grabaciones fonópticas o videos.
5. Películas cinematográficas.
6. Grabaciones computacionales.
7. Mensajes de datos.
8. El télex, telefax y similares.
9. Fotografías.
10. Radiografías.
11. Ecografías.
12. Tomografías.
13. Electroencefalogramas.
14. Electrocardiogramas.
15. Cualquier otro objeto similar o análogo a los anteriores.

No es documento, por lo tanto, el medio que sirve para escribir o para imprimir, pero que no contiene declaración o representación, como puede ser una hoja de papel en blanco.

5.1 Definición de documento

Toda cosa que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera. Es documento el que ha sido creado por el ser humano, lo demás no tendrá el carácter de documento.

5.2 Clasificación de los documentos

La clasificación de los documentos deriva tanto de la forma como la eficacia probatoria exigida u otorgada por la ley. Según sea el caso, los documentos serán:

1. Según su procedencia: públicos o privados

2. Según su contenido: declarativos o representativos
3. Según la certeza de su procedencia: auténticos o no auténticos
4. Según su originalidad: originales, copias o falsos.
5. Según el mérito probatorio: *ad substantiam actus y ad probationem*.

5.3 Documento público

Es aquel otorgado por un funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención.

Son funcionarios públicos los servidores del Estado que ejercen funciones en su nombre, a distinción de aquellos trabajadores que realizan labores para el estado pero que no lo representan. Ejemplo: técnicos de las empresas de servicios que tienen el carácter de “trabajadores oficiales”.

Para que un documento tenga el carácter de público es necesario que el funcionario que lo otorga o interviene en él esté en ejercicio de sus funciones.

No será público el documento que, a pesar de ser otorgado por quien tiene tal calidad, no la ejerce al momento de crearlo, como quien adquiere vivienda o firma pagaré a título personal.

Son ejemplos de documentos públicos:

- Certificaciones
- Resoluciones
- Decretos
- Sentencias
- Constancias
- Sellos de oficinas públicas o notariales
- Actas de matrimonio
- Partidas de matrimonio o de bautizo (tan solo las católicas apostólicas romanas en virtud de que han sido expedidas por autoridad eclesiástica vaticana bajo concordato vigente. Las demás serán documentos privados registrables.)
- Documentos creados por autoridad civil, administrativa o judicial extranjera

5.4 Escritura pública

Es el documento que, además de estar suscrito por el Notario, se conserva en el protocolo.

Protocolo es el registro en libros que llevan las notarías sobre todos los actos públicos que allí se realizan.

5.5 Documento privado

Es aquel que no reúne los elementos para ser público, es decir, aquel que no ha sido otorgado por funcionario público o por funcionario que no se encuentra en ejercicio de sus funciones.

No serán documentos públicos:

- Diplomas de universidades no estatales.
- Certificados y constancias de universidades no estatales.
- Certificaciones médicas.
- Constancias de trabajo.
- Documentos expedidos o creados en el extranjero en los que no interviene autoridad pública, salvo los notariales.

5.6 Documento declarativo

Es aquel que, además de ser creado por la persona humana, tiene como fin realizar una manifestación que busque una consecuencia frente a terceros, sin que ello implique necesariamente la creación de una obligación.

Serán declarativos los testimonios, los pagarés, las confesiones, etc.

Un documento declarativo puede ser:

A.- De simple ciencia como los testimonios y las confesiones.

B.- Dispositivo, como un pagaré, un contrato, una propuesta de negocios (oferta).

5.7 Documento representativo

Es representativo el documento que no contiene expresión de voluntad. Aquél que simplemente plasma un hecho o una versión del hecho.

Son ejemplos de documentos representativos los cuadros reproductivos o de impresión (que no dejan mensajes), las fotografías no editadas, las grabaciones digitales o magnetofónicas, etc.

5.8 Documento auténtico

Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado.

No es lo mismo documento auténtico que autenticado. El segundo es aquel que, siendo reproducción mecánica o manual, lleva la certificación de juez, notario o funcionario, de ser reproducción del original que tuvo a la vista.

La redacción civil es infortunada por cuanto confunde en varias normas los conceptos auténtico y autenticado.

El documento público se presume auténtico mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad.

La tacha de falsedad está ligada al principio de preclusión de los actos procesales. No es lo mismo la tacha que el desconocimiento. La primera la debe formular el presunto autor, el segundo los herederos del presunto autor.

El documento privado no auténtico lo será en los siguientes casos:

1. Si ha sido reconocido ante el juez o notario
- 2.- Si judicialmente se ordenó tenerlo por reconocido.
2. Si fue inscrito en un registro público a petición de quien lo firmó. Ejemplo. Los que se agregan a una escritura pública, tales como cartas de autorización cuando los poderes o la representación legal tienen restricciones.
3. Si habiéndose aportado a un proceso y afirmado estar suscrito, o haber sido manuscrito por la parte contra quien se opone, ésta no lo tachó de falso oportunamente, o los sucesores del causante a quien se atribuye dejaren de hacer la manifestación contemplada en el inciso segundo del artículo 289, esto es, la simple manifestación de no reconocer la firma del documento.
4. Si habiéndose aportado a un proceso y afirmado que la voz o que la imagen que aparece en una reproducción mecánica es de la parte contra quien se aducen, ella no la desconoce o tacha de falso el documento.
5. Si la parte que lo suscribe lo aporta a un proceso judicial.
6. Si se declaró auténtico en providencia judicial dictada en proceso anterior, con audiencia de la parte contra quien se opone en el nuevo proceso
7. Si se declaró auténtico en la diligencia de reconocimiento de que tratan los artículos 273 y 274 del Código de Procedimiento Civil, que establecen:

“Artículo 273. La declaración del citado será recibida previo juramento. 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 y si es cierto su contenido; cuando el citado no pudiere o no supiere leer, el juez deberá leerle el documento. En los demás casos, bastará que el compareciente declare si es o no suya la firma o el manuscrito que se le atribuye. El reconocimiento de la firma hará presumir cierto el contenido. Si a los sucesores o al mandatario no les consta que la firma o el manuscrito no firmado proviene de su antecesor o mandante, así podrán expresarlo.”

“Artículo 274. Renuencia del citado. Si el citado no concurre a la diligencia, o si a pesar de comparecer se niega a prestar juramento o a declarar, o dar respuestas evasivas, no obstante la amonestación del juez, se tendrá por surtido el reconocimiento, y así se declarará en nota puesta al pie del documento.”

5.9 Presunción de autenticidad

Se presumen auténticos los siguientes documentos:

1. Los libros de comercio debidamente registrados y llevados en legal forma.
2. El contenido y las firmas de pólizas de seguros y recibos de pago de sus primas.
3. Los certificados, recibos, bonos y títulos de inversión en establecimientos de crédito.
4. Los contratos de prenda con éstos.
5. Las cartas de crédito.
6. Los contratos de cuentas corrientes bancarias.
7. Los extractos del movimiento de éstas y de cuentas con aquellos establecimientos.
8. Los recibos de consignación.
9. Los comprobantes de créditos, de débitos y de entrega de chequeras, emitidos por los mismos establecimientos de crédito.
10. Los títulos de acciones en sociedades comerciales y bonos emitidos por éstas.
11. Los títulos valores, certificados y títulos de almacenes generales de depósito.
12. Todos los documentos que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 488 del C.P.C., cuando de ellos se pretenda derivar título ejecutivo.

13. Los memoriales presentados para que formen parte del expediente, salvo aquellos que impliquen o comporten disposición del derecho en litigio y los poderes otorgados a apoderados judiciales que, en todo caso, requerirán de presentación personal o autenticación.
14. La reproducción efectuada a partir de un archivo electrónico, cuando el acto administrativo conste en este medio (art. 57 L. 1437 de 2011).

Finalmente, según lo previsto en la Ley 1395 de 2010 que reformó el numeral cuarto del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, en todos los procesos, los documentos privados manuscritos, firmados o elaborados por las partes, presentados en original o en copia para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, se presumirán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación. Esta presunción no aplicará a los documentos emanados de terceros de naturaleza dispositiva.

La anterior presunción también se extiende a la demanda, pues según lo prescrito en el artículo 41 de la Ley 1395 de 2010, la demanda con que se promueva cualquier proceso, firmada por el demandante o su apoderado, se presume auténtica y no requiere presentación personal ni autenticación, situación que no se predica del poder, el cual sí deberá suscribirse personalmente por el otorgante.

En cuanto al requisito de la firma, debe recordarse en este punto lo manifestado por la Corte Constitucional en sentencia T-268 de 2010, en la cual se determinó que “lo dispuesto en el inciso primero del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil en relación con la autenticidad de documentos es aplicable a los memoriales presentados para que formen parte de un expediente, a los que se refiere el último inciso del mismo artículo, porque los memoriales también tienen la naturaleza de documentos.”

Según la Corte, *“cuando una autoridad judicial, renunciando conscientemente a la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos, decide que un memorial no es auténtico porque carece de firma, sin tener en cuenta los demás elementos que permiten identificar a la persona que lo elaboró, incurre:*

(i) En un defecto procedimental por “exceso ritual manifiesto” al aplicar una formalidad eminentemente procesal renunciando de manera consciente a la verdad jurídica objetiva patente en los hechos, en detrimento de los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y al debido proceso, ignorado en esa forma el artículo 228 de la Constitución Política que consagra como principio de la administración de justicia la prevalencia del derecho sustancial, especialmente cuando este último llega a tener la connotación de fundamental; y desnaturalizando a la vez las normas procesales cuyo fin es servir de medio para la efectiva realización del derecho material.

(ii) En un defecto sustantivo por darle al artículo 252 del Código de Procedimiento Civil una lectura y un alcance que no tiene, pues dicha norma no establece que un documento o un memorial presentado para que forme parte de un expediente únicamente es auténtico cuando ha sido firmado, sino que también señala que es auténtico cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado o manuscrito.”

5.10 Copias

Copia es la fiel reproducción que se hace de un documento. Puede ser manual, mecánica, electrónica o digital.

Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, en los siguientes casos:

1. Cuando hayan sido autorizadas por:

A. Notario

B. Director de oficina administrativa o de policía

C. Secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada.

2. Cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente.

3. Cuando sean compulsadas del original o de copia autenticada en el curso de inspección judicial, salvo que la ley disponga otra cosa.

4. Cuando sean aportadas a un proceso en el que sean partes las mismas personas que crearon o intervinieron en el documento original, caso en el cual no se requerirá de autenticación (Ley 1395 de 2010).

5.11 Acto de autenticación de la copia

Consiste en la verificación y subsecuente afirmación que realiza un notario o funcionario de que una reproducción es fiel copia de un original que ha tenido a la vista. Puede consistir en un sello o afirmación escrita, seguida de la firma del funcionario.

Las copias de instrumentos que obran en procesos judiciales requieren autorización del juez. Sin este requisito no tienen ningún valor probatorio (art. 115 C.P.C).

5.12 Valor probatorio de los documentos

Según el hecho que se quiera realizar o probar, la ley asigna un valor o mérito de convicción a ciertos documentos.

El documento será necesario para la celebración de un determinado acto y por lo tanto no se admitirá prueba distinta (requisito de conducencia o *ad substantiam actus*) en los siguientes eventos:

1. Compraventa, permuta, donación, anticresis, usufructo, hipoteca de inmuebles.
2. Venta o cesión de derechos herenciales.
3. Testamento, salvo en los casos expresamente contemplados por la ley sucesoral como *in extremis*.
4. Capitulaciones matrimoniales y maritales.
5. Declaración de la unión marital de hecho y la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes. De acuerdo con lo previsto en la Ley 979 de 2005 no se admiten declaraciones extra juicio, pues para la declaratoria de existencia de una de las anteriores se requiere sentencia judicial, acta de conciliación en derecho o escritura pública otorgada ante notario.
6. Matrimonio.
7. Reconocimiento de hijos extramatrimoniales.
8. Promesa de celebrar contrato.
9. Constitución de sociedades comerciales, salvo lo previsto en la ley 1014 de 2006 (sociedades unipersonales y por documento privado) y la empresa unipersonal (L. 222/95).
10. Silencio administrativo positivo (escritura pública).
11. Títulos valores: cheques, pagarés, etc.
12. Prueba de la representación legal y gerencia. La prueba será el certificado de Cámara de Comercio o de la entidad que tenga a su cargo la certificación.
13. Cesión de cuotas o acciones en sociedades comerciales, salvo ley 1014 de 2006.
14. Constancia de pago de títulos valores.

5.12.1. Valor probatorio del documento electrónico

Según lo previsto en el artículo sexto de la Ley 527 de 1999, 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.

5.13 Requisitos adicionales de ciertos documentos

5.13.1 Documento otorgado en el extranjero

1. Si es privado, es original, es auténtico y consta en castellano no requiere trámite alguno.
2. Si es público podrá ser validado mediante sello de “apostilla”, que imprimen los departamentos de relaciones exteriores o autoridades centrales de cada estado, lo cual suple el requisito de autenticación y legalización que realizan los cónsules.
3. Si ha sido otorgado en idioma extranjero debe venir traducido por traductor oficial al español y su firma autenticada ante cónsul o notario. En este caso tanto el documento original como la traducción deberán venir debidamente autenticadas o apostilladas.

5.13.2 Impuesto de timbre

El art. 519 del Estatuto Tributario Grava la suscripción de documentos públicos y privados en los cuales conste la constitución, existencia, modificación, prórroga, cesión o extinción de obligaciones, cuya cuantía supere la suma allí establecida (indexada permanentemente).

Es necesario aclarar que el impuesto de timbre fue gradualmente derogado hasta el año 2010 en que perdió su vigencia. Sin embargo, los documentos creados en vigencia del extinto artículo 519 debieron contener el requisito del pago, situación que deberá ser valorada por el juez al momento de admitir en juicio un instrumento que fue creado antes de la pérdida de la vigencia del citado artículo.

Se exceptúan de esta previsión:

- A.- La compraventa de inmuebles.
- B.- El otorgamiento de hipotecas.

Según lo ha establecido el propio Estatuto Tributario, para evitar el impuesto de timbre se puede recurrir a la oferta mercantil, pues la oferta aceptada no genera timbre.

5.13.3 Registro en oficina pública

Las escrituras públicas de compraventa deben acreditar haber sido inscritas en el registro público inmobiliario para que tengan fuerza y valor probatorio.

El mismo requisito deberá cumplirse para la compraventa de automotores, las prendas comerciales y la venta de establecimientos de comercio, así como los matrimonios, las sentencias de adjudicación de bienes, las sentencias que decretan la interdicción, etc.

5.13.4 Documento roto o alterado

Según lo previsto en el artículo 261 del Código de Procedimiento Civil, los documentos rotos, raspados o parcialmente destruidos, se apreciarán de acuerdo con las reglas de la sana crítica; las partes enmendadas o interlineadas se desecharán, a menos que las hubiere salvado bajo su firma quien suscribió o autorizó el documento.

Si el documento corresponde a una escritura pública se deberá dar aplicación a lo previsto en el Decreto 960 de 1970, artículos 101 a 105.

5.14 Contraescrituras

Las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros.

Tampoco lo producirán las contra escrituras públicas, cuando no se haya tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y en la copia en cuya virtud ha obrado el tercero.

5.15 Firma

Por firma se entiende la expresión del nombre del suscriptor o de alguno de los elementos que la integren o de un signo o símbolo empleado como medio de identificación personal. (Art. 826 C. Co.)

5.16 Clases de firmas

Firma autógrafa: la que expresa con claridad del nombre de la persona. No se requiere en Colombia.

Firma mecánica: la que se imprime por medios mecánicos utilizando tinta y presión. Si consta en documento público requiere autorización de entidad competente.

Firma electrónica: es la que lleva todo documento creado digitalmente. (Ver capítulo posterior sobre documento electrónico para una mejor definición.)

Las firmas electrónicas pueden distinguirse en:

- a. **Algo que la persona es.** Caso de las firmas biométricas, que utilizan rasgos fenotípicos y externos del cuerpo humano para identificar a la persona. Ej. Huella digital, iris, ADN.
- b. **Algo que la persona sabe.** Caso de las claves que se proporcionan en medios electrónicos como el correo electrónico y la banca personal.
- c. **Algo que la persona tiene.** La firma se encuentra incorporada en un dispositivo físico que porta el firmante. Ej. Tarjetas crédito, débito y tokens³⁰⁷.

Firma digital: es un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos. (Ver capítulo posterior sobre documento electrónico para una mejor definición.)

5.17 Instrumentos sin firma

Los instrumentos no firmados ni manuscritos por la parte a quien se oponen, sólo tendrán valor si fueren aceptados expresamente por ella o sus causahabientes.

En cuanto al requisito de la firma, debe recordarse en este punto lo manifestado por la Corte Constitucional en sentencia T-268 de 2010, en la cual se determinó que *“lo dispuesto en el inciso primero del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil en relación con la autenticidad de documentos es aplicable a los memoriales presentados para que formen parte de un expediente, a los que se refiere el último inciso del mismo artículo, porque los memoriales también tienen la naturaleza de documentos.”*

Según la Corte, *“cuando una autoridad judicial, renunciando conscientemente a la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos, decide que un memorial no es auténtico porque carece de firma, sin tener en cuenta los demás elementos que permiten identificar a la persona que lo elaboró, incurre:*

(i) En un defecto procedimental por “exceso ritual manifiesto” al aplicar una formalidad eminentemente procesal renunciando de manera consciente a la verdad jurídica objetiva patente en los hechos, en detrimento de los derechos fundamentales de acceso a la admi-

³⁰⁷ El token es un dispositivo que se conecta al computador mediante el puerto USB y tiene como fin portar una información necesaria para autenticar al usuario para el acceso a una determinada base de datos. A veces el Token no requiere ser conectado al computador, pues está provisto de una pantalla que permite al usuario leer la información necesaria para ingresarla manualmente en un computador y así acceder a la información requerida. Este tipo de dispositivos es frecuentemente utilizado por Bancos y entidades financieras para asegurar la información de sus clientes al momento de realizar transacciones por medio de canales electrónicos (internet). Antes de utilizar por primera vez el sistema de acceso a las bases de datos del banco, al cliente se le proporciona un dispositivo que genera una clave cada cierto lapso establecido por el banco. Al momento de autenticarse en el sistema, el usuario debe proporcionar su información personal (nombre, cédula, etc.) más el número de confirmación que le indica el dispositivo token.

nistración de justicia y al debido proceso, ignorado en esa forma el artículo 228 de la Constitución Política que consagra como principio de la administración de justicia la prevalencia del derecho sustancial, especialmente cuando este último llega a tener la connotación de fundamental; y desnaturalizando a la vez las normas procesales cuyo fin es servir de medio para la efectiva realización del derecho material.

(ii) En un defecto sustantivo por darle al artículo 252 del Código de Procedimiento Civil una lectura y un alcance que no tiene, pues dicha norma no establece que un documento o un memorial presentado para que forme parte de un expediente únicamente es auténtico cuando ha sido firmado, sino que también señala que es auténtico cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado o manuscrito.”

5.18 Firma a ruego

La persona que no puede o no sabe firmar puede solicitar a otra que lo haga por ella. En este caso se requiere la presencia de dos testigos y la huella digital o plantar de quien no puede firmar.

Si se trata de ciego, se debe dejar constancia de que el documento fue leído en su integridad.

5.19 Documentos firmados en blanco o con espacios sin llenar.

Se presume cierto el contenido del documento firmado en blanco o con espacios sin llenar, una vez que se haya reconocido la firma o declarado su autenticidad.

La prueba en contrario no perjudicará a terceros de buena fe, salvo que se demuestre que incurrieron en culpa.

5.20 Documentos emanados de terceros

Tercero es toda persona ajena al contrato o la relación debatida.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 277 del Código de Procedimiento Civil, salvo disposición en contrario, los documentos privados de terceros sólo se estimarán por el juez:

1. Si siendo de naturaleza dispositiva o simplemente representativa son auténticos.
2. Los documentos privados de contenido declarativo, se apreciarán por el juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contraria solicite su ratificación. (Ley 446 de 1998).

5.21 Declaraciones extrajudiciales o extra juicio

Sólo tienen valor cuando la ley los autorice expresamente. Son ejemplos de su admisibilidad:

- 1.- Para probar un contrato de arrendamiento (art. 424 del C.P.C.), regla que perderá vigencia con la entrada en vigor de la Ley 1395 de 2010, que derogó el título correspondiente a los procesos abreviados del Código de Procedimiento Civil, al cual corresponde el artículo 424.
- 2.- Para probar la supervivencia de una persona (D. 1260 de 1970).
- 3.- Para probar derechos del poseedor en diligencias de entrega o lanzamiento (art. 337 C.P.C.).

No tienen valor las declaraciones extra juicio para probar filiación, unión marital de hecho o el estado civil de las personas (Ley 54 de 1990, reformada por la Ley 979 de 2005), salvo que se trate de la solicitud de pensiones, por disposición expresa de la Corte Constitucional.

5.22 Fecha

Conforme a lo previsto en el artículo 280 del C.P.C., la fecha que consta en documento privado tendrá plena prueba entre las partes, pero no se cuenta respecto de terceros, sino:

1. Desde el fallecimiento de alguno de los que lo han firmado.
2. Desde el día en que ha sido inscrito en un registro público.
3. Desde el día en que conste haberse aportado en un proceso.
4. Desde el día en que haya tomado razón de él un funcionario competente en su carácter de tal.
5. Desde el día en que se reconocimiento ante notario o funcionario judicial.
6. Desde que haya ocurrido otro hecho que le permita al juez adquirir certeza de su existencia.

5.23 Conservación de documentos digitales

El documento digital se conserva en su estado original, esto es, un sistema de almacenamiento óptico o digital.

No es prueba del documento digital la impresión que se realiza de él o la reproducción mecánica por otro medio, salvo que sea autorizada por Notario o por Director de Oficina Pública o por el Juez.

El documento digital admite copias exactas. Por lo tanto, cuando se reproduzca un documento cualquiera de las reproducciones podrá llamarse original. La copia debe ser bit a bit (ver capítulo sobre documento electrónico).

5.24 Eficacia probatoria del documento electrónico

El documento electrónico servirá como prueba sólo en la medida en que respete el principio de equivalencia funcional (Ley 527 de 1999).

5.25 Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en materia documental

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 20 de noviembre de 2000, Magistrado Ponente Dr. Nicolás Bechara Simancas, Rad. 5664.

“A grandes rasgos, los documentos pueden clasificarse como públicos y privados. Mientras la autenticidad del documento público se presume a términos del inciso primero del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, el privado es auténtico a raíz de su reconocimiento, de su inscripción en un registro público, de la declaratoria judicial de autenticidad y de la presunción establecida en la ley.

Nótese entonces que el documento público nace amparado con la presunción de autenticidad, mientras que el privado, salvo aquel que la ley presume auténtico, lo es por causas sobrevinientes a su constitución.

Si el documento privado nace desprovisto de autenticidad y una de las vías para dotarlo de ella es la del reconocimiento, la ley, en guarda del equilibrio de las partes y para garantizarle a estas su defensa, necesariamente debía prever, como lo hizo, la posibilidad de que el mismo no fuese auténtico.

De ahí que estableciera, en el artículo 252-3 del Código de Procedimiento Civil, dos hipótesis discriminadas así: es auténtico, en virtud de su reconocimiento implícito, el documento que se aporta al proceso afirmando que fue manuscrito o suscrito por la parte contra quien se opone, si ésta, la parte, no lo tacha de falso oportunamente, “o cuando los sucesores del causante a quien se atribuye dejaren de hacer la manifestación contemplada en el inciso segundo del artículo 289”, cual es que a “quienes no les conste que la firma o el manuscrito no firmado proviene de su causante, podrán expresarlo así” al contestar la demanda.

Se comprende entonces que la autenticidad del documento privado, en el evento legal predicho, se produce con el silencio de la parte o de “los sucesores del causante”, que no son, valga decirlo, exclusivamente los herederos.

Esa forma de reconocimiento es calificada como implícita en el artículo 276-2 del código citado y, cuando no se estructura, bien porque “la parte” tacha de falso el documento, ora porque “los sucesores del causante a quien se atribuye” manifiestan que no les consta que la firma proviene de él, se produce el efecto contrario, esto es, el desconocimiento del mismo; Evento en el cual, al tenor del artículo 275 de la obra en cita, “se procederá a verificar su autenticidad en la forma establecida para la tacha de falsedad, si el interesado lo pide dentro de los tres días siguientes a la diligencia” (la subraya no es del texto).

2.- La vigencia de las normas antedichas no fue suspendida por el artículo 25 del decreto 2651 de 1991. Este texto simplemente eximía a la parte, demandante o demandada, de la carga de presentar personalmente o ya autenticado cualesquier documento distinto al poder, tuviere o no como finalidad la de servir de prueba; Arrimado el documento, entonces, se reputaba auténtico respecto de quien lo había presentado, sin que para tal efecto se pudiese exigir la autenticación o la presentación personal.

Lo anterior se deduce de la propia norma citada, cuyo tenor no suprime la vía que puede conducir a la autenticación de un documento privado carente de ella; pero además así fluye del contexto del decreto, el cual, obvio, impide afirmar que todo acto procesal de una parte queda autenticado con la mera presentación personal del contrario, dado que ello implicaría un severo recorte al principio de contradicción de la prueba y, por ende, al derecho de defensa, por lo que sólo podría entenderse establecido con norma expresa que en el decreto no aparece.

Así, por ejemplo, el desistimiento en el cual se pide no condenar en costas por acuerdo con el demandado; la solicitud de aceptación de una transacción; El memorial donde quien obtuvo una cautela pide levantarla sin recibir condena en costas, etc., son documentos todos eficaces y atendibles, respecto al contrario de quien los presenta, solo cuando éste último genera la autenticidad del respectivo escrito por cualesquier modo de los previstos en la ley para el efecto.

Es de considerar también que la interpretación extensiva del artículo 25 choca con el espíritu singular de otras disposiciones del Decreto 2651 de 1991; se recuerda, por ejemplo, que el artículo 3 de tal decreto exige presentación de escrito autenticado cuando las partes solicitan, de consuno, el trámite de conciliación; igual sucede en el caso de informes periciales presentados de común acuerdo por las partes, que deberán allegarse “autenticados como se dispone para la demanda” (artículo 21, numeral 1); y lo mismo cuando “se trata de documento que deba ser reconocido”, el que podrá acompañarse a otro documento “auténtico proveniente de quien deba reconocerlo, en el cual conste su reconocimiento en los términos del artículo 273 del Código de Procedimiento Civil”.

Es pues notorio que el precitado artículo 25 no suprimió, de manera expresa, el trámite para dotar de autenticidad a documentos privados carentes de ella; también, que a su regulación escapa el “documento que deba ser reconocido”, pues a éste último alude el artículo 21 y, por cierto, con redacción que reafirma como regla general el deber ser del

reconocimiento y crea la posibilidad de lograrlo por la vía allí diseñada, pero, indudablemente, sin suspender las disposiciones que rigen la materia en el procedimiento civil, porque apenas establece un nuevo mecanismo supletorio de ellas a voluntad de las partes.”

5.26 Autenticidad y firma de los documentos: Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

“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 279 C.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 sólo cuando son de contenido dispositivo o representativo, se requerirá que sean auténticos (nral. 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 (nral. 2 art. 10 ley 446/98, derogatorio del nral. 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 reputaban 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.P.C.).

Más, 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 un proyecto de documento, un borrador, pero nunca el documento, porque nadie lo ha aprobado ni lo ha hecho propio”³⁰⁸ (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.

³⁰⁸ Francisco Ricci. Tratado de las pruebas. Madrid. T. I. Págs. 249 y 250.

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 o de un signo o símbolo empleado como medio de identificación personal” (Art. 826 C. Co.), omnicomprendiva 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 ó 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.

En este orden de ideas, cumple afirmar a continuación, que para que un documento se considere firmado por su autor, no es necesario, en todos los casos, que aparezca su signo personal. El legislador, consciente de que las limitaciones intelectuales o físicas no pueden impedir la participación de una persona en el tráfico jurídico, posibilitó que, si ésta no sabía o no podía firmar, cualquiera que fuere el motivo, otra, a petición de aquella, podía hacerlo en su lugar.

Es el caso de la firma a ruego, que es, “por decirlo así, la prolongación del otorgante que por no saber firmar o por otra causa no puede poner la suya, y tanto es ello así que con una expresión como 'firmó a ruego' se designa indistintamente tanto al rogado como al que rogó, entendiéndose respecto de este último que las cosas han sucedido cual si él personalmente hubiese ejecutado el acto mecánico de firmar” (LXIII, págs. 357 y 358).

Más, para que la firma impuesta de esa manera se pudiese tener por tal, fueron establecidos unos requisitos, no uniformes ni generales, a los que debía -y debe- sujetarse el acto de signar, como lo corrobora el tercer inciso del artículo 826 del estatuto comercial, norma según la cual, si el suscriptor de un documento “no pudiere o no supiere firmar, lo hará otra persona a su ruego, dando fe de ello dos testigos, y se imprimirán en el documento las huellas digitales o plantares del otorgante”.

En sentido similar, previó el artículo 39 del Decreto 960 de 1970, aplicable en materia de otorgamiento de escrituras públicas, que en tales hipótesis “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 cual huella ha sido impresa”.

Y son precisamente estas particularidades, tanto de procedibilidad como de configuración, las que permiten afirmar que, tratándose de documentos privados firmados a ruego, no puede aplicarse la presunción de autenticidad, ya referida, entre otras razones porque, salvo el caso del reconocimiento implícito, esto es, de aquel que se predica cuando una de las partes aporta al proceso un documento privado suscrito por ella sin alegar su falsedad

o sin desconocerlo (inc. 1 art. 276 C.P.C.) -por oposición al tácito, que se configura cuando la parte contra quien se aduce no lo tacha de falso o no lo desconoce (nral. 3 art. 252 ib.)-, en todos los demás, como de tiempo atrás lo viene sosteniendo esta Corporación (LX, pág. 381), es menester que quien presente el documento afirmando haber sido suscrito o manuscrito por su contraparte (nral. 3 art. 252 ib.), acredite que se extendió por orden de ésta; que el signatario lo hizo por encargo de aquel y que el contenido es cierto (art. 273 ib.), requisitos a los que debe agregarse, que si se trata de un documento que instrumente un negocio mercantil, es indispensable, además, que se hubiere cumplido con las formalidades establecidas en el transcrito inciso 3o. del artículo 826 del Código de Comercio.

Y es que no podía ser de otra manera, toda vez que frente a documentos privados así suscritos, no basta, no puede ser suficiente, para los efectos de saber quién es el autor, la simple afirmación del aportante del documento, en el sentido de haber sido firmado a ruego de su contraparte, como quiera que ninguna disposición o precepto habilita presumir el acto rogatorio, el cual, necesariamente, debe ser acreditado.

Por tanto, si un documento privado en el que no aparece la signatura de la persona que se afirma es su autora, llega a ser auténtico, es porque se estableció, en primer término, que la persona que firmó lo hizo autorizado por él, motivo por el cual, si obró como representante, será menester acreditar el acto de representación, y si lo hizo a ruego, a su turno, la rogatoria misma, esto es, el acto constitutivo de la rogación.

Pero además, si la firma es expresión de asentimiento en la elaboración y contenido del documento, resulta indispensable que se demuestre, adicionalmente, que el rogante autorizó la factura de aquel y que lo expresado en él corresponde, con exactitud y precisión, a la manifestación de voluntad de su autor -que en este caso siempre será el rogante, así materialmente lo suscriba otra persona, a título meramente instrumental- .

Al fin y al cabo, si aquel no lo firmó fue porque no sabía o no podía hacerlo, circunstancias que invitaban a establecer, en protección de la misma persona -o de sus causahabientes-, exigencias como las descritas, cuyo propósito medular no es otro que evitar prácticas lesivas, como quiera que es "posible que se haya abusado del que no sabía o no podía firmar haciéndole creer que el contenido es el que oyó leer y no lo era"³⁰⁹.

Esta conclusión se hace más evidente cuando el documento en cuestión se presenta contra los herederos de la persona por quien se firmó a ruego (rogante), pues si en la hipótesis del documento firmado -directa y personalmente- por el causante, no es necesario que sus herederos lo tachen de falso, siendo suficiente con que lo desconozcan (inc. 2 arts. 273 y 289 C.P.C.), con mayor razón debe descartarse la presunción de autenticidad en la hipótesis de la firma a ruego, de suyo una operación compleja, porque a la ausencia -ontológica- de la propia firma del de cuius, se suma, como se anotó, que quien lo hizo por él afirma haberlo hecho porque se le rogó, hecho este que, a no dudarlo, es temario de prueba, sujeto -por lo

³⁰⁹ Antonio Rocha. De la prueba en derecho. Lerner. 1967. Págs. 482 y 483.

demás- a las reglas de carga probatoria, en principio, en cabeza de quien pretende beneficiarse de dicha probanza.

Las mismas razones expuestas para afirmar que no es posible presumir la autenticidad de un documento firmado a ruego, sirven para descartar, mutatis mutandis, la ocurrencia o materialización de un reconocimiento tácito, es decir, de aquel que proviene del silencio de la parte contra quien se aduce (nral. 3 art. 252 C.P.C.), máxime si se trata de sus sucesores, dado que la carga de tachar de falso el documento tiene su fundamento en la posibilidad cierta que tiene la contraparte de refutar la afirmación que hace quien presenta el documento, en el sentido de que está firmado o manuscrito por ella.

Pero si son los herederos quienes plantean o soportan la pretensión, como nadie es obligado a lo imposible -lo reza la máxima milenaria-, de ellos ni siquiera se puede exigir la manifestación de desconocimiento, pues, se insiste, el documento -materialmente- no está firmado por el causante.

De manera pues que enfrente de documentos firmados a ruego, que se presenten contra los sucesores de quien se predica ser el signatario, no es posible presumir su autenticidad, ni deducirla por reconocimiento tácito, siendo necesario que quien presente el documento acredite, cabalmente, que éste se extendió por orden del rogante; que quien firmó lo hizo por ruego de aquel y que el contenido es cierto.

Por supuesto que para el cumplimiento de esta carga, puede acudirse a cualquier medio probatorio, incluyendo el testimonio de quien firmó a ruego o de los testigos del acto, declaraciones que deberán ser escrutadas con arreglo a las reglas propias de la prueba testimonial, sin que sea necesario, ni suficiente, que uno y otros reconozcan la firma que plasmaron en el documento, dado que tal acto, a lo sumo, dará certeza de que las firmas que aparecen en el escrito corresponden a las personas que obraron bajo tales calidades, pero nada agrega, stricto sensu, al propósito de establecer quién es, a ciencia cierta, el autor y, por ende, el rogante.

Para que esto último se pueda predicar, se repite, las pruebas que con tal propósito se practiquen deben llevar al convencimiento de que el acto rogatorio existió y de que la persona a quien se hizo el ruego, fue la que firmó, además de que el documento se extendió por orden del rogante y de que el contenido, de suyo, es cierto. La falla en cualquiera de estos requisitos, impide establecer la autenticidad y, por consiguiente, la eficacia probatoria del documento.”

5.27 Mérito probatorio de las copias: Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 22 de abril de 2002, Magistrado Ponente Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Rad. 6636.

“...para que la copia de la providencia ... tenga mérito probatorio, es necesario que cumpla las formalidades establecidas en la ley, específicamente que se encuentre autenticada, calidad que, tratándose de actuaciones judiciales, únicamente se puede predicar si el Juez las ha ordenado previamente y, en cumplimiento de ello, el secretario las autoriza con su firma.

En efecto, de conformidad con el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, “Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, ..., 1o. Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada”, norma que guarda concordancia con el numeral 7º del artículo 115 del mismo estatuto, a cuyo tenor, “Las copias auténticas requerirán auto que las ordene y la firma del secretario” (se subraya).

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

Establecidas, pues, las condiciones bajo las cuales debe producirse este tipo de prueba, para que ella tenga mérito probatorio, se requiere que exista constancia de que los dos actos se verificaron, esto es, tanto el relativo a la orden del Juez, como el concerniente a la autorización del Secretario, dada la estrecha y acerada vinculación que existe entre uno y otro.

En tal sentido, la sola presencia del último, ayuna de toda referencia a la señalada actuación judicial, no permite otorgarle a una copia la calidad de autenticada, puesto que, en tal supuesto no hay forma de verificar si, efectivamente y como al unísono lo disponen los citados artículos 115 (num 7º) y 254 (num. 1º), la reproducción de esas copias fue ordenada por el respectivo Juez, quedando sin demostración no sólo la existencia de la supraindicada providencia, sino aún el hecho mismo de que ella hubiera sido expedida con anterioridad al momento en que el secretario procediera a acometer la comentada labor de autenticación, todo lo cual lleva a concluir que, en la hipótesis así planteada, de conformidad con el artículo 174 de la misma codificación, no habrá lugar a apreciar como prueba las copias en esta forma autenticadas, máxime cuando, acorde con el propio artículo 115, numeral 5º, frente al único evento en que el secretario puede prescindir de la mencionada orden judicial, es decir, entratándose de la expedición de copias simples, éstas “no tendrán valor probatorio de ninguna clase”.

5.28 El documento electrónico: prueba técnica y su inspección

5.28.1 Pruebas digitales o evidencias digitales

Las comunicaciones electrónicas son admisibles como medio de prueba. Son ejemplos de tales documentos:

1. Correo electrónico o E-mail.
2. Mensajes de texto: SMS o mensajería instantánea y MMS (multimedia). El mensaje tiene las características de la correspondencia. Los comerciantes tienen la obligación de guardar la correspondencia con fines probatorios de acuerdo a lo previsto en el Código de Comercio.
3. Fax: Sirve como medio de prueba conforme la ley 527 de 1999 y además como correspondencia.
4. Páginas de Internet. La Internet nació por la necesidad en tiempos de guerra de crear un medio de comunicación que si fuera interceptado o cortado, el paquete de información tomara otro camino. Una página de internet es un archivo que ha sido enviado por otro computador a aquél que lo requiere y se archiva temporal o definitivamente en el disco duro local de quien desea consultar la información.

5.28.2. La dirección IP (Internet Protocol)

La dirección de Internet se compone de tres grupos de números, separados por puntos. La sigla “IP” traduce del idioma inglés “protocolo de internet” y se puede convertir a letras (nombres de dominio).

En los correos electrónicos aparece un número IP, que corresponde al sitio físico donde actualmente reposa el archivo, es decir, el computador que lo contiene. Todo mensaje ocupa un lugar en el espacio y ese lugar es denominado usualmente disco o memoria.

Las direcciones las asignan los PSI o ISP, siglas que corresponden en español a “proveedor de servicio de internet” y en inglés a “*internet service provider*”. Por lo tanto, cuando se pida como prueba una dirección IP se debe solicitar la hora exacta y fecha exacta, pues algunas direcciones IP son dinámicas y corresponden a una dirección que asigna el proveedor mientras se usa el servicio. Durante el tiempo de inactividad el proveedor reasigna la dirección a otro usuario.

Los nodos de servicios como Hotmail (proveedor de correo electrónico gratuito), por citar un ejemplo, están ubicados en partes distintas del mundo. Por ello la hora varía. En ese caso se debe oficiar al proveedor de correo electrónico para que certifique la fecha, la dirección IP y la hora del correo a fin de determinar su origen.

Voz sobre IP (Libre): se envían paquetes de información que se unen en dos puntos.

Los nombres de dominio son asignados por la ICANN: entidad internacional creada por la OMPI (organización mundial de propiedad intelectual).

5.28.3 Oferta

Según lo dispuesto en el artículo del Código de Comercio, la propuesta verbal de un negocio entre presentes deberá ser aceptada o rechazada en el acto de oírse. La propuesta hecha por teléfono se asimilará, para los efectos de su aceptación o rechazo, a la propuesta verbal entre presentes y conforme a lo previsto en el artículo 851, cuando la propuesta se haga por escrito deberá ser aceptada o rechazada dentro de los seis días siguientes a la fecha que tenga la propuesta, si el destinatario reside en el mismo lugar del proponente; si reside en lugar distinto, a dicho término se sumará el de la distancia, situaciones que deben ser tenidas en cuenta al momento de transmitir una propuesta por mensaje de datos, considerando aspectos como la hora legal, que en Colombia es determinada por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Dispone el artículo 852 del Código de Comercio que el término de la distancia se calculará según el medio de comunicación empleado por el proponente.

5.30 Definiciones legales en materia de documento electrónico

5.30.1. Constitucionales

Debido proceso y nulidad de pruebas obtenidas con violación al debido proceso, lo que conlleva a la tipificación de conductas realizadas a través de Internet por violación a la privacidad.

Ejemplo. Si el empleador sospecha que su empleado tiene información relacionada con un delito en el computador de propiedad del empleador, ¿puede abrirlo y mirarlo?

La ley no lo permite, en virtud del derecho a la intimidad. Por ello se recomienda a insertar una cláusula en los contratos estableciendo: 1.- Que todo lo que se encuentra en el computador es propiedad del empleador. 2.- Que todas las claves que se encuentren en el computador podrán ser usadas por el empleador. 3.- Que todo el contenido del computador podrá ser revisado libremente por el empleador.

5.30.2 Legales o normativas

A.- **Documento:** solo será aquel que tenga capacidad probatoria, según la clasificación general.

B.- Mensaje de datos. 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.

Ejemplo No. 1. Un contrato es escaneado y enviado por e-mail y ese mismo día se quema el original. El mensaje de datos tiene valor porque fue generado y almacenado, siempre que la copia, que en este caso corresponde al documento ya escaneado, hubiere sido autorizada por la ley o por funcionario.

Ejemplo No. 2. Factura electrónica. Según la ley sólo presta mérito ejecutivo el original. En el caso de la factura enviada por correo electrónico, debe estarse a lo previsto en la Ley 1231 de 2008 y su decreto reglamentario.

Presentación de documentos electrónicos en procesos judiciales

Los documentos provenientes de terceros deben ser presentados en original o en copia autenticada (L. 446 de 1998 y Ley 1395 de 2010). Si el documento es presentado en forma de correo electrónico (Ej. excusa médica), se entiende que cualquier copia sirve como original, ya que en los documentos electrónicos todas las copias son idénticas.

Importante: en documentos digitales siempre se satisface el principio de originalidad, ya que las copias electrónicas son idénticas.

Si se trata de una canción en formato de MP3 o en formato video, se considera que por tratarse de un archivo también está escrito, pero en lenguaje digital. Por ello la prueba se considera escrita, aunque en formato MP3 el cual puede ser convertido por un programa que sea capaz de leer este tipo de archivos.

Es necesario tener en cuenta que cada vez que se abre un archivo se modifican sus propiedades, debido a la posible reescrituración que realizan los sistemas operativos instalados en el equipo. Por ello al abrir un archivo se viola la cadena de custodia.

Igualmente se altera la prueba si se obtiene del mismo computador o si se abre el programa donde se puede leer el archivo, ya que al abrir el programa el archivo se modifica.

En estos eventos es recomendable presentar el disco duro si no se está en capacidad de realizar la copia de una manera adecuada o por un profesional, caso en el cual también es admisible un correo electrónico, pues los archivos adjuntos son copias fieles del original que reposa en el computador donde fue creado o almacenado. Sin embargo el juez podrá solicitar la prueba de la custodia o del almacenamiento.

Cuando se sustrae el disco duro se debe documentar la fecha y la hora. Igualmente la copia debe sellarse con la hora y fecha en que fue tomada.

Si, por ejemplo, se recibe un mensaje de texto en un celular, se debe inmediatamente apagar el celular, no volverlo a usar y embalarlo hasta que se ponga a disposición de un experto perito.

5.31 Admisibilidad de la prueba electrónica

5.31.1 En el procedimiento civil

A continuación se presenta un protocolo que, si bien no tiene sustento directo en la ley nacional, sí es el resultado de la aplicación del principio de integración contenido en la Ley 527 de 1999, que estableció que en materia documental electrónica son aplicables las reglas y normas del derecho internacional.

Conforme a lo anterior, cuando en un proceso sea necesario obtener o presentar un archivo digital, se recomienda seguir los siguientes pasos:

A. Presentarlo físicamente en el formato original: RTF, PDF.

B.- Se debe adjuntar el resultado del peritaje en un archivo de fácil apertura y de imposible reescrituración, tal como el formato PDF (*Portable Document format* por sus siglas en inglés o “documento de formato portable”).

C.- El contenedor debe contener un archivo que se recomienda titular “*léame.txt.*” en el que se debe incluir la presentación de la prueba, tal como se expone a continuación: “*Señor Juez, esta es una prueba digital, admisible conforme a la ley 527 de 1999. Debe leerse así:*”

D.- Se debe realizar una impresión a todo color.

E.- Se deben realizar dos copias en discos compactos no regrabables. Uno se rotulará “original”, el otro se titulará “original peritable”.

Estos simples pasos aseguran la admisibilidad de la prueba en un proceso civil, pero sobre todo aseguran el no repudio.

5.31.2 En el proceso penal

La primera previsión que se debe observar en un proceso penal es la preservación de la cadena de custodia:

1.- Se realiza la misma operación.

2.- Se le debe imprimir el sello del notario o la firma digital.

3.- Las memorias USB se pueden presentar como prueba, pero no se deben abrir por ningún motivo, y se deben embalar.

5.31.3. Objeciones en el proceso civil

Se formulan mediante la tacha de falsedad material al igual que en el proceso administrativo.

5.31.4. Objeciones en el proceso penal

Se formulan en juicio por vicios de forma en su recaudo (cadena de custodia) o mediante la objeción a los peritajes en la respectiva audiencia, la cual se realiza por interrogatorio cruzado al perito.

Hasta ahora, el único experto para recaudar y presentar una prueba digital es un ingeniero de sistemas o un ingeniero en telecomunicaciones. No es experto el especialista en criminalística.

En materia de software, aquél que se use para la toma, presentación o análisis de una prueba digital, debe tener los siguientes datos:

- a. Nombre del programa.
- b. Versión del programa.
- c. Actualizaciones o parches instalados al programa. Una actualización de un programa puede corregir errores en un archivo y modificarlo. Al modificarlo se daña. Si la prueba debe repetirse, debe hacerse sobre el original peritable.
- d. Licencia del software. No es lo mismo Software libre que software gratuito. El software libre tiene el código fuente abierto pero no es gratuito.

5.31.5. Admisibilidad de la prueba en el proceso penal

Se debe aplicar protocolo de cadena de custodia y el protocolo de policía judicial, págs. 60 a 70.

La inalterabilidad de la prueba se garantiza mediante firma digital o sello del notario.

Procedimiento:

1. El ingeniero de sistemas se convierte en perito.

2. Se debe recaudar la prueba: para ello se debe apagar y embalar el equipo, hasta tanto se realice el procedimiento de copiado. El disco se debe embalar en un sobre adecuado especialmente para el transporte de materiales sustraídos de equipos de computación (ej. Sobre de burbujas).

En materia penal, la regla es la inversión de la carga probatoria.

5.32 Valor Probatorio en los distintos procesos

En Colombia el valor probatorio lo dan los artículos 10° y 6° de la ley 527 de 1999: principio de equivalencia funcional.

Requisito para que una grabación pueda ser usada en un proceso judicial: La que se realiza entre las partes, aunque una de ellas no haya pedido autorización a la otra.

También se acepta la grabación si la parte contra quien se aduce la acepta en el proceso. La aceptación se logra mediante un interrogatorio de parte anticipado o el interrogatorio en el proceso.

5.33 Formación de los contratos

Se requiere probar la manifestación de la voluntad. Ejemplo. Adquisición de software. En la página de internet se le pregunta al usuario, por ejemplo, “¿quiere adquirir este programa?”, la manifestación de la voluntad es el click o pinchazo que se da sobre el botón que dice “acepto”. El click constituye una modalidad de firma electrónica.

A estos convenios se les denomina “*click agreement*” o “acuerdo de click” y si el producto es enviado por correo postal físico el convenio se denomina “*click wrap agreement*” o “acuerdo click de envoltura”, caso en el cual el acto de aceptación va atado a la apertura de la caja, es decir, cuando se abre la caja se entiende que el usuario aceptó el contrato de licencia.

En el caso del pago mediante el uso de tarjetas crédito y débito, se presume que quien usa la tarjeta de crédito es el propietario y por lo tanto la operación no es reversible por quien alega le fue hurtada o sustraída por un familiar, salvo en aquellos casos en que el comerciante no establezca suficientes parámetros de seguridad o advertencias para el usuario en su sitio web, caso en el cual cualquier operación podrá ser reversada con la consecuencia de la resolución de la compraventa realizada.

5.34 Equivalencia Funcional

La ley 527 de 1999 es una copia casi literal del modelo de comercio electrónico de la Uncitral. Por lo tanto sus principios son internacionales, ya que, de una parte, otros países la adoptaron y de la otra, la misma Ley 527 expresamente se remitió a la legislación interna-

cional y a los principios generales aceptados por otros países para el manejo de los documentos electrónicos.

5.35 Uso de la firma digital en Colombia

Algunas entidades del Estado colombiano han adoptado el sistema de firma digital para asegurar sus comunicaciones electrónicas.

Un ejemplo de ello es la Superintendencia Nacional de Salud, que exige que sus informes se presenten firmados digitalmente. Lo mismo ocurre con la Superintendencia Financiera de Colombia para aquellos documentos que se envían a través de Internet y que tengan como destino un proceso judicial o administrativo.

Otro ejemplo de adopción de firmas se encuentra en el sistema SIIF (sistema integrado de información financiera), que es utilizado por los comerciantes y admitido por la DIAN, que es una entidad certificadora cerrada. Es cerrada cuando solamente puede intercambiar información respecto de usuarios calificados. No le presta el servicio al público en general. La firma que entrega la entidad certificadora cerrada no se puede usar con otros fines distintos a la firma de documentos tributarios. No se puede usar para firmar otros documentos públicos.

Un ejemplo de entidad certificadora abierta es Certicámaras.

Un último ejemplo se encuentra en la ventanilla de comercio exterior de aduanas (VUCE), que también exige firma digital para la presentación de declaraciones aduaneras para grandes importadores, caso en el cual deben adquirir firmas digitales los representantes legales, los directores de aduanas y los directores de comercio exterior o cualquier otra persona que se encuentre autorizada por la compañía que va a interactuar con la VUCE.

5.36 Firmas digitales

Toda transacción electrónica debe tener unas características de seguridad para identificar al interlocutor.

5.37 Principio del equivalente funcional: Arts. 6, 7 y 8 ley 527 de 1999

Cualquier documento hecho a través de un mensaje de datos tiene el mismo valor de uno escrito en los términos de la definición del art. 251 del C.P.C., a pesar de que no exista un sustrato material, por ello, la oferta por Internet se considera aceptada con la respuesta del ofertado.

5.38 Criptografía

Es el arte de codificar, de cifrar, de esconder. La criptografía, como hoy se conoce, tiene origen en la época del emperador romano Julio César, quien enviaba a sus generales órdenes encriptadas, utilizando el alfabeto, adelantando las letras varios turnos. Ejemplo. La A correspondía a la E, la B a la F, etc., donde la clave para descifrar era el número 4.

Este tipo de criptografía es simétrica. Es simétrica porque se utiliza una misma clave para ocultar el mensaje que para descifrarlo. El problema de la clave simétrica es cómo informar al receptor de la clave. Julio Cesar en su tiempo enviaba la clave con un esclavo y el mensaje con otro por separado, de forma que ninguno pudiera conocer el contenido de la preciosa información.

Las claves simétricas existieron y fueron fuente de encriptación en 1974 cuando se desarrolló el sistema asimétrico en el Instituto Tecnológico de Massachusetts - MIT - en los Estados Unidos.

5.39 Criptografía asimétrica

Es actualmente la base de las firmas digitales. Para su desarrollo se utilizan dos llaves o códigos: una privada y una pública.

La llave pública es conocida por todos. El dueño debe divulgarla. Tanto el emisor como el receptor deben conocer el concepto de llave pública y privada.

Si se desea que el correo sea leído solo por el receptor, debe incluirle la llave pública del receptor. Para poder leer el mensaje el receptor debe conocer su llave privada.

5.40 Funciones y principios de la firma digital

1. Principio de autenticación: verifica la autenticidad del origen de la información
2. Integridad: verificar que dicha información no ha sido modificada desde su generación
3. Principio de no repudio: el originador del mensaje firmado digitalmente no puede posteriormente negar que lo envió.

Se utilizan códigos binarios de hasta 128000 dígitos.

Este código toma un texto de la letra A y lo convierte, por ejemplo, en el número 002282432, según el sistema utilizado y el número de dígitos a utilizar para la encriptación. Para la letra siguiente, se aplicará un algoritmo que es secuencial al utilizado en la letra A, de modo que quien desee descifre la llave para la letra A, no lo habrá conseguido para la letra B.

5.41 Definición de firma digital

La Ley 527 de 1999 define la firma digital *como un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a 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.*

Según esta definición se tiene que:

- La firma digital involucra tecnología asimétrica.
- Las llaves son códigos: uno público y uno privado.
- Las llaves están asociadas, de modo que sólo pueden aplicarse la una con la otra.

5.42. Procedimiento para la creación de la firma digital

A continuación se describe un ejemplo sencillo de cómo es creada una firma digital:

1. Ana escribe un mensaje a Bernardo y necesita que él pueda verificar que solo ella lo envió. Al documento que se quiere enviar desde el computador se le aplica un algoritmo para hacer un resumen del documento mediante una función denominada HASH.

Se entiende por documento cualquier archivo del computador, bien sea texto, música, dibujo, foto, etc.

2. Al resultado del resumen se le aplica una función o algoritmo conocido como HASH con la clave privada, la cual se mezcla o fusiona con el documento a través de códigos binarios, con lo cual se crea la firma digital.

La función o algoritmo HASH obedece a la palabra en idioma inglés “picar y mezclar”, de allí que adquirió su uso en el lenguaje de programación.

3. El mensaje es enviado junto con la firma.
4. Al recibir Bernardo el documento cifrado, se toma la llave pública del remitente (Ana) y se la aplica al resumen del archivo.
5. Aplica al mensaje la función HASH para obtener el mensaje. Dicha función le ha sido comunicada previamente mediante la transmisión de la llave pública.

6. Compara el resumen recibido con el obtenido a partir de la función HASH. Si son iguales, Bernardo puede estar seguro de que quien ha enviado el mensaje es Ana y que este no ha sido modificado.

Llave o clave privada. La clave privada es actualmente un dispositivo denominado “*token*” que se comunica con el computador a través del puerto USB (*universal serial bus* o bus serial universal). Este dispositivo es hasta ahora el más utilizado para crear la firma digital por su alto grado de confiabilidad.

Al insertar el token en el puerto USB del computador se abre un programa que pregunta cuál documento se quiere firmar, una vez firmado se crea un archivo ZIP que es el que se va a enviar por medio de *attachment* o archivo adjunto (la expresión “attach” significa “apego” y de allí las voces apegado, agregado o adjunto).

5.43. Certificados digitales

Los certificados se expiden en soportes físicos, que a su vez tienen una clave conocida por el usuario para evitar que si se pierde pueda ser usada por otro.

El certificado digital garantiza que la clave pública pertenece a un usuario. El certificado sólo lo expide la entidad que expidió la llave.

5.44 Entidad de certificación

La validez de un certificado es la confianza de que la clave pública contenida en el certificado pertenece al usuario indicado en el certificado.

Pueden serlo quienes reúnan los requisitos de la ley 527 de 1999 y el decreto reglamentario que al efecto expida el gobierno nacional.

5.45 Prueba técnica del documento electrónico

Quien desee practicar o reconocer o evaluar una prueba técnica realizada en un computador o en un contenedor digital, deberá conocer los principios básicos de la informática.

Todo computador, se compone de una base sólida, denominada “Hardware” (de uso duro) y una programación interna o soporte lógico, denominada “Software” (de uso blando).

Hardware. La expresión “hardware” significa “de uso duro”. Es la parte física de un computador. Se divide en dos: 1. Hardware interno y; 2. Periféricos.

Hardware interno. Consiste en la composición física del equipo, su disco duro, la memoria, el procesador y otros elementos que le permiten almacenar y procesar información, así como comunicarse con el exterior.

Periféricos: scanner o escáner, impresora, micrófono, Mouse o ratón, teclado, cámara, disco duro externo, etc.

La información se mide en bits, bites (8 bits), kilo bites (1000 bites), mega bites (1.000.000 bites), giga bites (1.000.000.000 bites), tera bites (1.000.000.000.000 bites).

Las partes físicas del computador no se requieren para realizar un peritaje, a menos que el peritaje verse sobre los componentes físicos del equipo. Ejemplo. Software pirata, o reproducción de películas en DVD, caso en el cual se requiere probar que se tenía un equipo de quemado múltiple.

Software. Soporte lógico del computador. Usualmente conocido como “programas”.

DOS: *Disk Operating System* o sistema operativo del disco. Es un programa sobre el que corren las demás aplicaciones, incluida Windows o Lynux.

Cada archivo tiene un nombre y una extensión. Un conjunto de archivos forma un programa.

El nombre se lo da el usuario. La extensión determina el uso del archivo. Ej. Los documentos creados utilizando el programa Microsoft Word tienen la extensión “.Doc”.

Las pruebas técnicas que se toman con cadena de custodia se toman sobre DOS, en virtud de que desde ahí no hay que ingresar a Windows, lo que puede contaminar el archivo, en virtud de que dicho programa operativo adiciona elementos que el usuario pudo no querer o requerir para el manejo del documento, lo cual puede generar una duda probatoria sobre si fue el usuario quien manipuló el archivo o fue producto de su interacción con el sistema y con ello perder eficacia demostrativa la prueba.

5.46. Recolección de un mensaje de datos para presentarlo como prueba

Para la obtención de un correo electrónico, se recomienda descargar los mensajes a un programa de manejo de correo electrónico, ya que este programa muestra todas las propiedades del mensaje, además de las direcciones por donde transitó y a partir de allí seguir los siguientes pasos:

1. Abrir el correo.
2. Guardar el archivo como en una carpeta con el nombre de la prueba. Ejemplo. “Correo”. Para ello se utiliza la función “guardar como”, en el menú archivo.
3. Al grabar se le debe dar el formato del programa que se usó para abrirlo.

4. Se le debe dar el nombre que le da el programa.
5. Se debe verificar que la copia estuvo bien hecha. Se recomienda hacer una copia antes de abrir el archivo creado y abrir esa copia para verificar.
6. Una vez abierta la copia se abren las opciones del mensaje y allí aparece toda la información: IP, número, etc.
7. Las propiedades del documento no requieren de impresión, ya que están dentro del documento digital.

Por ello, al contestar una demanda, la forma de objetar una impresión simple de un archivo digital, es informándole al juez que la forma de presentarlo es mediante la inclusión del archivo digital en un disco o cualquier otro medio, pues en virtud del principio de mismidad esa es la verdadera prueba y no la impresión de lo que aparece en la pantalla del computador.

IMPORTANTE: la simple impresión del documento o archivo no es prueba digital por no reunir los requisitos de la ley 527 de 1999.

8. Se debe guardar el documento en formato PDF (portable document format). Si no se cuenta con convertidor a PDF, se debe solicitar impresión (Ctrl P), pero al momento de imprimir no se debe enviar a la impresora, sino ir a la opción de imprimir a documento mediante Microsoft Image Writer o si se tiene instalado el programa Acrobat, a PDF, o bien cualquier programa que permita la captura de imágenes de la pantalla, tal como Microsoft OneNote.
9. Al abrirse la ventana del *Image Writer* o aquél que capturó la imagen se debe ir a propiedades y escoger formato Tiff. Una vez guardado como Tiff se debe abrir y guardar nuevamente como formato RTF con imágenes.

El programa de lectura de Tiff preguntará si se abre el reconocedor OCR. Se debe aceptar: OK. Si no se puede convertir desde el Tiff se guarda desde el Outlook a RTF.

10. En un archivo de texto que se recomienda titular “*léame*” se deben incluir las instrucciones para el juez, comenzando por el encabezado “*Señor Juez:*”
11. Para presentar el archivo se debe redactar un memorial por escrito en el cual se le informa al juez:
 - A. Quien tomó la prueba.
 - B. Hoja de Vida de quien toma la prueba.

C. Descripción de cómo se tomó la prueba, lo que incluye:

1. La identificación externa de la máquina con fotos
2. El procedimiento que se usó, paso por paso, lo que incluye **la versión** de cada programa que se abrió para tomar la copia de la prueba. Al abrir el programa se abre el menú “acerca de” y se toma una impresión de pantalla (*print screen* o “*prtsc*”). No es necesario documentar la forma como se convirtió el archivo a RTF, a PDF o a TIFF, pero sí recomendable.
3. **Importante:** antes de copiar la pantalla se recomienda ocultar la bandeja de tareas. Para ello se debe dar click derecho sobre la bandeja para abrir las propiedades de la bandeja y ocultar el reloj, así como habilitar la opción “*auto-hide the task bar*” u “ocultar automáticamente la barra de tareas”.
4. Se debe abrir nuevamente el correo electrónico y abrir sus propiedades u opciones y tomar una impresión de pantalla. También se puede abrir la carpeta que contiene el documento y con el click derecho abrir las propiedades para tomar una impresión de pantalla, con lo cual se documenta la fecha en que se realizó la copia.
5. Se deben expresar las conclusiones de la prueba y del archivo copiado.
6. La carpeta que contiene todos los archivos (en total 4: el original desde el programa, el *léame* de TXT, el TIFF o PDF y el archivo RTF) se debe quemar en dos discos que expresen:

“Prueba Digital Original (original peritable)
Proceso de A Vs. B.”

7. Los Cd’s se deben embalar cada uno en una caja plástica aparte, preferiblemente de cajas transparentes para evitar hongos y para que pueda verse el contenido sin abrirla.
8. Los discos se empacan en una bolsa de Manila de burbujas y se sella. (Embalaje).
9. En la parte exterior de la bolsa debe incluirse una impresión con todo el procedimiento y si se trata de proceso penal la hoja de manejo de cadena de custodia.

En la hoja de cadena de custodia se debe incluir la información de lo que contienen los discos, así como el número total que van dentro de la bolsa o sobre.

10. Finalmente, la prueba se presenta como **documental**.

5.47 Reglas de interrogación del perito informático

El perito no debe estar contaminado del caso: no debe tener conocimiento previo de los hechos. Las pruebas deben analizarse sin ningún tipo de prejuicio. Por lo tanto el perito no debe haber tenido conocimiento previo del caso. Al respecto ver el capítulo sobre prueba pericial y en especial las reglas para la interrogación de peritos.

5.48 Inspección judicial del documento electrónico

Fin de la prueba. Que el juez tenga una percepción directa de los hechos o circunstancias que se quieren probar. Las pruebas tienen que estar de acuerdo con la demanda y pueden versar sobre documentos. Ejemplo. Documentos del comerciante que gozan de reserva. La inspección debe estar precedida del auto que ordena la exhibición.

En el derecho comercial existen documentos:

A. Secretos: es lo que no se quiere que nadie se entere. Aquellos documentos a los cuales el comerciante les otorga tal calidad y además les brinda un trato especial. Existen manuales para el manejo de secretos industriales.

El secreto tiene que tener una valoración económica.

Los documentos secretos no pueden ser inspeccionados, a menos que la prueba verse directamente sobre ellos.

Los documentos secretos se deben someter a reserva y solo pueden ser accedidos por el juez y por quien aporta la prueba.

Cuando es necesario recaudar una prueba contenida en un archivo o un computador que contiene otros secretos, se debe antes de iniciar el recaudo celebrar un pacto de confidencialidad entre los abogados.

Son secretos: Consejo de Ministros, Consultas de la Sala de Consulta y Servicio Civil, documentos de autoridades del orden público y el DAS.

Según lo previsto por el artículo 24 de la Ley 1437 de 2011, sólo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución o la ley, y en especial:

1. Los protegidos por el secreto comercial o industrial.
2. Los relacionados con la defensa o seguridad nacionales
3. Los amparados por el secreto profesional

4. Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, ti incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y los demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica, salvo que sean solicitados por los propios interesados o por sus apoderados con facultad expresa para acceder a esa información.
5. Los relativos a las condiciones financieras de las operaciones de crédito público y tesorería que realice la Nación, así como a los estudios técnicos de valoración de los activos de la Nación. Estos documentos e informaciones estarán sometidos a reserva por un término de seis (6) meses contados a partir de la realización de la respectiva operación.

B. Reservados: son muy escasos en materia comercial. Son reservados aquellos documentos que no pueden ser vistos por ninguna persona. El carácter de reservado o secreto lo da, además de la ley, el propietario.

Son reservados los documentos del comerciante y su correspondencia.

C. Confidenciales: aquellos documentos cuyo contenido solo puede ser conocido por un grupo determinado de personas.

Restricción de confidencialidad: reproducción verbal o mecánica del documento.

El manejo de la prueba electrónica en el proceso civil colombiano³¹⁰

Prueba, evidencia y elemento material de prueba

Bajo el régimen de la ley 906 de 2004, el tratamiento sintáctico y semántico de las palabras “prueba”, “evidencia” y “elemento material probatorio” adquirió una nueva dimensión.³¹¹

Tanto en la ley 600 de 2000 como en el decreto 1400 de 1970³¹², prueba es todo elemento que sirve para llevar convencimiento de la ocurrencia de un hecho al juez o al fiscal; En la

³¹⁰ Este trabajo es el producto de una investigación adelantada por el programa de Semilleros de la Facultad de Derecho de la Fundación Universitaria San Martín, de la cual se formuló ponencia en el XXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal. El equipo de investigación lo integraron los alumnos Miller Orlando Rivera Villanueva, Enrique Armando Fuentes Ortiz, Bibiana María Peluffo Muñoz, Lizeth Adriana Huertas Barrantes, María Aurora Carrillo Taylor, Andres Felipe Pedraza Galindo, Héctor René Ruano Cuarán, Jorge Mario Pimienta Gómez, Juan Fernando Galindo Márquez y Jair José Bermúdez Cotes, a quienes se extienden los créditos investigativos y de elaboración de la ponencia original. Fue publicado así mismo en la Revista Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías de la Universidad de Los Andes, No. 4, junio de 2010.

³¹¹ “Prueba que se presenta a favor o en contra de una cuestión. Es la claridad misma de la verdad, y constituye un carácter objetivo de esta, y no un estado subjetivo del sujeto”, Diccionario enciclopédico Quillet, t. IV, México D.F., Editorial cumbre de México, p. 34.

³¹² En adelante CPC.

ley 906 de 2004, prueba es aquel elemento material que ha sido debidamente aportado y controvertido en juicio con audiencia de las partes. Nuestro actual sistema penal oral, derivado del derecho norteamericano, reconoce la distinción entre el vocablo “evidencia” (*evidence*) y el vocablo “prueba” (*proof*), como elemento de convicción para la emisión de un fallo.

Cualquier otro elemento material o evidencia tan sólo tendrá eficacia jurídica para sustentar la iniciación de una investigación o para formular una imputación, según sea el caso, pero jamás para determinar la ocurrencia de un hecho,³¹³ salvo que la propia ley lo admita como prueba sumaria. Tal es el caso de la evidencia, que se convierte en elemento material probatorio cuando el perito la somete a examen, pues de manera separada evidencia, dictamen y testimonio del perito serán, cada uno, elemento material probatorio; la presentación de estos en audiencia pública de juzgamiento con inmediación del juez y contradicción de las partes será la prueba.

Se hace referencia, sin embargo, alternamente (más no alternativamente), a las expresiones evidencia y prueba, pues por tratarse del estudio de las normas que rigen el camino probatorio en el proceso civil, no es admisible la distinción a que aquí se ha hecho referencia del derecho procesal penal.

El camino de la prueba

De acuerdo con la legislación procesal vigente, toda decisión deberá fundarse en pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso (art. 174 C.P.C.). Este concepto, que encierra varias previsiones de contenido sustancial, obliga al intérprete y, por tanto, al operador judicial, a distinguir los “momentos procesales de la prueba”, también conocidos como el *iter* o el sendero probatorio, pues si bien se admite que toda decisión debe fundarse pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, también se admite que la valoración no es el resultado del capricho del juez.

Del principio de necesidad contemplado en el artículo 174 del C.P.C., que informa la actividad probatoria, se extraen las siguientes reglas: 1) no podrá valorarse la prueba que no fue pedida en tiempo, decretada legalmente y practicada en debida forma; 2) no podrá practicarse la prueba que no fue legalmente decretada; 3) no podrá decretarse la prueba que no fue oportunamente pedida o aportada o que, además, sea inconducente, impertinente o inútil; y 4) no podrá pedirse o aportarse la prueba en oportunidad distinta que la prevista en la ley.

Petición y aporte

³¹³ Plan Nacional de Capacitación, Sistema nacional de defensoría pública, t. II, Bogotá, Autor, 2008, p. 62.

Ante todo, una precisión: pedir no es lo mismo que aportar; sin embargo, todo lo que se aporte debe también ser pedido para poder decretarse. En materia documental, la protección de los principios de conducencia, inmaculación, intimidad y oportunidad, imponen el estudio separado de las disposiciones que rigen este tipo de actividad en el proceso civil.

Reglas del aporte en materia documental electrónica

Tratándose de documentos electrónicos, el aporte está limitado por los principios de legitimación, inmaculación, conducencia, legalidad, licitud, pertinencia, oportunidad y utilidad.

Es deber del juez verificar que el documento aportado cumpla con los requisitos mínimos de producción de la prueba, bien sea porque se obtuvo de manera legítima mediante su intervención anticipada, bien porque la parte que la aduce se encuentra en su legítimo poder, caso en el cual se deberá siempre constatar que con ella no se vulneran principios o derechos constitucionales, tales como del debido proceso o la intimidad. Son entonces las reglas que deben regir esta etapa del proceso probatorio, las siguientes:

Que el documento haya sido obtenido lícitamente

Que no hubiere sido producto de la intromisión indebida en computador u otro medio de almacenamiento de información digital. La admisibilidad de la prueba está determinada por la legitimación que tenga su tenedor, la cual se expresa en términos de propiedad o custodia. El análisis de la jurisprudencia constitucional³¹⁴ ha permitido dilucidar algunos casos en que el derecho a la intimidad³¹⁵ prima por sobre otros derechos de carácter patrimonial.³¹⁶

Como ejemplos de tenencia *legítima* se pueden mencionar: correos electrónicos propios, extractos bancarios propios, historias clínicas propias y videos propios o producidos con autorización de terceros, aspectos estos últimos regulados en las leyes 23 de 1981 (estatuto deontológico del médico) y 23 de 1982 (derechos de autor).

Son ejemplos de tenencia *ilegítima* los correos electrónicos ajenos, incluidos los del cónyuge, familiares en general y empleados, salvo que tales correos hubieren sido generados y enviados utilizando cuentas familiares o corporativas con claves públicas y de libre acceso; grabaciones interceptadas sin orden judicial; y grabaciones obtenidas lícitamente, pero extraídas ilícitamente de un expediente judicial.

Una muestra de *custodia legítima* se encuentra en la historia clínica,³¹⁷ la cual, de acuerdo con el artículo 34 de la ley 23 de 1981, le pertenece al paciente y no al médico, que, si bien

³¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-022 de 1993.

³¹⁵ Rincón óp. cit., p. 190.

³¹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-440 de 2003.

³¹⁷ “La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado, sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente en casos previstos por la ley”.

la ha creado y desarrollado, no puede disponer libremente de ella sin el consentimiento de su legítimo propietario, pues de otra forma estará violando la reserva profesional,³¹⁸ recordando que la historia clínica es aquella que la ley permite crear y conservar en medio electrónico.³¹⁹

En conclusión, si el documento electrónico no pertenece o no fue creado por la persona que lo aporta será ilícito, por violar el derecho a la intimidad³²⁰ y, por tanto, deberá ser rechazado por el juez.³²¹

Que se allegue al proceso en su forma original

Tratándose de documento electrónico, lo adecuado es presentarlo en la misma forma en que fue creado. No será admisible, por tanto, la copia impresa en papel, ya que se entiende que ésta es la simple reproducción de otro documento que fue creado y almacenado electrónicamente.

En el proceso judicial se debe procurar que la prueba que se ofrezca sea la que tenga una relación directa con el hecho y no la que lo indique. Por tanto, en desarrollo del principio de la mismidad u originalidad,³²² se preferirá el documento original que el autenticado, y si es electrónico, el archivo digital que la impresión de su contenido.

La impresión es la reproducción de textos e imágenes que se encuentran en medios electrónicos utilizando diferentes tintas, generalmente sobre papel.³²³ A veces, por razón de las nuevas tecnologías, al juez se le dificulta la labor de identificar lo que es original de lo que no lo es, ya que, comúnmente, se brinda el mismo trato a los conceptos “documento electrónico”, “firma electrónica”, “firma digital”, “firma mecánica” o la simple impresión que de ellos se realiza.

Un ejemplo ilustra lo anterior:

Dos personas se encuentran negociando un contrato de arrendamiento telefónicamente. Más tarde, quien va a tener la calidad de arrendataria envía al otro un correo electrónico (men-

³¹⁸ Solorzano Niño, Roberto, Medicina legal, criminalística y toxicología para abogados 5ª ed., Bogotá, Nomos, 2005, p. 30.

³¹⁹ Orjela, Wilson, Responsabilidad Médica Estatal. Bogotá, Librería Jurídica Sánchez, p. 147.

³²⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente Arturo Solarte Rodríguez. 4 de septiembre de 2007. Referencia: 05001-22-03-000-2007-00230-01.

³²¹ Corte Constitucional sentencia SU-159 de 2002, que declaró la interceptación arbitraria de comunicaciones como violatoria del derecho a la intimidad, en la medida en que no brinda la protección debida a la autonomía individual tutelada constitucionalmente.

³²² “Originalidad: significa que la información de los hechos se obtenga directamente de la fuente y no por otros conductos que puedan deformarla”. Azula Camacho, Jaime, Manual de derecho procesal. t. VI, Pruebas judiciales, segunda edición, Bogotá, Temis, 2003. p. 14.

³²³ Consultado en: <http://es.wikipedia.org/wiki/Impresi%C3%B3n> el 11 de junio de 2008.

saje de datos³²⁴ o EDI), en el que le dice: “*de acuerdo con nuestra conversación de esta mañana, le manifiesto que estoy de acuerdo en los términos del contrato; sin embargo, me gustaría que aclaráramos dos puntos esenciales, como son, la renta y las fechas de inicio y terminación*”.

El futuro arrendador responde por el mismo medio: “*entonces, estamos de acuerdo en lo siguiente: El local es el 201 del Centro Comercial Los Robles de Pereira; la renta será de \$1.000.000, pagaderos los primeros cinco días de cada mes a mi favor, la entrega será el 1º de junio de este año y la duración del contrato será de un año. ¿Está usted de acuerdo?*” El arrendatario replica nuevamente: “*estoy de acuerdo*”.

Transcurrido un año, el arrendador pide al juez que decrete la terminación del contrato y ordene la entrega, caso en el cual, para cumplir con la carga probatoria de demostrar la existencia del contrato (art. 424 del C.P.C.), deberá aportar al proceso la prueba de los correos en su estado original; para ello no podrá servirse de documento impreso en papel, pues el único medio admisible es aquel que permita transportar el documento electrónico tal y como fue creado y recibido, es decir, en medio igualmente digital, como un disco compacto o sistema de almacenamiento portátil que impida su alteración o modificación. Para ello, quien aporta el documento deberá demostrar que la prueba reúne los requisitos de *confiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad*.

Existen varios sistemas de almacenamiento para documentos o archivos; Entre ellos se encuentran los de tiempo real, lineales (de ejecución instantánea), no lineales (de tracto sucesivo), en tiempo programado (el ordenador y el sistema de almacenaje funcionan en un momento determinado, específico), y de tipo espontáneo (se almacena la información cada vez que se quiera).

Entre los métodos o sistemas de almacenamiento de la información actual se encuentran los siguientes: disquetes,³²⁵ discos duros,³²⁶ DVD,³²⁷ discos compactos o CD, memorias USB,³²⁸ centros de almacenamiento masivo de información (gran disco duro), SAN³²⁹ o NAS,³³⁰ cintas de medios magnéticos, entre otros.

³²⁴ Parra Quijano, Jairo, Tratado de la prueba judicial: los documentos, t. II, tercera edición, 2003, p. 206.

³²⁵ “Es el disco que se utiliza para almacenar y transferir datos entre ordenadores personales que no están conectados entre sí”. Tomado de: <http://www.learnthenet.com/spanish/glossary/floppy.htm>. Consultado el 13 de junio de 2008.

³²⁶ León Moncaleano, William Fernando, De la comunicación a la informática jurídica penal bancaria, Doctrina y Ley, 2001, p. 20.

³²⁷ Digital Video Disc.

³²⁸ La sigla USB proviene de las palabras Universal Serial Bus, que traduce al español “puerto serial universal”.

³²⁹ “Método de almacenamiento en red: storage area network” Tomado de: http://es.wikipedia.org/wiki/Almacenamiento_asociado_a_red. Consultado el 13 de junio de 2008.

³³⁰ “Dispositivo de almacenamiento específico a los que se accede desde los equipos a través de protocolos de red: Network Attached Storage” Tomado de: http://es.wikipedia.org/wiki/Network-attached_storage. Consultado 13 de junio de 2008.

La forma como se extraiga la copia del documento dependerá de la habilidad y el conocimiento de la persona que la realice. La garantía de su inmaculación, del método de almacenamiento utilizado, el cual, en todo caso, *debe ser de aquellos que no permitan su reescritura posterior*.

Confiabilidad

La confiabilidad hace referencia a tres aspectos fundamentales de la prueba electrónica documental, como: la forma como se generó, la forma en que el documento es conservado y la identificación de quien lo generó.³³¹

Inalterabilidad

La inalterabilidad guarda una estrecha relación con el principio de integridad, pues es la garantía de que se ha conservado la pureza de la información a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma.³³²

La inalterabilidad del documento electrónico se garantiza mediante la aplicación de protocolos de extracción y copia, y mediante el adecuado manejo de las reglas de cadena de custodia.³³³

Rastreabilidad

La rastreabilidad significa la posibilidad de acudir a la fuente original de creación o almacenamiento del documento electrónico con fines de verificación de su originalidad y su autenticidad³³⁴.

Reglas de la petición

Tal y como se expresó, se pide lo que aún no se tiene, en este caso, el documento electrónico, el cual, o bien no reposa en poder de quien acude al proceso o no cuenta con autorización de su legítimo propietario o tenedor para disponer de su extracción del equipo donde actualmente se encuentra.

A partir del estudio de las normas que regulan la petición documental, se deberán tener en cuenta las siguientes reglas:

³³¹ Tomado de: www.usergioarboleda.edo.co/civilizar/Acto_Administrativo_Electrónico_Nuevas_Tecnologías_información.htm. Consultado el 5 de junio de 2008.

³³² *Ibidem*.

³³³ Procedimiento de identificación, recolección, embalaje, transporte, entrega y almacenaje de evidencias.

³³⁴ Corte Constitucional, sentencias C-662 del 2000, C-831 del 2001 y C-356 del 2003.

1. La prueba no está en poder de quien la solicita. En este caso se deberá acudir a los medios probatorios admitidos para el recaudo de la prueba documental general, como son la exhibición, la inspección judicial,³³⁵ el peritaje³³⁶ y la orden directa a otra autoridad en cuyo poder reposa el documento electrónico, como puede ser la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), la Cámara de Comercio, las superintendencias u otros jueces mediante el traslado de la prueba o la certificación sobre su contenido o existencia.

2. Que no se trate de documentos sometidos a secreto profesional ni a reserva

Se entiende por secreto profesional³³⁷ “la información reservada o confidencial que se conoce por el ejercicio de determinada profesión o actividad”.³³⁸ Conforme al artículo 74 de la Constitución, el secreto profesional es inviolable. Por tanto, estarán sometidos al régimen del secreto los archivos electrónicos que hagan parte de la actividad propia de algunas personas, como los abogados³³⁹ (arts. 28, 34, L. 1127/06), los médicos³⁴⁰ (L. 23/81), los psicólogos (arts. 10, 11, 23, 30, 32 L. 1090/06), los sacerdotes, los contadores públicos, los revisores fiscales³⁴¹ y otros que ejerzan actividades que les impidan revelar lo que en tal virtud ha llegado a su conocimiento.³⁴²

El profesor Roberto Solórzano Niño refiere que el secreto profesional es “lo que cuidadosamente se mantiene oculto por haber sido conocido en su virtud de especiales características de trabajo y oficio de una persona, y que no es prudente divulgar para no causar perjuicios a terceros”.³⁴³

Carbone, tomando la legislación Argentina como referencia,³⁴⁴ distingue varios “niveles” en orden de inviolabilidad, así: estrictamente secreto y confidencial, secreto, confidencial, reservado y público.³⁴⁵

Que el medio probatorio sea idóneo para producir la prueba. Por razón del método para su creación y archivo, son medios idóneos para producir la prueba electrónica la inspección

³³⁵ Parra, óp. cit., p. 333.

³³⁶ Pimentel Calderón, Javier Cano, Jeimy José, óp. cit.

³³⁷ Corte Constitucional, sentencia T- 343 de 2008.

³³⁸ Corte constitucional, Sentencia C-062 de 1998.

³³⁹ Corte Constitucional, sentencia T-824 de 2005.

³⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia T-513 de 2006.

³⁴¹ Corte Constitucional, sentencias C-062 de 1998 y C-538 de 2007.

³⁴² Tomado de: www.derechoshumanos.gov.co/modules.php?name=glosario&op=content&tid=121. Consultado el 4 de junio de 2008

³⁴³ Solorzano Niño óp. cit., p.18

³⁴⁴ Ley 25520 del 27 de noviembre del 2001. Bases jurídicas, orgánicas y funcionales del Sistema de Inteligencia de la Nación.

³⁴⁵ Carbone, Carlos Alberto. Grabaciones, escuchas telefónicas y filmaciones como medios de prueba, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2005, p. 189.

judicial con asistencia de peritos, la exhibición de documentos que reposan en medios de almacenamiento digital, la prueba trasladada y la orden a otra autoridad.

3. Que la petición se realice en las etapas legalmente permitidas, pues el momento petitorio está sujeto a los principios de lealtad y de preclusión que rigen en todo proceso.³⁴⁶ Según lo previsto en el artículo 183 del Código de Procedimiento Civil, para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades previstas para ello.

Decreto

El decreto de la prueba en el derecho procesal civil es reconocido como el punto de convergencia de todo el sendero demostrativo, en la medida en que permite la admisión de los medios de convicción con que va a contar el juez para la formulación de la hipótesis fáctica en la cual se va a asentar la decisión.

El decreto es, en suma, la autorización que imparte el juez a una prueba, que bien ha sido pedida o aportada, para que ingrese al debate procesal. Sin el decreto, la prueba es ineficaz y aun nula, pues hace parte del proceso de socialización, mediante el cual se da publicidad y, por supuesto, se garantiza contradicción.

Reglas relativas al decreto

Conducencia

La conducencia es “la idoneidad legal que tiene una prueba para demostrar determinado hecho”.³⁴⁷ En materia de pruebas o evidencias digitales, ésta apunta en un único sentido: la idoneidad del documento electrónico para demostrar el hecho alegado.

Para ello se debe recurrir al principio de la equivalencia funcional,³⁴⁸ consagrado en la ley 527 de 1999, según la cual “no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos” (art. 5º).

Es necesario, sin embargo, distinguir entre el documento creado telemáticamente y el documento físico, pero archivado electrónicamente, pues si se trata de mensaje de datos, es decir, los creados y archivados por medios electrónicos, con vocación de transmisibilidad, deberá ser de aquellos que hacen parte de los actos jurídicos no sometidos a requisitos especiales de creación (*ad substantiam actus*) o de prueba (*ad probationem*), caso en el cual

³⁴⁶ Rodríguez, Gustavo Humberto, Curso de derecho probatorio, 5ª edición, Bogotá, Librería del Profesional, 1986, p. 81.

³⁴⁷ Parra Quijano, óp. cit., p. 153.

³⁴⁸ Cubillos Velandia, Ramiro y Rincón Cárdenas, Erick, Introducción jurídica al comercio electrónico, Bogotá, Ediciones Jurídicas, 2002, p. 229.

deberá verificarse si se trata efectivamente de un “mensaje de datos” propiamente dicho o de una “reproducción digital” de un documento *per cartam* (físico), pues, como se ha dicho, cada uno corresponde a actos jurídicos de distinto trato en la legislación documental, en la medida en que el segundo deberá cumplir en lo que le sea aplicable con los requisitos generales del *documento de carácter representativo* contemplados en el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil.

En efecto, si un documento que consta en medio tangible es reproducido o archivado electrónicamente, como puede ser mediante el uso de una cámara digital o un escáner, dicha reproducción será considerada una copia³⁴⁹ y tendrá el valor probatorio de un documento de contenido representativo, caso en el cual, según lo explica Devis, podrá suplir el original con el mismo requisito de haber establecido su autenticidad por confesión o testimonios de personas que hayan intervenido en su formación en el original como testigos actuarios o por atestación de un notario o de un juez que haya conocido el original y hecho la necesaria comparación,³⁵⁰ atestación que también podrá, mediante el uso de una firma digital y previa regulación especial, constar igualmente en medio electrónico.³⁵¹

³⁴⁹ “[...] Cuando de la aportación de documentos a un proceso judicial se trata, podrán presentarse originales, o copias que pueden consistir en transcripciones o reproducciones mecánicas y tienen el mismo valor probatorio de aquél en los siguientes casos: si las copias aportadas son transcripciones, debieron ser autorizadas u ordenadas por el notario o funcionario público en cuya oficina se encuentra el original o copia auténtica del mismo, a menos de tratarse de transcripción hecha en el curso de inspección judicial que, salvo otra disposición legal, conserva por sí sola idéntico valor. Ahora, si la aportación de copias al proceso se hace en la modalidad de reproducción mecánica, como en fotocopia, se requiere que éstas estén precedidas de autenticación ante notario o juez que haya verificado el respectivo cotejo, todo con sujeción a los artículos 253 y 254 del C de PC”; de otra parte, en sentencia de 15 de agosto de 1986, reiterada el 21 de mayo de 1991 tuvo oportunidad de expresar esta corporación, concretando el análisis al ordinal 1º del artículo 254 del C de PC), que esta norma “incluye dos casos en los que las copias adquieren la fuerza probatoria del documento primigenio: uno, cuando hayan sido autorizadas por un notario u otro funcionario público en cuya oficina repose el original o copia auténtica del mismo. Y otro, cuando por tratarse de una reproducción mecánica, ésta, dice la norma, ‘cumple con el requisito exigido en el artículo precedente’ [...]. El sentido del primero de esos dos supuestos es claro: bajo la condición de que en sus oficinas se hallen, bien sea el original del documento, bien una copia auténtica del mismo, el notario, o el funcionario público en general, están investidos de la facultad de expedir copias con idéntico valor probatorio al de aquél. En lo que atañe al segundo, es oportuno hacer algunas acotaciones tendientes, precisamente, a justificar su separación de la primera parte del ordinal [...]. Si esta parte del ordinal se tuviera como un complemento de lo determinado al comienzo, complemento destinado a erigir la satisfacción de una cierta exigencia adicional cuando la copia sea una reproducción mecánica, se estaría, con ello, queriendo decir, que cuando la copia consista en una transcripción, basta con la autorización del notario o del funcionario en cuya oficina esté el original o una copia auténtica del documento transcrito para que aquélla asuma la misma eficacia probatoria que merezca el primer ejemplar; pero que cuando esa copia esté constituía por una reproducción mecánica, ya la autorización dejaría de ser suficiente porque, a más de ella, también necesitaría de la autenticación del juez o del notario, estampada con fundamento en el cotejo que lleve a cabo entre la réplica y el original o la copia auténtica del documento [...]. Por último, colorario obligado de que el ordinal 1º. contemple dos formas distintas de emitir copias de un documento, es el de que cuando se esté en frente de una fotocopia autenticada por un notario o juez, no corresponde pedir que en el respectivo despacho exista el original o copia auténtica del documento, desde luego que semejante condición viene referida es a lo que el aludido precepto estatuye en su primera parte” Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 27 de marzo de 1998, ref. 4943.

³⁵⁰ Devis (óp. cit., p. 478) citando a Rocha, afirma que por razón de la modificación introducida por el artículo 253 del Código de Procedimiento Civil en el año setenta a lo dispuesto en los artículos 73 a 77 del

Igual previsión se predica de los instrumentos públicos, como escrituras y providencias judiciales, siempre y cuando medie autorización del notario en las primeras o del juez en las segundas, conforme lo establecen los artículos 115 y 254 del Código de Procedimiento Civil.

Lo anterior en razón de que ni la ley 527 de 1999, ni sus decretos reglamentarios, ni el Código de Procedimiento Civil, ni su reforma con la ley 794 de 2003, se encargaron de dilucidar los aspectos relativos al archivo electrónico de documentos escritos o físicos, cuando en ellos consten circunstancias relevantes para la prueba de los hechos, salvo en lo concerniente a algunas normas especiales, como las de carácter tributario, que permiten al comerciante archivar digitalmente los soportes de sus actos con fines de control, pero no se reguló hasta ahora el procedimiento de fotografiado, escaneado, filmado o digitalizado de documentos públicos y privados, como sí lo hizo el decreto-ley 2527 de 1950, por el cual se autorizó el procedimiento de microfilme en los archivos y concedió valor probatorio a las copias fotostáticas de los documentos microfilmados, siempre y cuando se respeten las normas sobre incorporación y autenticación.

Es claro en este aspecto que la legislación colombiana admite de antaño dos tipos de documentos: con vocación de circulación o transmisibilidad y con simple vocación de movilidad, siendo los primeros todos los que no deban reposar en oficina o despacho público y, en general, los títulos valores.

Por el contrario, serán documentos sin vocación de circulación aquellos cuyo original deba reposar en oficina o protocolo, como lo son las escrituras públicas, los registros civiles y los expedientes judiciales de sistema escrito, siendo necesario aclarar que todo documento, público o privado, por su carácter de cosa mueble, tiene vocación de movilidad, pero no por ello vocación de circulación, como, por ejemplo, las primeras copias de escrituras públicas con destino a oficinas específicas o a la tenencia y custodia del interesado en ejercer un derecho cartular derivado del contenido del documento protocolizado.

Piénsese, por ejemplo, en un acta de conciliación, la cual, a la luz de lo previsto en artículo 14 de la ley 640 de 2001, debe ser registrada dentro de los dos días siguientes a la realización de la audiencia, teniendo derecho las partes a obtener reproducción auténtica con constancia de ser la primera copia, según lo prescrito en el párrafo 1° del artículo 1° de la mencionada ley.

Es claro, entonces, que de un mismo acto surgen dos documentos igualmente admisibles, pero igualmente únicos para demostrarlo: el original del acta y la primera copia que prestará mérito ejecutivo. En este caso, será también evidente que ambos documentos carecen de

decreto ley 960 de 1970, si la copia no es objetada ni tachada se produce el reconocimiento tácito.

³⁵¹ Caso en el cual se admite que el documento electrónico sea autenticado por el notario, quien para ello utiliza una firma digital legalmente adquirida, con lo cual se garantizan los principios de inalterabilidad y no repudio.

vocación de circulación, aunque el segundo, esto es, la copia autenticada, sí tenga vocación de movilidad, por cuanto debe ser entregado al interesado, quien no podrá, sin embargo, circularlo, so pena de perder la acción ejecutiva derivada de la primera copia autenticada, situaciones que demuestran la imposibilidad jurídica actual de “desmaterializar” o “digitalizar” algunos documentos para con ello ejercer las acciones derivadas de éste o del título, pues es también claro que en el juicio posterior sólo será admisible el documento “original” y no su reproducción por medios electrónicos o digitales, aun estando éstos autenticados, pues, como se ha dicho, según lo previsto en la ley, sólo se admitirán la primera copia o el original.

Otros ejemplos de esta limitación se encuentran en documentos como el pasaporte, la moneda que expide el Banco de la República (en forma de billete de papel o metálica), los cuadros originales, los murales, las lápidas y, en general, todos aquellos listados en el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil, en la medida en que ni la legislación ni la tecnología moderna permiten su fiel reproducción por medio de mensajes de datos para efectos de su análisis directo por parte del juez.

Es por lo anteriormente expresado que en materia de conducencia se deberán respetar las reglas especiales para la creación (requisitos *ad substantiam actus*) y demostración³⁵² (*ad probationem*) de algunos actos jurídicos como, por ejemplo, el estado civil de las personas (art. 3º-13 D. 960/70); el matrimonio (art. 113 CC); el testamento solemne (cap. ii, tít. III del CC); el Registro Civil (art. 5º D. 1260/70); la certificación sobre existencia y representación legal que expiden algunas entidades estatales y no estatales; la compraventa de bienes inmuebles, servidumbres y la sucesión hereditaria (art. 1857 CC); la adopción (art. 88 D. 2737/89 y cap. V L. 1098/06); el divorcio notarial (art. 1º D. 4436/05); los actos procesales que consten en expedientes escritos (art. 303 C.P.C.), salvo lo previsto para los expedientes electrónicos; la ley de alcance no nacional y la prueba de la ley extranjera (art. 188 C.P.C.); los actos administrativos de carácter particular (salvo lo previsto en la ley 1150 de 2007); la existencia y el fin de las personas (art. 44 D. 1260/70); la unión marital de hecho (art. 1º L. 54/90 reformado por la L. 979/05); las copias de los expedientes judiciales cuando van a servir de prueba en otros procesos (art. 115 C.P.C.); el silencio administrativo positivo (Art. 42 D. 01/84); la publicación oficial de la ley, la publicación oficial de algunos actos como los contratos, algunos títulos valores como el cheque (cuando lo que se pretende es ejercer la acción cambiaria que en él se incorpora: arts. 619 y 713 CCO),³⁵³ la identidad de las personas (cédula de ciudadanía o su equivalente); la calidad de profesional (por ejemplo, la tarjeta profesional de abogado, art. 1º D. 1137/71, que reglamenta el D. 196/71); las actas de conciliación (L. 640/01); y, en general, todo acto que requiera para su creación o su demostración un documento físico que no pueda ser reemplazado por uno electrónico en los términos del artículo 8º de la ley 527 de 1999.³⁵⁴

³⁵² Peláez Hernández, Ramón Antonio, Manual para el manejo de la prueba. p. 226. FALTA CIUDAD AÑO Y EDITORIAL

³⁵³ Otálora, Clara Inés, Inexistencia del título valor electrónico, Bogotá, Librería del Profesional, 2007, p. 127.

³⁵⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia del 7 de febrero de 2008, Ma-

Sin embargo, serán conducentes en su versión electrónica el archivo o memoria que se tenga de cualquiera de estos actos cuando lo que se quiera es demostrar la existencia del documento que prueba el acto jurídico, como puede suceder en el trámite de reconstrucción de expedientes, o la reducción a medios digitales de información con fines de archivo, tal como se estableció en el decreto-ley 2527 de 1950, por el cual se autorizó el procedimiento de microfilme en los archivos y concedió valor probatorio a las copias fotostáticas de los documentos microfilmados,³⁵⁵ situación no regulada en la ley 527 de 1999 ni sus decretos reglamentarios, pero sí por las normas sobre copias del Código de Procedimiento Civil.

Pertinencia

En materia de evidencia digital, la pertinencia desempeña un papel preponderante: por una parte, demuestra la relación directa entre el hecho alegado y la prueba solicitada³⁵⁶ y, por la otra, determina la legalidad y la licitud del documento, en la medida en que permite al juez determinar con claridad cuándo se estará ante una prueba permitida, cuándo ante una legal y cuándo ante una lícita.

Será pertinente, entonces, la prueba que esté encaminada a demostrar el hecho alegado;³⁵⁷ será permitida la que, además de tener relevancia, no se extralimita en el procedimiento admitido para el proceso en particular; es legal la que busca sólo lo que es tema del proceso; y es lícita aquella que no transgrede el ordenamiento constitucional vigente.

Así, por ejemplo, si en un proceso civil se decreta una inspección judicial a los libros de comercio que reposan en el computador del demandado o del demandante en medio digital y para ello se ordena la exhibición y el apoyo de un perito experto, *será pertinente sólo aquello que tenga relevancia directa con el objeto de la prueba*, que es en este caso precisamente la contabilidad obrante en archivos electrónicos, pero no lo será cualquier otra información que repose en el computador inspeccionado, pues es ajena al tema debatido, caso en el cual deberá centrarse la prueba en la obtención de la información relativa a dicho asunto. Todo lo demás deberá quedar excluido de la inspección, de la exhibición y de la peritación, so pena de violar intimidad.

Utilidad

Será inútil la prueba digital que esté encaminada a demostrar un hecho suficientemente probado en el proceso.³⁵⁸ Siguiendo el ejemplo anterior, si en un proceso se ha demostrado con documentos físicos la existencia de un contrato y de sus pagos por el demandado, será

gistrado Ponente Dr. William Namén Vargas. Expediente 2001-06915-01.

³⁵⁵ Azula óp. cit., p. 265.

³⁵⁶ Tirado Hernández, Jorge, Curso de pruebas judiciales parte general, Tomo I, Ediciones Doctrina y Ley, 2006, p. 246. FALTA CIUDAD

³⁵⁷ Devis, óp. cit., p. 343.

³⁵⁸ Tirado Hernández, óp. cit., p. 250.

inútil la exhibición del computador donde reposan los asientos contables de dichos pagos, pues tal hecho ya se encuentra plenamente acreditado con otros medios igualmente admitidos en el proceso, con lo cual se asegura no solamente economía sino la intimidad de la parte, quien tiene derecho a no ser molestada más de lo necesario, cuando el hecho alegado ha sido suficientemente demostrado.

Legalidad y licitud

Al momento de decretar la prueba, el juez deberá determinar si es legal, es decir, admitida como medio para el proceso adelantado, y lícita³⁵⁹, en la medida en que no vulnere derechos constitucionales como la intimidad o el secreto profesional.³⁶⁰

Son legales en el proceso civil, por ejemplo, las pruebas que tiendan a demostrar hechos ocurridos con anterioridad al inicio del proceso, como la inspección a los libros de contabilidad cuando reposan en medios digitales o la inspección con exhibición a los archivos digitales que reposan en empresa o en establecimiento de comercio.

No serán legales en el proceso civil (por atípicas) la interceptación de correspondencia digital (correo electrónico), el almacenamiento permanente de datos, su continuo procesamiento y el análisis secuencial de almacenamiento de la información, ya que son medios únicamente admitidos en *procesos constructivos*, como son el penal o aun el disciplinario, pues se entiende que *el proceso civil es un proceso eminentemente reconstructivo*, en el cual se busca probar aquello ocurrido con anterioridad a la demanda, a diferencia del penal, que busca no sólo lo pasado, sino evitar lo actual y precaver lo futuro.

Son pruebas ilícitas, por su parte, aquellas que vulneren los principios constitucionales y los derechos fundamentales a la intimidad, a la dignidad y al debido proceso, como, por ejemplo, la sustracción y ulterior aporte de documentos contenidos en computador sin orden judicial previa, la interceptación de comunicaciones o mensajes enviados por correo electrónico sin la autorización del emisor, del receptor o del juez, o la sustracción de material de uso privativo del profesional, como lo son las historias clínicas (ley 23 de 1981 artículo 34) y los archivos que contienen información del menor adoptado, sin autorización del juez (ley 1098 de 2006).

Práctica de la prueba

Tanto en el proceso civil como en el laboral y el contencioso administrativo, la práctica de la prueba digital es la que ofrece mayores dificultades, más por el desconocimiento de las reglas básicas de producción que por la existencia de medios idóneos para su recolección.

³⁵⁹ Canosa Suárez, Ulises, Derecho probatorio disciplinario, Procuraduría General de la Nación, 1999, p. 53. FALTA CIUDAD

³⁶⁰ Corte Constitucional, sentencia T-303 del 2008.

Según los principios de idoneidad, autenticidad, mismidad, originalidad e inmaculación contenidos en las normas procesales vigentes y en la ley 527 de 1999,³⁶¹ las reglas básicas que se deben observar en la producción de la prueba digital, cuando no ha sido aportada por el sujeto procesal son las siguientes:

Decreto de la prueba y obediencia a lo decretado

Si lo que se pretende es obtener una evidencia digital durante el proceso, el juez deberá obedecer lo dispuesto en el auto que decreta la prueba. Allí se deberá determinar con claridad el medio de prueba (exhibición, peritación, inspección o traslado), el objeto de la prueba (el ordenador, los archivos y la información), el lugar, la fecha y la hora de la práctica de la prueba, la designación del perito y las preguntas que éste último debe absolver.

Publicidad de la prueba

En materia civil, no existen pruebas reservadas u ocultas, por lo que la prueba debe ser socializada con suficiente tiempo para que las partes ejerzan sus derechos de audiencia y contradicción, o bien se opongan a su realización por medios determinados en virtud del peligro que representa para el computador o el medio de almacenamiento la intervención pericial, como ocurre en aquellas empresas en que, por seguridad de la información contenida en los ordenadores y la secuencia que llevan entre sí, no es posible suspender su funcionamiento un solo instante, como puede ser el caso de una institución financiera en la cual no se puede restar continuidad al trabajo de dichos ordenadores, debido al riesgo de perder la información contenida en ellos, causando la pérdida de fondos del banco y como consecuencia la descapitalización de los usuarios.

Producción de la prueba

La creación del documento electrónico ocurre antes de que surja el conflicto. Esto significa que su materialización obedece a una forma de regular las manifestaciones jurídicas entre los agentes.

Por ello, para que concurra al proceso en su forma original debe ser incorporado en un contenedor apto para su transporte y posterior acceso, como puede ser un disco compacto no regrabable, o cualquier medio idóneo que no permita su modificación y así garantizar los principios de inalterabilidad e idoneidad, para permitir la asunción y posterior valoración que, como etapas del proceso, le indican al juez (en los términos que se estipulan en el artículo 10 de la ley 527 de 1999), que para valorar la prueba documental electrónica deberá tener en cuenta los criterios previstos en el ordenamiento jurídico a la luz de la sana crítica aplicable al documento *per cartam*,³⁶² pues insistimos que no es lo mismo el archivo electrónico que una impresión física en papel por medios mecánicos.

³⁶¹ Corte Constitucional, sentencia C-662 del 2000.

³⁶² Pelaéz. óp. cit., p. 222.

En consideración a la problemática que hoy se presenta con la admisibilidad y valoración de los mensajes de datos o documentos electrónicos, en los casos de ausencia legal debe recurrirse, como ya se indicó, a la analogía, teniendo en cuenta las normas que regulen la prueba documental, las cuales sí son de aplicación directa por expresa disposición de la ley 527 de 1999.

La exhibición del documento electrónico

Si se analizan detenidamente las normas que regulan la exhibición de documentos, se encuentra evidencia de que el legislador de 1970 no escatimó en esfuerzos para proteger el derecho a la intimidad, pues es evidente que todas las normas procesales que buscan el aporte de información que reposa en poder de terceros garantizan al extremo el derecho que tiene toda persona de no ser molestada más allá de lo que su deber de colaboración con la administración de justicia se lo impone, tal y como disponen los artículos 15 y 95 de la Constitución Nacional de 1991, norma posterior a la expedición del Código de Procedimiento Civil.

Las reglas constitucionales que imponen el respeto por la intimidad, determinan que en materia de documentos electrónicos el medio probatorio por excelencia será la exhibición, pues se entiende que quien no ha aportado un documento a un proceso es porque no tiene la posibilidad física o jurídica de hacerlo y, por tanto, será el juez quien autorice su incorporación al acervo probatorio.

Para ello, deberán observarse con la mayor prudencia las reglas contenidas en los artículos 283 y siguientes del C.P.C., pues es claro que dichas disposiciones fueron previstas para la exhibición del documento *per cartam*, el cual, por su vocación de movilidad y de inalterabilidad, resulta de fácil manejo y tráfico, situación que no resulta del todo afín respecto al documento electrónico, que, por razón de la forma como es creado y almacenado, tiene una eminente vocación de alterabilidad, por lo que es necesario el respeto de algunas reglas que faciliten el aporte y que a la vez impidan su destrucción o alteración, como:

Petición: quien pide la prueba deberá manifestar el lugar donde reposa el documento electrónico y, en la medida de lo posible, el equipo que lo contiene, su propietario, sus usuarios y su ubicación dentro del ordenador o el contenedor.

Decreto: el juez deberá determinar con claridad el nombre del archivo y sus especificaciones técnicas, así como cualquier elemento adicional que sirva para identificarlo, todo con el fin de determinar su creación o su transmisión.

Procedimiento de extracción: la forma como debe ser exhibido o copiado, pues se itera que por razón de su vocación de alterabilidad, debe ser extraído del ordenador o el medio que lo contenga utilizando técnicas y tecnologías apropiadas para el aseguramiento de la prueba digital y el respeto de la cadena de custodia.

Copia o reproducción: por la especial volatilidad de la prueba, lo adecuado es extraer una copia del original, pero si esto no fuere posible, bien porque el propietario del documento no lo permite o por la imposibilidad del uso de medios tecnológicos que impidan su destrucción o su alteración, el juez deberá ordenar su reproducción por otros medios que permitan conservar la información relevante para el proceso (inciso final del artículo 284 del C.P.C.).

El peritaje

Tratándose de documentos electrónicos, se ha visto que éstos puede ingresar al proceso de distintas formas, bien por aporte, bien por exhibición, ya por inspección, casos en los cuales es necesario acudir al experticio de quien se encuentra debidamente entrenado y calificado para examinar este tipo de evidencias. Por ello, según las normas procesales vigentes, se presentan las reglas que deben aplicarse para su práctica.

Designación y posesión del perito³⁶³

El perito, que no puede ser más de uno (art. 24 L. 794/03), debe ser persona idónea para la práctica de la prueba.

Si de lo que se trata es del proceso de extracción o copiado del documento, se debe preferir un ingeniero, con conocimientos específicos en la ciencia de la computación y de las telecomunicaciones. No basta con un perito técnico, pues este tipo de preparación semiprofesional resulta insuficiente y no idónea para la extracción de evidencias digitales con destino a procesos judiciales.³⁶⁴

Ahora, si el peritaje versa sobre la originalidad o alteración del documento durante su creación o su extracción, se debe acudir a un experto en documentología,³⁶⁵ con conocimientos especializados en sistemas computacionales que permitan el manejo del documento electrónico, pues será éste quien determine la identidad entre el documento anunciado o copiado y el que efectivamente entró al proceso.³⁶⁶

Ello obedece a que el juez sólo está obligado a conocer el derecho. Aun en la justicia más especializada, sería absurdo exigirle a un magistrado que además de ser tal fuera ingeniero

³⁶³ Dohring, Erich, La investigación del estado de los hechos en el proceso, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972, p. 244. FALTA CIUDAD

³⁶⁴ Díaz García, Alexander, Acceso a la administración de justicia a través de las Nuevas Tecnologías, en Revista Alfa Redi núm. 74. Disponible en: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1059>. Consultado el 16 de junio de 2008.

³⁶⁵ “La documentoscopia o documentología, es la disciplina que se ocupa del examen de documentos a efecto de dictaminar respecto de su autenticidad o determinar las posibles alteraciones de que haya sido objeto”. Disponible en: <http://es.wikipedia.org/wiki/Documentolog%C3%ADa>. Consultado el 22 de junio de 2008.

³⁶⁶ Herbertson, Gary, Examen del documento en la computadora, Buenos Aires, La Rocca. 2004, p. 151.

eléctrico, topógrafo, licenciado en letras, etc. Esta deficiencia, propia del ser parcializado del ser humano, procesalmente es subsanada por la labor de los peritos, que son personas expertas en una materia, capaces de aportarle al juez conocimientos que no posee.³⁶⁷ Por ello, al momento de la posesión, el perito deberá expresar si está calificado para realizar la gestión y para ello el juez deberá escrutarlo con rigurosidad, a fin de evitar prácticas indebidas por desconocimiento en la ciencia de la computación y, sobre todo, por el riesgo implícito de dañar el contenido que interese para el proceso.³⁶⁸

El profesor Jeimy Cano³⁶⁹ de la Universidad de Los Andes abunda en razones para estimar que el perito debe ser una persona idónea, si se tiene en cuenta que la manipulación y el examen de pruebas electrónicas es una tarea que requiere particular cuidado en consideración a las características especiales de la evidencia digital, a saber: 1) la evidencia digital se puede reproducir y alterar muy fácilmente: “Es una característica que la hace maleable, lo cual, por un lado puede ayudar a la duplicación requerida para su análisis posterior, pero por otra parte, la hace vulnerable y fácilmente modificable”; 2) “La Evidencia digital es anónima”: en muchas ocasiones, establecer la verdadera procedencia de un mensaje de datos no firmado digitalmente, por ejemplo, es muy difícil para alguien sin el debido entrenamiento: “la forma de la evidencia digital es tan importante como su contenido. Es importante revisar el contenido del documento, pero al mismo tiempo los medios a través de los cuales se crearon, enviaron o enrutaron los contenidos hacia su destino”; 3) “La evidencia digital tiene dificultades para ser llevada a la corte”; 4) La recopilación, búsqueda, acceso, almacenamiento y transferencia de evidencia digital son tareas que exigen consideraciones y cuidados especiales para garantizar su integridad y la observancia de la cadena de custodia.³⁷⁰

Conforme a lo previsto en el literal d) del artículo 9º del C.P.C., las partes podrán de consuno, en el curso del proceso, designar peritos, caso en el cual, será potestativo para ellas determinar sus calidades y aptitudes. Sin embargo, si la designación fuere realizada por el juez o magistrado, podrán las partes acudir al procedimiento previsto en el artículo 236 ibídem para oponerse a tal designación por carencia de conocimientos especializados o aptitudes para la recolección de la prueba y elaboración del dictamen.

Con anterioridad se mencionó que quien debe rendir dicho informe debe ser un ingeniero con conocimientos en sistemas y en telecomunicaciones, y es propicio mencionar el conocimiento en electrónica. Ello obedece a que un ingeniero de sistemas conoce plenamente los ordenadores a los cuales llega la información; El ingeniero electrónico conoce y realiza el procedimiento para esclarecer qué tipo de seguridad tiene el documento y qué tipo de sistema se utilizó en el envío y en el recibo; y por último, el ingeniero de telecomunicacio-

³⁶⁷ Riofrío M, Juan Carlos, La prueba electrónica, 2004, p. 42. FALTA CIUDAD Y EDITORIAL

³⁶⁸ Mosquera González, José Alejandroes ál., “Evidencia digital: contexto, situación e implicaciones nacionales”, en Revista Alfa Redi. Disponible en: <http://alfa-redi.org>. Consultado el 16 de junio de 2008.

³⁶⁹ Consideraciones sobre el estado del peritaje informático, óp. cit.

³⁷⁰ Cano, Jeimy, “Evidencia digital: conceptos y retos”, en Comercio Electrónico. Gecti, Bogotá, Editorial Legis, 2005, p. 185.

nes conoce el nexo causal entre línea telefónica y plataforma o infraestructura telefónica (telemática).³⁷¹

Práctica de la prueba pericial con inspección

Es aconsejable, cuando de evidencia digital se trata, practicar el levantamiento de la prueba en una inspección judicial, en la que además intervenga el perito especializado. Con ello se garantizan dos principios rectores de la actividad probatoria: la inmediación y la inmaculación, además de garantizar intimidad, conducencia y pertinencia.

Llegado el día y hora señalados, el juez deberá trasladarse al lugar donde se encuentra el ordenador o el equipo que contiene la información en compañía del perito. Para ello deberá respetar las reglas tanto de la inspección como de la peritación (arts. 236 y 245 del C.P.C.).

El perito deberá presentar al juez su “diseño de la prueba”, en el cual asegure la integridad y la confiabilidad del procedimiento, pudiendo las partes presentes objetarlo o coadyuvarlo e, inclusive, asesorarse de otros expertos que apoyen sus objeciones.

Deberá así mismo documentar, de ser posible mediante video, todo el procedimiento de recolección de la evidencia, procurando no extraer documentos distintos de los solicitados por las partes y autorizados por el juez, garantizando así pertinencia e intimidad. De ser necesario, el juez autorizará extender la inspección a otros documentos encontrados en el equipo, bien a solicitud de parte o bien de oficio.

Durante la inspección, el juez garantizará la integridad de los equipos inspeccionados y la confidencialidad de la información recaudada y la someterá a cadena de custodia para así evitar su alteración, su reemplazo, su pérdida o su destrucción antes de ser incorporada al expediente judicial.

Reglas básicas para el recaudo de la evidencia digital

Sea cual fuere la etapa o el medio probatorio por el cual se pretende allegar un documento electrónico al proceso judicial, la intervención del perito garantizará la inalterabilidad y la inmaculación necesarias para poder valorarlo en la sentencia o en el auto que le ponga fin a la actuación.

De allí que sea necesario el planteamiento de protocolos especiales que garanticen su debido recaudo y análisis, pues, como se ha demostrado, tan importante es determinar el valor que se le debe asignar a un documento como la identidad que éste tiene con el hecho alega-

³⁷¹ La línea telefónica permite la transmisión de voz, que fue evolucionando y pasó de ser tradicionalmente de cobre hasta convertirse en fibra óptica, con la capacidad de transportar gran cantidad de información. La resolución 1732 de 2007 determinó la protección al usuario, y la resolución 1140 regula el ancho de banda que es simplemente para Internet.

do, en la medida en que se busca garantizar que el documento valorado es el mismo que se recaudó en la respectiva diligencia.

Cadena de custodia

Cadena de custodia es el proceso documentado, aplicado por particular o servidor público, tendiente a demostrar la identidad, la originalidad e integridad de todo espacio o lugar considerado como escena o lugar de los hechos, así como de todo elemento desde su hallazgo, toma o recaudo, hasta que la autoridad judicial lo determine.³⁷² Permite garantizar los principios de identidad, integridad, preservación, seguridad, almacenamiento, continuidad, autenticidad, originalidad e inmaculación.

El registro de la cadena de custodia se concreta en cualquier mecanismo capaz de contener un documento electrónico o archivo digital. Ésta nos permite responder a los interrogantes de quién la recolectó, cuándo y cómo, quién tiene su posesión, cómo fue almacenada y protegida en dicho procedimiento, quién la manipuló y por qué.³⁷³

Aunado a lo anterior, si se pretende que la evidencia digital sea válida y, en consecuencia, valorada por el juez en sus providencias, se debe recaudar teniendo en cuenta factores como: conocimiento, confirmación y verificación de la información; Aseguramiento del lugar de los hechos; observación análisis y valoración del lugar de los hechos; fijación del lugar de los hechos; recolección embalaje y rotulado de los elementos materia de prueba; Envío de los elementos materia de prueba al almacén de evidencias o al laboratorio especializado; documentación del sistema de cadena de custodia; Entrega de los elementos;³⁷⁴ el proceso efectivo de documentación del trabajo completamente efectuado durante el recaudo, determinación de la persona que tiene la custodia de la evidencia, y prueba de la integridad con el manejo de la evidencia mencionando origen, descripción, modelo y serial del ordenador (direcciones MAC e IP), así como el “hash” que indica la prueba de integridad del documento.³⁷⁵

La cadena de custodia se iniciará en el lugar donde se encuentre el ordenador que contiene el documento electrónico y concluye por orden emanada de autoridad competente, según lo estipula el artículo 254 de la ley 906 de 2004, aplicable por remisión analógica al proceso civil.

Para asegurar un adecuado manejo de la evidencia, el perito jamás deberá manipular el documento en su estado original, es decir, antes de proceder a su copiado, deberá identificar plenamente el ordenador o equipo contenedor, mediante el uso de cámaras fotográficas y de

³⁷² Rodríguez Fontecha, Liliana, “Diplomado sobre el nuevo sistema de cadena de custodia”, en Plan Nacional de Capacitación, t. II., Bogotá, Sistema Nacional de Defensoría Pública, 2008 p. 60.

³⁷³ Conferencia Ingeniero Jhonny Alejandro Oramas dictada el 23 de mayo de 2008 en la Fundación Universitaria San Martín.

³⁷⁴ Plan nacional de capacitación, óp. cit., pp. 65-71.

³⁷⁵ Algoritmo + bits = hash.

video, para así proceder a su encendido o su acceso inicial. Una vez identificado el documento, deberá copiarlo inmediatamente, *sin abrirlo ni imprimirlo*, pues tal acto implica la inserción de nueva información que puede alterarlo o destruirlo. La copia deberá ser archivada en medio no regrabable como un CD, el cual será sometido al proceso de embalaje, etiquetado, firmado, transportado y custodiado hasta el lugar donde vaya a ser analizado.

Para un adecuado manejo del proceso, se requiere que esta actividad se encuentre acorde con las recomendaciones internacionales, razón por la cual documentos como el Manual de Cadena de Custodia de la Fiscalía General de la Nación (resolución 6894 de 2004) y el Internet Security Glossary RFC # 3227,³⁷⁶ (adoptada posteriormente por la convención de Cybercrimen³⁷⁷), ofrecen una matriz genérica frente a los incidentes de seguridad y evidencia digital. En ellos se hace alusión expresa a la importancia de mantener la cadena de custodia siguiendo los lineamientos establecidos por la ley sobre los periodos de almacenamiento y registro de ésta.³⁷⁸

El marco jurídico para la práctica de la cadena de custodia se encuentra consagrado en el libro II, título I, capítulo V, artículos 254 a 266 de nuestro Código Adjetivo Penal, bajo el sistema oral, así como las recomendaciones que al respecto plasme la comunidad internacional, siéndoles aplicables analógicamente estas disposiciones a los procesos civiles, laborales y contenciosos administrativos, pues así lo dispone expresamente el artículo 3° de la ley 527 de 1999, en concordancia con lo previsto en el artículo 8° y el numeral segundo del artículo 5° de la ley 57 de 1887, así como los artículos 4° y 5° del Código de Procedimiento Civil.

La copia bit a bit

Si lo que se quiere es obtener una reproducción fiel, estricta o puntual del documento a investigar, lo adecuado es realizar una copia bit a bit, ya que otros métodos pueden ocasionar que se pierdan o atrofien datos del archivo.

Un bit es la unidad más pequeña de información que utiliza un ordenador.³⁷⁹ Esta sigla significa *binary digit* (dígito binario), que puede ser 0 ó 1. Bits son varios dígitos, es decir varios bits; Por ejemplo, 10110; Por último un byte es la unión de 8 dígitos, es decir, 8 bits son un byte.

³⁷⁶ Disponible en: <http://www.ietf.org/rfc/rfc3227.txt>. Consultado el 11 de junio de 2008.

³⁷⁷ Adoptada en Budapest el 23 de noviembre de 2001. De ella hacen parte más de 20 países de Europa y entre otros están: Estados Unidos, Canadá, Japón y Sur África. Infortunadamente Colombia no es uno de ellos.

³⁷⁸ Cano Martínez, Jeimy José, “Conceptos y retos en la atención de Incidentes de seguridad y la evidencia digital”, en AR: Revista de Derecho Informático, núm. 047 de junio de 2002, Disponible en: <http://www.alfaredi.org/rdi-articulo.shtml?x=1507>. Consultado el 11 de junio del 2008.

³⁷⁹ Disponible en: <http://www.masadelante.com/faq-bit.htm>. Consultado el 15 de junio del 2008.

Sin embargo, este tipo de procedimiento está contemplado para la obtención de copias íntegras y universales de un equipo contenedor, como lo es la totalidad de la información almacenada en un disco duro, situación que, por regla general, se adecúa a la investigación penal, mas no a la civil, en la medida en que si se piden archivos de un ordenador para que sean aportados a un proceso como prueba, los documentos que se vayan a obtener en la inspección judicial o en el informe pericial nunca pueden ser ajenos a la causa discutida dentro del proceso, lo cual busca evitar una intromisión indebida y con ello la afectación de la intimidad³⁸⁰ al investigar documentos que no tienen relación estrecha con los hechos que se debaten.

Elaboración del dictamen

Para la elaboración del dictamen, el perito deberá observar y enunciar en todo momento el cumplimiento las reglas de cadena de custodia.

El dictamen deberá ser comprensivo, lineal, con un lenguaje técnico y pertinente, que lleve al juez el conocimiento necesario para valorar el documento basado en el informe presentado, comenzando por el diseño de la prueba, la metodología de extracción, el cumplimiento de la cadena de custodia, el método de análisis, el estado del arte en ingeniería forense y las conclusiones del perito, las cuales no deberán contener apreciaciones de orden legal, salvo que se trate de aspectos íntimamente relacionados con la actividad propia del perito, como ocurre con los peritajes contables o los científicos en materia de ADN, que están sometidos a regulación gubernamental.³⁸¹

En Colombia, la institución que establece y sigue las normas de procedimiento de investigación frente a documentos electrónicos es la Asociación Colombiana de Ingenieros de Sistemas (ACIS).³⁸² Allí se estudian a cabalidad la fecha de creación, de modificación, del formato, del tamaño del documento electrónico, así como su creador y receptor y si fue o no encriptado para determinar su nivel de seguridad.

En el ámbito internacional se referencia la Uncitral³⁸³, órgano jurídico de Naciones Unidas para la unificación de derecho mercantil internacional. También podemos mencionar las siguientes:³⁸⁴

The Electrónica Signature Act. Florida. Mayo de 1996, la cual reconoce la equivalencia probatoria de la firma digital con la firma manual.

The Electronic Commerce Act. 30 de mayo de 1997, que se refiere a la firma notarial.³⁸⁵

³⁸⁰ Corte Constitucional, sentencia T-414 de 1992.

³⁸¹ “Para la emisión del dictamen pericial, los peritos informáticos habrán de saber explicar en términos asequibles para el juez las conclusiones que deduzcan de sus estudios [...]” ídem, p. 153.

³⁸² Consultado en <http://www.acis.org.co> el 17 de abril de 2008.

³⁸³ Disponible en: www.uncitral.org.co

³⁸⁴ Cárdenas, óp. cit., pp. 61 y 63.

The Massachussets Electronic Records and Signatures Act. Mayo de 1996, que acoge todo mecanismo capaz de proporcionar las funciones de las firmas manuscritas sin ceñirse a un tipo concreto de tecnología.

Computer Crime and Intellectual Property Section. Criminal Division. United States Department of Justice. (2002) Searching and Seizing Computers and Obtaining Electronic Evidence in Criminal Investigations. Recomendaciones del Departamento de Estado de los Estados Unidos para la recolección y manejo de la evidencia digital.

Dada la falta de coherencia entre las leyes citadas, en julio de 1999 se realizó la Conferencia Nacional de Comisionados para la Unificación de las Leyes Estatales (Nccsl), llevándolos a crear una sola ley para las transacciones electrónicas (UETA) que otorga validez a las firmas y documentos electrónicos, pero no favorece a ninguna tecnología en particular y tampoco estimula la concesión de una licencia a las entidades de certificación.

El informe debe ser rendido bajo las especificaciones del juez, pero siguiendo los pasos de los principios del documento electrónico, como la inalterabilidad, la autenticidad, la integridad, el no repudio y la rastreabilidad; Ponderando los derechos que están en conflicto, entre otros.³⁸⁶ Si se trata de un mensaje de datos, debe especificar quién o quiénes fueron los iniciadores del documento en disputa, sin mencionar intermediario alguno, es decir, quien no interfiere directamente en la realización del documento.³⁸⁷

Acto seguido se debe determinar el destinatario. Como se trata de documento electrónico, no es suficiente identificar a las personas suscriptoras sino también los computadores donde se encuentra archivada la información cuya forma de identificación puede ser física, conocida como dirección MAC, que es un número serial único y universal, pero que por petición expresa también se puede volver privada para el control interno de una empresa, una ciudad o un país que tiene enlaces entre sí por la información almacenada, que a su vez asigna un número único para el computador como la cédula de ciudadanía; y lógica, siendo una dirección IP que puede ser privada o pública. Esta última es única y con ella se identifica el equipo dentro de un grupo mayor de ordenadores.³⁸⁸

De acuerdo con Cano, es preciso establecer qué tipo de *hardware*, *software*, sistemas operativos y configuraciones de red usa el investigado en aras de vislumbrar en donde puede estar localizada la información que se busca y cómo se podría acceder eventualmente a ella.

³⁸⁵ Heisman, Heriberto Simón, Negocios en Internet, Buenos Aires, Astrea, p. 338.

³⁸⁶ Cubillos Velandia, Ramiro y Rincón Cárdenas, Erick, Introducción jurídica al comercio electrónico. Principios rectores en la interceptación de los documentos electrónicos, Ediciones Jurídicas 2002, p. 230. FALTA CIUDAD

³⁸⁷ Efectos jurídicos del mensaje de datos. Corte Suprema de Justicia, desde la sentencia del 11 de septiembre de 1995, expediente 4598, con ponencia del Dr. Pedro Lafont Pianetta.

³⁸⁸ Conferencia Ingeniero Electrónico y de Telecomunicaciones Jhonny Alejandro Oramas, dictada en la Universidad San Martín el 23 de mayo del 2008.

En esta etapa también resulta particularmente importante tratar de establecer si la búsqueda se realizará en una red computacional complicada o simplemente en un computador aislado.³⁸⁹

Para rendir un informe sobre el documento electrónico, habiendo ya identificado las partes que lo suscribieron y la plena seguridad de la inalterabilidad de los mensajes recibidos o enviados, el perito debe expresar todo lo que encuentra en éste, observando las propiedades del documento y del equipo y, en lo posible, haciendo un cotejo entre los dos o más equipos involucrados, para así determinar la proporcionalidad frente a horarios de recibo de documentos o su envío.

Finalmente, el experto deberá informar el soporte lógico (*software*) utilizado para la extracción, con indicación de su versión, creador y estado de la licencia.³⁹⁰ Rendido el dictamen, se deberán aplicar las reglas de asunción y contradicción previstas en los arts. 237 y 238 del C.P.C..

Peritaje sin inspección

Para la práctica del peritaje sin inspección judicial, se deberán respetar las mismas reglas contenidas en los acápites anteriores, salvo las relativas a la intervención del juez, a quien, sin embargo, podrá en todo momento acudir el perito en procura de obtener autorizaciones adicionales.³⁹¹

Tacha de falsedad e incidente de autenticidad

Dentro del término señalado por la ley para la contradicción de la prueba, la parte contra la que se aduce puede tacharla de falsa o desconocer su autenticidad, casos en los cuales será necesario acudir al respectivo incidente consagrado en el artículo 139 del Código de Procedimiento Civil.

Para ello, se deberán ajustar las previsiones del artículo 290 al documento digital, pues allí sólo se hace alusión al documento escrito. Por ello, tanto en el incidente de tacha como en el de autenticidad, se deberá recurrir a una *pericia documentológica*, en la cual el experto, además de tener especiales conocimientos en la ciencia forense documental, conozca los protocolos de manejo de la prueba electrónica, en la medida en que una prueba bien recolectada pero mal administrada puede conllevar su pérdida, su destrucción o la declaratoria de nulidad.³⁹²

Prueba trasladada

³⁸⁹ Cano, Jeimy. óp. cit.

³⁹⁰ Conforme a las reglas del acuerdo de Cartagena, el uso indebido de software invalida cualquier información que con su uso se recaude.

³⁹¹ Riofrío M., óp. cit., p. 40.

³⁹² Herbertson, óp. cit.

Puede ocurrir que el documento electrónico repose en otro proceso donde fue recolectado válidamente, caso en el cual se deberá solicitar, bajo las estrictas reglas del traslado, que se allegue la prueba que reposa en dicho expediente, y para ello se deberá procurar por la realización de copias en la misma forma prevista para la producción de la prueba, es decir, copias bit a bit, bajo las estrictas normas de la cadena de custodia, siempre que en el nuevo proceso se garantice su conducencia, su pertinencia y utilidad, así como su legalidad y su licitud.

Prueba por informes o por certificación

Conforme a lo expresado en el artículo 278 del C.P.C., los informes de bancos e instituciones de crédito establecidos en el país sobre operaciones comprendidas dentro del género de negocios y que consten en sus archivos, se considerarán expedidos bajo juramento y se apreciarán por el juez de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Igualmente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 264 *ibídem*, los documentos públicos, como las certificaciones que expidan los jueces y los directores de otras oficinas públicas, sobre la existencia o estado de actuaciones o procesos administrativos y las certificaciones que expidan los registradores de instrumentos públicos, los notarios y otros funcionarios públicos, en los casos expresamente autorizados por la ley, hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autoriza.

En estos casos, si lo certificado reposa en documento electrónico, la sola certificación bastará para dar fe tanto de su existencia como de su contenido, sin perjuicio de que las partes dentro del término de tres días siguientes a la notificación del auto que admita el informe u ordene agregarlo al expediente, o en el curso de la audiencia o diligencia en que esto ocurra, puedan pedir su aclaración o ampliación (art. 278 *in fine*), sin perjuicio del derecho a tacharlos de falsos.

Valoración

Por regla general, la valoración se realizará en la sentencia o en el auto que le ponga fin a una determinada actuación.

Devis afirma que son enemigos de la valoración probatoria la ignorancia, la pereza intelectual, el desconocimiento de la jurisprudencia y la doctrina, la falta de asesoría de expertos, la simpatía o antipatía, la suficiencia de la primera impresión, la ausencia de clasificación, la omisión u olvido en el examen de cada una de ellas y el estudio individual por sobre el estudio en conjunto.³⁹³

³⁹³ *Ibidem*, p. 111.

En la valoración de todo documento electrónico el juez deberá determinar tres aspectos fundamentales de la prueba, como son: la calidad de la información, la fuente y el contenido.

Con el fin de evitar la violación indirecta de la ley sustancial, el juez debe someter a examen la evidencia digital recaudada durante el proceso, y para ello será necesario determinar si la prueba cumple con los requisitos de existencia, de validez y de eficacia necesarios para llevar convencimiento de la ocurrencia del hecho alegado.³⁹⁴

Por ello, al momento de valorar la prueba documental, el juez debe determinar, *prima facie*, si se trata efectivamente de un “mensaje de datos” propiamente dicho o de una “reproducción digital” de un documento *per cartam*, pues, como hemos dicho, cada uno corresponde a actos jurídicos de distinto trato en la legislación documental.

Requisito extrínseco de competencia y de jurisdicción

En ciertos asuntos puede ocurrir que la investigación que antecede a la sentencia o el auto en que debe valorarse el documento electrónico esté reservada de manera privativa a un determinado funcionario judicial, como ocurre con aquellos asuntos contenciosos en que interviene un agente diplomático acreditado ante el Gobierno de la República o los procesos de responsabilidad contra los magistrados de la Corte y de los tribunales, cualquiera que fuere la naturaleza de ellos, bien sea que se tramiten ante la jurisdicción ordinaria o la contencioso administrativa, según el régimen aplicable, bien del artículo 40 del Código de Procedimiento Civil o el del artículo 90 de la Constitución, conforme a lo previsto en la ley 270 de 1996.

Requisito de legalidad y de licitud

La verificación del requisito de legalidad gira en torno de varios aspectos, como la producción de la prueba, su aducción, el decreto de la prueba y su práctica, momentos todos distintos en el *iter* que deben, por tanto, ser estudiados separadamente.³⁹⁵ Una vez determinada la conducencia del documento, se debe verificar que ha ingresado al proceso en la forma y con los requisitos establecidos en la ley.

Así, un documento obtenido ilícitamente, aun cuando hubiere sido aportado en tiempo e incluso sin que medie tacha de la parte contra quien se adujo, no puede ser valorado, pues

³⁹⁴ Devis, óp. cit., p.115.

³⁹⁵ En sentencia del 4 de septiembre del 2007, con ponencia del Magistrado Arturo Solarte Rodríguez, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia precisó que, “[...]en relación con la actividad probatoria, debe enfatizarse que la satisfacción del debido proceso ordenada en el artículo 29 superior, abarca, por una parte, la perspectiva constitucional y, por otra, la estrictamente legal-procesal, para entender que la trasgresión de lo primero, conduce a la prueba “ilícita”, mientras que el desconocimiento de lo segundo, implica la producción de una prueba “ilegal”.

es claro que la ilicitud de la prueba deriva de un mandato superior contenido en el inciso final del artículo 29 de la Constitución que la torna en insaneable.

Posibles errores en la valoración del documento electrónico

Conforme a las previsiones anteriores, al momento de valorar el documento electrónico, el juez puede incurrir en errores fácticos que lo llevan a desviarse de la correcta aplicación de la ley sustancial, aspecto recurrible en casación por la vía de la causal primera del artículo 368 del C.P.C., según la cual se puede incurrir en errores de hecho o de derecho, según sea lo que se pretende demostrar. Como ejemplo de estos errores, se pueden citar los siguientes:

Error de derecho por indebida asignación de mérito legal: tener por idóneo un mensaje de datos en el que conste un acto sometido a solemnidad, como puede ser la compraventa de bien raíz, cuando lo que se discute en el proceso es precisamente el derecho de dominio.

Error de derecho por restar mérito legal: no tener por probado un contrato de carácter mercantil o no sometido a solemnidad que consta en documento electrónico.

Error de hecho por falso juicio de existencia (suposición): presumir que un documento impreso en papel, en el que aparece un correo electrónico, es el correo en sí mismo.

Falso juicio de identidad por mutilación: dejar de analizar partes de un documento electrónico o del peritaje que sobre este se realizó, y con ello abstenerse de declarar su equivalencia funcional o declararla sin tener tal atributo.

Error de hecho por adición: tener por enviado un mensaje que fue creado pero en cuyo cuerpo no consta tal situación, o tener por cierta una fecha de recibo cuando en el documento no aparece dicha información.

La sana crítica³⁹⁶ y el método técnico científico

Con la adopción del sistema penal de corte acusatorio mediante la expedición de la ley 906 de 2004, la doctrina procesal y, en especial, la de los autores Luis Camilo Osorio Isaza y Gustavo Morales Marín, introdujo un nuevo método de valoración probatoria denominado “método técnico científico” que tiende por una reconstrucción de la verdad histórica utilizando todos los recursos que las ciencias y las técnicas ofrecen, lo que impone a la vez al juez el deber de analizar con perspectiva técnico científica las condiciones del elemento material probatorio.³⁹⁷

³⁹⁶ “Se conoce como un sistema de valoración probatoria que menciona tres pilares a seguir: 1) las reglas de la lógica 2) el conocimiento científico y 3) las máximas de la experiencia”. Conferencia Doctor Álvaro Agudelo dictada el 25 de abril de 2008.

³⁹⁷ “Proceso Penal Acusatorio Ensayos y Actas”, Bogotá, 2004. FALTA CIUDAD AÑO Y EDITORIAL

Sin embargo, esta teoría fue de plano rechazada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 30 de marzo de 2006 (rad. 24468), la que reafirmó que

“[...] en el sistema acusatorio, como en el debate oral se practican todas las pruebas, salvo las excepciones atinentes a las pruebas anticipadas, el Juez se convierte en el sujeto que percibe lo indicado por las pruebas. Con base en esa percepción el Juez debe elaborar juicios y raciocinios que le servirán para estructurar el sentido del fallo. En ese conjunto de ejercicios mentales de reflexión e inteligencia el Juez no puede apartarse de los postulados de la lógica, de las máximas de la experiencia, ni, por supuesto, de las reglas de las ciencias. Es por ello que no resulta correcto afirmar radicalmente que la sana crítica quedó abolida en la sistemática probatoria de la ley 906 de 2004.”

Conforme a lo anterior, al juez ya no se le permite apartarse del conocimiento básico de la ciencia que gobierna el tipo de prueba a que aquí se hace referencia, pues si bien es cierto, como lo señala la Corte, que el sistema de la sana crítica no fue reemplazado en Colombia, no es menos cierto y evidente también que dicho concepto reúne otros tres elementos que exigen su aplicación armónica en la valoración de la prueba.

Así, al juez no le estará permitido apartarse de las reglas de la experiencia, alegando no tenerlas respecto de un equipo computacional, ni desechar las reglas de la lógica, pues hacen parte de todo razonamiento jurídico, en la medida en que están entre nosotros desde el comienzo del pensamiento racional,³⁹⁸ ni mucho menos el desconocimiento de las reglas básicas de la ciencia computacional, porque si así fuere, se estaría reemplazando al juez por el perito, circunstancia también prohibida por la legislación procesal vigente.

La importancia de la regla del *in dubio*

Tradicionalmente, se ha reconocido en el principio de duda la solución a los problemas de identificación del hecho, cuando dos o más tesis se enfrentan, bien sea en ejercicio de aplicación de la ley o en ejercicio de valoración de la prueba.

La duda, como principio que irriga el derecho probatorio, hace parte del régimen de la decisión, según el cual, el juez no podrá abstenerse de dictar sentencia ni aun en caso de incertidumbre.

Se acude a la duda únicamente cuando el juez no tiene certeza sobre lo ocurrido, bien porque las partes no le han ofrecido suficiente persuasión, bien porque el material probatorio es tan rico y extenso, ora tan infortunado, que no permite fallar a favor de una o de otra.

La aplicación de la regla de duda escapa a veces al derecho sustancial, en la medida en que surge cuando el juez se encuentra frente a dos caminos, esencialmente opuestos, que lo llevan a acudir a reglas de reemplazo, las cuales la doctrina ha denominado “sucedáneos”.

³⁹⁸ Hawking, Stephen, Dios creó los números, Barcelona, Crítica, 2007, p. 375.

En el derecho penal la duda favorece al reo (que proviene del latín *reus*: demandado); Sin embargo, no ocurrirá lo mismo en el proceso laboral, pues en caso de duda sobre la ocurrencia de un hecho, como puede ser la existencia de contrato de trabajo y las condiciones de su ejecución, se estará a lo que el demandante afirma, en virtud de la regla del *in dubio*, la cual, en este caso, favorece al demandante, esto es al trabajador: *pro operario*.

Otros casos en los que la duda reina en el proceso se resuelven, por mandato de la ley, a favor o en contra de una de las partes, como ocurre en el caso del Estado, cuando opera como agente Fiscal, *in dubio contra fiscum*, o bien como agente legislador, *in dubio pro legislatoris*, o bien en el caso del sujeto disciplinado *in dubio pro disciplinado*, por citar sólo algunos ejemplos.

Ya en el proceso civil, la regla ataca directamente la prueba, en la medida en que resuelve en contra de quien pide o aporta y a favor de la parte contra quien se aduce, en virtud de dos principios reinantes en el proceso: la incumbencia o carga y el de la probabilidad preponderante.

Según el primero de ellos, incumbe a la parte probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (*incumbit actori*), principio que consagra igualmente la regla de inversión, según la cual *reus in excipiendo fit actori*, que impone la carga de probar a quien formula excepción.

Según el segundo principio (probabilidad preponderante o dinamismo probatorio), corresponde probar a quien se encuentre en mejores condiciones de hacerlo.

Citados los anteriores conceptos, se afirma que, tratándose de prueba digital, la aplicación de la regla de la duda resulta de útil y necesaria invocación, pues se entiende que tanto en su producción y asunción, por la ya explicada vocación de alterabilidad y vulnerabilidad, existen factores que pueden comprometer su veracidad o su integridad o ambas. Así, entonces, cuando el juez tenga dudas razonables que lo lleven a desconfiar de la indemnidad del documento, bien porque no fue debidamente recaudado, bien porque no fue adecuadamente conservado o manipulado, deberá desecharlo de plano y continuar con el análisis de otras pruebas que no le ofrezcan tal incertidumbre.

Son ejemplos de dudas que deben resolverse a partir de este criterio la manipulación indebida de documentos o archivos por personas no calificadas, la violación al derecho a la intimidad, la violación a la cadena de custodia, la integridad o inmaculación del documento, el envío o el recibo del mensaje, la validez de la firma digital y la existencia misma del documento.

6. Prueba pericial, peritaje o experticio

La pericia es una declaración de ciencia que realiza un tercero que, teniendo conocimientos específicos sobre una materia, no percibió el hecho directamente.

El dictamen pericial, por lo tanto, es la opinión consulta de quien, habiendo analizado un conjunto de pruebas, arriba a una conclusión, la cual es ofrecida al juez para determinar si existe certeza o no sobre una determinada hipótesis procesal.

El perito no juzga las consecuencias del hecho sobre el cual emite su opinión, pues tal labor le está reservada al juez, quien por mandato legal, debe tener una preparación básica acerca de la ciencia o del arte materia del experticio.

De antaño se reconoció a la confesión como prueba reina. Sin embargo, hoy día la confesión no desplaza a las demás pruebas, en virtud del reconocimiento de la importancia de todas las demás pruebas (ver: S-086-98 de la Corte Constitucional). En el nuevo procedimiento, la prueba pericial se está coronando como la nueva prueba reina, en virtud del desarrollo científico actual. Hoy día las pruebas científicas aportan mayor grado de certeza y convencimiento que la confesión y otros medios, en virtud de que los rasgos, vestigios y huellas que deja un acto escapan cada vez menos al ojo humano.

Los antecedentes de la prueba pericial no se remontan a la antigüedad. De los medios tradicionales de prueba, esta no tiene marcados antecedentes históricos.

Los romanos, que eran personas místicas, religiosas, agüereras, consideraba que cuando un hecho no podía ser develado, acudía a los augures. Los augures abrían las aves y a través de las entrañas identificaban lo que había ocurrido y aún vaticinaban hechos futuros.

En la época post – clásica, de Agustiniano, el Pretor, que adelantaba la fase instructiva (*in iure*), buscaba y nombraba como juez a alguien que tuviera especiales conocimientos relativos al proceso que estaba instruyendo. Si el proceso era de tierras se nombraba un agrimensor o llamaba a terceros. En los procesos de filiación cuando el *pater familias* desconocía a un miembro de su gens, se recurría a las parteras para que estas hicieran un reconocimiento de los genitales de la madre recién parida y con ello se determinaba si el recién nacido era o no hijo del *pater familias*. Si el dictamen era negativo la mujer era sometida a penas económicas y de destierro.

En la edad media, cuando Roma se traslada a Constantinopla y el derecho romano es relegado a los anaqueles, comienza el período ordinal, feudal, donde el proceso se olvida y además se prohíbe, en razón a que durante esta época el conocimiento científico es oscurecido.

Con la modernidad y el hombre contemporáneo aparece la prueba pericial, en virtud de la avalancha científica de los últimos 100 años, lo que lleva a los codificadores a incorporar la

prueba científica en los estatutos procesales. El código judicial de 1935 hace relación a la prueba científica, pero solo hasta el código del 70 se incorpora el medio actual de la prueba pericial.

Algunos afirman que el mejor medio es el informe científico, que no es lo mismo que el peritaje. El peritaje se rinde por una persona ajena. El informe científico lo rinde una autoridad, pero no sobre los vestigios ni evidencias del proceso, sino sobre información que tiene recaudada previamente. Se puede someter a contradicción pero solo mediante solicitud de aclaración o complementación, pero no se puede objetar por error grave.

La principal función del perito es socializar la prueba, garantizar la contradicción de la prueba. Además de brindar apoyo científico y conocimiento especializado al juez, busca socializar frente a las partes el conocimiento de los hechos. Por ello, el perito no puede emitir conceptos jurídicos, sólo científicos.

6.1 Valoración del dictamen en el sistema escritural

Se realiza un **estudio tripartito** del dictamen:

- a) **Idoneidad del perito.** Esta idoneidad también se analiza antes de la posesión. La forma de presentar el peritaje devela la calidad del perito. Se debe determinar quién es el perito frente a la comunidad científica.
- b) **Método utilizado por el perito en la elaboración del trabajo.** El juez debe tener conocimientos básicos de las ciencias y el arte que se relacionan con la materia de la cual va a conocer.
- c) **Conclusiones del perito:** Las conclusiones deben ser el resultado del método.

Si el juez estima que falla uno de estos elementos no puede correr traslado a las partes para que ejerciten la contradicción. Si no se realiza este estudio se viola el derecho de defensa. Lo que determina el juez es que se reúnen los elementos necesarios para que el dictamen pueda iniciar el proceso de contradicción.

El auto que ordena correr traslado de un peritaje tiene el carácter de interlocutorio y no de simple trámite. El análisis no es de fondo, es de forma, porque si se analizara de fondo implicaría prejuzgamiento.

6.2 Actitudes de las partes frente al peritaje: contradicción concentrada

6.2.1. En el proceso escritural

En el proceso escritural, la contradicción del dictamen se realiza mediante memorial dirigido al juez, pudiendo la parte interesada asumir las siguientes conductas:

1. **Guardar silencio.** El silencio de la parte no implica falta de contradicción; por el contrario, se entenderá que la parte se encuentra conforme con los resultados del peritaje.
2. **Pedir aclaración, total o parcial.** La aclaración consiste en la solicitud que realiza la parte respecto de las conclusiones o de la técnica, la ciencia o el arte, utilizados por el perito para realizar sus pruebas o sus valoraciones. La aclaración sólo procede cuando las conclusiones no son producto de técnicas reconocidas o cuando existe anfibología, o bien cuando existe inconsonancia entre la técnica, las valoraciones y las conclusiones.
3. **Complementación.** Procede cuando no se realizaron todos los estudios o no se resolvieron todas las preguntas formuladas por las partes o por el juez.
4. **Adición.** No está consagrada en el procedimiento civil pero sí se admite. Se trata de la formulación de nuevas preguntas como en el derecho penal.
5. **Objeción por error grave.** La objeción debe estar debidamente fundamentada.

6.2.2. En el proceso oral

En el proceso civil bajo sistema de oralidad, la regla de contradicción se encuentra contenida en el artículo 116 de la Ley 1395 de 2010, según la cual la parte que pretenda valerse de un experticio podrá aportarlo en cualquiera de las oportunidades para pedir pruebas.

El experticio deberá aportarse acompañado de los documentos que acrediten la idoneidad y la experiencia del perito y con la información que facilite su localización.

El juez citará al perito para interrogarlo en audiencia acerca de su idoneidad y del contenido del dictamen, si lo considera necesario o si la parte contra la cual se aduce el experticio lo solicita dentro del respectivo traslado.

La inasistencia del perito a la audiencia dejará sin efectos el experticio.

Establece el artículo 25 de la Ley 1395 de 2010, que en la audiencia contemplada en el artículo 432 del Código de Procedimiento Civil, el juez oír el dictamen del perito designado y lo interrogará bajo juramento acerca de su idoneidad y de los fundamentos de su dictamen. De la misma manera podrán las partes controvertirlo³⁹⁹.

³⁹⁹ Se encuentra en este punto una marcada distinción con la regla prevista por la Ley 906 de 2004 respecto del procedimiento y técnica de interrogación al perito y al testigo en audiencia pública, pues en dicho proceso, por corresponder la carga de proveer el peritaje a la parte, también le corresponde la carga y el derecho a la interrogación, para lo cual es imperativo el cumplimiento de las previsiones del interrogatorio cruzado, el cual defiere en la parte que solicitó el interrogatorio realizar el primer examen al declarante en la etapa denomina-

Si el perito no concurre, el juez designará inmediatamente su reemplazo para que rinda dictamen en la fecha de la continuación de la audiencia.

En ningún caso habrá lugar a objeción del dictamen⁴⁰⁰.

En la misma audiencia interrogará a quienes hayan rendido los experticios aportados por las partes y hayan sido citados a la audiencia de oficio o a solicitud de parte.

En relación con la contradicción al dictamen que aquí se plantea, la Corte Constitucional determinó en sentencia C-124 de 2011 que el dictamen pericial, en tanto medio de prueba, está sometido al menos a tres tipos de controles judiciales: la solicitud de aclaración o complementación del dictamen, la objeción del mismo por error grave y la valoración judicial a lo largo del proceso y en especial, el momento del fallo, siempre en el marco de la contradicción en la audiencia.

En el caso del inciso del artículo 25 de la Ley 1395 de 2010, según el cual *en ningún caso habrá lugar a objeción del dictamen*, el legislador eliminó la posibilidad de objetar el dictamen pericial en el proceso verbal de mayor y menor cuantía por el procedimiento previsto en el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, esto es, por el trámite escrito.

La Corte advirtió, sin embargo, que la previsión contenida en el literal a) del artículo 432 del Código de Procedimiento Civil restringe la posibilidad de contradicción a uno solo de los planos posibles, sin interferir en otros, como es la solicitud de adición y complementación del dictamen y la valoración judicial que se hace presente durante el trámite mismo de la audiencia, en la formulación de las alegaciones por las partes (art. 432.3 C.P.C.), como el discernimiento del juez previo a la adopción del fallo (art. 432.4 C.P.C.).

da como interrogatorio directo, debiendo ceñirse la contraparte a los temas determinados en dicha etapa y así hasta culminar el interrogatorio. Bajo dicho modelo, el juez sólo interrogará cuando las partes hayan culminado sus cuestionarios, siempre y cuando subsistan dudas o temas que no fueron suficientemente esclarecidos por las partes. Esta situación no fue prevista en el artículo 25 de la Ley 1395 de 2010, pues a pesar de que se le impone a las partes el deber de proveer sus peritajes, no así se les permite conducir el interrogatorio, previendo, en la misma forma como lo determina el proceso penal, el orden en que va a realizarse la declaración, a fin de que sea consonante con la teoría expuesta en los argumentos de la parte a quien representa, pues la norma establece que es el juez quien iniciará el interrogatorio, oyendo el dictamen y escrutando al perito acerca de su idoneidad y los fundamentos de su dictamen y, una vez agotada esta etapa, se le concederá a las partes del derecho a la contradicción, sin que para ello se indique un procedimiento expreso o una limitación en cuanto a la calidad y pertinencia de las preguntas, debiendo acudir a las reglas generales sobre interrogación a testigos y limitación de la eficacia del cuestionario, todo lo cual conlleva una activa participación del juez, quien debe adecuar en la respectiva audiencia el procedimiento para que se ajuste a las necesidades de la causa.

⁴⁰⁰ La Corte Constitucional declaró exequible esta expresión del artículo 25 de la Ley 1395 de 2010, mediante sentencia C-124 de 2011, con ponencia del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva.

En cambio, afirma la Corte, la reforma legal busca, a través de la instauración del principio de oralidad en el proceso civil, proveer espacios procedimentales más garantistas de la contradicción, amén del fortalecimiento de las instancias de intermediación, concentración y publicidad de la valoración probatoria.

En cada una de estas instancias es plenamente posible cuestionar el contenido del dictamen, incluso respecto de aquellos asuntos constitutivos de error grave, pues en criterio del alto tribunal, el modelo de control judicial del dictamen pericial tiene carácter complejo y, por ende, no se agota en la objeción del dictamen por error grave.

Antes bien, evidenciar las distintas fórmulas que el proceso civil, comprendido en su nueva concepción desde la oralidad, confiere para la contradicción de la experticia, le permitió concluir que reformas legales como la demandada, que en aras de cumplir el legítimo fin constitucional de contar con los procedimientos fundados en la diligencia del trámite (art. 228 C.P.), restringen apenas uno de los instrumentos de control, en nada se oponen al derecho al debido proceso.

6.3 Contradicción difusa del peritaje

Es aquella que se realiza en las demás etapas del proceso. Ejemplo. La que se hace desde la contestación de la demanda o la que se realiza cuando se aporta un documento en un testimonio o interrogatorio, o el testimonio que se recibe en una inspección judicial.

6.4 Distinción entre testigo técnico y perito

La doctrina procesal indica que en materia de pericia, no se debe confundir al perito con el testigo experto:

“En el art. 433, el precepto acerca de la forma de las preguntas, proscribiendo las de índole indicativa, sugerente u ofensiva y admitiendo las de carácter técnico cuando se dirigen a personas especializadas (art. 443 C.P.C.C.). Debe destacarse la importancia de la norma en este último aspecto, toda vez que con ella se consagra la figura del testigo técnico, esto es de quien no solamente relata hechos que percibió, sino que, además, en razón de la ciencia que posee, extrae de aquéllos deducciones técnicas, "cuyo valor probatorio puede asumir señalada importancia" (Palacio, "Derecho procesal civil", Abeledo-Perrot 1.972, IV-567, n° 467, "b"), puesto que "si el testigo, por razón de su profesión, tiene conocimientos especiales en la materia, sus observaciones constituyen para el juez elementos de juicio de singular importancia y sus deducciones deben ser tenidas en cuenta en la apreciación de los hechos" (Alsina, "Tratado...", 2ª ed., III-535/536, n° 4; Confr.: Carnelutti, "La prueba civil", Depalma 1.982, págs. 125/127; Prieto Castro, "Derecho procesal civil", ed. Rev. Der. Priv. 1.964, I-456; Devis Echandía, "Teoría general de la prueba judicial", cit., II-71/75 n° 206).”

6.5 Reglas de la prueba pericial en materia penal

En materia penal, el nuevo sistema de enjuiciamiento de corte acusatorio, dispone de las siguientes reglas contenidas en la Ley 906 de 2004, en los artículos 405 a 423:

5.48. 6.5.1 Procedencia

La prueba pericial es procedente cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados.

Al perito le serán aplicables, en lo que corresponda, las reglas del testimonio.

5.49. 6.5.2 Prestación del servicio de perito

El servicio de peritos se prestará por los expertos de la policía judicial, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, entidades públicas o privadas, y particulares especializados en la materia de que se trate.

Las investigaciones o los análisis se realizarán por el perito o los peritos, según el caso. El informe será firmado por quienes hubieren intervenido en la parte que les corresponda.

Todos los peritos deberán rendir su dictamen bajo la gravedad del juramento.

6.6 Número de peritos

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.

6.7 ¿Quiénes pueden ser peritos?

Podrán ser peritos, los siguientes:

1. Las personas con título legalmente reconocido en la respectiva ciencia, técnica o arte.
2. En circunstancias diferentes, podrán ser nombradas las personas de reconocido entendimiento en la respectiva ciencia, técnica, arte, oficio o afición aunque se carezca de título.

A los efectos de la cualificación podrán utilizarse todos los medios de prueba admisibles, incluido el propio testimonio del declarante que se presenta como perito.

Las listas de auxiliares de la justicia no son limitativas para decretar un dictamen pericial. Se debe buscar el experto idóneo. Cuando el perito rinde el dictamen por escrito el juez está

obligado a hacer un estudio previo antes de correr traslado a las partes, razón por la que el traslado se realiza mediante auto.

6.8 ¿Quiénes no pueden ser nombrados peritos?

No pueden ser nombrados, en ningún caso:

1. Los menores de dieciocho (18) años, los interdictos y los enfermos mentales.
2. Quienes hayan sido suspendidos en el ejercicio de la respectiva ciencia, técnica o arte, mientras dure la suspensión.
3. Los que hayan sido condenados por algún delito, a menos que se encuentren rehabilitados.

6.9 Obligatoriedad del cargo de perito

El nombramiento de perito, tratándose de servidor público, es de forzosa aceptación y ejercicio. Para el particular solo lo será ante 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.

6.10 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.

6.11 Comparecencia de los peritos a la audiencia

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 hubiesen rendido, o para que los rindan en la audiencia.

6.12 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.

6.13 Admisibilidad del informe y citación del perito

Si el juez admite el informe presentado por la parte, en la audiencia preparatoria, inmediatamente ordenará citar al perito o peritos que lo suscriben, para que concurren a la audiencia del juicio oral y público con el fin de ser interrogados y contrainterrogados.

6.14 Base de la opinión pericial

Toda declaración de perito deberá estar precedida de un informe resumido en donde se exprese la base de la opinión pedida por la parte que propuso la práctica de la prueba. Dicho informe deberá 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 de lo establecido sobre el descubrimiento de la prueba.

En ningún caso, el informe de que trata este artículo será admisible como evidencia, si el perito no declara oralmente en el juicio.

6.15 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.

6.16 Instrucciones para interrogar al perito

1. El perito deberá ser interrogado en relación con los siguientes aspectos:
2. Sobre los antecedentes que acrediten su conocimiento teórico sobre la ciencia, técnica o arte en que es experto.
3. Sobre los antecedentes que acrediten su conocimiento en el uso de instrumentos o medios en los cuales es experto.
4. Sobre los antecedentes que acrediten su conocimiento práctico en la ciencia, técnica, arte, oficio o afición aplicables.
5. Sobre los principios científicos, técnicos o artísticos en los que fundamenta sus verificaciones o análisis y grado de aceptación.

6. Sobre los métodos empleados en las investigaciones y análisis relativos al caso.
7. Sobre si en sus exámenes o verificaciones utilizó técnicas de orientación, de probabilidad o de certeza.
8. La corroboración o ratificación de la opinión pericial por otros expertos que declaran también en el mismo juicio, y
9. Sobre temas similares a los anteriores.

El perito responderá de forma clara y precisa las preguntas que le formulen las partes.

El perito tiene, en todo caso, derecho de consultar documentos, notas escritas y publicaciones con la finalidad de fundamentar y aclarar su respuesta.

6.17 Instrucciones para conainterrogar al perito

El conainterrogatorio del perito se cumplirá observando las siguientes instrucciones:

1. La finalidad del conainterrogatorio es refutar, en todo o en parte, lo que el perito ha informado.
2. En el conainterrogatorio se podrá utilizar cualquier argumento sustentado en principios, técnicas, métodos o recursos acreditados en divulgaciones técnico científicas calificadas, referentes a la materia de controversia.

6.18 Perito impedido para concurrir

Si el perito estuviera físicamente impedido para concurrir a la audiencia pública donde se practicará la prueba, de no hallarse disponible el sistema de audio vídeo u otro sistema de reproducción a distancia, ésta se cumplirá en el lugar en que se encuentre, en presencia del juez y de las partes que habrán de interrogarlo.

6.19 Apreciación de la prueba pericial

Para apreciar la prueba pericial, en el juicio oral y público, se tendrá en cuenta la idoneidad técnico científica y moral del perito, la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder, el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito, los instrumentos utilizados y la consistencia del conjunto de respuestas.

6.20 Limitación a las opiniones del perito sobre insanidad mental

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.

6.21 Admisibilidad de publicaciones científicas y de prueba novel

Para que una opinión pericial referida a aspectos noveles del conocimiento sea admisible en el 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.

6.22 Presentación de la evidencia demostrativa

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.

6.23 Prueba pericial en el derecho ambiental

Justificación del peritaje y pertinencia para su decreto judicial: que el objeto del proceso sea especializado. Se justifica el decreto si las partes no aportan conceptos o peritajes anticipados practicados con intervención de la contraparte (L. 472 de 1998 y Ley 1437 de 2011).

Principio de inmaculación de la prueba: la prueba debe llegar pura al proceso, sin contaminaciones. Los mayores enemigos de la prueba son el tiempo y el hombre. Para evitar la pérdida de la evidencia existen las pruebas anticipadas.

Lista de auxiliares: Si la lista contiene peritos especializados en la materia de que trata el dictamen, la lista obliga. En caso contrario se puede acudir a cualquier entidad especializada, pública o privada, nacional o extranjera.

Solicitud de la prueba

1. Al momento de solicitar la prueba se debe determinar cuál es el género de la ciencia.
2. Se debe determinar la especialidad del perito

3. Se deben formular las preguntas que debe responder el perito.

6.24 Decreto y posesión

En el auto el juez debe hacer explícito porqué decreta la prueba: Conducencia, pertinencia y utilidad.

A continuación debe seleccionar el perito de la lista de auxiliares. Es necesario señalar fecha y hora para la posesión del perito. La posesión se debe realizar en audiencia pública, donde las partes puedan acudir a controvertir sus calidades. El perito debe manifestar sus impedimentos y acreditar sus conocimientos. Las partes pueden objetar la posesión del perito. En la diligencia de posesión del perito se puede adicionar el cuestionario formulado en la demanda o en la contestación.

En el mismo auto se deben calificar las preguntas de las partes y formular las que de oficio considere pertinentes, conducentes y útiles.

No es prudente señalar gastos, a menos que sean provisionales necesarios, ya que se aconseja concertarlos en las diligencias con las partes. Las partes están obligadas a colaborar con el perito. No se debe fijar fecha o término para la realización de las mediciones.

6.25 Práctica

Durante los días de la práctica de la prueba, los peritos realizan ensayos, recorridos y mediciones, en las cuales pueden participar el juez y las partes, quienes están facultadas para acudir a tales prácticas y aún llevar expertos para que revisen los procedimientos y protocolos.

Los técnicos que llevan las partes pueden hacer insinuaciones y recomendaciones al perito, pero este no estará obligado a acatarlas o a incorporarlas en sus procedimientos. El perito podrá dejar constancia de tales insinuaciones o recomendaciones para efectos de la eventual contradicción.

El perito puede apoyarse o auxiliarse de otros expertos, quienes no realizan el trabajo pero sí le brindan mayor conocimiento sobre la materia. Cuando el perito se apoye en otros profesionales debe dejar expresa constancia de dicho auxilio con los datos de ubicación del experto, todo con el fin de respetar el principio de originalidad de la prueba.

6.26 Término para rendir el dictamen

Inicialmente se fija por el juez. Los peritos pueden solicitar prórroga, pero esta solo procede antes del vencimiento del término. Si es solicitada después del vencimiento el juez no debe acceder.

Si el experticio es rendido después de vencido el término, se debe determinar si el juez ha dictado auto relevando al perito y dicho auto ha sido notificado. Si no se ha dictado el auto o no se ha notificado el peritaje tiene pleno valor y el auto que lo relevó no surte efectos: Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

6.27 Dictamen

El peritaje se rinde por escrito. Debe ser claro, detallado, argumentado.

Debe siempre tener unas conclusiones. Es imperativo.

El lenguaje debe ser entendible, traducido a expresiones que puedan entender las partes y el juez.

Si se trata de proceso penal acusatorio, el concepto se rinde por escrito pero el perito debe exponer verbalmente sus conclusiones ante el juez.

6.28 Contradicción concreta del experticio

Es obligación del juez analizar el peritaje antes de correr traslado a las partes, para verificar que cumpla con los requisitos mínimos (la ley 472 sobre acciones populares establece que el traslado es secretarial):

- a. **Idoneidad del perito:** aunque la determinó al momento de decretar la prueba, se puede concluir de la forma como se rindió el dictamen si el perito es realmente idóneo.
- b. **El método utilizado para la elaboración del trabajo:** si fue científico, desueto, ortodoxo, aceptado por la ciencia o no.
- c. **Las conclusiones:** valor, coherencia y cumplimiento a lo pedido por las partes y el juez.

Una vez se han verificado estos requisitos mínimos, se debe correr traslado a las partes.

En el juicio oral serán las partes quienes se ocupan de acreditar o desacreditar al perito.

6.29 Aclaración y complementación

Las partes pueden pedir aclaración sobre algunos puntos o sobre todo el peritaje. Si se pide aclaración se interrumpe el término para objetar. Se puede pedir aclaración y objetar por error grave.

Si se pide aclaración y complementación o adición y al mismo tiempo se objeta por error grave, primero se debe resolver sobre la aclaración y la complementación.

Al momento de pedir aclaración o complementación se pueden adicionar preguntas, aunque el código no lo prevea. Las nuevas preguntas pueden surgir del mismo experticio, bien sea de los procedimientos utilizados o de las conclusiones.

6.30 Objeción por error grave

Se considera a la objeción como el sumun de la contradicción concreta.

Es una discordancia, una ausencia, una falencia. El error debe ser grave. Es grave cuando se demuestra que de no estar presente el error el resultado hubiere sido distinto.

La objeción por error grave es comúnmente utilizada como medio de parálisis del proceso, fuente de dilación, de embarazo, razón por la que el segundo peritaje no es objetable.

Debe tenerse en cuenta en este punto, sin embargo, que por disposición del artículo 25 de la Ley 1395 de 2010, que reformó el artículo 432 del Código de Procedimiento Civil, cuando el peritaje se rinda en audiencia pública bajo el rito del proceso oral pleno, no se podrá acudir al trámite escrito aquí previsto, ya que la contradicción del peritaje y la formulación de objeciones se realiza por la vía del interrogatorio al perito en la audiencia respectiva. (Corte Constitucional, Sentencia C-124 de 2011).

6.31 Requisitos de la objeción:

1. Debe destacarse en el trabajo, no simplemente anunciarlo. Se debe ubicarlo dentro del contexto del dictamen o el resumen si es verbal.
2. Debe fundamentarse el ataque con literatura pertinente o con el auxilio de conceptos técnicos rendidos por expertos.
3. Deben solicitarse las pruebas que van a demostrar el error y el nombramiento de un nuevo perito.

6.32 Decisión sobre el error grave

La ley procesal autoriza al juez para fallar en la sentencia el incidente de objeción por error grave; Sin embargo, por motivos de contradicción, debe fallarse antes proferir el fallo definitivo, con el fin de socializar la prueba y otorgar a las partes el derecho de defensa. La decisión en este caso corresponde al juez.

6.33 Peritaje ambiental

A continuación se presentan algunas recomendaciones que deben ser tenidas en cuenta para la petición, el decreto y la práctica de un peritaje en materia ambiental:

1. En Colombia, las acciones procedentes para proteger el medio ambiente son las populares, las de grupo y las de responsabilidad civil extracontractual.
2. Para los efectos de la prueba, debe considerarse que la responsabilidad es objetiva cuando se trata de la protección colectiva del medio ambiente por la vía de la Acción Popular consagrada en el artículo 88 de la Constitución y desarrollada por la Ley 472 de 1998; Sin embargo, en materia de acciones de grupo y de responsabilidad civil extracontractual, la responsabilidad es subjetiva, es decir, será necesario demostrar separadamente cada uno de los elementos tripartitos, como son el hecho, el daño y el nexo de causalidad.⁴⁰¹
3. El medio ambiente puede ser definido como un sujeto y como tal puede ser protegido directamente.
4. El medio ambiente también puede ser entendido como un derecho y por ende tutelable jurídicamente, bien por la vía de un proceso contencioso subjetivo constitucional (Ley 472 de 1998, Decreto 2591 de 1991) o por medio de un proceso civil (artículo 1005 del Código Civil).
5. Daño y perjuicio: perjuicio en la doctrina española es un detrimento o pérdida patrimonial injusta.
6. Perjuicio y contaminación: perjuicio es toda agresión humana contra el medio físico, biológico, ambiental o natural.
7. Contaminación: introducción de sustancias, vibraciones, radiaciones, calor o ruidos en la atmósfera, en el agua o en el suelo. Es toda transformación del medio físico localizable objetivamente.

De acuerdo con el decreto 2811 de 1974 (artículo 8° literal a), por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, la contaminación es “la alteración del medio ambiente por sustancias o formas de energía puestas allí por la actividad humana o de la naturaleza, en cantidades, concentraciones o niveles capaces de interferir con el bienestar y la salud de las personas, atentar contra la flora y la fauna, degradar la calidad del medio ambiente o afectar los recursos de la Nación o de particulares”.

8. Daño: todo deterioro percibido por el sujeto.

⁴⁰¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia de mayo 16 de 2011, Rad. 5283531030012000000501, Magistrado Sustanciador Dr. William Namen.

9. Noción de “estado de conservación”. Lapso por el cual se mantienen las condiciones en un determinado ambiente.
10. Concepto del derecho comunitario europeo: es más amplio, no se restringe a la introducción perceptible de sustancias.
11. Concepto de daño colectivo: el que surge a raíz de la afectación a un bien de esta naturaleza. Es colectivo lo que afecta directamente el medio e indirecta o por rebote a los asociados.

12. Daño ambiental propiamente dicho vs. Daño particular:

El daño ambiental se rige por las normas de derecho ambiental, administrativo y constitucional. El daño particular se rige por el derecho civil y penal.

El daño ambiental supone la recuperación del medio ambiente. El daño particular supone un elemento tripartito entre hecho, nexa y causa.

13. No es lo mismo “daño ambiental” que “impacto ambiental”. El primero implica recomposición del medio ambiente, volver a las cosas al estado anterior e indemnización. El segundo no conlleva el elemento de indemnización sino la toma de medidas.⁴⁰²

14. Principio de precaución o de prevención. Colombia suscribió la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (junio de 1992), mediante la cual se incorporó, en su artículo 15, el principio de precaución, bajo la siguiente fórmula:

“Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme con sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”. Al año siguiente, el principio de precaución fue incorporado en el ordenamiento interno colombiano con la expedición de la Ley 99 de 1993.

15. Principio de prevención en el derecho argentino. La Constitución argentina prevé en su articulado el principio de prevención. En dicha legislación, la faz preventiva del derecho de daños opera ex ante.

⁴⁰² Según el artículo primero del Decreto 1220 de 2005, se define como Impacto ambiental “cualquier alteración en el sistema ambiental biótico, abiótico y socioeconómico, que sea adverso o beneficioso, total o parcial, que pueda ser atribuido al desarrollo de un proyecto, obra o actividad”.

Situación de incertidumbre acerca del riesgo. Se acredita con investigaciones técnicas y evaluación científica del riesgo. Ante ausencia científica se debe aplicar el principio precautorio. En la legislación argentina se establece el sistema de responsabilidad objetiva agravada. En el derecho argentino la víctima es el medio ambiente. Si el daño es a personas la regulación es del código civil.

6.34 La prueba de ADN: Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 10 de marzo de 2000, Magistrado Ponente Dr. Jorge Santos Ballesteros, Rad. 6188.

“En punto del dictamen pericial en que su objeto sea la práctica de pruebas antropo heredo biológicas y cuyo resultado arroje compatibilidad en la paternidad de un tercero, debe decirse que ciertamente ese medio de prueba no demuestra, en estricto sentido, las relaciones sexuales con hombre distinto del presunto padre demandado, es decir, no demuestra la exceptio plurium, sino el hecho de que hombre distinto puede, en vez del demandado, ser el presunto padre, lo que equivale a afirmar que el demandado no puede ser el padre. Y esta aserción tiene hoy asidero en el hecho incontrovertido y que en este fallo se ha venido reiterando, atinente a la posibilidad de la fertilización sin relación sexual como antecedente.

El dictamen pericial hoy no sólo permite excluir sino incluir con grado cercano a la certeza absoluta, a quien es demandado como padre presunto. De la prueba crítica, en la que el razonamiento legislativo para inferir la paternidad y autorizar a declararla judicialmente recorre varios caminos (el hecho conocido y probado -v. gr. el trato especial entre la pareja-, el hecho inferido -las relaciones sexuales- y el segundo hecho inferido -la paternidad) se pasa hoy, con ayuda de la ciencia, a una prueba de los hechos, científica, cual es la de excluir a alguien como padre o la de incluirlo con grado de certeza prácticamente absoluta, mediante análisis y procedimientos técnicos avalados mundialmente y tomados en el estado presente como ciertos o indubitables. Se pasa hoy casi directamente al fin último de las presunciones legales que contempla la ley 75 de 1968: declarar la paternidad o desestimarla.

Los anteriores asertos conducen a reiterar que, dada la delicada labor encomendada al juez en este campo, a saber, la de declarar por medio de sentencia la paternidad, es decir, un vínculo de sangre, se hace necesario que las pruebas, bien de las presunciones o ya de las excepciones, se hallen tan acreditadas que produzcan plena convicción o certeza en el juzgador, pues aquí la duda, como en ninguna otra causa, no sólo debe mover al juez a despejarla, si puede, sino que debe encaminarlo a proferir sentencia desestimatoria.

Es que se está ante el evidente avance de la ciencia frente a la escueta, estática y quizá rígida formulación legal, basada sólo en presunciones, en reglas de la experiencia (y no de la ciencia) consagradas en la ley positiva, que aluden a tomar a alguien como verdadero padre antes de que conste de otro modo, verdad formal a la que se llega por medio de un

esfuerzo intelectual, ya decantado en la ley, la que parte de la base de encontrar procesalmente acreditado el hecho del cual se deduce el presumido.

Se tiene entonces que en primer término es inocultable que las normas jurídicas escritas pueden quedar día a día cortas frente al avance de la ciencia, a la que el juez debe remitirse junto con las reglas de la experiencia para proferir sus fallos. De allí se desprende, en segundo término, que a pesar de poder estar consagrada en Colombia la investigación de la paternidad mediante un sistema restringido de presunciones que rinde culto a las reglas de la experiencia plasmadas positivamente en la ley, esa otra fuente de conocimiento sistemático que es la ciencia, no puede dejarse a un lado por el juez, cuando la verdad que ella predica ha llegado a su conocimiento (y también al de las partes) mediante prueba judicial legalmente obtenida y rituada.

De ambas fuentes de conocimiento, la de la experiencia y la científica, debe hacer acopio el juez para subsumir o excluir la situación de hecho en la norma que hace actuar. Y en tal proceso deductivo, naturalmente debe expresar el mérito que le asigna a cada prueba y exponer su conclusión mediante una apreciación en conjunto de todo el acervo probatorio (artículo 187 Código de Procedimiento Civil).

Pero debe, en primera medida, asumir que en la investigación de la paternidad, la ciencia actual -a la que debe acudir no sólo en virtud de lo previsto en el artículo 7° de la ley 75 de 1968 sino con miras en la búsqueda de la verdad histórica que debe esclarecer-, le presta tal apoyo a su veredicto, que se constituye en pilar de su sentencia. Obvio resulta reiterar que el dictamen científico deberá reunir esos requisitos de idoneidad a que se refiere el artículo 241 del Código de Procedimiento Civil, a efectos de ser apreciado cabalmente en la solución del conflicto, lo que por lo demás, supone en el juez la adquisición de un conocimiento basilar sobre esa ciencia (en este caso la genética) que le permita con algún grado de fluidez conceptual analizar críticamente el dictamen y no, como suele acontecer, remitirse sin más al porcentaje que los expertos y laboratorios incluyen en el dictamen pericial, sin aludir a cómo lo obtuvieron, por qué no es superior, qué otro examen ha de practicarse para llegar a mejores niveles de certidumbre, etc.

Si ciertos aspectos de la ciencia que suponen conocimientos especializados y que han sido traídos al proceso en virtud de un dictamen pericial o de prueba por informes, aportan la demostración de “la no existencia del hecho que legalmente se presume” (artículo 66 Código Civil), a ella hay que atender, pues visto está que las inferencias a las que llega el juez -autorizado por la ley- sólo son deducciones basadas en la experiencia. Son por así decirlo, una especie menor de conclusión, no terminante.

Por tanto, independientemente de si las presunciones legales de paternidad han sido o no legalmente estructuradas como taxativas, cualquier otra forma fehaciente de demostrar legalmente la paternidad o su exclusión debe ser atendida por el juez, a efectos de buscar claridad acerca de la “investigación de la paternidad” que es el objeto del litigio que di-

rige y adelanta, y que envuelve el ejercicio del derecho constitucional a la personalidad, del que la filiación forma parte.

En otras palabras: si llegado el caso, obra en el expediente prueba pericial o de informes, regular y oportunamente allegada al proceso en la que se demuestra -con grado próximo a la certeza- la improbable paternidad del demandado o mejor la paternidad de un tercero, y dicha prueba se enfrenta a otras que recogen los hechos indicativos que el legislador ha consagrado como constitutivos de presunción de un hecho indicado, tamaña duda debe ser esclarecida por el juez antes de proferir el fallo con que termina el proceso.

No se trata acá de desechar de un tajo las pruebas testimoniales o documentales recaudadas y que den cuenta, a criterio del juzgador, del trato íntimo o especial que una pareja se prodiga en una época predeterminada y coincidente con la concepción, para de allí inferir las relaciones sexuales que dieron origen a un ser humano cuya paternidad se investiga. No.

Se trata de resaltar, con la altura exacta a la que llega hoy la ciencia, que los avances de ésta, a pesar de no estar recogidos positiva o expresamente en la ley, no pueden echarse de menos, cuando es lo cierto que de las meras conjeturas e inferencias, por virtud de la ciencia se puede pasar hoy a una prueba menos indirecta de la filiación, prueba que, por lo demás, es de obligatoria práctica, según las voces del artículo 7 de la ley 75 de 1968, que por cierto no contempla la prueba que acá sembró la duda, referida a la posible paternidad de un tercero, distinto del demandado. Es decir, se impone hoy la declaración de ciencia frente a la reconstrucción histórica, salvo que aquella no sea posible obtener.”

7. Inspección Judicial

Los hechos, afirma Dellepiane, dejan huellas, rastros y vestigios y en la medida en que tales “evidencias” puedan ser percibidas directamente por el juez, serán objeto de inspección.

La inspección, como su nombre lo indica, consiste en la verificación que realiza el juez de manera directa, utilizando sus cinco sentidos, sobre cosas o sobre personas, para formarse libre y directamente su convencimiento.

La inspección se caracteriza por ser prueba directa y busca verificar aspectos que pueden ser necesarios para llegar a la certeza de los hechos.

7.1 Solicitud y decreto de la inspección en materia civil

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, caso en el cual, formulará en el mismo acto el cuestionario que aquéllos deben absolver.

En el auto que decrete la inspección el juez señalará fecha y hora para iniciarla, designará los peritos si los solicitó el interesado o lo considera conveniente por la naturaleza científica, técnica o artística de los hechos que deban examinarse, y dispondrá cuanto estime necesario para que la prueba se cumpla con la mayor eficacia.

Debe tenerse en cuenta que, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1395 de 2010 y por disposición de lo previsto en el literal d) del artículo 25, la inspección sólo podrá ser decretada en los procesos declarativos cuando la parte que la solicite no pueda demostrar por medio de una videograbación los hechos sobre los cuales ha de versar aquella, norma que merece los siguientes comentarios:

1. A partir de la entrada en vigencia de la Ley 1395 de 2010, la inspección judicial puede ser reemplazada por prueba documental consistente en videograbación de los hechos que interesan para el proceso.
2. El juez sólo podrá decretar la inspección cuando la parte que la solicite demuestre que los hechos, lugares o personas materia de la inspección sólo pueden ser percibidos mediante este recurso, es decir, que no puede o no pudo, realizar la videograbación. Con todo, es necesario aclarar que si la inspección recae sobre lugares sobre los cuales puede o debe realizarse un peritaje o recabarse nuevas pruebas testimoniales, así deberá indicarlo la parte que la solicita para que el juez proceda a su decreto y a la suspensión de la audiencia.
3. Si la videograbación, que es considerada documento, se obtuvo antes de la solicitud de conciliación, deberá aportarse a ella, por virtud de lo dispuesto en el artículo 35

de la Ley 640 de 2001, tal como quedó reformado por la Ley 1395 de 2010, y por lo tanto al proceso sólo podrá allegarse el documento que contiene el mismo video que se aportó a la conciliación.

4. Si la videograbación consta en medio electrónico, deberán cumplirse todas las reglas atinentes a la recolección de tales documentos para su aducción al proceso.
5. Aunque la redacción de la norma no lo prevé, se entiende que la audiencia prevista en el artículo 432 debe suspenderse para la práctica de la inspección, si a ello hubiere lugar.

7.2 Inspección de cosas muebles o documentos

Cuando la inspección deba versar sobre cosas muebles o documentos que se hallen en poder de la parte contraria o de terceros, se observarán previamente las disposiciones sobre exhibición.

7.3 Práctica de la inspección

En la práctica de la inspección se observarán las siguientes reglas:

1. La diligencia se iniciará en el despacho del juez y se practicará con las partes que concurren y los peritos, si se hubiere ordenado su intervención, caso en el cual se aplicará lo dispuesto sobre este medio de prueba; Cuando la parte que la pidió no comparece, el juez podrá practicarla si le fuere posible y lo considera conveniente.
2. En la diligencia el juez procederá al examen y reconocimiento de que se trate, y si fuere el caso oír a los peritos sobre las cuestiones materia del dictamen, las que podrá ampliar de oficio o a petición de parte.

Si alguna de las partes impide u obstaculiza la práctica de la inspección, el juez dejará testimonio de ello en el acta y le impondrá multa de cinco a diez salarios mínimos mensuales, y apreciará tal conducta como indicio en contra de aquélla.

3. 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.
4. El juez podrá ordenar que se hagan planos, calcos, reproducciones, experimentos, grabaciones mecánicas, copias fotográficas, cinematográficas o de 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.

5. 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.
6. Podrá igualmente el juez decretar el dictamen pericial de uno o dos especialistas, si los peritos que lo acompañan no fueren expertos en la respectiva materia, o si la inspección se practica sin peritos y considera indispensable su dictamen sobre hechos científicos, técnicos o artísticos que durante ella hayan sido examinados.
7. 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 fuere 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.
8. Igualmente el juez, de oficio o a solicitud del interesado, podrá interrogar a las partes presentes en la diligencia, sobre hechos relacionados con ésta.

8. Prueba indiciaria o circunstancial: el indicio

El indicio es una construcción lógico jurídica que parte de la verificación plena de un hecho, para, a partir de él, concluir la ocurrencia de otro.

Dicha construcción parte de un hecho indicador y concluye con el hecho indicado.

Los indicios pueden ser necesarios o contingentes. Son necesarios aquellos que llevan a una única conclusión, y con contingentes aquellos que apuntan en varias o distintas direcciones. Un ejemplo del primero puede ser la concepción humana. Hasta el siglo pasado, la sola verificación de la existencia de una persona era indicio necesario de que había sido concebida por la unión de un hombre y una mujer. A partir de los medios de fecundación, distintos a la cópula, la existencia de una persona es indicio contingente de su concepción.

8.1 Mecanismo lógico indiciario:

Elementos básicos:

1. **Hecho conocido, indicador o comprobado:** Sobre él existe total certeza de su existencia.

Para algunos autores es infortunada la insistencia de parte de la doctrina, tanto foránea como nacional, de hablar de los indicios y las presunciones como si fueran términos sinónimos, pues no lo son. En efecto: reiteradamente hemos expresado que los indicios son medios de prueba, en tanto que las presunciones son eximentes de prueba; En otras palabras, las presunciones son dispensas, son sucedáneos de prueba, porque relevan de la carga de la prueba a quien la alega en su favor. Presumir es suponer una cosa por cierta, viene del vocablo *preasumere* que quiere decir tomar antes, anticipar, presentir o resolver de antemano.⁴⁰³

2. **Nexo lógico:** puede ser inductivo o deductivo. Se induce con base en lo que se ha aprendido. Se llega mediante las reglas de la experiencia.
3. **Hecho desconocido o indicado:** lo que se quiere buscar. Indicio no es el hecho indicador sino la elucubración lógica (Guasp). Para Delepian, todas las pruebas son indicios.

El conjunto de estos tres elementos constituirá el “mecanismo lógico indiciario”.

8.2 Clasificación de los indicios:

⁴⁰³ Ana Giacometto Ferrer, Conferencias dictadas en la Universidad del Rosario. 2007

- a) **Necesarios u obligatorios:** Son de muy difícil ocurrencia. En este tipo de indicio no puede haber excepciones, es decir, que entre el hecho conocido y el desconocido hay un nexo inexorable. Ejemplo. Si en una excavación se encuentra una casa, se sabrá que fue construida por seres humanos. Se le llama también “indicio preciso”.

No será indicio necesario, el hecho del nacimiento de una persona. Antes se presumía que ese nacimiento era consecuencia de la unión de dos gametos. Hoy se admite la existencia de la clonación.

Para un sector de la doctrina, la presencia del indicio necesario excluye el estudio de las demás pruebas.

- b) **Contingentes:** según las posibilidades demostrativas, se clasifican en:

1. Gravísimos
2. Graves
3. Leves
4. Levísimos

La clasificación de la gravedad del indicio no se realiza al inicio del proceso ni durante su construcción, sino al momento de valorar, de allí que se considere verdaderamente antitécnica la regla legal que tiene como indicio grave la no contestación de la demanda en algunos procesos.

Ejemplo. Si el piso está mojado, se colige fácilmente que ha llovido. Sin embargo, según las circunstancias que rodean el ambiente y el entorno, puede llegarse a una conclusión distinta. Si el hecho ocurre en verano, la indicación de que ha llovido se desvanece, ya que puede provenir de varios factores, tales como la ruptura de un tubo, de un hidrante, la limpieza de la zona, etc. Por ello hay que descartar las posibilidades, además de la casualidad, el azar y la prueba falsificada.

Azar y Casualidad: hay que descartarlos al momento de la valoración. La casualidad se define como una combinación de circunstancias que no se pueden prever ni evitar.

Prueba falsificada: como en el caso de quien antes de la prueba de ADN se realiza una transfusión de sangre.

Será indicio levísimo aquel que, según las reglas de la experiencia, lleva formular varias hipótesis.

1. **Gravísimos:** los indicios gravísimos son los más importantes para el proceso. Con ellos se puede fallar.
2. **Graves:** sirven para restar valor a otros medios de prueba. Ejemplo. El testigo afirma que no ha llovido, pero el piso estaba mojado. La representación en torno a este indicio puede denominarse como un verdadero “hipo” jurídico.
3. **Leves:** pueden presentar conraindicios, es decir, que un hecho apunta a varias conclusiones adversas.
4. **Levísimos:** Los que no aportan certeza alguna y que apuntan a varios hechos, todos igualmente posibles. No se puede fallar con estos indicios.

8.3 El indicio en el Sistema Penal Acusatorio

Sobre la prueba de indicios en la Ley 906 de 2004, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se pronunció en sentencia del 30 de marzo de 2006 (reiterada en varias oportunidades hasta la fecha) ratificando que en el nuevo esquema penal acusatorio sí se admite la prueba indirecta como medio de convicción. En la aludida sentencia la Corte indicó:

“Se recuerda que el Código de Procedimiento Penal, Decreto 2700 de 1991, no incluía a los indicios como un medio de prueba autónomo, pues su artículo 248 estipulaba acertadamente que "Los indicios se tendrán en cuenta al momento de realizar la apreciación de las pruebas siguiendo las normas de la sana crítica.

“En el Código de Procedimiento Penal, adoptado con la Ley 600 de 2000, quizá por confusión conceptual y precaria técnica legislativa, su artículo 233 incluye al indicio como un medio de prueba autónomo, sin serlo en realidad. Esta inclusión mereció pluralidad de críticas desde la doctrina y la jurisprudencia, que no tardaron en recordar la naturaleza lógico jurídica del indicio como una operación mental, a través de la cual de un hecho probado se infiere la existencia de otro hecho, con la guía de los parámetros de la sana crítica, vale decir, los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los aportes científicos.

“En la Ley 906 de 2004, también atinadamente, el indicio no aparece en la lista de las pruebas -elevadas a la categoría de medios de conocimiento- que trae el artículo 382. Ello no significa, empero, que las inferencias lógico jurídicas a través de operaciones indicias se hubieren prohibido o hubiesen quedado proscritas”⁴⁰⁴

Por lo tanto, ninguna razón le asiste a quien sostiene que el indicio no está permitido en el esquema procesal de la Ley 906 de 2004.

⁴⁰⁴ Radicado No. 24.468

8.4. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil

Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente Dr. JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ, mayo 8 de 2001, Expediente No. 5692:

“En relación con la prueba indiciaria, la doctrina particular (nacional y extranjera), y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, además de reconocer su grado de importancia en este campo, han venido elaborando un detallado catálogo de hechos indicadores de la simulación, entre los cuales se destacan el parentesco, la amistad íntima de los contratantes, la falta de capacidad económica de los compradores, la falta de necesidad de enajenar o gravar, la documentación sospechosa, la ignorancia del cómplice, la falta de contradocumento, el ocultamiento del negocio, el no pago del precio, la ausencia de movimientos bancarios, el pago en dinero efectivo, la no entrega de la cosa, la continuidad en la posesión y explotación por el vendedor, etc.

Por lo demás, la propia Corte Suprema de Justicia no sólo se ha limitado a elaborar un hipotético panorama de hechos indiciarios, sino que se ha preocupado por dejar claramente definidos los requisitos que debe reunir la prueba indiciaria, con el fin de considerarla apta en orden a demostrar la simulación. Esos requisitos son:

- a. Conducencia de la prueba indiciaria respecto del hecho investigado;*
- b. Que se descarte razonablemente la posibilidad de que la conexión entre el hecho indicador y el investigado sea aparente;*
- c. Que en igual forma se excluya la posibilidad de la falsificación del hecho indicador por obra de terceros o de las partes;*
- d. Que aparezca clara y cierta la relación de causalidad entre el hecho indicador y el indicado;*
- e. Que se trate de una pluralidad de indicios, si son contingentes;*
- f. Que varios de los indicios contingentes sean graves, concordantes y convergentes;*
- g. Que no existan contraindicios que no puedan descartarse razonablemente;*
- h. Que se hayan eliminado razonablemente otras posibles hipótesis, así como los argumentos o motivos infirmantes de la conclusión adoptada, pues es frecuente que un hecho indiciario se preste a diferentes inferencias que conduzcan a distintos resultados;*

- i. *Que no existan pruebas de otra clase que infirmen los hechos indiciarios o que demuestren un hecho opuesto al indicado por aquellos; y*
- j. *Que se pueda llegar a una conclusión final precisa y segura, basada en el pleno convencimiento o la certeza del juez (Sentencia de Casación Civil de 5 de diciembre de 1975).”*

9. Las presunciones

Las presunciones son construcciones similares a los indicios pero que tienen una asignación legal previa, en la medida en que es el legislador quien determina la consecuencia al hecho indicador.

Establece el artículo 176 del Código de Procedimiento Civil que 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.

Las presunciones son eximentes probatorios, en la medida en que las consecuencias jurídicas frente a un determinado hecho, que se encuentra plenamente demostrado en el proceso, se encuentran previamente asignadas por el legislador.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 25 de la Ley 1395 de 2010, reformativo del artículo 432 del Código de Procedimiento Civil, La inasistencia de alguna de las partes hará presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión en que se fundan las pretensiones o las excepciones, según el caso.

10. Pruebas anticipadas

Prueba anticipada es aquella que se practica antes de iniciar el proceso con el fin de garantizar la conservación de la evidencia.

La prueba debe llegar al proceso en su estado original, pura, inmaculada. Por ello, las legislaciones modernas se han preocupado por regular los procesos de identificación, recolección, embalaje, transporte y manipulación de aquellos elementos que sirven de sustento a la actividad judicial.

El derecho procesal moderno, admite en este principio el mayor avance de la ciencia jurídica probatoria, en la medida en que incorpora los adelantos tecnológicos a las reglas de valoración que tradicionalmente han servido a los jueces para determinar con mayor o menor grado de certeza la ocurrencia de un hecho.

Los hechos, afirma Dellepiane, dejan huellas, rastros y vestigios, que en el lenguaje jurídico actual se denominan “evidencias”. De la recolección de tales evidencias es que se obtiene la prueba, y es entonces cuando adquiere especial relevancia el proceso mediante el cual tales huellas y vestigios han de ser “manipulados” para ser ofrecidos al juez y admitidos por este en un proceso judicial.

Son enemigos de la prueba la naturaleza, el tiempo y el hombre. Hasta ahora, el mayor enemigo de la prueba es el hombre, por infortunado que parezca. Es el hombre, quien por su inexperiencia o bien por su curiosidad, o ambas, destruye la integridad de la prueba.

A veces el impedimento de conservación proviene de la propia ley, que limita su producción inmediata, tal y como ocurre con la regulación que sobre la declaración de terceros trae el Código de Procedimiento Civil, el cual prohíbe que los testimonios de quienes les consta o pueda constarle un hecho determinado, sean recepcionados antes del proceso como prueba extrajudicial y anticipada (C.P.C. Art. 298, según el cual “podrá pedirse que se reciban testimonios anticipados únicamente a personas que estén gravemente enfermas”).

10.1 Reglas especiales para las pruebas anticipadas: Arts. 294 a 301 del C.P.C.

En el sistema penal oral siempre se respeta la inmediación: el juez debe conocer la prueba. Sin embargo la Corte Constitucional admitió las pruebas anticipadas en el nuevo sistema de enjuiciamiento criminal.

10.2 Objeto de las pruebas anticipadas

Garantizar que la parte a quien corresponde probar unos hechos los pueda probar por el temor fundado de que la prueba se pueda perder.

Se conocen como pruebas **extraproceso**. No son extrajudiciales porque las pruebas extrajudiciales son las que no se practican ante juez. Las anticipadas son judiciales pero extraproceso.

10.3 Legitimación

Cualquiera de las futuras partes. Puede practicar pruebas quien pretende demandar o aquel contra quien se teme va a dirigir una demanda.

10.4 Pruebas anticipadas autorizadas por la ley:

- A. Interrogatorio
- B. Testimonio
- C. Exhibición
- D. Inspección
- E. Peritación

10.5 Competencia

Antes de la ley 794 de 2003 se determinaba una competencia a prevención entre el civil municipal y el civil del circuito, a elección del solicitante. Si se quería practicar una prueba anticipada en una prueba de familia siempre era el juez civil, igual si el destino era un juez laboral.

La ley 794 de 2003 reformó la competencia y se la confirió al Juez Civil Municipal si la prueba se va a aportar en un proceso civil o agrario. En este caso no se analiza cuantía sino naturaleza.

La ley 1395 de 2010 confirió potestades jurisdiccionales a los Notarios para practicar todo tipo de pruebas anticipadas. Dispuso el artículo 113 de la citada ley que podrán practicarse ante notario pruebas extra procesales destinadas a procesos de cualquier jurisdicción, salvo la penal, con citación de la contraparte y con observancia de las reglas sobre práctica y contradicción establecidas en el Código de Procedimiento Civil.

Según lo previsto en el artículo 18 del Código de Procedimiento Civil, tal y como quedó modificado por el artículo séptimo de la Ley 794 de 2003, los jueces municipales y promiscuos municipales conocen privativamente de:

1. De las peticiones sobre pruebas anticipadas con destino a procesos de competencia de las jurisdicciones civil y agraria.
2. De los requerimientos y diligencias varias que se pretendan hacer valer ante los jueces civiles y agrarios, sin consideración a la calidad de las personas interesadas.

Dispone el citado artículo 18 que de las solicitudes a que se refieren los numerales anteriores con destino a procesos o asuntos de competencia de cualquiera otra autoridad judicial, conocerá el respectivo juez laboral, de familia o contencioso administrativo. Mientras entren en funcionamiento estos últimos, conocerán los tribunales administrativos.

En el proceso penal el competente es el juez de control de garantías, según lo previsto en la Ley 906 de 2004.

10.6 Pruebas destinadas a procesos adelantados ante tribunales arbitrales

La norma contenida en el artículo 18 del C.P.C. no previó esta solución, pues no estableció competencia en ningún juez. Un sector de la doctrina⁴⁰⁵ estima que el competente es el juez civil del circuito en virtud de la cláusula de cierre de jurisdicción, que radica en el dicho órgano la competencia para resolver todo asunto que no esté reservado a otro juez, al tenor de lo establecido en el artículo 16 del Código de Procedimiento Civil, que establece en su numeral noveno:

“Sin perjuicio de la competencia que se asigne a los jueces de familia, los jueces de circuito conocen en primera instancia de los siguientes procesos:

(...)

9. Los demás procesos que no estén atribuidos a otro juez.”

Lo anterior no obsta para que, conforme a lo previsto en el artículo 113 de la Ley 1395 de 2010, las pruebas con destino a procesos que se adelanten ante los tribunales arbitrales, puedan ser recaudadas mediante el trámite notarial anticipado.

10.7 Interrogatorio de parte

El objeto del interrogatorio es provocar la confesión.

Se puede pedir interrogatorios a la futura contraparte por tres razones:

1. Como medio de prueba libre, sin importar el proceso futuro. Ejemplo. Para resolver diferencias entre contratantes. Un contratante a quien se le ha manifestado el incumplimiento y lo quiere judicializar.

⁴⁰⁵ Jorge Forero Silva. Conferencias dictadas en la Universidad del Rosario. 2006.

2. Para preconstituir la prueba en casos especiales que la ley autoriza a fin de que se pueda admitir una demanda. Ejemplo. Restitución de inmueble arrendado Art. 424-1.
3. Para preconstituir un título ejecutivo: Art. 488. La confesión sirve como título ejecutivo si es extraproceso. La confesión obtenida dentro de un proceso no sirve como título ejecutivo. La razón estriba en que lo que se ejecuta es la sentencia que se dicta en ese proceso donde se obtuvo la confesión. El interrogatorio es uno de los tres medios para preconstituir título ejecutivo, los otros dos son el proceso ordinario y la conciliación.

10.8 Requisitos para obtener confesión con fines de preconstitución del título ejecutivo:

- a. Que la petición se dirija al juez competente.
- b. Se debe tener certeza del paradero del absolvente. Se le debe tener localizado al deudor. Si se ignora se debe recurrir al proceso ordinario:

Dispone el artículo 301 del Código de Procedimiento Civil:

“Procedimiento para pruebas y exhibición anticipadas. Las pruebas y la exhibición anticipadas de que trata este capítulo, se sujetarán a las reglas establecidas para la práctica de cada una de ellas en el curso del proceso.

Las objeciones al dictamen pericial y la oposición a exhibir se tramitarán como incidente.

La citación para interrogatorio de parte y exhibición de documentos o de otro bien mueble, deberá hacerse mediante notificación personal, sin que sea admisible el emplazamiento del citado. Cuando se trate de reconocimiento de documentos podrá emplazarse a la parte citada, en los casos previstos en los artículos 318 y 320, para los efectos del inciso final del artículo 489.”

- c. La petición es por una sola vez. Se debe ser diligente en todos los trámites. Art. 294:

“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. En la solicitud se indicará sucintamente lo que se pretenda probar.”

Se recomienda manifestar ante el juez que no se ha intentado la diligencia con anterioridad.

Se entiende que se intenta la confesión cuando efectivamente se practicó el interrogatorio y no se obtuvo.

- d. Indicar en la solicitud sucintamente los hechos que se quieren probar. La solicitud no es una demanda. Los hechos son sucintos, no deben ser cronológicos ni numerados.

Razones: 1.- **Conducencia** de la prueba. Ejemplo. Si se pretende probar compraventa mediante confesión: sólo se admite mediante escritura. 2.- **Competencia**: La competencia del juez la determina la naturaleza del asunto. 3.- **Pertinencia** en las preguntas que se van a formular el día de la diligencia: En el interrogatorio no se pueden hacer preguntas distintas a las relacionadas con el objeto de la prueba.

Dispone el artículo 23 del Decreto 2651 de 1991:

“Cuando en interrogatorio de parte el absolvente o en declaración de tercero el declarante manifieste que el conocimiento de los hechos lo tiene otra persona, deberá indicar el nombre de ésta y explicar la razón de su conocimiento. En este caso el juez, si lo considera conveniente, citara de oficio a esa persona aun cuando se haya vencido el término probatorio.”

- e. Se deben citar las direcciones de notificaciones. La competencia territorial se determina por el domicilio del absolvente. Nunca puede haber comisiones. Art. 23 C.P.C. Tampoco procede el emplazamiento.
- f. Señalamiento de fecha y hora para la diligencia: Ese auto se debe notificar personalmente al citado. Art. 205:

“Citación de parte y de terceros a interrogatorio. El auto que decreta el interrogatorio anticipado de parte se notificará a ésta personalmente; El de interrogatorio en el curso del proceso se notificará por estado.”

Se debe recurrir a la notificación del 315, lo que incluye el aviso del 320. Antes de la ley 794 de 2003 la notificación era solo personal y si no iba se le emplazaba. Hoy día no procede el emplazamiento y si la persona no concurre se abre paso al aviso. No se puede designar curador *ad-litem*. Procede la notificación por conducta concluyente.

10.9 Confesión ficta

Si llegada la fecha el citado que ha sido correctamente notificado no llega a la diligencia, se debe dejar constancia de no comparecencia y esperar tres (03) días para que el convocado se justifique. Se aplican las mismas reglas del interrogatorio practicado en el curso del proceso (Art. 301 C.P.C.).

- a. Si se presenta excusa el juez fija nueva fecha y hora mediante auto que se notifica por estado y no es susceptible de recursos.

Dispone el artículo 209 del Código de Procedimiento Civil que si el citado probare siquiera sumariamente, dentro de los tres días siguientes a aquél 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 aquélla 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.

- b. Si en la segunda oportunidad el citado no comparece el juez inmediatamente debe verificar si existe pliego.
- c. Si no se presenta excusa dentro de los 3 días, el juez verifica si existe pliego.
- d. Si no hay pliego y el interrogatorio es dentro del proceso se declara confeso al declarante sobre los hechos que admitan confesión y consten en los hechos de la demanda o su contestación. En el caso de los incidentes no hay demanda ni contestación, por lo que debe estudiarse si se puede aplicar la consecuencia procesal en caso de no presentarse pliego ya que la confesión ficta es una sanción procesal y se rige por el principio de legalidad.
- e. **Pliego de preguntas:** se allega con la solicitud o hasta un día antes de practicar la diligencia. Antes de la expedición del Decreto 2282 de 1989 se permitía que el pliego se entregara antes de iniciar la diligencia. Esto generó dudas sobre si el pliego se había presentado antes o durante la diligencia. Con la reforma se resolvió este problema, determinando que el pliego se presenta un día antes de la diligencia.
- f. El pliego puede sustituirse cuantas veces quiera el solicitante, siempre y cuando sea en tiempo.
- g. El pliego puede ser abierto o cerrado. Si el citado no llega el juez no lo debe abrir, ya que dentro de los tres días el citado que se ha excusado válidamente puede tener acceso a las preguntas. El juez debe señalar fecha y hora para calificar preguntas. En la diligencia el apoderado puede sustituir las preguntas por orales. También puede presentar primero un pliego abierto y luego sustituirlo por uno cerrado.
- h. No se permiten más de 20 preguntas. En el proceso verbal sumario solo se admiten 10 preguntas, pero si el interrogatorio es anticipado admite las 20 preguntas.
- i. Preguntas para obtener confesión: sólo las **asertivas**. La pregunta asertiva es la que obliga al deponente a contestar sí o no. El deponente puede agregar lo que estime,

pero debe siempre anticipar el sí o el no. Si no se anteponen cualquiera de las dos respuestas, sí o no, el declarante es declarado rebelde.

La contumacia es la no comparecencia a una diligencia para la cual fue válidamente citada.

En ambos casos hay lugar a confesión ficta.

- j. Preguntas explicativas o abiertas: no buscan obtener confesión. Por ello cuando se pida un interrogatorio de parte se deben formular preguntas asertivas.
- k. Si lo que se busca es iniciar proceso ejecutivo con base en la confesión, de ella se deben derivar obligaciones expresas, claras y exigibles.

Ejemplo. Si en la pregunta no se incluye la fecha de exigibilidad pero sí la cantidad y el hecho de no haber pagado, se puede acudir a la diligencia de constitución en mora antes de iniciar el proceso ejecutivo.

- l. Cada pregunta debe versar sobre un hecho: art. 207 inciso final. Si se tienen varias facturas se pueden acumular en una sola pregunta porque el título de recaudo va a ser la confesión y no las facturas.

Ejemplo de pregunta para lograr obtener la confesión de la existencia de una deuda en contra del citado:

- 1. ¿Manifieste si es cierto que Pedro le entregó a usted la suma de 10 millones de pesos?
 - 2. ¿Manifieste si es cierto que usted debía pagar esa suma el día 5 de octubre de 2011?
- m. Interrogatorio al litisconsorte necesario: se deben citar a todos los futuros litisconsortes necesarios. La citación debe ser a todos en el mismo auto para la misma diligencia. Si el juez de la diligencia advierte que hay un litisconsorcio necesario debe denegar la diligencia: art. 196. La confesión debe provenir de todos los litisconsortes.
 - n. Si se llaman a todos los litisconsortes necesarios y se acompaña pliego de preguntas: Uno asiste y el otro no y no se excusa. El que asiste reconoce algunos hechos que le causan perjuicio y los demás los niega. En este caso habrá confesión respecto de los hechos confesados y se compondrá la confesión por la aceptación expresa del que asiste y la ficta del contumaz.

- o. El juez ante quien se solicita el interrogatorio debe estudiar si el objeto del interrogatorio es demostrar un hecho susceptible de prueba por confesión. Ejemplo. No se puede probar por confesión una promesa de compraventa o el contrato de compraventa.
- p. El interesado debe solicitar copia auténtica del auto que presta mérito ejecutivo. La copia debe tener la constancia de ser primera copia con la constancia de que presta dicho mérito.

10.10 Testimonio: Arts. 298 y 299 del C.P.C.

El art. 298 consagra testimonio para fines judiciales.

El 299 consagra testimonio para ambos fines, judiciales y no judiciales.

- a. No hay restricción en el testimonio para procesos judiciales: se puede allegar a cualquier proceso.
- b. En el caso del 299 se requiere que la ley lo autorice cuando el objetivo sea presentar una demanda. Ejemplo. Art. 424 del C.P.C.
- c. En el caso del 298 (judicial) no hay limitante en las condiciones del testigo, según lo previsto en artículo 12 de la Ley 1395 de 2010 que reformó el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil.
- d. El testimonio con fines extraprocesales no tiene restricciones.
- e. El testimonio con fines judiciales requiere citación de la presunta contraparte. Procede el emplazamiento y designación de curador (para la parte no para el testigo). Sin que se practique la notificación no hay lugar a practicar la diligencia. El extraproceso no requiere citación.
- f. El testimonio con fines judiciales se practica ante juez.
- g. El extraproceso ante Notario o Alcalde.
- h. En ambos casos se debe indicar el proceso para el cual se va a practicar.
- i. En el testimonio para fines judiciales, si se trata de testigo gravemente enfermo, la manifestación de tal situación se realiza bajo juramento, aunque la ley 1395 de 2010 eliminó la exigencia de la enfermedad grave a efectos de practicar un testimonio como prueba anticipada.

- j. El juez competente es el del domicilio o residencia del testigo: Art. 298. No hay lugar a comisión. También lo es el Notario, conforme a lo previsto en la ley 1395 de 2010.
- k. Si el testigo se encuentra gravemente enfermo el despacho se traslada al lugar donde se encuentre. Dicha circunstancia debe informarse en la citación, así como en la notificación.
- l. Durante la diligencia se pueden formular todas las tachas y se aplican las reglas del testimonio: técnico, de oídas, etc.
- m. Se puede allegar pliego de preguntas: art. 226.
- n. No se puede ratificar el testimonio en el proceso en el caso del 298.
- o. Inasistencia del testigo: si se justifica el juez puede decretar nueva fecha, pero no está obligado. Si es el convocante quien inasiste, no existe nueva oportunidad.

10.11 Reglas del testimonio para fines judiciales ante Notario

Dispone el artículo 299 del Código de Procedimiento Civil:

“Testimonios ante notarios y alcaldes. Los testimonios para fines no judiciales, se rendirán exclusivamente ante notarios o alcaldes. Igualmente los que tengan 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.”

A.- Restricción del proceso: si la ley procesal no autoriza el testimonio, no tendrá eficacia.

Casos en que la ley lo permite:

- a. **Proceso de restitución de inmueble arrendado:** Art. 424. La regla es de conducción porque se establece una prueba que conduce a demostrar el hecho. Crítica: si no se tiene contrato y tampoco se tienen testigos y el arrendatario no confiesa mediante el interrogatorio del 294, no existe medio de prueba para adjuntar a la demanda. Según la regla del 424 sólo se admiten esos tres medios de prueba: 1.- Testimonios extraprocesos; 2.- Confesión extraproceso, ó; 3.- Contrato escrito. Los testimonios se deben ratificar en el proceso: Art. 424.
- b. **Proceso de servidumbres:** si hay un poseedor de uno de los predios (dominante o sirviente), tal calidad se acredita mediante prueba sumaria: Art. 415 inc. 3º.

- c. **Disolución y liquidación de sociedades de hecho:** Art. 628 inciso final.
- d. **Procesos de alimentos:** Art. 448, num. 1°. Para fijar alimentos provisionales. Si los testimonios no son ratificados durante el proceso y no se han practicado otras pruebas, se debe reducir la cuantía.
- e. **Deslinde y amojonamiento:** Art. 461: puede demandar el propietario y el poseedor que lleve más de un año de posesión.
- f. **Oposición a la diligencia de entrega:** Art. 338-2. Por parte del poseedor o tenedor.
- g. **Diligencias de secuestro:** Art. 686 Par. 1. Oposición al secuestro por parte del tenedor, quien tiene título anterior que emana del demandado. En el caso del Parágrafo 2° se establece a favor del poseedor o del tenedor que deriva su derecho de un poseedor. En ese caso de debe demostrar tanto la tenencia como la posesión. Si prospera la oposición y el interesado insiste en el secuestro, se decreta pero se deja como secuestro al opositor. En este caso se abre a incidente y se deben ratificar los testigos ante el juez de conocimiento.

10.12. Dictamen pericial como prueba anticipada

Dispone el artículo 300 del Código de Procedimiento Civil:

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

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

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

Sin importar la cuantía del proceso los dictámenes periciales se practican por un solo perito, de acuerdo con el art. 234 del C.P.C.

La regla aplica para tres casos: dictamen pericial sin inspección, inspección sin dictamen e inspección con dictamen.

Antes de la vigencia del Decreto 2282 de 1989, el dictamen anticipado practicado sin citación de la futura contraparte sólo se apreciaba como indicio. A partir del año 1989 el dictamen se practica en todos los casos con citación de la contraparte.

La ley 794 de 2003 determinó que el dictamen pericial puede ser con o sin citación, a elección del peticionario, pero será obligatoria la citación si se trata de examinar libros y papeles mercantiles en razón de la reserva de tales documentos.

El artículo 21, numeral 1° del Decreto 2651 de 1991 (vigente por disposición de la ley 446 de 1998), autoriza a las partes para que de común acuerdo contraten por fuera del proceso peritos particulares, inscritos o no en la lista de auxiliares de la justicia.

Se deben solicitar de común acuerdo y se pueden allegar al proceso antes de la sentencia de primera o única instancia.

El artículo 10° de la ley 446 de 1998, además de dejar vigente el Decreto 2651 de 1991, permite que cada parte individualmente aporte experticios que emanen de entidades especializadas o particulares, sin importar que estén inscritos en la lista de auxiliares. En este caso se aportan en la oportunidad para pedir pruebas.

Por su parte, el artículo 516 del estatuto procesal permite a las partes aportar dictámenes extraprocesos para objetar el avalúo.

En cuanto a la competencia, se radica en el juez del lugar donde se practica la diligencia.

10.12 Trámite de las objeciones

Dependiendo de qué tipo de peritación se trate, el trámite de las objeciones varía:

- a. Si se pide dictamen por la vía del artículo 300: las objeciones se tramitan mediante incidente. No se aplican las reglas de proceso ya que las objeciones se valoran en la sentencia y en la prueba anticipada no hay proceso ni sentencia. En este caso la objeción la resuelve el juez donde se va a presentar la prueba, ya que por la regla contenida en el artículo 238 del C.P.C., la objeción se resuelve en sentencia.
- b. Trámite incidental de las objeciones al dictamen: se aplica en el proceso de sucesión y cuando la peritación se realiza en el curso de un incidente (Ejemplo. Regulación de perjuicios o de honorarios).
- c. Con la entrada en vigencia de la ley 1395 de 2010, las objeciones al dictamen se realizan en el mismo acto de la audiencia en que el perito rinda su experticio. Sin embargo, nada se dijo respecto de la prueba cuando se practica anticipadamente, lo cual genera un vacío en la medida en que, de una parte, el peritaje rendido procesalmente debe presentarse en la audiencia de instrucción y juzgamiento, la cual es eminentemente oral y, de la otra, la regla de la no tramitación de las objeciones por vía escrita, según lo previsto en la nueva redacción del artículo 432 del Código de Procedimiento Civil.

10.13 Inspección judicial anticipada: Art. 300

Reglas del art. 300 del C.P.C.:

- A.- Dictamen autónomo
- B.- Inspección judicial
- C.- Inspección con peritos

Se permite que se practiquen con o sin citación de la contraparte, salvo en el caso de la inspección de libros y papeles de comercio que se practica con citación.

Si se trata de examinar otros documentos distintos de los mercantiles el interesado puede optar realizar la diligencia con o sin citación de la futura contraparte.

La reforma de la ley 794 de 2003 eliminó la manifestación de la existencia de temor fundado de desaparecimiento de los hechos.

Antes de la expedición de la Ley 794 de 2003, siempre que hubiere peritos se requería citación de la contraparte. A partir de 2003, dicha citación sólo será necesaria cuando se inspeccionan libros y papeles de comercio.

Se justifica realizar inspección judicial antes del proceso en los siguientes casos:

- A.- Con el fin de iniciar acción reivindicatoria contra el poseedor. El objeto es determinar quién es el actual poseedor.
- B.- En materia laboral para determinar la existencia de un vínculo de trabajo.

Caso del art. 244: en la inspección judicial anticipada se puede optar por la alternativa del inciso final, pero solo en su primera parte:

“El juez podrá negarse a decretar la inspección si considera que para la verificación de los hechos es suficiente el dictamen de peritos, o que es innecesaria en virtud de otras pruebas que existen en el proceso; Así mismo podrá aplazar la decisión sobre tal prueba hasta cuando se hayan practicado las demás que versen sobre los mismos hechos, y en este caso, si el término probatorio está vencido, la practicará durante el indicado en el artículo 180. Contra estas decisiones del juez no habrá recurso alguno.”

Recuérdese igualmente que según la regla contenida en la Ley 1395 de 2010, el juez sólo decretará la inspección judicial si la parte que la solicita demuestra que no puede aportar videograbación en la cual conste lo que es materia de la inspección, regla que impone al interesado la necesidad de aportar en medio audiovisual la grabación de aquello que interesa para el decreto de la inspección.

La segunda opción no es viable por cuando en la inspección anticipada no hay más pruebas que practicar.

Regla de los recursos: si la ley nada dice se entiende que procede solo el recurso de reposición (taxatividad permisiva), salvo cuando la norma dice que contra la decisión no tiene ningún recurso. La taxatividad negativa se refiere al recurso de apelación: sólo cuando la ley lo establezca.

10.14 Reglas relativas a la inspección

La diligencia se nutre de otras pruebas:

- Se pueden aportar documentos.
- Se pueden practicar interrogatorios.
- Se admite la recepción de testimonios.
- Se realizan dictámenes periciales.

Regla común a las pruebas anteriores: **Pertinencia** (art. 246 num. 3, 6 y 8): Todas deben ir dirigidas a esclarecer los hechos materia de la inspección judicial. Esta regla aplica también para la inspección que se decreta durante el proceso en desarrollo del principio de lealtad procesal. Así lo disponen los numerales tercero, sexto y octavo del citado artículo:

“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.”

“Podrá igualmente el juez decretar el dictamen pericial de uno o dos especialistas, si los peritos que lo acompañan no fueren expertos en la respectiva materia, o si la inspección se practica sin peritos y considera indispensable su dictamen sobre hechos científicos, técnicos o artísticos que durante ella hayan sido examinados. Igualmente el juez, de oficio o a solicitud del interesado, podrá interrogar a las partes presentes en la diligencia, sobre hechos relacionados con ésta.”

Si en el transcurso de la diligencia el juez observa que debe obtener dictamen sobre otros hechos adicionales puede decretar un peritaje con profesional distinto del que participó en la diligencia.

Aporte de documentos

Se debe determinar primero si se hizo con citación de la contraparte. En este caso la parte citada tiene un día para tacharlo de falso (art. 289) siempre y cuando el aporte del documento no haya sido durante un interrogatorio o testimonio, caso en el cual tiene 3 días (arts. 208 inc. 5º y 228 num. 7º).

Si no hubo citación de la presunta contraparte y se aportan documentos, la controversia se realiza en la contestación de la demanda formulando la respectiva tacha.

Si se practica interrogatorio o testimonio, el declarante puede aportar documentos (208 inc. 5° y 228 num. 7°), pero el documento tiene que ser pertinente con su respuesta:

“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.”

“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.”

Reglas de tacha y controversia de documentos:

- a. Si se aportó en la demanda se debe tachar en el término de traslado, salvo que a la demanda se aporte la prueba anticipada practicada con citación del demandado, caso en el cual ya no tiene oportunidad de controvertir.
- b. Si se aporta en diligencia se tiene un día para tacharlo
- c. Si se aporta en otra oportunidad válida se tienen 5 días para tachar y controvertir.
- d. Si se aporta en interrogatorio se correrá traslado por 3 días.
- e. Si se aporta en testimonio se correrá traslado por 3 días para controvertir y para tachar, así el testimonio o el interrogatorio se hubieren practicado en diligencia (se aplica la regla especial).

10.15 Documentos

No se practican: se aportan. La prueba que se practica es aquella que se requiere materializar.

Hay diligencias que se surten en torno a documentos para garantizar la contradicción o para auxiliar el documento cuando no se tiene en manos de quien interesa. Para ello están las diligencias de:

- a. Reconocimiento
- b. Tacha de falsedad
- c. Exhibición

Exhibición: Consiste en que la parte interesada en que un documento ingrese a un proceso y no lo tiene en sus manos solicite que un tercero o la futura contraparte que lo tiene lo exhiba.

Se diferencia la exhibición del reconocimiento o la tacha en que en este caso no se tiene materialmente el documento: no reposa en el expediente.

Existen normas para el reconocimiento y exhibición cuando se practican anticipadamente: Art. 295, 296 y 297. No para la tacha.

Clases de documentos:

- a. Público
- b. Privado

La finalidad del reconocimiento es determinar la autenticidad del documento.

El documento público se presume auténtico y por lo tanto no es susceptible de reconocimiento.

Hay documentos privados que se presumen auténticos:

- a. **Por atestación:** autenticación ante notario.
- b. **Por mandato legal:** títulos valores y otros relacionados en el art. 252. Norma vigente para los títulos valores desde la expedición del Código de Comercio de 1970.
- c. **Por reconocimiento expreso:** cuando la persona en diligencia de reconocimiento reconoce su autoría. Es provocado.
- d. **Por reconocimiento ficto:** se adquiere autenticidad de manera ficta cuando quien debe reconocer es contumaz o rebelde. Para la contumacia se debe esperar tres días.
- e. **Reconocimiento Implícito:** 1.- Cuando quien lo aporta es su creador y no niega su autenticidad al momento de aportarlo. 2.- Cuando la contraparte no lo tacha de falso en las oportunidades legales.
- f. **Como prueba trasladada:** si se allega como prueba trasladada de un proceso en que las mismas partes participaron y allí no fue tachado de falso.

Diligencia de reconocimiento

Para aquellos documentos que la ley no les otorgue el carácter de auténticos. Es impertinente la prueba cuando el documento ha sido reconocido previamente por el autor en otra diligencia (Ejemplo. Ante notario) o cuando la ley lo califica de auténtico.

El reconocimiento tiene como fin esclarecer su autenticidad. Dilucidar la certeza del autor, bien sea porque lo ha firmado, manuscrito o elaborado.

Ley 446 de 1998: arts. 11, 12 y 13: actual artículo 252 del C.P.C. con la reforma de la ley 794 de 2003 y la Ley 1395 de 2010.

El artículo 11 (vigente) recoge el art. 25 del D. 2651 de 1991: en todos los procesos los documentos privados emanados de las partes se presumen auténticos: Art. 252 del C.P.C.

Si el documento proviene de tercero la parte puede solicitar su ratificación, pero si no se solicita no es obligatoria la citación para ratificación. La norma no establece cuál es el momento para solicitar la ratificación y por lo tanto se aplica el mismo término para tachar, de acuerdo el origen, es decir, si dicho término proviene del aporte en diligencia, en audiencia o mediante prueba anticipada, caso en el cual varía.

El artículo 12 prevé que todo documento que cumpla los requisitos del artículo 488 se presume auténtico para los fines del proceso ejecutivo; sin embargo, el art. 489 del C.P.C. consagra diligencias previas antes de dictar mandamiento de pago, dentro de las cuales está el reconocimiento del título. En este caso prima la Ley 446 de 1998 por ser ley posterior.

Si el documento fue suscrito por una persona como representante legal y al momento del reconocimiento ya no lo es, se le debe igualmente llamar, a pesar de que no es representante, para que reconozca el documento.

Si la persona fallece se puede citar a los herederos.

El artículo 13 de la Ley 446 de 1998 determina que los memoriales que se destinen a los procesos se presumen auténticos, los poderes, y actos de disposición de derechos litigiosos y la ley 1395 de 2010 previó la autenticidad para la demanda.

Hoy día se incorporaron las normas sobre reconocimiento contenidas en la ley 446 de 1998 en el art. 252 del C.P.C. para evitar que se derogue la ley 446 y se pierdan los avances, situación que reconoció la ley 1395 de 2010.

Al reconocimiento se debe citar:

- a. Al autor
- b. A los herederos
- c. Si fue elaborado por un mandatario, se puede citar también al mandante.

- d. Al representante legal de persona jurídica. Si para el momento de la diligencia no es el mismo, se debe citar a quien firmó.

Al citado se le debe notificar personalmente si es prueba anticipada. No importa que sea futura contraparte o un tercero.

Actitudes del citado:

- a. Comparecer
- b. No comparecer

Si comparece puede:

- a. Reconocer: en este caso adquiere autenticidad.
- b. Evadir: procede el reconocimiento ficto. Art. 274. No importa si el documento es o no susceptible de prueba de confesión.
- c. Negar o desconocer: Art. 275:

“Desconocimiento del documento. Desconocido el documento se procederá a verificar su autenticidad en la forma establecida para la tacha de falsedad, si el interesado lo pide dentro de los tres días siguientes a la diligencia, o el juez considera que se trata de prueba fundamental para su decisión.”

La parte interesada, es decir, quien aporta el documento, debe promover un incidente de verificación de autenticidad que se tramita como la tacha de falsedad.

Si ese desconocimiento se realiza en diligencia de prueba anticipada, donde no hay proceso, el juez debe concluir la diligencia y la parte interesada en la demanda futura debe pedir las pruebas necesarias para demostrar si el documento proviene o no del deudor.

10.16 Exhibición como prueba anticipada

10.16.1 Requisitos para solicitarla:

- a. Precisar cuál es el documento.
- b. Determinar qué hechos se quieren probar.
- c. Quién tiene el documento: lo puede tener la futura contraparte o un tercero.

Dentro de los tres días siguientes a la notificación, el citado puede oponerse a la exhibición. En ese caso, como el opositor se apoya en una negación indefinida, corresponde al peticionario demostrar que el documento sí lo tenía.

Si el citado se opone no se practica la diligencia.

Si se demuestra que el citado tenía el documento en su poder y no lo exhibió se tendrán por ciertos los hechos que se pretendían probar, siempre y cuando el hecho admita confesión. La confesión se predica del futuro demandado. Si es tercero se impondrá multa.

Si la prueba es anticipada y existe oposición, se debe abrir el incidente de que trata el art. 301 del C.P.C. En el incidente tan solo se practicarán las pruebas y la decisión se difiere para la sentencia que se dicte en el futuro proceso.

Si el juez deniega la prueba anticipada de exhibición, el auto será apelable. La providencia es susceptible de reposición y de aclaración: Art. 351-3.

10.16.2 Pruebas anticipadas en el sistema penal acusatorio

Se deben tener en cuenta los artículos 16, 379 y 284 de la Ley 906 de 2004:

“Artículo 16. 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 las 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.”

“Artículo 379. 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.”

“Artículo 284. 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, con el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- 1. Que sea practicada ante el juez que cumpla funciones de control de garantías.*
- 2. Que sea 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.*
- 3. Que sea por motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio.*
- 4. Que se practique en audiencia pública y con observancia de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio.*

Parágrafo 1°. 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.

Parágrafo 2°. 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 este en el acto reconsidere la medida. Su decisión no será objeto de recurso.

Parágrafo 3°. En el evento en que la circunstancia que motivó la práctica de la prueba anticipada, al momento en que se dé comienzo al juicio oral, no se haya cumplido o haya desaparecido, el juez ordenará la repetición de dicha prueba en el desarrollo del juicio oral.”

“Artículo 285. Conservación de la prueba anticipada. Toda prueba anticipada deberá conservarse de acuerdo con medidas dispuestas por el juez de control de garantías.”

10.16.3 Reglas del sistema penal acusatorio

- a. A pesar de que en las pruebas anticipadas se permite afectar la inmediación, siempre se debe garantizar la contradicción.
- b. Las normas sobre pruebas anticipadas fueron demandadas y la Corte en sentencia C-591 de 2005 las declaró exequibles, bajo el entendido que se deben cumplir tres principios: legalidad, publicidad y contradicción.
 1. Legalidad de la prueba: se refiere a la práctica ante autoridad competente: juez que cumple función de control de garantías.
 2. Publicidad de la prueba: las pruebas no deben ser secretas sino practicarse en audiencia pública con presencia del público y del interesado.
 3. Principio de la contradicción: se garantiza con la presencia de las partes. Art. 284-4
- c. Se sigue la misma regla que para la prueba en juicio.
- d. Si se trata de testimonio se sigue la regla del interrogatorio cruzado:
 1. Interrogatorio directo.
 2. Contrainterrogatorio: para refutar lo que en el directo se le ha preguntado.
 3. Redirecto: para debatir preguntas del contrainterrogatorio.
 4. Contrainterrogatorio: solo se permiten preguntas para aclarar respuestas dadas en el redirecto.

- e. Fin de la prueba: evitar que la prueba se altere o se destruya. Se deben observar todas las reglas.
- f. Cualquier parte interesada, inclusive el ministerio público.
- g. Se debe acreditar el temor fundado: que sea por motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio.
- h. Si el juez niega la prueba, el interesado debe impugnar la decisión ante otro juez de control de garantías. Es un recurso horizontal. Lo que decida el nuevo juez no es susceptible de recursos.
- i. Si no se logra la obtención de la prueba, debe practicarse en juicio o repetirse.

11. Pruebas trasladadas

La prueba trasladada es aquella que ha sido practicada previamente en otro proceso judicial y que interesa a otro, por versar sobre hechos que son materia de controversia.

El régimen de prueba trasladada es especial a cada proceso, según su naturaleza, ya que exige que en el primero donde fue practicada hubieren estado o no, las mismas partes que participan en la nueva controversia, donde será valorada la prueba previamente practicada.

11.1. Prueba trasladada

Si se traslada un testigo se debe ratificar en el nuevo proceso.

Si se traslada un interrogatorio de parte, ingresa al nuevo proceso en el que la parte interrogada no es parte se tiene como testimonio.

11.2. Traslado del dictamen pericial

Se debe correr traslado por medio del 238 a las partes que no intervinieron en el proceso anterior para que pidan: aclaración, complementación u objeción por error grave.

Sin embargo, nada se indica sobre esta previsión si el proceso se adelanta por audiencias conforme a la regla del artículo 25 de la Ley 1395 de 2010, que prevé un sistema concentrado de contradicción de la prueba en la audiencia de realización del peritaje, por lo que deberá el juez considerar la prueba trasladada como parte de las periciales de parte e imprimirle el trámite previsto en el artículo 432 del Código de Procedimiento Civil, es decir, oírlo en audiencia.

11.3. Traslado de la inspección judicial

La inspección judicial se controvierte asistiendo a la diligencia. Si se lleva a un nuevo proceso en el que no participaron las partes, se debe repetir para que la parte contra quien se aduce intervenga en ella.

Sin embargo, al momento de aportar la prueba de la inspección los hechos u objetos observados inicialmente pueden no existir.

11.4. Acumulación de demandas y de procesos: traslado atípico (no hay comunicación entre jueces).

Las pruebas que se hayan practicado antes de la acumulación se tienen en cuenta para resolver en una misma sentencia, pero la parte que no participó de su práctica puede solicitar que se vuelvan a practicar.

11.5. Traslado entre jurisdicciones

El Traslado de pruebas es independiente de la jurisdicción de donde provienen. Se puede trasladar pruebas de civil a contencioso, de un tribunal arbitral a civil, de penal a laboral, etc. También se admiten pruebas en procesos administrativos (disciplinarios, fiscales, etc.), siempre y cuando hayan sido válidamente practicadas.

11.6. Valoración de la prueba trasladada en el nuevo proceso

No importa que el proceso donde se practicó la prueba esté o no terminado porque el juez del nuevo proceso debe valorarla libremente. Ejemplo. Si en el primer proceso se tachó un testigo y la tacha se aceptó, en el nuevo esa valoración no ata al juez, quien podrá tener por válido el testimonio.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Editorial Gedisa, S.A. Barcelona, 1997.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 2002.

ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. Ediciones La Roca. Buenos Aires. 2001.

AZULA Camacho, Jaime. *Manual de Derecho Probatorio*. Ed. Temis. Bogotá, 1998.

BALAGUER Callejón, María Luisa. *La Interpretación de la Constitución por la Jurisdicción Ordinaria* Ed. Civitas. Madrid, 1990.

BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho Procesal Administrativo*. Señal Editora. Medellín. 1994.

BLONDEL, André. *Le Contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois*. Aix, 1928

CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil Según el nuevo código*. Traducción del original “Istituzioni di Diritto Procesuale Civile, Secondo il Nuovo Codice”, segunda edición actualizada. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1973.

CANOSA Suárez Ulises. *Derecho probatorio disciplinario*. Procuraduría general de la nación 1999.

CALAMANDREI, Piero. *Derecho procesal Civil*, Vol. I, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1973.

CAPPELLETTI, Mauro. *La Giurisdizione costituzionale della libertà*. Milán, 1976. En La Cuestión de Inconstitucionalidad en el Proceso Civil.

CARNELUTTI, Francesco. *Cómo se hace un proceso*. Ed. Temis S.A., 3ª Edición. Bogotá, 2007.

CHARRY Urueña, Juan Manuel. *La Excepción de Inconstitucionalidad*. Asociación Colombiana de Derecho Constitucional y Ciencia Política. Jurídica Radar Ediciones, Santafé de Bogotá. 1.994.

CORREA, Henao, Néstor Raúl. *Derecho Procesal de la Acción de Tutela*. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 2005, 2ª Edición.

- COUTURE, Eduardo J. *Fundamento del Derecho Procesal Civil*. Ed. B de F. 4a. Edición. Buenos Aires, 2002.
- DEVIS Echandía, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal, Pruebas Judiciales*, Tomo II. Biblioteca Jurídica Dike. Décima Edición. 1994.
- DELLEPIANE, Antonio. *Nueva Teoría de la Prueba*. Ed. Temis. Bogotá, 2003.
- FIERRO-Mendez, Heliodoro. *Manual de Derecho Procesal Penal, Sistema Acusatorio y Juicio Oral y Público*. Editorial Leyer. 3ª Edición. Bogotá, 2006.
- FRAMARINO Dei Malatesta. *Lógica de las pruebas en materia criminal*. 4ª ed. Editorial Temis. Bogotá, 1999.
- GARCÍA De ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Ed. Civitas. Tomo I. Madrid 1995.
- GIACOMETTE FERRER, Ana. *Teoría General de la Prueba*. Consejo Superior de la Judicatura. 2007.
- HERRERO Llorente, Víctor-José. *Diccionario de Frases y Expresiones Latinas*. Ed. Gredos. 3ª Edición corregida y muy aumentada. Madrid, 1995.
- LEIBLE, Stefan. *Proceso Civil Alemán*. Fundación Konrad Adenauer, Biblioteca Jurídica Dike. 2a edición. Medellín, 1998.
- LESSONA Carlos. *Teoría general de la prueba en el derecho civil*. Instituto editorial Revs. Madrid. 1964.
- MORALES Molina, Hernando, *Curso de Derecho Procesal Civil*, Parte General, Undécima Edición, Ed. ABC, Bogotá, 1991.
- MICHELLI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Ed. Temis. 1989.
- NARANJO Mesa, Vladimiro. *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Ed. Temis. 4a. Edición. Bogotá. 1991.
- NISIMBLAT Nattan, ATSHAN Gamal, TICORA Martha, González Martha, EFECTOS DEL FALLO DE TUTELA Y LA COSA JUZGADA INTER PARTES Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2006.
- NISIMBLAT, Nattan. *Los Modulares del Proceso de Tutela*. 2009. Universidad Católica de Colombia, Producto de Investigación PID 018D, Derecho Procesal Constitucional. 2009.

NISIMBLAT, Nattan. *Principios del Proceso para la Acción de Tutela*. Corporación Universitaria de Ciencia y Desarrollo. Enero 2009.

OVIEDO, Amparo. *Fundamentos de Derecho Procesal, del procedimiento y del proceso*. Ed. Temis. Bogotá, 1995.

PARRA Quijano, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*. Ediciones Librería del Profesional. 17ª Edición. 2009.

PELÁEZ Ramón Antonio. *Manual para el manejo de la prueba con énfasis en el proceso disciplinario*. Segunda Edición. 2009.

PIZZORUSSO, Alexandro. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1.984.

Real Academia de la Lengua Española. “*Diccionario de La Lengua Española*”. Ed. Espasa Calpe. Vigésima Primera Edición. Madrid, 1992. Tomo II.

RECASENS Siches, Luis. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. Ed. Porrúa. México. 1980.

ROJAS, Jimmy. “*Conferencias dictadas en la Universidad del Rosario*”. Junio de 2007.

STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Ed. Temis. Bogotá. 1988.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Colección de Estructuras y Procesos, serie derecho. Traducida por Jordi Ferrer Beltrán. Ed. Trotta. Madrid, 2002.

TIRADO Hernández Jorge. *Curso de pruebas judiciales parte general*. Ediciones doctrina y ley 2006. Tomo I.

TOLOZA Villabona, Luis Armando. *Teoría y técnica de la casación*. Ediciones doctrina y ley Ltda. 2005.

VELASQUEZ, Juan Guillermo. *Los Procesos Ejecutivos*. Librería Jurídica Sánchez. 13ª Ed. Medellín, 2006.

VOELTZEL, págs. 219, 237; THIEME, pág. 26, citados por Enrique Gómez Arboleda en “*El racionalismo jurídico y los códigos europeos*”. En Revista de estudios políticos, ISSN 0048-7694, N° 60, 1951.

VON Ihering, Rudolf. *La Dogmática Jurídica*. Ed. Losada. Buenos Aires, 1946.

Bibliografía sobre el documento electrónico

ARAZI, Roland, *La prueba en el proceso civil*, Buenos Aires, Ediciones La Roca, 2001.

AZULA CAMACHO, Jaime, *Manual de derecho probatorio*, Tomos II y IV, Bogotá, Temis, 1998.

BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa, *La interpretación de la Constitución por la Jurisdicción Ordinaria*, Madrid, Civitas, 1990.

BETANCUR JARAMILLO, Carlos, *Derecho Procesal Administrativo*, Medellín, Señal Editora, 1994.

BLONDEL, André. *Le Contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois*, París, Aix, 1928.

CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil Según el nuevo código*. Traducción del original “Istituzioni di Diritto Procesuale Civile, Secondo il Nuovo Codice”, segunda edición actualizada. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973.

CANOSA SUÁREZ, Ulises. *Derecho probatorio disciplinario*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro, Il controllo di costituzionalità delle leggi nel quadro delle funzioni delle Stado, en Vásquez del Mercado, *Riv. Dir. Proc.*, 1960.

CARDOZO ISAZA, Jorge. *Pruebas judiciales*, Bogotá, Temis, 1979.

CARNELUTTI, Francesco, *Cómo se hace un proceso*, 3ª edición, Bogotá, Temis, 2007.

CAVAZOS A., Edgard and MORÍN, Gavino, *Cyber_space and the law*, Massachusetts, Institute of Technology, MIT press.

CERVIO, Guillermo, *Derecho de las telecomunicaciones*, Ávaco de Rodolfo Desalma, 1996.

CORREA HENAO, Néstor Raúl, *Derecho Procesal de la Acción de Tutela*, 2ª edición. Pontificia Universidad Javeriana, 2005.

COUTURE, Eduardo J., *Fundamento del Derecho Procesal Civil*, 3ª edición. Buenos Aires, De Palma, 1966.

CRUET, Jean, *La vie du droit et l'Impuissance des lois*, París, Flammarion, 1908.

CUBILLOS VELANDIA, Ramiro y RINCÓN, Cárdenas Erick, *Introducción jurídica al comercio electrónico*, Ediciones Jurídicas, 2002.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Compendio de Derecho Procesal. Pruebas judiciales*, Tomo II. Décima edición, Biblioteca Jurídica Dike, 1994.

DELLEPIANE, Antonio, *Nueva Teoría de la Prueba*, Bogotá, Temis, 2003.

DROMI, José Roberto, *Manual de Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 1987.

ESTEVE PARDO María Asunción, *Contratos multimedia*, Marcial Pons, 2003.

FIERRO-MÉNDEZ, Heliodoro, *Manual de Derecho Procesal Penal*, 3ª ed., Bogotá, Editorial Leyer, 2006.

FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, t. I, Bogotá, 1964, citado por Devis. óp. cit.

GUERRERO, GUERRERO, NISIMBLAT. Indicadores de goce efectivo de derechos en familias desplazadas por la violencia en Colombia. Acción pública. Revista Studiositas, edición de abril de 2010, 5(1):39-57.

GONZALEZ AGUILAR, Audilio et ál., *Los contratos en la sociedad de la información*, Comares, 2004.

HERBERTSON, Gary, *Examen del documento en la computadora*, Buenos Aires, La Rocca, 2004.

HOCSMAN, Heriberto Simón, *Negocios en Internet*, Astra.

LEIBLE, Stefan, *Proceso Civil Alemán*, 2ª edición, Biblioteca Jurídica Dike.

LESSONA, Carlos, *Teoría general de la prueba en el derecho civil*, Madrid, Instituto Editorial Revs, 1964.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Procedimiento civil pruebas*, t. III, Dupré., 2001.

LOZADA DE LA CRUZ, Alonso, *Aspectos legales sobre bienes informáticos*, Pontificia Universidad Javeriana, 1991.

MORALES MOLINA, Hernando, *Curso de Derecho Procesal Civil. Parte general*, 11ª edición, Bogotá, ABC, 1991.

MICHELLI, Gian Antonio, *La carga de la prueba*, Temis, 1989.

MUÑOZ SABATE, Luis, *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, Bogotá, Temis, 1997.

NISIMBLAT, Nattan, *Los moduladores del proceso de tutela*, Universidad Católica de Colombia, 2009.

OTÁLORA, Clara Inés, *Inexistencia del título valor electrónico*, Librería del Profesional, 2007.

PARDINI, *Derecho de Internet*, Buenos Aires, La Roca, 2002.

PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*, 14ª ed., Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2004.

PELÁEZ, Ramón Antonio, *Manual para el manejo de la prueba con énfasis en el proceso disciplinario*, 2008.

RECASENS SICHES, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, México D.F., Porrúa, 1980.

SOLÓRZANO NIÑO, Roberto, *Medicina legal, criminalística y toxicología para abogados*, Bogotá, Editorial Nomos, 2005.

TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*. Colección de Estructuras y Procesos, serie derecho. Traducida por Jordi Ferrer Beltrán.

TOLOZA VILLABONA, Luis Armando, *Teoría y técnica de la casación*, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2005.

TOUBOL, Federique, *El software: análisis jurídico*, Zavala, 1986.

TELLEZ VALDEZ, Julio, *Contratos informáticos*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1988.

ROJAS, Jimmy, Conferencias dictadas en la Universidad del Rosario. Junio de 2007.

RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto, *Derecho Administrativo General*, 2ª ed., Bogotá, Ediciones Ciencia y Derecho, 1995.

STEIN, Friedrich, *El conocimiento privado del juez*, Bogotá, Temis, 1988.

TIRADO HERNÁNDEZ, José, *Curso de pruebas judiciales parte general*, Doctrina y Ley, 2006.

ULL PONT, Eugenio, *Derecho público de la informática*, UNED, 2002.

UNIVERSIDAD LIBRE, XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, 2005.

US DEPARTMENT OF STATE. *Programa de información Institucional*, disponible en. <http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0405/ijds/decisions.htm>. Consultado el 13 de abril de 2008.