

## Capítulo II

### OBJETO DE LA PRUEBA JUDICIAL

#### 1. ENUNCIACIÓN

Existe, según los autores, varios criterios para definir lo que debe entenderse por objeto de la prueba judicial, los cuales se pueden condensar así:

- 1) Objeto de la prueba judicial son los hechos.
- 2) Objeto de la prueba judicial son los hechos y las afirmaciones.
- 3) Objeto de la prueba judicial son, simplemente, las afirmaciones.

#### 2. EL OBJETO DE LA PRUEBA JUDICIAL SON LOS HECHOS

Son objeto de la prueba judicial las realidades susceptibles de ser probadas, sin relación con ningún proceso en particular; se trata de una noción objetiva y abstracta. Desde este punto de vista, y siguiendo las enseñanzas del profesor Hernando Devis Echandía, son hechos objeto de prueba:

a) Todo lo que puede representar una conducta humana, los sucesos, acontecimientos, hechos o actos humanos, voluntarios o involuntarios, individuales o colectivos, que sean perceptibles, inclusive las simples palabras pronunciadas, sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, y el juicio o calificación que de ellos se tenga. b) Los hechos de la naturaleza en que no interviene actividad humana. c) Las cosas o los objetos materiales y cualquier aspecto de la realidad material sean o no producto del hombre, incluyendo los documentos. d) La persona física humana, su existencia y características, estado de salud, etc. e) Los estados y hechos síquicos o internos del hombre, incluyendo el conocimiento de algo, cierta intención o voluntad y el consentimiento tácito o la conformidad (el expreso se traduce en hechos externos: palabras o documentos), siempre que no impliquen una conducta apreciable en razón de hechos externos, porque entonces

correspondería al primer grupo<sup>1</sup>. Igualmente, por hechos hay que entender algo que ha sucedido o que está sucediendo, lo que ocurrió en el pasado o en el presente.

### 3. EL OBJETO DE LA PRUEBA JUDICIAL SON LOS HECHOS Y LAS AFIRMACIONES

Efectivamente, los hechos pueden ser afirmados o negados, pero de todas maneras lo que se prueba son los hechos y no las afirmaciones, ya que éstas son simplemente manifestaciones.

### 4. EL OBJETO DE LA PRUEBA JUDICIAL SON LAS AFIRMACIONES

Santiago Sentis Melendo sostiene: "¿Qué es lo que ha de verificarse? Esto es: ¿Qué se prueba? Aquí suele aumentarse la confusión. Porque no es raro y hasta es lo corriente, que se nos diga: se prueban hechos. No, los hechos no se prueban, los hechos existen. Lo que se prueban son afirmaciones que podrán referirse a hechos"<sup>2</sup>.

No estamos de acuerdo con el ilustre maestro, pues si bien es cierto, como él mismo lo dice, que las partes no le plantean al juez sus dudas, sino que efectivamente hacen afirmaciones de la existencia de determinados hechos que sirven de sustento a sus pretensiones o excepciones, éstos son los que son susceptibles de prueba.

El artículo 177 del C. de P.C. se refiere a la teoría que sostiene que el objeto de la prueba son los hechos, al preceptuar: "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas...".

El Código de Procedimiento Penal, igualmente desarrolla la tesis anterior, al hablar en los artículos 232, 235 de hechos. En el Código Penal Militar, igualmente, se hace referencia a ellos en los artículos 396, 400, 402.

El Código de Derecho Canónico en el canon 1526 establece:

"Parágrafo 1. La carga de la prueba incumbe al que afirma.

"Parágrafo 2. No necesitan prueba:

<sup>1</sup> DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Compendio de derecho procesal*, T. II, *Pruebas judiciales*. 7ª edición, Editorial ABC, Bogotá, 1982, pág. 46.

<sup>2</sup> SENTIS MELENDO, SANTIAGO. *La prueba. Los grandes temas de derecho probatorio*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1978, pág. 12.

“1. Aquellas cosas que la misma ley presume;

“2. Los hechos afirmados por uno de los contendientes y admitidos por el otro, salvo que, pese a ello, el derecho o el juez exijan su prueba”.

Lo anterior significa que son, igualmente, objeto de prueba los hechos en el derecho canónico.

## 5. LA PRUEBA DEL HECHO PSÍQUICO

Nos queremos referir al método que podemos emplear para ‘auscultar’ la psiquis humana, con relación a un suceso acontecido allí, en un momento determinado.

El hecho estuvo residenciado en la psiquis, hubo un acontecer allí y debemos mostrarlo como si hubiera ocurrido exteriormente (literalmente lo sonsacamos).

### 5.1. LA PERCEPCIÓN

La percepción es un proceso cognoscitivo, una forma de conocer el mundo. Todos los mecanismos cognoscitivos se encuentran relacionados; trabajaremos con la percepción por ser el punto donde la “cognición y la realidad se encuentran” y es la “actividad cognoscitiva más elemental, a partir de la cual emergen todas las demás”.

La percepción es una manera de introducir información en nuestra mente antes de que podamos hacer otra cosa con ella.

Sostiene Luis Muñoz I. Sabaté: “Para vivir, cualquier animal o persona necesita adquirir conocimientos acerca de su medio ambiente. Cuando son informados de lo que les rodea sólo entonces se hallan en condiciones de desarrollar una conducta adaptativa o asimilativa que les permita subsistir”<sup>3</sup>.

Siguiendo al autor citado, podemos afirmar que para recibir dicha información se requiere: A) Un estímulo; B) Un receptor que la capte; C) Un transmisor que la conduzca a un centro capaz de “entenderla”; y, D) Ese mismo centro.

<sup>3</sup> MUÑOZ I. SABATÉ, LUIS. *Tratado de probática judicial. La prueba del hecho psíquico*. José María Bosch Editor S.A., Barcelona (España), pág. 11.

A) **Un estímulo:** "Se trata en sentido amplio de cualquier hecho, o si se quiere, de cualquier objeto o suceso externo o interno a un organismo viviente, que altera su actividad o provoca o modifica una experiencia del mismo".

B) **Un receptor:** "La información acerca del medio interno o externo es captada por las terminales de determinadas células nerviosas, generalmente especializadas, que convierten a las diferentes formas de energía proveniente del estímulo en potenciales de acción o corriente bioeléctrica. Estas células suelen llamarse receptoras o receptoras sensoriales, y aunque el término 'órgano de los sentidos' ha sido usado como sinónimo de aquellas, la psicofisiología prefiere emplear el término receptor no sólo para evitar confusiones, sino porque su extensión es mucho más amplia que la dada por el pensamiento común al término 'sentido'".

C) **Transmisor:** "Una vez que la información del estímulo ha sido transducida o transformada en impulsos nerviosos, éstos se propagan a través de determinados conductos al cerebro. Estos conductos de entrada se llaman nervios o tractos nerviosos y constituyen la vía sensorial o aferente; cualquier información captada por un receptor se codifica en un 'lenguaje' neurológico y se transmite al sistema nervioso central (SNC), particularmente al cerebro".

D) **Centro:** "Un centro es un conjunto de células nerviosas que actúan como unidad integrada en la realización de alguna función más o menos específica. Hay varios centros, todos ellos situados en el cerebro o en la médula, constituyentes ambos del SISTEMA NERVIOSO CENTRAL. El centro es como una estación terminal de determinadas vías aferentes (aunque pueden haber centros intermedios que actúan como relés) y opera como una oficina traductora, selectora y organizadora".

Siendo deudores del autor citado, podemos resumir lo que sucede cuando los impulsos nerviosos llegan al cerebro, así:

1) Llegado el impulso nervioso al CEREBRO este puede ALMACENAR LA INFORMACIÓN (memoria) o SELECCIONARLA, REORGANIZARLA Y MODIFICARLA para transmitirla seguidamente al sistema de respuesta.

2) **ALMACENAR LA INFORMACIÓN:** Se producen determinadas transformaciones, si va en el metabolismo del ácido ribonucleico (ARN), existentes en el núcleo de las células de la corteza cerebral, equivalente a una impronta.

3) **SELECCIONAR, REORGANIZAR Y MODIFICAR,** donde entra en juego el mecanismo de respuesta; esto es, el estímulo captado y transmitido es "entendido" y éste reacciona con una respuesta adaptativa.

4) La percepción, desde este punto de vista, es el equivalente a lo que jurídicamente llamamos conocimiento.

5) La información almacenada pasa de ese modo a formar parte del repertorio de datos del organismo. "En cualquier momento posterior en que dicho organismo se vea llamado a dar una respuesta adaptativa, la labor reorganizativa del centro cerebral se verá notablemente facilitada por los datos de que ya dispone; a eso lo llamamos experiencia y al proceso en que se van integrando tales datos en modelos o patrones de respuesta lo denominamos aprendizaje.

"Por consiguiente existe una estrecha relación entre percepción y aprendizaje, pues si no existiese percepción nada podría aprenderse, y por otro lado la percepción viene influida por las experiencias anteriores, ya que los hechos aprendidos se constituyen como hemos visto en patrones o modelos con los que se comparan los nuevos estímulos, permitiendo así un mayor porcentaje de 'éxito' en el 'reconocimiento' de éstos.

"Ahora bien: Al lado de estos dos procesos existe un tercero cuya realización inferimos cuando un organismo se ocupa de solucionar problemas. Nos estamos refiriendo al pensamiento como actividad cerebral que manipula mentalmente los datos previamente aprendidos".

Finalmente agrega Muñoz I. Sabaté. "Percepción, aprendizaje y pensamiento constituyen pues tres procesos cognoscitivos que presentan una estrecha relación recíproca y es difícil separarlos en situaciones prácticas".

Observemos cómo de la conducta adaptativa: 'huir', y de la experiencia (esmeralderos), deducimos el conocimiento.

"El procesado sabía que respecto del arma incautada no se tenía el correspondiente salvoconducto, esto lo colegimos y se toma como indicio en su contra según el informe policivo en que se manifiesta que en momentos en que el agente del CAI 135 DE LA POLICÍA METROPOLITANA de esta ciudad se encontraba haciendo un puesto de control en la calle 78 con la carrera 25, el mencionado K, al darse cuenta del retén lo quiso evadir, motivo por el cual el agente X, le dio alcance. Entonces preguntamos: ¿Por qué quiso evadir el retén de la policía? Y la respuesta no es otra que porque sabía que no tenía el debido permiso de la autoridad competente para portar o llevar consigo el arma adherida a cualquier parte del cuerpo o en cualquier lugar o sitio de su vehículo".

"Muy distinto pudiera ser en cambio, ahora, la situación de K frente a la justicia, si por ejemplo, éste hubiera manifestado que accedió al favor que le pidió su amigo de guardar en la guantera de su vehículo un paquete, con desconocimiento absoluto de que contenía un arma de fuego, porque en tal caso, demostrada

esta aseveración no se le podría responsabilizar de infracción a las normas respectivas, por ausencia de culpabilidad, ya que al hacerlo en tales condiciones, sería abrirle paso a la proscrita responsabilidad objetiva, pero si como ocurrió en el caso que ocupa la atención de la sala, K., a sabiendas de que se trataba de un bien de restringido comercio y porte, como lo es un arma de fuego, la recibió de su amigo en tan precaria situación legal, el ilícito salta a la vista de manera clara, porque su comportamiento se acomoda a una de las conductas descritas en el artículo 2 del Decreto 3664 de 1986. (Sentencia de octubre 30 de 1996. Mag. Pon. Dr. Fernando Arboleda Ripoll).

En la misma sentencia citada anteriormente leemos:

"Para el despacho si existió la culpabilidad del procesado en el hecho punible a título de dolo, toda vez que como comerciante en esmeraldas y tal como lo manifiesta en su injurada respecto que de la misma deriva su sustento y a esa actividad se dedica, no es menos cierto que por el rol en dicho medio, de nadie es desconocido o ignora que el código penal reprime el porte ilegal de armas y municiones".

Se infiere, como se puede observar, el conocimiento de su oficio de comerciante en esmeraldas.

## 5.2. LA DIFICULTAD DE LOGRAR ESA DEMOSTRACIÓN

El hecho psíquico estuvo en el momento en que ocurrió, atrincherado, pero hizo 'ostentación' que se objetivó. Esta objetivación "nos permite leer el hecho psíquico".

"Si se observa que el disparo, siendo un experto tirador, se dirigió hacia una parte no vital del cuerpo del señor Y, al que bien pudo querer lesionar por sentirse ofendido con la respuesta que éste le diera, forzoso resulta colegir que el acusado no se representó la realización del tipo penal del homicidio..." (Sentencia de mayo 14 de 1996. No. de rad. S-9196/96. Mag. Pon. Dr. Dídimo Páez Velandía).

La dificultad se obvia en parte, escrutando con la destreza y la paciencia del artífice de miniaturas los hechos exteriores que 'traducen' los acontecimientos psíquicos.

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

en la situación 'cara a cara' mediante una variedad de índices corporales: El aspecto facial, la posición general del cuerpo, ciertos movimientos específicos de brazos y pies, etc. Estos índices son continuamente accesibles en la situación 'cara a cara', que precisamente por eso constituye la situación óptima para darme acceso a la subjetividad ajena. Estos mismos índices no tienen posibilidades de sobrevivir más allá del presente vivido que ofrece la situación 'cara a cara'. Por otra parte, la ira puede objetivarse empuñando un arma...<sup>14</sup>.

Esas objetivaciones de la subjetividad pueden ser reconstruidas mediante las pruebas en el proceso judicial, es decir, que podemos lograr casi el mismo efecto de la situación 'cara a cara', pero 'congelándolas' para que puedan ser observadas (leídas por cualquier persona).

Las objetivaciones nos permiten "leer el hecho psíquico".

### 5.3. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SOBRE EL "ESCULCAR" EL PENSAMIENTO

Dice la Corte:

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

"No puede tenerse nunca como inequívoca muestra de atender a un criterio de responsabilidad objetiva, el esfuerzo dirigido a develar, sobre la base de ciertos datos, el propósito *necandi* de una conducta. Se trata más bien, sin que la reflexión comporte adscripción a teoría alguna o reconocimiento de paternidad en algún autor, de acudir a reglas de experiencia en la interpretación del quehacer humano. Por la obra se reconoce al operario y por ciertas actitudes se logran despejar recónditos designios. Por fuera de una confesión sincera escasean los medios *apodicticos* para lograr ese cometido. El pensamiento, como tal, resulta una indescribible incógnita. Los gestos, las palabras, los movimientos, en fin los hechos, tratan de fijar aquél en sus exactas y verdaderas dimensiones. Pero, con todo, el perfil no aparece como absoluto e incuestionable. La interpretación lógica avala lo cabal de la inferencia y permite entenderla como un juicio

<sup>14</sup> BERGER, PETER y LUCKMAN, THOMAS. *La construcción social de la realidad*. Amorrortu Editores, págs. 52 y 53.

totalmente acertado o de admisible probabilidad. Siempre quedarán márgenes para la duda o la vacilación. Pero porque esto pueda acontecer, el juez en estas tareas, no puede renunciar al compromiso de hacer estas determinaciones para poder entender el acto como culposo o intencional y, en este último estadio y refiriéndose al evento examinado, intentar aproximarlos a un propósito de matar o simplemente de lesionar:

"El Tribunal escrutó cuatro factores, comúnmente interpretables en la forma como lo hizo en esta clase de acciones ilícitas, para deducir la tentativa de homicidio: Clase de arma, reiteración en su empleo, región afectada y distancia. Reunidas marcan una muy segura orientación en la labor de señalar la índole de la disposición espiritual que acompañó al autor de la agresión. El censor debió demostrar su inexistencia o su exagerada valoración para poder revestir su alegación de aspectos favorables. También se dijo, y no se refutó, que no insistió en rematar a la víctima, dado el estado en que ésta quedó sobre el piso (boca abajo), llevando al procesado la sensación de haber "cumplido su designio criminal".

Iguahmente ha dicho la Corte:

"El elemento subjetivo del delito es uno de los aspectos de más difícil prueba, precisamente por tratarse de la interioridad del ser humano, aspecto intangible de la personalidad que sólo aflora con la realización de la conducta y es por ello que partiendo de los actos externos realizados por la persona se deduce o infiere la existencia de un comportamiento intencional o no, y cuál la finalidad perseguida con la realización de dicha conducta. A nivel de delitos contra la vida y la integridad personal, doctrinantes y tribunales han reiterado que aspectos como la calidad del arma utilizada, la forma en que es usada, la distancia desde la cual es utilizada, el número de veces que se reiteró su uso y la región anatómica interesada son elementos trascendentales para deducir la existencia de una determinada intención y la finalidad perseguida por el autor...".

*Digamos como dice Perter Berger, que "he tenido un altercado con otro hombre, el que me ha dado amplia evidencia expresiva de su enojo contra mí. Esa noche me despierto y veo un cuchillo clavado en la pared encima de mi cama. Ese cuchillo qua objeto expresa la ira de mi adversario, me da acceso a su subjetividad. Si se tiene un arma de fuego automática, pero se utiliza como medio contundente, me da acceso a la subjetividad de quien así procede para afirmar que no se tiene la intención de matar; sino de lesionar. El arma qua objeto en el mundo real, usada en la forma indicada, es tanto un producto humano como una objetivación de la subjetividad humana. Y si seguimos la misma tónica que el arma qua, fue usada a una distancia que supera el alcance normal de la misma, la traducción subjetiva, es que se quería asustar.*

<sup>5</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de Casación, 3 de julio de 1992. Mag. Pon. Dr. Gustavo Gómez Velásquez.

*"Si se utiliza una arma qua de poca potencialidad ofensiva, pero se utiliza un sinnúmero de veces y sobre una región anatómica altamente vulnerable, se puede leer un ánimo homicida y no el de simplemente lesionar"*<sup>6</sup>.

#### 5.4. MEDIO PROBATORIO ADECUADO PARA 'ESCARBAR' EL HECHO PSÍQUICO

Las explicaciones de los números anteriores, nos preparan para sostener que tenemos necesidad de recurrir a la prueba indiciaria para probar el hecho psíquico.

"Que como todo hecho psicológico es de difícil inquisición de suerte que si no es declarado paladinamente por el sujeto en que concurre, ha de manifestarse a través de signos exteriores que de algún modo lo objetiven (Tribunal Supremo español 29 de mayo de 1979, Aranz 2202)... la prueba de tal conocimiento salvo que la declare paladinamente el receptor, sólo puede ser indiciaria, en tanto que se trata de indagar un hecho psíquico (Tribunal Supremo español)"<sup>7</sup>.

Con relación al hurto, en cuanto se refiere al elemento subjetivo, se ha dicho:

"De manera que lo que se debe acreditar es el 'ánimo'; el 'propósito' con que el agente realizó el comportamiento y como elemento subjetivo que es, su existencia hay que inferirla de las circunstancias que rodearon el hecho, bien sea antecedentes, concomitantes o subsiguientes a él, tales como la forma de ejecución del apoderamiento, el destino que se le dé a los bienes, las manifestaciones del autor, etc.". (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. Mag. Pon. Dr. Ricardo Calvete Rangel. Fecha abril 30 de 1996. No. de Radicación S-8599-96).

#### 5.5. ALGUNOS EJEMPLOS QUE NOS PERMITEN MOSTRAR LA EFICACIA E IDONEIDAD DEL MÉTODO EXPLICADO

##### 5.5.1. Dolo eventual

Ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

"A diferencia de la culpa con representación bajo la cual considera el actor el riesgo de los bienes tutelados, que no quiere ni acepta producir, pero infructuosamente pretende evitar, en el dolo eventual la representación del

<sup>6</sup> Para elaborar lo escrito, he tenido en cuenta: Sentencia de Casación de 15 de octubre de 1993. Mag. Pon. Dr. Edgar Saavedra Rojas. Extractos de Jurisprudencia. Cuarto trimestre de 1993. Extracto 296, pág. 639. Y BERGER, PERTER y LUCKMANN, THOMAS. Obra citada, pág. 53.

<sup>7</sup> Tomados de MUÑOZ I. SABATÉ. Ob. cit., pág. 21.

resultado punible no se acompaña de una actividad encaminada a eludirlo, sino que se asume y acepta como alternativa posible.

"Esta forma de culpabilidad se da no solamente cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización, sino también 'cuando la acepta previéndola al menos como posible'".

*Hechos:* Un día a las cinco de la mañana, en unas residencias denominadas "ALFA", varios sujetos sometieron a la dueña H, con el fin de apoderarse de algunos objetos de su propiedad, colocándole vendas en los ojos y procediendo luego a atarla de pies y manos para luego introducirle taponés en la boca y taparla con dos cobijas, una almohada y un cubrelecho. Se produjo su deceso por obstrucción de las vías respiratorias.

H era una mujer anciana, muy robusta, enferma y limitada.

Se capturaron tres sujetos, quienes desempeñaban las funciones de portero y administrador (K) de la residencia, los cuales regresaron con la policía a las residencias, después de haber formulado el denuncia penal, por un supuesto asalto a las mismas; al ser vistos por una mujer y haberse frustrado su plan inicial, ingeniaron la coartada.

K confesó haber planeado el hurto contra la casera, suministrando el nombre de sus compinches.

Qué se obtuvo en la investigación:

A) Lo descrito en la diligencia de levantamiento de la occisa: "Examinado el cadáver y al ser retirada la mordaza encontramos una especie de tapón sobre la boca, embutido en ésta, al parecer del mismo material correspondiente a la sábana y un pedazo de media velada, al voltear el cadáver hallamos los miembros superiores amarrados con trozos de sábana o funda, al igual que un pedazo de costal alrededor del cuello".

B) K manifestó que sabía de las deficiencias cardíacas que padecía la occisa.

C) K y otro de los autores de los hechos eran empleados de la occisa.

Escrutemos los hechos y veamos cómo surge todo el "cuerpo del dolo eventual": El fin era apoderarse como ya se ha dicho, de los objetos de la señora, después de haberla imposibilitado en la forma como lo hicieron, conociendo las condiciones físicas de aquella, por ser dos de ellos trabajadores suyos (inclusive con relación a cualquier persona). De conformidad con las reglas de la experiencia (y la presunción de que toda persona es racional), se representaron la muerte de la señora como algo probable (se basan en razones

serias y estables, todas las circunstancias) y lo asumieron, ya que no hicieron nada para impedir ese resultado.

Y si se tiene duda: Al regresar a las residencias acompañados de la policía, una vez montaron la falsa coartada de haber sido asaltados, tenían casi certeza de la muerte de la señora, porque de otra manera hubieran huido, ya que ella los conocía perfectamente, como se ha dicho, por ser sus empleados.

Para poder ubicar los hechos, en el caso en estudio, dentro de la culpa consciente o el dolo eventual, se requiere que los autores se hayan representado el resultado. Tratar de evitar el resultado los orienta hacia la culpa, asumirlo como probable y no tratar de evitarlo los ubica dentro del dolo eventual. En el caso presente, además, por el regreso al lugar de los hechos, casi con la seguridad que la dueña de las residencias había fallecido y no se corría el riesgo de ser identificados.

*Por las características y en las condiciones en que colocaron a la víctima, a K y sus compinches les era fácil representarse el deceso de la misma y tan fue así, que regresaron a las residencias con esa seguridad.*

Se ha logrado con el método explicado 'leer' el dolo eventual<sup>8</sup>.

Dice la Corte:

"... Para el caso que a estas diligencias se contrae, es fácil entender que los acusados sabían que se hallaban frente a una mujer anciana, robusta, enferma y limitada para caminar. Queriendo colocarla en mayor indefensión, las medidas no se quedaron en la sola acción de atarla y amordazarla. Adicionalmente se bloquearon parcialmente sus vías respiratorias introduciendo en su boca un tapón de tela, y todavía se le cubrió con frazadas y una almohada. Luego les era elemental y lógico representarse la posibilidad de su deceso si no le procuraban una ayuda pronta y oportuna, y pese a ello, ningún esfuerzo mostraron para evitar tal resultado abandonando a la casera a su propia suerte, lo que acredita que el deceso de la víctima se aceptó y asumió como posible, así que lejos de ubicarse la conducta bajo los rasgos de la culpa, su adecuación cabía bajo la descripción del dolo que entraña el artículo 36 del Código Penal".

### 5.5.2. Culpa con representación - dolo eventual

Dice la Corte:

<sup>8</sup> Se ha trabajado la sentencia de octubre 12 de 1995. No. de Radicación 9032. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Mag. Pon. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.

“Aunque las dos formas de culpabilidad en comentario guardan tan gran similitud, es de recordarse que en el dolo eventual el agente se representa la posibilidad de realización del tipo penal y la acepta interiormente, lo que incluye aceptar el resultado de su conducta, conformarse con él; mientras que en la culpa consciente, aunque igualmente se representa el riesgo de realizar ese tipo penal —por ello se la conoce también como culpa con representación—, confía por efecto de una errada valoración circunstancial, que el resultado no se concretará, es decir, no se asiente con él<sup>9</sup>.

“Tres personas hablaban frente a un establecimiento, cuando fueron abordadas por el señor K, quien preguntó por el señor Z. Uno de los contertulios, B, le contestó groseramente a K. Este procedió a esgrimir un revólver que llevaba consigo y lo percutió, a corta distancia, en dos oportunidades. Uno de los proyectiles se anidó en el pie izquierdo de B, produciendo fractura comminuta de la cabeza del primer metatarsiano y el otro después de chocar con la pared, hizo blanco en la humanidad del transeúnte M, quien murió.

“En la instancia ante el Tribunal, se concluyó que K actuó con dolo eventual en el caso del homicidio de M”.

Obsérvese qué dice la Corte y cómo, a través de objetividades, vamos desentrañando “la índole de la disposición espiritual de K”:

“De conformidad con la objetividad probatoria no discutida por el actor, el acusado disparó por dos ocasiones hacia los pies de su ofensivo interlocutor B, con la intención conseguida de herirlo y, fue así, como le causó la lesión que describe el peritaje médico legal en el pie izquierdo con incapacidad de 35 días y por la cual se atribuyó el concurso de hechos punibles en el homicidio del transeúnte M.

“Ocurrió que el otro proyectil disparado al dar contra una superficie dura rebotó, yendo a impactar así, indirectamente al mencionado transeúnte, ajeno al episodio que se desarrollaba entre aquél y las tres personas a quienes preguntó el paradero de otra”.

Obsérvese cómo esculcamos el “Hecho Psíquico” ocurrido en K: “Si se observa que el disparo, siendo un experto tirador, se dirigió hacia una parte no vital del cuerpo de B, al que bien pudo querer lesionar por sentirse ofendido con la respuesta que éste le diera, forzoso resulta colegir que el acusado no se representó la realización del tipo penal del homicidio del infortunado transeúnte, esto es, no se representó el resultado muerte de ninguno de los dos impactados, vale decir, no aceptó en su psiquis previéndola, al menos como posible, ni su

<sup>9</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Mag. Pon. Dr. Dídimo Páez Velandía. Fecha mayo 14 de 1996. No. de Radicación S-9196-96. Publicado en *Autos y Sentencias*. Enero-junio de 1996. Ediciones Doctrina y Ley, pág. 112. José María Forero.

conducta, ni ese fatal indirecto resultado; sencillamente no contó con la posibilidad de lesión del bien jurídico de la vida ni asintió con ella. Al así ocurrir, se sustrajo a la intencionalidad constitutiva del dolo eventual que define el artículo 22 del Código Penal, pues según en lógica se infiere, ni aceptó en su conciencia (conocimiento que viene de conocer, y conocer significa averiguar, entender, advertir, saber o percibir—a ciencia y conciencia—) la realización de la conducta generadora de la muerte, ni previó al menos como posible ese resultado; pero obviamente se ubicó en el ámbito de la culpabilidad culposa prevista en el artículo 23 de la misma normatividad, en efecto:

Tratándose de una persona familiarizada con el uso de las armas de fuego, como que había sido policía (se le hace caer en cuenta la experiencia que tiene y no haberla tenido en cuenta), resulta forzoso colegir que obró con monumental imprudencia—culpa consciente— al representarse el peligro (por la experiencia que tenía y a la cual debió responder), no el resultado de la lesión del bien jurídico de la vida protegido en el tipo del artículo 103 del C.P., pero confió culposamente en que ese peligro no se materializaría, es decir no previó, debido a una falsa valoración de la situación, un resultado previsible como era, tanto el posible rebote del proyectil como la concreción del peligro de causar la muerte, como en efecto sucedió<sup>10</sup>. (Los paréntesis y el contenido son nuestros).

## 6. TENTATIVA DE HOMICIDIO

Será válida la siguiente afirmación: “como lo que se afectó con el proyectil de arma de fuego no es otra cosa que un músculo que rodea la parte de la garganta”, y que aun en el evento de que el agredido “no hubiese tenido atención médica la lesión en manera alguna hubiera producido su deceso”. En consecuencia se debe responder por lesiones personales.

<sup>10</sup> Dice la Corte en la jurisprudencia citada: “El Tribunal apoya la inferencia del dolo eventual en la consideración de haber sido policía el acusado y el conocimiento que forzosamente debía tener de las leyes de física que enseñan que el rebote de un proyectil puede ocasionar el resultado logrado con su actuar, pero estos factores no constituyen razones excepcionales generadoras de esta especie de culpabilidad para una persona que dispara en la forma que éste lo hizo.

“Los dos disparos fueron orientados hacia los pies de quien consideró su ofensor, quería herirlo y lo hizo, pero obviamente no quería privarlo de su vida. Si ello es así, mal puede deducirse que con el disparo del proyectil que rebotó si quiso, por la vía del dolo eventual, ocasionar ese efecto en un desconocido transeúnte”.

Para responder, el intérprete debe alejarse del resultado. Debe observarse lo sucedido, para poder 'leer' la intención del sujeto agente.

Se lee: "X, el único testigo presencial que refirió haber visto cuando el ofendido agarró una botella, aseveró también que K, por un breve tiempo, estuvo apuntando a su víctima y al accionar el arma, el proyectil hizo impacto en el cuello de AZM."

Leamos la intención: Apuntar al cuello —donde se encuentra la arteria carótida primitiva la vena yugular interna— delata la intención de matar (*animus necandi*).

El resultado no fue la muerte de AZM, por una circunstancia ajena a su voluntad, como fue el haber alcanzado J, a moverle el brazo en el momento que disparaba, por lo que solamente le interesó el cricoides y la tráquea.

De tal manera que, existió tentativa de homicidio<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Febrero 25 de 1999. Editora Jurídica de Colombia, primer semestre de 1999, pág. 61.

## Capítulo III

### TEMA DE PRUEBA

#### 1. NOCIÓN

El tema de prueba está constituido por aquellos hechos que es necesario probar, por ser los supuestos de las normas jurídicas cuya aplicación se discute en un determinado proceso. Lo anterior significa que la noción de tema de prueba resulta concreta, ya que no se refiere sino a los hechos que se deben investigar en cada proceso.

#### 2. UTILIDAD DEL CONCEPTO

Resulta útil la anterior noción, ya que permite saber qué es lo que se ha de investigar en un proceso determinado, de tal manera que el juez pueda controlar la pertinencia de las pruebas; de otra manera el proceso se convertiría en un instituto inconveniente, donde se podría acreditar la existencia de cualquier hecho, de modo que a su finalización, tendríamos una suerte de residuos arrastrados por una corriente y no una investigación ordenada.

#### 3. HECHOS EXENTOS DE PRUEBA A PESAR DE SER TEMA DE PRUEBA

##### 3.1. HECHO NOTORIO

No es un tema pacífico en la doctrina la cuestión relacionada con el hecho notorio, hasta el punto que el canon 1747 derogado, establecía: "No necesitan probarse los hechos notorios en conformidad con el canon 2197 números 2 y 3...". En el actual Código Canónico la norma desapareció en cuanto a eximir de prueba los hechos notorios y se dice que la comisión redactora no los incluyó, porque a veces hay algunos de ellos que no son verdaderos y porque, si son notorios y verdaderos, su prueba no reviste dificultad alguna.

Nos explicamos, pero no justificamos de ninguna manera ese retroceso en el Código Canónico; se explica por las discusiones que hay sobre todos

los aspectos del hecho notorio, pero no consideramos conveniente que se establezca, a contrario sensu, la necesidad de probarlo, por el desperdicio de actividad probatoria, sin argumento alguno que lo justifique.

Hecho notorio es aquel conocido por personas de mediana cultura, dentro de un determinado conglomerado social, en el tiempo que se produce la decisión y que es conocido por el juez. Al respecto tenemos:

a) No se requiere que el conocimiento sea universal: Exigir que el hecho sea conocido universalmente para poder considerarlo notorio sería, por lo menos, ingenuo.

b) No se requiere que todos lo hayan presenciado, basta que esas personas de mediana cultura lo conozcan.

c) El hecho puede ser permanente o transitorio; lo importante es que las personas de mediana cultura y el juez lo conozcan, como ya lo hemos indicado.

El hecho notorio debe ser alegado; veamos:

1) En materia penal, no se requiere que sea alegado y se debe tener en cuenta sobre todo cuando favorece al procesado.

2) En materia civil, debe ser necesariamente alegado, tanto si sirve de supuesto a las pretensiones como a las excepciones, separándonos en este punto de lo sostenido por el profesor Devis Echandía<sup>1</sup> quien afirma: "En materia de excepciones basadas en hechos notorios, es necesario distinguir el sistema legal que rija al respecto; en el europeo, que prohíbe al juez considerar la excepción de mérito no alegada, la conclusión es la misma que rige para los hechos que fundamentan la demanda, es decir, debe alegarse su existencia, pero no es indispensable alegar su notoriedad; en cambio, en el sistema colombiano, que exige al juez considerar las excepciones de mérito probadas aun cuando no hayan sido propuestas, la afirmación del hecho que la configura no es necesaria y por tanto debe tenerse en cuenta en la sentencia si se reconoce su notoriedad, a pesar del silencio del demandado".

Una cosa es que el hecho esté exento de prueba y otra muy distinta que no exista la carga de alegarlo. No puede confundirse la obligación que tiene el juez de declarar probadas de oficio las excepciones perentorias, cuando estén demostradas en el proceso (excepto prescripción, compensación y

<sup>1</sup> DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Compendio de...* Cit., pág. 69.

nulidad relativa), aun cuando no hayan sido alegadas, con la carga de la afirmación del hecho notorio.

No puede decirse válidamente que, como el juez civil colombiano tiene la obligación de declarar probadas de oficio las excepciones perentorias (menos las dichas), cuando éstas se sustenten en hechos notorios, tampoco existe la carga de alegarlos, ya que si esto fuera cierto se violaría el derecho de defensa, cuyo olvido nos impediría hablar de un proceso regularmente adelantado. Cuando el legislador colombiano, con gran acierto, establece que el juez debe declarar probadas de oficio las excepciones perentorias, parte del supuesto de que las pruebas en que se basan, se producen en el proceso con citación de la otra parte y que ella tuvo la oportunidad de controvertirlas. Sostener que, aunque no se haya alegado el hecho notorio, ni se haya dicho nada al respecto, durante el proceso, el juez deba tenerlo en cuenta en la sentencia, en forma sorpresiva, constituye una abierta pretermisión del derecho de defensa.

El hecho notorio, pues, debe ser alegado, inclusive para que la parte, que pretenda decir que no lo es, lo discuta; o si sostiene que a pesar de ser un hecho notorio es éste equivocado, poder argumentar en este sentido (art. 177 C.P.C.).

El artículo 191 del C. de P.C. modificado por el artículo 19 de la Ley 794 de 2003, consagra como hecho notorio los indicadores económicos:

*"Notoriedad de los indicadores económicos. Todos los indicadores económicos nacionales se consideran hechos notorios".*

## 3.2. NEGACIONES O AFIRMACIONES INDEFINIDAS

### 3.2.1. Noción

El párrafo 2º del artículo 177 del C. de P.C. preceptúa: "Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba".

Existen dos clases de negaciones: las que solo lo son en apariencia, por cuanto acreditando un hecho positivo quedan demostradas (ejemplo: este papel no es negro; probando que es rojo queda acreditada la negativa) y las que realmente lo son, por estar apoyadas en hechos indefinidos.

Las negaciones formales o aparentes, pueden ser de hecho o de derecho; es ejemplo de las primeras cuando se dice: "este anillo no es de oro"; demostrando que es de otro metal, quedaría demostrado que no es de oro. Ejemplos de las segundas: "este contrato no es de compraventa"; acreditando

que es de comodato, queda demostrada la negación; "yo no he hurtado porque el bien es mío"; demostrando la propiedad queda demostrada la negativa<sup>2</sup>.

### 3.2.2. Jurisprudencia

"Esto no ofrece dificultad si el hecho negativo es susceptible de poder ser establecido por medio de la justificación de un hecho afirmativo contrario. Lo mismo sucede si la alegación negativa de un litigante no puede ser reducida a un hecho positivo fácil de probar; la imposibilidad aún absoluta en que se encontrará el demandante para justificar los hechos negativos, no podría ser motivo para descargarlo de la prueba e imponer ésta al demandado. Solo la prueba de las proposiciones que tienen un carácter indefinido es imposible. Pero tales proposiciones no podrían constituir el objeto de los litigios judiciales. Lo cierto es que, como lo asientan los mismos autores, el juez no puede, cuando se trata de un hecho negativo, exigir una prueba tan rigurosa, como cuando se trata de un hecho positivo y que en general, la prueba que se le exige al demandante no es una prueba total, completa de todos los hechos constitutivos o generadores de su derecho y que la repartición de la carga de la prueba depende menos de las calidades de demandante y demandado que de la naturaleza de las alegaciones, porque es el que avanza como demandante o demandado una proposición contraria a la apariencia el que debe establecerla..."<sup>3</sup>

"Aunque la ciencia de la prueba enseña que lo que no puede ser materia de debate judicial es el hecho indefinido, sea éste positivo o negativo, la prueba sí es posible, tanto en el campo científico como en el de la técnica probatoria, cuando la negativa no es indefinida en la extensión de su concepto, sino que, antes bien, contiene en su seno uno o varios hechos positivos, bien definidos sus lineamientos y condicionados por circunstancias fácilmente determinables, de tiempo, modo, lugar, etc., porque en tal evento la negativa desaparece para ofrecer en el debate hechos positivos conducentes para el ataque o la defensa cuya existencia y verdad vienen a servir de fundamento al fallo"<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> El artículo 282 del Código de Procedimiento Civil para el Distrito Federal de México, establece:

"El que niega solo será obligado a probar:

"I. Cuando la negación envuelva la afirmación expresa de un hecho.

"II. Cuando se desconozca la presunción legal que tenga en su favor el colitigante.

"III. Cuando se desconozca la capacidad.

"IV. Cuando la negativa fuere elemento constitutivo de la acción".

El C.J. (Ley 105 de 1931) en el artículo 595 preceptuaba: "Las negaciones no se demuestran por medio de pruebas, salvo que se apoyen en la afirmación de hechos positivos cuya existencia pueda comprobarse".

<sup>3</sup> G.J. T. XLI, pág. 106.

<sup>4</sup> G.J. T. XLVIII, pág. 400.

### 3.2.3. Ejemplos elaborados con base en la jurisprudencia

1) A inicia proceso ordinario y, fundamentalmente, solicita la resolución de contrato por habérsele entregado un tractor defectuoso.

El juzgado de primera instancia despachó favorablemente las pretensiones de la demanda y el Tribunal revocó tal providencia, denegándolas.

*El recurrente en casación dice: "Esta afirmación del demandante en su demanda, de no entrega de la cosa vendida en las condiciones pactadas y en forma completa y perfecta, o sea de la entrega imperfecta, incompleta y retardada, de acuerdo con la ley, es una afirmación indefinida, sustancial de un hecho que no necesita probarse, porque se presume legalmente cierta y así mismo ese incumplimiento se presume que fue por culpa del deudor o vendedor"; que como consecuencia, correspondía al vendedor el deber de probar el hecho contrario al negativo, o sea demostrar que hizo la entrega de la cosa vendida "en forma completa, oportuna y en perfecto estado de funcionamiento" y que como no hizo tal cosa, "el hecho negativo afirmado se presume cierto".*

*¿Qué dijo la Corte?*

*"Ciertamente no son infrecuentes los casos en que el demandante, al elaborar la demanda inicial del proceso, consigna en ella afirmaciones de hechos positivos y negativos como fundamento de sus pretensiones. Y si en relación con los primeros es claro que corre siempre con el deber de probarlos; no acontece lo propio con los segundos, puesto que éstos en algunos supuestos son de imposible demostración.*

*"Por cuanto no todas las negaciones contenidas en una demanda son de igual naturaleza, ni producen tampoco idénticos efectos jurídicos en materia de prueba judicial, para este efecto la doctrina las ha dividido en definidas e indefinidas. Corresponden las primeras a las que tienen por objeto la afirmación de hechos concretos, limitados en tiempo y lugar, que presuponen la existencia de otro hecho opuesto de igual naturaleza, el cual resulta afirmado implícita o indirectamente y que desde antiguo se han llamado *negativam praegnantem*; las segundas, es decir, las indefinidas, son aquellas negaciones que no implican, ni directa ni implícitamente la afirmación de hecho concreto y contrario alguno.*

*"Si las negaciones definidas equivalen al velo que oculta la afirmación del hecho positivo contrario, pero decisivo en la cuestión litigada, no es necesaria profunda reflexión para advertir que mal puede estar excusada su prueba; por tratarse de una negación apenas aparente o gramatical, el hecho contrario es susceptible de prueba y de ésta no puede prescindirse para el acogimiento de las súplicas de la demanda. Así, si el comprador alega que la mercancía recibida no es de buena calidad pactada, está afirmando en el fondo que lo es de mala; y esta negativa de calidad es susceptible de prueba. Las negaciones indefinidas,*

en cambio, son de imposible demostración judicial, desde luego que no implican la aseveración de otro hecho alguno; de aquí que, como lo ha dicho la Corte, 'estas negaciones no pueden demostrarse no por negativas, sino por indefinidas' (G.J. T. LXXV, 23).

"Ya desde el año 1936 la Corte, interpretando el alcance del artículo 595 del Código Judicial derogado, sustancialmente igual al artículo 177 de la codificación procedimental hoy vigente, había dicho que 'la imposibilidad aún absoluta en que se encontrara el demandante para justificar los hechos negativos no podría ser un motivo para descargarlo de la prueba e imponer ésta al demandado. Solo la prueba de las proposiciones que tienen un carácter indefinido es imposible' (G.J. T. XLI, 106). Y en sentencia de 15 de junio de 1939 agregó que 'bien está que las negaciones no se demuestran, pero si en todos los casos o en la mayoría de ellos, las negaciones se reducen a la afirmación de hechos positivos, cuya existencia puede comprobarse por apoyarse en resultados de éstos, es claro que debe correr de cuenta del actor la plena demostración de tales hechos positivos en que se ha fundado su acción y en que se basan las negaciones para el éxito del medio judicial instaurado' (G.J. T. XLVIII, 400).

"Por cuanto la afirmación que el demandante hace en su demanda, consistente en que la demandada no le entregó el tractor objeto de la compraventa 'en forma completa y en perfecto estado de funcionamiento', implica la aseveración de que sí se entregó, pero incompleto y con desperfectos mecánicos, es una negación definida que permite la demostración de este hecho positivo contrario implícitamente afirmado, y por ello es inaplicable a ella la preceptiva contenida en el artículo 177 del C. de P.C. conforme a la cual solamente 'las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba'<sup>5</sup>.

2) Se afirma que una persona no concurrió a una notaría a aceptar una escritura a nombre de su hija y que debió ser otra persona la que compareció.

Se afirma que este es un hecho negativo indefinido.

Con base en el anterior supuesto, la Corte dijo:

"Para que una negación esté exonerada de prueba es indispensable que no implique por contra la afirmación indirecta de un hecho concreto, pues de ser así ya no revestirá el carácter de negación indefinida. Y bueno es recordar que la exoneración probatoria en comentario, se deriva del carácter de imposibilidad de producir prueba cuando se trata de negaciones de este último linaje.

"En el caso sub-lite XX (demandante) niega en su demanda haber realizado con NP, la negociación de que da cuenta la escritura pública 23 del 18 de abril

<sup>5</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 29 de enero de 1975. G.J. T. CLI, 1ª parte, num. 2392.

de 1938, de la Notaría de Valledupar, pues allí no aparece identificada con cédula o tarjeta, y por tanto afirma no saberse cuál fue la persona que contrató como XX (es decir, haciéndose pasar) para HB.

"La anterior apreciación no es, a juicio de la Corte, una negación indefinida, pues de suyo implica la afirmación indirecta de hechos concretos, tales como que fue otra persona, distinta de la demandante XX, quien estuvo el 18 de abril de 1938 en la Notaría de Valledupar para firmar a nombre de HB, hecho éste si susceptible de demostrarse mediante el afirmativo y concreto de que la interesada fue suplantada, lo cual de contera implicaría ineludible demostración de falsedad del aludido instrumento".

3) Se adelanta proceso de separación definitiva de cuerpos de la señora A contra el señor B, alegando la causal segunda del artículo 154 del C.C.

La causal está redactada en los siguientes términos: "El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de sus deberes de marido o de padre y de esposa o de madre".

El señor B fue emplazado y no se presentó; por la demandante se solicitaron pruebas pero ninguna se practicó, sobre todo la testimonial, por cuanto el apoderado de ella no cumplió con sus deberes profesionales de atender el proceso, asistiendo a la práctica de las pruebas.

La sentencia del Tribunal, despachó favorablemente las pretensiones de la demandante, con base en que, no obstante ésta no haber aportado ninguna prueba que demostrara el abandono, debía éste darse por probado por implicar esa afirmación (la del abandono) una negativa indefinida.

La Corte dijo para revocar la sentencia, citando la de 24 de julio de 1978, proferida en el proceso de separación de cuerpos de Alirio Vargas Anzola contra Etefvina García de Vargas:

"Por cuanto la afirmación del abandono del hogar que el demandante le enrostra a la demandada, implica una aserción general y abstracta de que ésta ha incumplido voluntariamente todo el conjunto de las obligaciones que surgen del matrimonio, sió concretarla específicamente a hecho o hechos algunos limitados en el tiempo, no puede jurídicamente atribuírsele el carácter de negativa indefinida para que, como tal, se excuse la carga de la prueba de los supuestos en que tal negativa se traduce. Cuando sin concreción ni precisión algunas se afirma que un cónyuge ha incumplido sus deberes de tal, o que su conducta al respecto no es legítima, la negativa es de mera forma gramatical,

<sup>6</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 2 de marzo de 1978. Mag. Pon. Dr. Alberto Ospina Botero.

que se convierte en la afirmación de hechos contrarios, los cuales sí pueden y deben justificarse para el éxito de la pretensión.

"Pero es más, aun dando por aceptado que tal negativa fuera suficiente para dar por demostrado el abandono del hogar que el demandante le enrostra a la demandada, esa afirmación estaría lejos de acreditar que el incumplimiento de los deberes referidos fue 'grave e injustificado', requisitos éstos que son justamente los exigidos por la Ley 1ª de 1976 para que se estructure la segunda de las causales de separación de cuerpos".

La Corte, como consecuencia, revocó la sentencia y denegó la separación de cuerpos.

Compartimos los argumentos de la anterior sentencia, ya que la simple afirmación de que se está en presencia de la causal segunda no es suficiente y si lo fuera, se estaría juzgando una conducta por el aspecto objetivo solamente, sin tener en cuenta que el Código Civil exige probar elementos subjetivos de ese comportamiento al decir "grave e injustificado". Por otra parte, las obligaciones que surgen del matrimonio son bien conocidas, de tal manera que, demostrando por vía de inferencia, por ejemplo, con declaraciones de testigos, que no se han cumplido, por abandono injustificado del hogar, hay lugar a despachar favorablemente la separación, por la causal invocada.

4) Se alega por X, el cambio de su calidad de arrendatario por la de poseedor desde el año de 1953; según la demandante Y, ello ocurrió a partir de 1966, año en el que X dejó de suministrar los frutos como pago de la tenencia.

Que al contestar negativamente sería indefinida y que entonces la carga de demostrar el suministro de frutos hasta el año de 1966 (reconocimiento de dominio ajeno), le correspondía a la demandante.

Para resolver, la Corte transcribió la sentencia de 29 de enero de 1975 (G.J., T. CLI, XI y XII). Además dijo:

"Lo que se quiso exteriorizar en la demanda y en la respuesta, es la ocurrencia, de un fenómeno de interversión del título de tenedor en poseedor por parte de los demandados; que según éstos, ocurrió a partir de 1953 y según la libelista, a partir de 1966. Y si la parte demandada alega, para fundar su excepción de prescripción, que la interversión del título tuvo cabal cumplimiento en la fecha primeramente citada, a dicha parte le incumbía la carga probatoria de que efectivamente el cambio de la calidad de tenedor a poseedor ocurrió a partir

<sup>1</sup> Sentencia de 17 de junio de 1980. Mag. Pon. Dr. Humberto Murcia Ballén.

del año de 1953, lo cual no aparece en el proceso, pues todo indica que aconteció con mucha posterioridad, según puede inferirse de las posiciones o interrogatorios rendidos en el año de 1966 por DA de A, madre de los demandados<sup>4</sup>.

### 3.3. ¿CUÁNDO ES NECESARIO PROBAR LAS NORMAS JURÍDICAS?

#### 3.3.1. Normas nacionales para el territorio del Estado

Las normas nacionales para el territorio del Estado las debe conocer el juez; como consecuencia no son tema de prueba.

#### 3.3.2. Normas nacionales escritas de vigencia local o seccional

Existen varias teorías sobre la necesidad de probar este tipo de norma; lo cierto es que nuestro Código de Procedimiento Civil, en el artículo 188, estableció: "El texto de las normas jurídicas colombianas que no tengan alcance nacional y el de las leyes extranjeras deberá, aducirse al proceso en copia auténtica, de oficio o a solicitud de parte". Lo cierto es que se sintetizó, en buena parte, lo que aparece como opuesto en los distintos doctrinantes, debe aparecer la prueba de la norma, en principio, a cargo de la parte a la que le interesa que se tenga en cuenta, pero el juez puede decretarla de oficio.

#### 3.3.3. Normas consuetudinarias nacionales

El artículo 189 del C. de P.C. preceptúa que "los usos y costumbres aplicables conforme a la ley sustancial, deberán acreditarse con documentos auténticos o con un conjunto de testimonios", sin señalar número; habrá que entender que debe ser más de uno. Para la costumbre mercantil se establece, en el artículo 190, que ésta podrá ser probada con copia auténtica de dos decisiones judiciales definitivas que aseveren su existencia o con certificación de la Cámara de Comercio correspondiente al lugar donde rija. Como esta última disposición emplea la palabra "también", ello significa que se puede probar la costumbre mercantil, como se acreditan los usos y costumbres civiles. El artículo 6° del C. de Co. exige que cuando se quiera probar con testigos una costumbre comercial, éstos sean por lo menos cinco comerciantes idóneos inscritos en el registro mercantil, que den cuenta razonada de los hechos y de los requisitos exigidos a los mismos

<sup>4</sup> Sentencia de 3 de octubre de 1980, Mag. Pon. Dr. Alberto Ospina Botero.

en el artículo 3º; y cuando se aduzcan como prueba dos decisiones judiciales definitivas, se requerirá que éstas hayan sido proferidas dentro de los cinco años anteriores al diferendo. Es obvio que el C. de P.C. en relación con la prueba de la costumbre mercantil, resultó reformado, y además hay que agregar que, de los testimonios que se aporten para la demostración de la costumbre, debe aparecer que los hechos que la generan son públicos, uniformes y reiterados, en el lugar en donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella.

#### 3.3.4. Normas legales o consuetudinarias extranjeras

El artículo 188 del C. de P.C., establece la necesidad de que en el proceso aparezca la copia de la ley extranjera, de oficio o a petición de parte. La copia total o parcial de la ley extranjera deberá expedirse por la autoridad competente del respectivo país la cual será autenticada en la forma prevista en el artículo 259. También podrá ser expedida por el Cónsul de ese país en Colombia cuya firma autenticará el Ministerio de Relaciones Exteriores.

## Capítulo IV

### CONDUCENCIA, PERTINENCIA Y UTILIDAD DE LA PRUEBA

#### 1. LA CONDUCENCIA

Es la idoneidad legal que tiene una prueba para demostrar determinado hecho.

Supone que no exista una norma legal que prohíba el empleo del medio para demostrar un hecho determinado. El sistema de la prueba legal, de otra parte, supone que el medio que se emplea, para demostrar el hecho, está consagrado en la ley.

La conducencia es una comparación entre el medio probatorio y la ley, a fin de saber, si el hecho se puede demostrar en el proceso, con el empleo de ese medio probatorio.

*Ejemplo:* Si se pretende acreditar la venta de un bien inmueble, valiéndose de un documento privado, podemos alegar que ese documento no es idóneo legalmente para demostrar la venta, ya que la ley exige celebrarla mediante escritura pública. El juicio que se ha hecho para llegar a la afirmación de la inconducencia, tuvo como elementos de comparación la ley y el medio probatorio a emplear.

#### 2. LA PERTINENCIA

Es la adecuación entre los hechos que se pretenden llevar al proceso y los hechos que son tema de la prueba en éste. En otras palabras, es la relación de facto entre los hechos que se pretenden demostrar y el tema del proceso. Así, como en nuestra vida diaria, al estar conversando con una persona sobre un determinado tema, consideramos bienvenidos a los que quieren hablar sobre lo mismo y predicamos la impertinencia de quienes introducen conversaciones sobre otros temas, exactamente lo mismo sucede en el proceso. La sanción en nuestros diálogos para la persona que introduce temas que no

tienen nada que ver con lo que se venía hablando, es el reproche y en el proceso es el rechazo *in limine* de la prueba. Sin embargo, como la pertinencia puede ser inmediata o mediata con el tema de la prueba, cuando exista duda sobre ella, es decir, que no sea tan manifiesta, se puede decretar y diferir, digamos así, su definitivo pronunciamiento, una vez se dicte la sentencia o en el auto que falla el incidente, ya que la decisión inicial sobre la pertinencia no ata al juez.

En los artículos 178 del C. de P.C. y 400 del C.P.M. se consagra la pertinencia de la prueba. En materia procesal penal, el concepto fue incorporado por el artículo 251 del Decreto 50 de 1987, posteriormente fue suprimido en el Decreto 2700 de 1991 que ninguna mención hizo al respecto y finalmente reincorporado por el actual C. de P.P. (Ley 600 de 2000), cuyo artículo 235 reza:

“Rechazo de las pruebas. Se inadmitirán las pruebas que no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso o las que hayan sido obtenidas en forma ilegal. El funcionario judicial rechazará mediante providencia interlocutoria la práctica de las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas”.

### **Doctrina de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, sobre la conducencia y la pertinencia de la prueba**

Sostiene la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, lo siguiente:

“Basta la lectura de la norma (art. 250 del C. de P.P.) para establecer que el legislador adoptó un concepto único y complejo, en el sentido de que la conducencia se predica de la prueba y la pertinencia de los hechos materia del proceso, pero ninguna será conducente si no es apta para llevarnos a la verdad sobre los hechos objeto del procesamiento, que a su vez son los únicos pertinentes (las negrillas son nuestras). Son dos caracteres inseparables, porque si la prueba nos guía a establecer hechos completamente ajenos al proceso, no sólo es impertinente sino que también resulta inconducente, pues se ha separado drásticamente del único objeto señalado en el proceso como plan de acción. La conducencia sólo puede apreciarse a través de una relación de la prueba con los hechos (pertinencia)”.

**Caso:** K es enjuiciado por prevaricato por acción (art. 413 del C.P.). Se solicita el testimonio del Ministerio Público, con el argumento, que debe explicar porqué guardó silencio frente a esa resolución calificada por la fiscalía provisionalmente como abiertamente ilegal.

El testimonio de N (sería mejor la indagatoria), es una prueba impertinente, porque no estamos enjuiciando la conducta de ella, sino de K, pero además sería inútil (superflua), porque el hecho de no interponer recurso contra la providencia calificada de manifiestamente ilegal, se encuentra demostrado con la ausencia de escrito en tal sentido, y de que lo que se tratará es de evaluar en el momento correspondiente esa actitud del Ministerio Público.

No podemos, de ninguna manera, compartir el criterio de la Corte Suprema de Justicia cuando afirma que la conducencia se predica de la prueba y la pertinencia de los hechos materia del proceso, porque ambos son predicados de la prueba, solo que, la conducencia responde a la pregunta: ¿la ley me permite probar este hecho, utilizando este medio probatorio? Si la respuesta es afirmativa la prueba será conducente. Ejemplo: la ley ha dicho que sólo puedo probar la venta de inmuebles por escritura pública, la escritura pública tiene idoneidad legal (conducencia), esa es la conducencia.

La pertinencia también tiene que ver con la prueba, y "Es la capacidad, que tiene la prueba de aportar hechos que tienen que ver con el objeto de prueba". Y es impertinente, inclusive utilizando los términos de la Corte Suprema de Justicia en el evento de "... pues se ha separado drásticamente del único objeto señalado en el proceso como plan de acción...".

Quizá, por haberse consagrado la libertad probatoria se ha desdibujado la diferencia entre prueba pertinente y conducente en materia penal (art. 235 del C.P.P.). Pero puede ocurrir que una prueba sea conducente (tiene idoneidad legal para probar el hecho), pero que sea impertinente porque el hecho que se pretende demostrar con esa prueba, no hace parte del objeto señalado en el proceso como plan de acción. Y puede ocurrir que una prueba sea pertinente (se trata de trasladar hechos que tienen que ver con el objeto del proceso), pero el medio que se utiliza no es idóneo, por ejemplo: se trata de saber si se vendió bien inmueble ajeno, porque eso hace parte del objeto del proceso penal, pero se trata de probarlo por medio de testigos (la prueba testimonial es inidónea para probar ese hecho, es decir es inconducente).

El artículo 237 prevé la conducencia cuando dice: "... a menos que la ley exija prueba especial y respetando los derechos fundamentales".

<sup>1</sup> Para hacer la diferencia entre pertinencia y conducencia, pedagógicamente sería suficiente que el lector imaginara que una ley dijera: solo se puede probar el grado de Alcohólicismo, con prueba pericial. Si en ese evento se tratara de probar con testigos el

El artículo 237 del C. de P.P. no utiliza de ninguna manera los conceptos de conduccencia y pertinencia como dice la Corte, como: "... un concepto único y complejo...".

Esos conceptos son distintos como lo hemos explicado, solo que ambos apuntan a la economía y agilidad del proceso. Igualmente estos conceptos están relacionados con el concepto de prueba útil y superflua<sup>2</sup>.

### 3. LA UTILIDAD

Los autores modernos de derecho probatorio resaltan el móvil que debe estimular la actividad probatoria que no es otro que el de llevar probanzas que presten algún servicio en el proceso para la convicción del juez: de tal manera, que si una prueba que se pretende aducir no tiene este propósito, debe ser rechazada de plano por aquél. Así lo prevé el Código de Procedimiento Penal en su artículo 235 cuando regla: "... El funcionario rechazará mediante providencia las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas". En el mismo sentido se expresa el artículo 178 del C.P.C.

En principio las pruebas inconducentes e impertinentes son inútiles, pero puede suceder que a pesar de que la prueba sea pertinente y conducente, resulte inútil.

Los casos de inutilidad son:

- a) Cuando se llevan pruebas encaminadas a demostrar hechos contrarios a una presunción de derecho, esto es, de las llamadas *jure et de jure*, las que no admiten prueba en contrario.
- b) Cuando se trata de demostrar el hecho presumido sea por presunción *jure et de jure* o *juris tantum* cuando no se está discutiendo aquél.
- c) Cuando el hecho está plenamente demostrado en el proceso y se pretende con otras pruebas demostrarlo. Por ejemplo, el hecho es

---

hecho, diríamos que la prueba sí es pertinente, se está tratando de probar lo que es objeto del proceso, pero el medio probatorio no tiene idoneidad legal para probar el alcoholismo, porque la ley ha exigido otro medio probatorio.

<sup>2</sup> Hemos utilizado la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de fecha junio 30 de 1998. Mag. Pon. Dr. Jorge Anibal Gómez Gallego. Publicada en *Jurisprudencia penal*, primer semestre 1998, Editora Jurídica de Colombia, pág. 671.

susceptible de confesión, está confesado y se piden otras pruebas para demostrarlo.

- d) Cuando se trata de desvirtuar lo que ha sido objeto de juzgamiento y que ha hecho tránsito a cosa juzgada; o en el evento en que se trata de demostrar, con otras pruebas, lo ya declarado en la sentencia que ha hecho tránsito a cosa juzgada.

En términos generales, se puede decir que la prueba es inútil cuando sobra, por no ser idónea, no en sí misma, sino con relación a la utilidad que le debe prestar al proceso, ya que éste sólo puede recaudar las pruebas necesarias para el pronunciamiento del fallo. Si nos valiéramos de una metáfora, podríamos decir que el proceso debe consumir las pruebas que le sean absolutamente necesarias para pronunciar el fallo y que no puede darse el lujo de recaudar pruebas que sobren, superfluas, redundantes o corroborantes, cuando esto no sea absolutamente necesario.

## Capítulo V

### FIN DE LA PRUEBA

#### 1. ENUNCIACIÓN

Decía Jerome Frank: "Ninguna decisión es justa si está fundada sobre un acertamiento errado de los hechos".

Toda actuación judicial, sin ningún tipo de *distingo*, debe buscar la verdad de los hechos, para sobre ellos hacer descender el ordenamiento jurídico. Cuando no se reconstruyen los hechos como realmente ocurrieron estamos juzgando otro asunto.

No es serio sostener hoy en día que existe una diferencia entre el proceso civil y penal, con relación al fin de la prueba, ya que en el proceso penal se busca la llamada "verdad real" y en el civil una verdad formal (es decir una no verdad). Ningún ordenamiento jurídico sensato, y más precisamente, ninguna jurisdicción lo sería cuando le prometiera a los asociados un proceso donde a pesar de todas las dificultades y desgastes que implica, solo buscaría una verdad formal y en el otro sí, la verdad real. Todo lo referente al decreto de pruebas de oficio en materia civil apunta a darnos la razón en este planteamiento (numeral 4 del art. 37, arts. 179 y 180 del C. de P.C., ver capítulo VIII, sobre pruebas de oficio).

Esa obligación, a cargo del funcionario de buscar la verdad implica no solamente la búsqueda de la prueba, sino también que una vez aportada al proceso, la tenga en cuenta (veáse el capítulo del derecho a la prueba). Es por ello que la Corte Constitucional ha considerado *vía de hecho*, cuando el juez omite apreciar y evaluar pruebas que inciden de manera determinante en su decisión.

En efecto ha dicho:

<sup>1</sup> FRANK, JEROME. *Courts on trial. Myth and reality in american justice*. Princeton, 1950, pág. 95.

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

"La vía de hecho consiste en ese caso en la ruptura deliberada del equilibrio procesal, haciendo que, contra lo dispuesto en la Constitución y en los pertinentes ordenamientos legales, una de las partes quede en absoluta indefensión frente a las determinaciones que haya de adoptar el juez, en cuanto, aun existiendo pruebas a su favor que bien podrían resultar esenciales para su causa, son excluidas de antemano y la decisión judicial las ignora, fortaleciendo injustificadamente la posición contraria. Ello comporta una ruptura grave de la imparcialidad del juez, y distorsiona el fallo, el cual —contra su misma esencia— no plasma un dictado de justicia sino que, por el contrario, lo quebranta<sup>2</sup> (se debe tener en cuenta que para que proceda la acción de tutela se requiere que no exista ningún otro medio ordinario de defensa judicial. En proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, fallado en segunda instancia, por la Sección Tercera del Consejo de Estado).

Ahora, estudiemos muy brevemente algunas teorías sobre la verdad, en el proceso.

<sup>2</sup> Continúa diciendo la Corte:

"El juzgador goza de un gran poder discrecional para valorar el material probatorio en el cual debe fundar su decisión y formar libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos de la sana crítica (arts. 187 del C. de P.C. y 61 del C.P.L.), dicho poder jamás puede ser arbitrario; su actividad evaluativa probatoria supone necesariamente la adopción de criterios objetivos, racionales, serios y responsables.

"No se adecúa a este desideratum la negación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba, que se presenta cuando el juez simplemente ignora la prueba u omite su valoración, o sin razón valedera alguna no da por probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Se aprecia más la arbitrariedad judicial en el juicio de evaluación de la prueba, cuando precisamente ignora la presencia de una situación de hecho que permite la actuación y la efectividad de los preceptos constitucionales consagradorios de derechos fundamentales, porque de esta manera se atenta contra la justicia que materialmente debe realizar y efectivizar la sentencia, mediante la aplicación de los principios, derechos y valores constitucionales" (Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-442 de 11 de octubre de 1994. Mag. Pon. Dr. Antonio Barrera Carbonell).

Sentencia No. SU-477 de 1997, septiembre 25 de 1997, Mag. Pon. Dr. Jorge Arango Mejía. También se dice: "Tal irregularidad implica violación del debido proceso (art. 29 C.P.) e impide que la parte afectada acceda materialmente a la administración de justicia (art. 229). Lo que se tiene entonces es un acto judicial arbitrario que, en caso de dolo, podría configurar prevaricato".

## 2. LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD EN EL PROCESO

Creemos el fin de todo el horizonte de la prueba, y se podría decir que de todo el proceso, judicial es conseguir la verdad. Tenemos que averiguar si es cierto que K mató a J. En el proceso civil si A le prestó a B, quinientos millones de pesos.

Ahora bien, ¿la valoración de las pruebas apuntan a la averiguación de la verdad en el proceso, al reconstruir el hecho tal y como supuestamente ocurrió?

Dice la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

"En cuyo ejercicio los funcionarios judiciales, con la debida observancia de las garantías debidas a todos los sujetos que en él intervienen, procuran mediante el método reconstructivo el establecimiento de la verdad acerca del hecho histórico que se reputa delictuoso".

Dice la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil:

"La atribución que la ley otorga al funcionario para decretar pruebas de oficio —explica la Corte en reciente pronunciamiento— si bien por el interés público del proceso no constituye una facultad sino un deber (...) establecido para garantizar la búsqueda de la verdad real que no aparece en el expediente...".

Dice la Corte Constitucional de Colombia, refiriéndose al juez:

"... y se convierta en un partícipe más de las relaciones diarias de forma tal que sus fallos no solo sean debidamente sustentados desde una perspectiva jurídica, sino que, además, respondan a un conocimiento real de las situaciones que le corresponde resolver".

Como se puede concluir del anterior muestreo, la Corte considera que hay que averiguar la verdad en el proceso y esa es la orientación de la valoración y fin de la prueba.

## 3. TESIS QUE CONSIDERAN QUE ES IRRELEVANTE O IMPOSIBLE CONSEGUIR LA VERDAD

Siguiendo los estudios de Juan Igarúa Salaverria, podríamos hacer el siguiente resumen:

<sup>3</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Marzo 25 de 1999. Mag. Pon. Dr. Anibal Gómez Gallego.

<sup>4</sup> Sentencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil. 4 de marzo de 1998. Expediente 4921. Mag. Pon. Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

<sup>5</sup> Sentencia No. C-037 de 1996.

### 3.1. LA DE LOS INDIFERENTES

La verdad es irrelevante en el proceso, dentro de estos se ubican los que sostienen la posición:

#### 3.1.1. Retórica

La valoración judicial de las pruebas no es para conseguir la verdad, sino para permitir el hábil despliegue de argumentos para convencer a las partes (y a un auditorio más general) de que el tribunal ha obrado correctamente.

#### 3.1.2. Narrativista

Se dice fundamentalmente que la reconstrucción de un hecho efectuada por el juez no es sustancialmente diferente de una narración novelada. Claro que se pretende que la primera sea verdadera. O sea que si la plausibilidad de una narración se cifra en su coherencia, carece de sentido preguntarse qué relación hay entre la narración y la realidad<sup>6</sup>.

### 3.2. IMPOSIBILIDAD DE CONSEGUIR LA VERDAD

#### 3.2.1. La imposibilidad teórica

Integrada por tres grupos:

1) Por todos los que suscriben opciones gnoseológicas generales de cuño idealista e irracionalista y que, por tanto, descartan que se llegue a conocer la realidad.

2) Con los que ya en el continente de doctrinas jurídicas específicas, asimilan la valoración de las pruebas a golpes de intuición, a reacciones individuales o a estimaciones subjetivas.

3) Los "perfeccionistas desilusionados", o sea con extremistas de todo o nada, de manera que si la verdad absoluta no está a nuestro alcance quedaría excluido cualquier conocimiento racional.

#### 3.2.2. La imposibilidad práctica

No se consigue la verdad: Porque el juez no dispone ni de los instrumentos cognoscitivos ni del tiempo y libertad para investigar del que sí disponen el

<sup>6</sup> IGARTÚA SALAVERRIA, JUAN. *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*. Tirant lo Blanch, Valencia (España), 1995, pág. 20.

científico y el historiador; porque intereses públicos y privados obligan a que las cuestiones judiciales se resuelvan dentro de un plazo limitado, muchas veces insuficiente para un cabal conocimiento de lo realmente acontecido; porque existen limitaciones legales para el uso de los medios de prueba; porque hay normas jurídicas que restringen los procedimientos de formación de las pruebas<sup>7</sup>.

### 3.3. IMPERTINENCIA IDEOLÓGICA (EL VALOR FUNDAMENTAL DEL PROCESO ES LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS)<sup>8</sup>

Existe una tendencia, sobre todo en el proceso civil, a alinearlos como una más de las especies de solución de conflictos, como resultado de la 'contaminación' sociológica y, con base en ello se afirma: "... si la finalidad primaria es la solución del conflicto entre las partes, no es indispensable 'la verdad del hecho', pues dentro de este enclave es más importante que la disputa se resuelva, a que se resuelva correctamente, aspecto este último que así se ubica en un plano secundario<sup>9</sup>.

Inclusive, se llega a decir que muchas veces no es aconsejable averiguar la verdad, ni hacerle a la parte, que la tiene, inventario riguroso de ella; porque ello entorpecería la solución del conflicto. La verdad es inconveniente para terminar el asunto.

### 3.4. LA OBTENCIÓN FORMALIZADA DE LA VERDAD

Puede ser ubicada esta teoría dentro de aquellas que consideran, ... en razón que el derecho procesal penal, le plantea al juez una tarea que no puede realizar: averiguar la verdad, pero no a cualquier precio, que por razones prácticas no es posible conseguir la verdad y por ello Winfreid Hassemmer postula su concepción en que la meta de producción del proceso penal, es más bien la obtención formalizada de la verdad. Esa verdad forense tiene que pagar un precio y por ello tiene límites (con relación a la verdad). Cuáles son esos límites: i) El precio son los derechos de la persona que sirve de medio de prueba y tales derechos 'cuestan' la completa averiguación de la verdad. ii) Vista muy aguda ha de tener el juez para producir un caso que contiene sólo una parte de las informaciones relevantes, porque la otra parte

<sup>7</sup> Copio a IGARTÚA SALAVERRIA, JUAN. Ob. cit., pág. 23.

<sup>8</sup> Utilizo la frase tomada de IGARTÚA SALAVERRIA, JUAN. Ob. cit., pág. 22.

<sup>9</sup> MORELLO M., AUGUSTO. *La prueba. Tendencias modernas*. Abeledo-Perrot, 1991, pág. 19.

es tabú. iii) El mismo Derecho impide averiguar tanto como sería necesario para fundamentar su sentencia sobre un 'caso verdadero'.

El autor piensa que como el método que empleamos para averiguar la verdad en el proceso penal no es el de las ciencias empíricas (y que esa búsqueda de la verdad material puede llevar a dañar corporal, espiritual o socialmente a las personas), no se puede hablar de verdad. Que los órganos de instrucción y los Tribunales tendrían la posibilidad de averiguar la verdad material con más precisión y plenitud que conforme a un sistema de indagación formalizada. Dice: "Este aparato tiende por su naturaleza y función a una producción más precisa y completa de datos, y hay ejemplos de otros tiempos y lugares, pero también de aquí y ahora, que evidencian su propensión a desconectarse de las reglas que les dificultan la indagación de la verdad, a satisfacer su interés por ésta mediante la vulneración del derecho. Sólo un Derecho Procesal Penal aplicado con respeto estricto a sus normas y con sus garantías profundamente enraizadas en la conciencia de los ciudadanos puede impedir que producción del caso penal signifique también la vulneración de la ley. La formalización de la indagación de la verdad, su obstaculización y limitación por reglas estrictas constituyen el ETHOS propio de la fase de producción del caso"<sup>10</sup>.

*Critica:* No estamos de acuerdo con la tesis de Hassemer y no podríamos estarlo por las siguientes razones:

1) No resulta equilibrado, comparar el método de averiguamiento de la verdad en el proceso penal, con el de las ciencias empíricas, es una exageración por lo menos. Además, la ciencia de largo aliento normalmente no tiene límites éticos. El proceso, y por sobre todo el penal, debe manejar esos límites. El juego 'sucio' la trampa, la deslealtad, le quitan legitimidad, planteamientos que no se le pueden hacer a la ciencia<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> HASSEMER WINFREID. *Fundamentos de derecho penal*. Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona (España), pág. 191.

<sup>11</sup> Dice el autor:

"El sistema de racionalidad sobre el cual se fundamenta el derecho alemán de la prueba es el de la 'verdad material'. Y nos permitimos, resumir con base en lo anterior lo que sostiene el autor:

"1. El caso producido ha de ser verdad.

"2. Un caso construido 'erróneamente' conduce a una sentencia 'injusta'.

"3. En el proceso penal se ha de producir ciertamente 'el verdadero supuesto de hecho'. La persona procesada tiene que coincidir con la que realmente perpetró el hecho...

2) Es desacertado poner un límite tan alto, para decir que como no se puede cumplir en el proceso penal y, que por ello debemos hablar de una verdad forense (que recuerda la discusión, entre verdad formal y verdad real)<sup>12</sup>.

3) El reproche que se hace, con relación a los límites de prueba, de ninguna manera oscurecen o evitan al averiguamiento de la verdad. Veamos los casos que enuncia el autor. A) Prohibición de la prueba sobre determinadas materias: Secretos que el funcionario conoce por el ejercicio de sus funciones y para cuya revelación no ha sido autorizado por el superior. "... Este es un reproche que se le puede hacer a las ciencias empíricas, como no poder hacer

---

"4. Los criterios de selección del derecho penal material cumplen con su parte, proporcionando las indicciones... "que para el caso de determinación de la punibilidad son más precisas y completas que para la determinación de la pena. Acerca de los verdaderos supuestos de hecho que se han de buscar y posibilitan con ello el equilibrio del proceso de comprensión y el dominio concentrado del material".

<sup>12</sup> Diferencia el método de las ciencias empíricas con el del derecho procesal penal. Resumimos su planteamiento:

1. El proceso penal, por su parte, y en comparación con las inversiones de las ciencias empíricas, invierte bien poco en el esclarecimiento de la verdad.

2. El proceso penal adolece de carencias de tiempo, de personal y de dinero.

3. No puede dejar abierto a la crítica los resultados a los que llega ni puede dejar en el aire los datos que ha recopilado, sino que tiene que encontrar un final definitivo, y cuanto más rápidamente mejor. Los casos no solamente se han de producir correctamente sino que también han de cerrarse. La soberana modestia de las ciencias empíricas llevaría en el proceso penal a una pena perpetua, y no solo para el acusado. El principio de la crítica permanente se contrapone radicalmente al instituto de la cosa juzgada: cuando no se den las extraordinarias razones que permitan una reapertura del proceso concluido por sentencia firme, la cuestión queda definitivamente cerrada con el paso de la misma por las diversas instancias procesales. Por lo que a la producción del caso respecta no existe siquiera la posibilidad de que sea revisada o corregida en la segunda instancia. Los jueces no son investigadores científicos, no son expertos en balística ni en arquitectura. El derecho procesal penal remite para tales cuestiones a los peritos que auxilian a la administración de justicia y exige de los jueces solamente la "libre convicción" y no hipótesis científicamente confirmadas".

No podemos adscribir el derecho procesal penal a un concepto de verdad como el de las ciencias empíricas. Por el contrario, al proceso penal se le dota de instrumentos para detener la búsqueda de la verdad.

Sostiene igualmente: "La dosificación de la indagación de la verdad no consiste solamente en distribución de la carencia de tiempo, personal y dinero. A ella subyace también un principio jurídico, el de proporcionalidad que se concreta en el derecho a la intimidad (right of privacy), en protección de los datos y de la esfera íntima de las personas.

experimentos sobre seres humanos, lo que no aborta la indagación porque se emplearán otros métodos o se harán sobre animales para averiguar los efectos". B) Emplear determinados medios de prueba (medios de prueba prohibidos: reconocimientos corporales) "Esta en realidad no es una limitación, la inspección corporal, la extracción de líquidos y muestras está permitida en las distintas legislaciones, sólo que no se puede envilecer a la persona". C) Emplear determinados métodos de indagación de la verdad (Métodos de prueba prohibidos: aplicación de un detector de mentiras). La idoneidad, para averiguar la verdad, del detector de mentiras y el empleo de narcóticos, no está demostrada (fuera de que envilecen a la persona), pero existen otros métodos para averiguar la verdad mucho más confiables y serios. D) Verificar determinadas pruebas por cualquier persona (pruebas relativamente prohibidas: verificación de una prueba sanguínea por un celador). Este es un reproche que se puede hacer en cualquier investigación seria, como si se manejaran los reactivos químicos por quien cuida el laboratorio y no por el químico correspondiente". E) "Valorar para la producción del caso una prueba obtenida contra las prohibiciones anteriores (Prueba de valoración prohibida: la confesión de un acusado obtenida cuando se encontraba agotado)". No apreciar la confesión en ese caso, no impide la búsqueda de la verdad y su obtención utilizando otros medios de prueba.

Las anteriores prohibiciones de prueba (como las llama el autor comentado) y otras muchas que se pueden enunciar, de ninguna manera oscurecen la búsqueda y obtención de la verdad en el proceso. A medida que se abre paso el sistema de valorar las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

4) Cuando el autor escribe: "Lo que el juez descubre no es la verdad material, sino la verdad obtenida por vías formalizadas, es decir, la verdad forense, y es a ésta a la que se dirige la comprensión escénica en el proceso penal". Indudablemente nos está hablando de otra verdad, distinta a la verdad material y con mayor razón cuando exagera las prohibiciones de prueba y dice: "El derecho procesal penal despliega una amplia y estructurada serie de prohibiciones de prueba, parte en el texto legal y parte en el desarrollo jurisprudencial del mismo, que impiden al tribunal y a los órganos instructores adquirir datos cuyo conocimiento sería de gran interés".

Si esa verdad, que se logra en el proceso penal es forense y distinta a la verdad material, ello significa que el ordenamiento jurídico se hace descender para juzgar el caso, sobre una no verdad. Una no verdad que deslegitima el proceso: se propicia un sistema de arbitrariedad. Este planteamiento de la

verdad forense, ideológicamente puede conducir a que los funcionarios consideren que por tratarse de otra verdad distinta a la material, con algunas pruebas pueden hacer imputaciones y condenar, lo que convierte al proceso penal en un arma muy peligrosa que se puede prestar para que rinda servicios a intereses subalternos como los políticos.

No podemos compartir de ninguna manera la tesis de Winfreid Hassemer, por todo lo dicho.

#### **4. NUESTRO CRITERIO**

##### **4.1. LA VERDAD COMO PLANTEAMIENTO IDEOLÓGICO**

En el proceso, cualquiera que él sea, teniendo en cuenta sus características, es necesario averiguar la verdad. Cada vez que se plantea estrechar el concepto de verdad, para construir una especie para el proceso, donde exista ligereza probatoria para construir el caso, se abre la puerta, sobre todo en materia penal, para que penetre la arbitrariedad. No hay peor injusticia que construir la sentencia sobre una no verdad. Debemos cuidarnos de hacer estos planteamientos, porque justificamos la arbitrariedad.

##### **4.2. CUANDO NOS ATENEMOS A UNAS FORMALIDADES PARA CONSTRUIR PROBATORIAMENTE EL CASO, NO TENEMOS QUE CREAR UNA ESPECIE DE VERDAD, DISTINTA DE LA "VERDAD ÚNICA"**

En todo tipo de indagación, sea química, física, biológica, tenemos que observar unas formalidades y reglas, y a nadie se le ha ocurrido decir que al observarlas no se conseguirá 'la verdad', pero que sin embargo a pesar de ser un 'obstáculo' para el fin buscado hay que seguirlas observando, o que esas ciencias se contentaran con una no verdad. En absoluto, las formas y sobre todo en la investigación judicial, facilitan la inmaculación de la prueba.

##### **4.3. LAS PROHIBICIONES DE PRUEBA, NO SON DE TAL ENTIDAD QUE NOS APARTEN DE LA ÚNICA VERDAD, LA LLAMADA VERDAD REAL O MATERIAL**

Se ha exagerado, los efectos que sobre el averiguamiento de la verdad en el proceso judicial ejercen las prohibiciones de prueba. Sin caer en cuenta que esta forma leal de afrontar la investigación no impide que se utilicen otros medios probatorios que perfectamente pueden lograr trasladar los hechos

del mundo extraprocesal al mundo del proceso con la misma nitidez de los prohibidos y por sobre todo con inmaculación.

**4.4. LA META DEL PROCESO JUDICIAL ES AVERIGUAR LA VERDAD, Y ESTA SE PUEDE LOGRAR PORQUE TENEMOS INCLUSIVE MEJORES ELEMENTOS Y FACILIDADES PARA LOGRARLO QUE LAS CIENCIAS EMPÍRICAS**

En el proceso judicial, se trata fundamentalmente de manejar en el amplio sentido del vocablo acciones y comportamientos humanos, y por ello podemos utilizar como material de la reconstrucción del hecho, prueba indicaria, y por sobre todo las reglas de la experiencia, que no pueden utilizar normalmente las ciencias empíricas. Si bien, por ejemplo, no podemos 'escuchar' directamente el hecho psíquico, sí lo podemos hacer a través de ciertas objetividades (los indicios). El método de la prueba en el proceso judicial, no es inferior al de las ciencias empíricas, sino simplemente adecuado a sus necesidades.

**4.5. EL OBJETO Y TEMA DE PRUEBA NOS INDICA LO QUE SE DEBE INVESTIGAR Y ELLO NO SIGNIFICA EXIGIR UNA ESPECIE DE VERDAD DISTINTA A LA MATERIAL Y MUCHO MENOS RELATIVIZARLA**

La verdad que necesita el proceso, para que se pueda dictar una sentencia justa, no proviene del mayor número de pruebas, ni de escudriñar todos los hechos. Solo se necesitan los hechos que sean objeto y tema de prueba. Esa delimitación es absolutamente normal en todo tipo de investigación.

Obsérvese que una actuación penal puede ser nula por una omisión probatoria. Para que ello pueda ocurrir se requiere: A) Que se acredite la inexistencia en el proceso del medio probatorio; B) Y que se vea claro que por su ausencia el juzgador construyó una sentencia distinta de la verdad buscada procesalmente y no encontrada, por lo que consecuencialmente resulta gravemente afectado el sujeto procesal y ha dicho, para abundar, la Corte Suprema de Justicia:

"Es decir, el rompimiento de una realidad procesal por medio de la comprobada existencia de una irregularidad sustancial 'omisión probatoria' que obstaculiza al juzgador entrar en posesión de la verdad histórica, de contera favorable al sujeto procesal"<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal, Junio 22 de 1999. Mag. Pon. Dr. Jorge Anibal Gómez Gallego. Editora Jurídica de Colombia, primer semestre de 1999, pág. 620.

Lo anterior demuestra que sin sonrojo y con método, se puede conseguir la verdad, para sobre ella construir la sentencia; existen controles para saber cuándo ha existido omisión probatoria.

## 5. CERTEZA

*Certeza*: Conocimiento seguro, claro y evidente de las cosas. Firme adhesión de la mente a algo conocible, sin temor de errar.

*Certidumbre*: Certeza<sup>14</sup>.

Los escolásticos hablaban de certidumbre como de un "estado firme de la mente".

Hay varias clases de certidumbre (certeza). Una subjetiva y otra objetiva.

La certidumbre (certeza) subjetiva implica un asentimiento, pero no el fundamento de ese asentimiento. La certidumbre (certeza) objetiva explica el fundamento de su asentimiento, el fundamento puede ser la confesión, un testimonio, etc.

Hay una concepción que se ha llamado tendencia certística a la que admite solamente proposiciones completamente seguras como base de la ciencia o de la filosofía. Para dicha sentencia debe ser excluido cuanto no pueda ser rigurosamente demostrado<sup>15</sup>.

Nuestros códigos se alinean en la certeza objetiva:

1) Debe fundarse en externalidades, es decir en pruebas regular y oportunamente aportadas al proceso (arts. 174 del C. de P.C. y 232 del C. de P.P.). Se necesita la prueba para crear esa certeza.

"El recurrente en casación, debe invocar la causal tercera y demostrar que sin lugar a dudas de haber obrado la prueba pretermitida otro hubiera sido el sentido del fallo impugnado".

<sup>14</sup> *Certeza*: Cualidad de 'cierto' le garantizo la certeza de la noticia. Adquirir. Tener. 'certidumbre'. Evidencia. Seguridad. Conocimiento cierto de una cosa: 'Tengo no sólo la creencia, sino la certeza de que vendrá -o 'Seguridad'-. Manera de saber o de afirmar una cosa, cuando no se tiene ninguna duda sobre ella: 'No lo digas si no lo sabes con certeza'.

<sup>15</sup> Pues "lo inseguro está siempre acechado por la sorpresa, en tanto que lo seguro tiene sus espaldas libres para consagrarse a otras importantes actividades".

FERRATER MORA, J. *Diccionario de filosofía*. Barcelona, Editorial Ariel, 1994, pág. 526 (las definiciones fueron tomadas de la misma obra).

2) La prueba es la que debe conducir al funcionario a la certeza de lo investigado, en cualquier tipo de proceso.

El Código de Procedimiento Penal, en el art. 232, regla: "Prueba para condenar. No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado.

Con relación a este artículo ha dicho la Corte Suprema de Justicia. Sala Penal.

"Es en virtud de ello que se estima sabia la fórmula acuñada en el artículo 247 del C. de P.P. (hoy 232 del C. de P.P.) en el sentido de que 'no se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obren pruebas que conduzcan a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado', tanto porque democrática y justamente dicho precepto reivindica la certeza objetiva (fundada en medios de convicción), como porque nos señala nitidamente que no es la prueba en sí la que constituye la certeza (o la duda) sino que ella apenas se erige en un medio o vehículo para llegar a dicha meta, pues tal es el sentido del verbo 'conducir'. Por ello, con sobrada razón, los expositores del método racional pregonan que 'las pruebas no se cuentan sino que se sopesan'.

Veamos el siguiente caso que nos permite observar cómo se capturó la verdad y sobre ella se creó la certeza objetiva:

**Hechos:** A las voces de auxilio y solicitud de detenerlos, pasaron dos individuos: X y Rafael corriendo frente a unos contertulios. Estos emprendieron la persecución de los dos que corrían. X y Rafael dieron muerte a uno de los que perseguían e hirieron a otro. Se trata de averiguar cuál de los dos fue quien percutió el arma.

Tenemos:

1. X (imputado) manifestó: que era él quien portaba el arma; pero también dice: "En ningún momento he disparado el arma".

2. EAC (uno de los contertulios que emprendió la persecución junto con el que resultó muerto) advierte que fue herido por acción del arma disparada por el "más alto" de los huidizos, característica que se constata *a posteriori* en cabeza de Rafael.

3. MSP (otro de los contertulios, que alcanzó a agarrar a uno de los detractores cuando se internó en las aguas del río Manzanares) depones y dice que el atrapado le tronó a su compañero: "Rafá me cogieron" y el otro, o sea Rafá, me disparó ("Rafá" es un apócope usado en el lenguaje familiar para referirse a "Rafael").

Como se puede observar las tres versiones corresponden a la realidad y conducen, mueven, desplazan la mente hacia la certidumbre (certeza) que el autor de los disparos fue Rafael.

## 6. PROBABILIDAD

*Azar*: casualidad, caso fortuito.

Dice Dante, infierno IV, 136, cuando allí encuentra a Demócrito se refiere a él, como el que supone el mundo obra del acaso<sup>16</sup>.

Según algunos, hay un error en la interpretación que hace el poeta, porque Demócrito en su cosmología ha puesto de relieve que el universo se halla regido por el principio de necesidad.

Aristóteles dice que Demócrito había sostenido que la formación del cielo y de la tierra tiene lugar por azar y criticó esa opinión, ya que consideró que era absurdo que el cielo —que obedece a movimientos más regulares que ninguna de las cosas de la tierra—, hubiese producido por azar o fuere algo en que suceden acontecimientos azarosos.

## 7. ARISTÓTELES Y LA CAUSA

Después de examinar los cuatro diferentes tipos de causas: material, formal, eficiente y final, el Estagirita se pregunta, si hay otro tipo de "causa" y aparecen: El azar traducido al latín por *casus* y la suerte o fortuna traducido al latín por *fortuna*. "Ambos tipos de causas se refieren a clases de acontecimientos que se distinguen de los ordinarios por un rasgo preeminente: la excepcionalidad. Ni el azar ni la suerte tienen que ver con cosas que acontecen "siempre" o siquiera la "mayor parte de las veces", si bien expresan un tipo de causalidad por accidente (causa per accidens)<sup>17</sup>.

## 8. EL AZAR Y LA PROBABILIDAD

La interpretación científica del azar comienza por la introducción de las probabilidades:

*"Tomando como base lo que sostiene David Ruelle se puede decir: Para diversas clases de fenómenos (lo que he llamado fragmentos de realidad) existen*

<sup>16</sup> Che il mondo a caso pone.

<sup>17</sup> Tomado de FERRATER MORA J. *Diccionario de Filosofía*. Ariel Referencia Barcelona 1974, Tomo I. (letras A-D) pág. 291.

Distingue el azar y la suerte: El azar para lo que sucede accidentalmente en los acontecimientos naturales y suerte en lo que sucede accidentalmente en los acontecimientos humanos.

Lo que es accidental excluye lo que sea necesario.

*idealizaciones que hacen intervenir probabilidades. Nos interesamos en esas idealizaciones porque son útiles: puede ser útil saber que una moneda lanzada al aire saldrá cara o cruz con las mismas probabilidades.*

*"Puede ser útil saber que, si usted lanza una moneda veinte veces, hay menos de una posibilidad sobre un millón de que salga cara en todos los casos. De este modo, las probabilidades reemplazan la incertidumbre total por algo un poco más sustancial."<sup>18</sup>*

## 9. INCERTIDUMBRE

Inseguridad. Cualidad de incierto. Duda. Estado del que duda o no sabe cierta cosa con seguridad. Estado del que vacila.

Duda. perplejidad.

## 10. ARISTÓTELES Y LA PROBABILIDAD

La dialéctica expuesta en los tópicos, es la lógica de lo probable y de lo verosímil; la probabilidad está ligada a la opinión y al consenso<sup>19</sup>.

En efecto, en el *Organon*, en los tópicos, al principio del libro primero, se plasman por parte del Estagirita, tres tipos de silogismos que corresponden a tres tipos de razonamientos y a tres campos de investigación:

<sup>18</sup> RUELLE DAVID. *Azar y caos*. Alianza Universidad. Madrid 1995, pág. 23.

<sup>19</sup> *Organon Tópicos*, Libro 1, *Generalidades sobre los métodos de la dialéctica. Objeto del tratado*:

"El propósito de este estudio es encontrar un método a partir del cual podamos razonar sobre todo problema que se nos proponga, a partir de cosas plausibles, y gracias al cual, si nosotros mismos sostenemos un anunciado, no digamos nada que le sea contrario. Así pues, hay que decir primero qué es un razonamiento y cuáles sus diferencias, para que pueda comprenderse el razonamiento dialéctico: en efecto, esto es lo que buscamos dentro del estudio presente.

Un razonamiento es un discurso (logos) en el que sentadas ciertas cosas, necesariamente se da a la vez a través de lo establecido, algo distinto a lo establecido. Hay demostración cuando el razonamiento parte de cosas verdaderas y primordiales, o de cosas cuyo conocimiento se origina a través de cosas primordiales y verdaderas; en cambio, es dialéctico el razonamiento construido a partir de cosas plausibles (probables).

Ahora bien, son verdaderas y primordiales las cosas que tienen credibilidad, no por otras, sino por sí mismas (en efecto, en los principios cognoscitivos no hay que inquirir el porqué, sino que cada principio ha de ser digno de crédito en sí mismo). En cambio, son cosas plausibles las que parecen bien a todos, a los sabios, y entre estos últimos, a todos, o a la mayoría, o a los más conocidos y reputados.

1. **Necesario o apodíctico:** Cuando deriva de principios verdaderos y ciertos.
2. **Dialéctico:** Cuando las premisas son probables (plausibles).
3. **Erístico:** Cuando las premisas parecen probables sin que lo sean.

*"La esfera de lo probable parece entonces intermedia entre lo ciertamente verdadero (discurso apodíctico) y lo ciertamente falso (discurso sofista)"<sup>20</sup>.*

Y dice Aristóteles:

*"... Son cosas plausibles (probables) las que parecen bien a todos, o a la mayoría, o a los sabios, y, entre estos últimos, a todos, o a la mayoría, o a los más conocidos y reputados".*

## 11. CUANTIFICACIÓN DE LA INCERTIDUMBRE

Dice: Miguel A. Gómez Villegas:

*"El problema fundamental radica en cómo cuantificar la incertidumbre que presentan los fenómenos aleatorios, los cuales constituyen el dominio de aplicación de la inferencia estadística. Así como la geometría trata de medir las áreas de los cuerpos y la mecánica de explicar el movimiento de los mismos, la inferencia estadística trata de estudiar cómo debería ser empleada la inferencia en las situaciones que envuelven incertidumbre.*

*"Si nosotros estamos considerando un suceso incierto y decidimos medir la posibilidad de ocurrencia de este suceso mediante un valor, al que convenimos en llamar probabilidad, parece intuitivo pensar que ese valor es análogo al número que obtenemos cuando medimos un área. Y podemos concluir, por tanto, que las probabilidades obedecerán a leyes parecidas a las que obedecen las áreas".*

Y agrega más adelante: **La Ruleta**

*"... Se puede medir la incertidumbre de un modo análogo a como medimos longitudes, áreas, pesos u otras magnitudes físicas. Y no estaremos descaminados. Un procedimiento de este tipo es el empleado por la moderna teoría de la probabilidad para el tratamiento de la incertidumbre.*

*"No obstante, no todas las incertidumbres pueden medirse de ese modo. El conductor que piensa atravesar las montañas y tiene incertidumbre acerca de si el puerto estará abierto y despejado de nieve, o la persona que anuncia que probablemente amanecerá mañana, no parecen estar hablando de una incertidumbre cuantificable mediante el esquema de la ruleta. Están hablando de una INCERTIDUMBRE SUBJETIVA, de una mayor o menor adhesión, confianza o certeza respecto del suceso en cuestión.*

<sup>20</sup> Ver GIULIANI ALESSANDRO, *Il concetto di prova. Contributo alla logica guiridica*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1971.

"Precisamente estos dos modos posibles de considerar la probabilidad, bien como una propiedad intrínseca de algún sistema (tal es el caso de la ruleta) o bien como una medida de nuestro grado de confianza o de nuestra certeza sobre alguna afirmación (como sucede en el caso del puerto o en la posibilidad de ananecer).

Esta variedad de enfoques no debe sorprendernos demasiado. Las teorías científicas están construidas sobre términos no definidos o no totalmente bien definidos. Los intentos para definir conceptos como fuerza o masa han resultado insatisfactorios; y sin embargo los aeroplanos vuelan, las locomotoras se mueven y los satélites están en órbita alrededor de la tierra gracias a las teorías basadas en estos términos".

"Desde los inicios de la teoría de la probabilidad hasta el año de 1950, la mayoría de los estadísticos mantuvieron la opinión de que la probabilidad de un suceso, como medida de la incertidumbre asociada al mismo, era una probabilidad objetiva INHERENTE AL SUCESO EN SI ESTA PROBABILIDAD PODÍA DETERMINARSE, DE UN MODO TAMBIÉN OBJETIVO, A PARTIR DE LA FRECUENCIA DEL SUCESO, ES DECIR, A PARTIR DEL NÚMERO DE VECES QUE SE PRESENTA EN SUCESIVAS REPETICIONES DEL EXPERIMENTO.

"A partir del año de 1950 toma fuerza la interpretación de la probabilidad como una MEDIDA SUBJETIVA de nuestra opinión o de nuestro grado de confianza respecto a alguna afirmación sujeta a incertidumbre. Esta interpretación se apoya en la utilización sistemática del Teorema de Bayes y da lugar a la inferencia bayesiana o, más generalmente, a la parte de la teoría de la decisión que se basa en el llamado criterio de Bayes.

"Un ejemplo muy simplificado puede arrojar luz sobre las dos interpretaciones mencionadas. Supongamos que no se sabe cuál es la probabilidad de obtener cara al lanzar una moneda determinada y que se pretende averiguar esta probabilidad. Si adoptáramos la primera interpretación, lanzaríamos la moneda un número elevado de veces y determinaríamos la probabilidad en función de la frecuencia relativa del suceso, es decir, en función del cociente entre el número de veces que apareciera la cara y el número total de lanzamientos realizados.

"Por el contrario, si adoptáramos la aproximación bayesiana, comenzaríamos determinando de un modo subjetivo la probabilidad del suceso "cara" en función de nuestro grado de confianza en la verificación del mismo. (Seguramente decidiríamos asignar a esa probabilidad el valor 0,5) a continuación lanzaríamos la moneda un número elevado de veces y, mediante la utilización de los mismos datos que en la aproximación anterior, calcularíamos una nueva" probabilidad con el concurso del Teorema de Bayes. Este valor final para la probabilidad recogería nuestro nuevo grado de confianza acerca de la verificación del suceso "cara" en un lanzamiento posterior de la moneda".

<sup>21</sup> RIVADULLA ANDRÉS, Prólogo de Gómez Villegas Miguel Ángel, *Probabilidad E Inferencia Científica*. Antropos, 1991, pág. 11.

## 12. LA ESTADÍSTICA

### 12.1. LA ESTADÍSTICA DESNUDA: EL CASO DEL AUTOBÚS AZUL

Mientras conduce tarde en la noche en la oscuridad, en un camino de dos carriles, una persona ve en la dirección opuesta un autobús que se acerca a baja velocidad por la línea central del camino. Por el resplandor de los faros, la persona ve que el vehículo es un autobús, pero él no lo puede identificar de otro modo. Él desvía para evitar una colisión, y su auto golpea un árbol. El autobús veloz pasa sin detenerse. La persona lesionada demanda luego a la compañía del Autobús Azul. Él prueba, además de los hechos expresados, que la Compañía del Autobús posee y opera el 80% de los autobuses que recorren el camino donde ocurrió el accidente.

En el presente caso, las pretensiones del demandante deben ser desestimadas e incluso es improbable llegar al jurado.

Fallar a favor del demandante tendría las siguientes inconsistencias:

1. Aunque el acusado causó probablemente el daño al demandante, el investigador no puede alcanzar una conclusión que el público acepte como una declaración acerca de lo que aconteció.
2. Se puede solamente concluir de la evidencia presentada por el demandante, que había un 80% de oportunidad que él fue lesionado por la Compañía de Autobús Azul y un 20% de oportunidad que no.
3. Lo que es importante, es que el público no puede ver cualquier declaración que haga el investigador como nada distinto a una apuesta basada en la evidencia.
4. Dada la sencillez de la evidencia, el público no tiene ninguna razón para respetar una conclusión del investigador como en los casos que implican evidencia compleja.
5. Se puede afirmar que el investigador no puede y el público lo sabe, hacer nada más que una apuesta en la evidencia. Porque el sistema judicial se esfuerza para proyectar un recuento aceptable acerca de lo que aconteció, entonces, la evidencia del demandante es insuficiente, a pesar de la probabilidad alta de su certeza.

### 12.2. LA EVIDENCIA ESTADÍSTICA COMO ANEXO A LA NO ESTADÍSTICA. USO DE LA EVIDENCIA ESTADÍSTICA EN PROCEDIMIENTOS DE CONDENA

En el caso Estados Unidos vs. Shonubi, la Corte admitió evidencia estadística en un procedimiento de sentencia para determinar la cantidad total

de heroína introducida de contrabando al país, por el acusado. Cuando fue arrestado, el acusado Shonubi llevaba 427,4 gramos de heroína contenidos en bolsas en su tracto intestinal. La Corte encontró que él había hecho otros siete viajes similares. La cantidad total (de droga) introducida a los Estados Unidos fue un determinante importante para establecer la sentencia adecuada bajo las normas de sentencia de Estados Unidos. En este hallazgo, de que Shonubi *"había pasado de contrabando entre 1.000 y 3.000 gramos (de heroína) en sus 8 viajes"*, el juez Weinstein confió en parte en la información disponible en el servicio de Aduanas de Estados Unidos para 117 traficantes similares (mulas) de heroína. Estos datos fueron utilizados en un programa de computadora que simulaba "100.000 posibles series de siete viajes" (Id. at. 503). Los cálculos de la computadora produjeron una tabla de distribución que indicaba que una gran proporción de estos siete viajes, habría involucrado el transporte de cantidades importantes de (gramos) heroína. Después de recibir el testimonio a expertos de ambas partes, tanto del fiscal como de la defensa, la Corte, invocando la Regla Federal de la Evidencia 706, designó su propio equipo de expertos. Considerando las variaciones entre los expertos, además de sus conclusiones compartidas, el juez Weinstein se basó en la evidencia estadística conjuntamente con la evidencia no estadística para concluir que, usando una cifra prudente, la importación ilegal total del acusado estaba dentro de los límites indicados anteriormente.

En su opinión, el juez Weinstein enfatizó que la evidencia estadística es extremadamente útil pero, en general, debe ser admitida solamente unida a la evidencia no estadística. La evidencia estadística puede desempeñar un papel importante, por ejemplo, "1) el fortalecer la confianza del juez en sus inferencias; 2) Permitiéndole al juez intercambiar esas inferencias; y 3) Ayudándole a la Corte a ilustrar esas inferencias".

### 13. UTILIZACIÓN DE LA ESTADÍSTICA PARA REFORZAR Y DARLE ROTUNDEZ A LA CONCLUSIÓN

Dice la Corte Constitucional de Colombia:

*"Con el fin de verificar el procedimiento que utilizan los puertos carboníferos en el proceso de carga del carbón, su transporte en las barcazas y el descargue de las mismas en los buques que transportan el carbón, a fin de determinar si evidentemente los habitantes de Santa Marta gozan de un ambiente sano, lo que constituye uno de los derechos fundamentales invocados en la demanda.*

*"Durante la inspección judicial realizada, se recorrieron las instalaciones de los puertos carboníferos de la Drummond, Prudeco y Carboandes, donde se pudo*

constatar el proceso de transporte y carga del carbón hasta las barcazas; allí los funcionarios de estas empresas explicaron dicho proceso, así como el funcionamiento y operación de los sistemas de aspiración para evitar que el levantamiento del polvillo del carbón genere problemas de contaminación y otros mecanismos tendientes a proteger el ambiente y el entorno social y ecológico de los efectos del polvillo. Así mismo, se hizo un recorrido en helicóptero por la zona donde se efectúa el descargue del carbón de las barcazas hasta los transportadores, a través del cual se verificó que en efecto, no se atienden en forma íntegra las reglas y procedimientos establecidos para el cargue y descargue del carbón, pues la máquina que extrae el carbón de la barcaza y lo coloca dentro de las bodegas del buque no completa adecuadamente dicho proceso, ya que descarga el carbón desde la parte alta, sin colocar el mineral dentro de las bodegas en forma absoluta, permitiendo de esa manera que fácilmente por los fuertes vientos de la zona, se lleve el polvillo del carbón hacia la bahía y genere posible contaminación. Al respecto, el Director de CORPAMAG advirtió que esta situación no es normal y es objeto de sanciones debido a los problemas ambientales que acarrea, pero que es difícil ejercer un control estricto por la falta de barcos para la vigilancia.

"Así mismo, la Sala visitó las instalaciones del Hotel El Decamerón - Puerto Galeón, de conformidad con la solicitud previa presentada al efecto, a objeto de verificar la contaminación a causa de la emisión del polvillo del carbón. Allí se encontró que evidentemente en las paredes y pisos existían concentraciones de polvillo de carbón".

Se recibieron testimonios, que acreditan que el polvillo hace difícil la respiración en la zona.

Así mismo, es importante señalar que al expediente se aportó el correspondiente análisis mineralógico de las muestras recolectadas en las estaciones de medición de partículas en suspensión ubicadas en los Alcatraces y el Aeropuerto, las cuales permiten determinar la composición de las partículas en suspensión en dichas áreas. Los análisis corresponden a muestras tomadas por CORPAMAG en el tercer y cuarto trimestre de 1996, así como del primer trimestre de 1997. Dichos análisis establecen la participación de partículas de carbón dentro del total de partículas en suspensión recolectadas en las estaciones.

En este orden de ideas, dada la existencia de dichas partículas de carbón en el aire que circunda el Distrito de Santa Marta, y que es inhalado por sus habitantes, la Sala consideró de especial importancia determinar qué efectos produce en las personas dicho polvillo.

Al respecto, el Ministerio de Salud puso en conocimiento de la Corte, la información relacionada con los efectos causados a la salud humana por la exposición al polvo de carbón. Sobre el particular expresó:

*"Principales efectos de la exposición a polvo de carbón"*

1. Rinítis - enfermedad rino-sinusal.
2. Bronquitis industrial (cuando no se atribuye al cigarrillo).
3. Neumoconiosis del carbón (el agravante es su gravedad y pronóstico, dado que sus efectos son irreversibles).
4. Agravamiento de otras enfermedades.

*Problemas relevantes:*

1. Incremento de explotación artesanal (mayor riesgo de enfermar - accidente o muerte).
2. Adecuación ambiental de la política carbonífera por el Impacto ambiental y la afectación poblacional.

**RIESGO DE ACCIDENTE DE TRABAJO EN LA EXTRACCIÓN DE CARBÓN**

Del total de AT (128.081) durante 1995, el sector de explotación del carbón se constituyó como la novena de las 26 actividades económicas.

*Promedio de Días de Incapacidad*

- a) A nivel nacional = 28.3
- b) Por extracción de carbón = 7.8

(..)

**ESTUDIO EPIDEMIOLÓGICO SOCIAL Y AMBIENTAL DE LA MINERÍA DEL CARBÓN  
- CERREJÓN ZONA CENTRO Y LA JAGUA DE IBERICO - 1990-1995**

*Entidades que lo realizaron: ISS-CENSAT - MINSALUD*

**MUESTRA TOTAL DE TRABAJADORES: 410, en los cuales se encontró 12.5% Prevalencia Neumoconiosis y 46% sospechosos de Enfermedad Neumoconiótica.**

**CONCLUSIONES:**

*La extracción de Carbón constituyó la 4ª actividad económica causante de costos a cargo del ISS durante 1995.*

*Sus efectos no solo tienen impacto ocupacional, sino que realmente comprometen la salud poblacional de aquellas regiones en las que se explota el mineralº. (Negritillas y subrayas fuera de texto).*

Con fundamento en lo anterior, y teniendo en cuenta científicamente los efectos que produce el polvillo del carbón en la salud de las personas, es necesario que para contrarrestar la amenaza a la salud y a la integridad física de las personas con ocasión del proceso de cargue y descargue del carbón en los puertos carboníferos de la Drummond, Prodeco y Carboandes, se recomienda la adopción de medidas urgentes en orden a prevenir que dicha situación pueda acarrear la perturbación de la salud y demás derechos fundamentales de la población que habita en la zona aledaña a los puertos.

#### 14. LA PROBABILIDAD LÓGICA

Utilicemos un ejemplo, que hemos tomado de la jurisprudencia del Consejo de Estado y que resumiremos en tres partes:

##### *El caso*

En síntesis, la menor K, ingresó al Instituto N. de C. con el fin de que se diera allí un diagnóstico definitivo en relación con una masa –aparentemente un tumor– que presentaba a nivel dorso-lumbar. Antes de ingresar al Instituto se le practicaron varios exámenes sin que ninguno de ellos arrojará un resultado contundente. Los médicos del Instituto optaron por practicarle de manera inmediata una biopsia, sin ordenar otros análisis previos. Dado que la lesión que padecía la menor no era un tumor sino un hemangioma, durante la intervención sufrió una hemorragia que obligó a los médicos a aplicar sobre las vértebras cera ósea y salvar así su vida. Al día siguiente de la intervención, la menor presentó “paraplejía flácida e incontinencia de esfínteres”.

##### *Observación presupuesto*

- i) Con relación al servicio médico asistencial, en un primer momento, se exigía al actor aportar la prueba de la falla para la prosperidad de sus pretensiones.
- ii) Posteriormente, en sentencia de 24 de octubre de 1990<sup>22</sup>, la Sala consideró que el artículo 1604 del Código Civil debía ser aplicado también en relación con la responsabilidad extracontractual y, en consecuencia, la prueba de la diligencia y cuidado correspondía al demandado en los casos de responsabilidad médica.
- iii) Y en decisión de 30 de junio, se mantuvo el anterior criterio, pero con un sustento ideológico diferente: El cual hace referencia a la posibilidad en que se encuentran los profesionales, dado su “conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta” de satisfacer las inquietudes y cuestionamientos que puedan formularse contra sus procedimientos.

*No obstante la presunción, en el caso presente la falla del servicio está demostrada*

Dice el Consejo de Estado de Colombia:

<sup>22</sup> Mag. Pon. Dr. Gustavo de Greiff Restrepo, Exp. 5902, Actor: María Helena Ayala de P.

*"En el caso concreto la falla del Instituto demandado está probada. Dicha falla consistió en omitir la práctica de exámenes de laboratorio previos, los cuales hubieran brindado a los médicos una mejor información acerca del tipo de lesión que presentaba la menor y por consiguiente, la realización de procedimientos diferentes a la biopsia cuya práctica no estaba indicada en el caso concreto y que generó el daño cuya indemnización se reclama.*

*"A esta conclusión se llega al observar que la resonancia magnética practicada a la menor por el mismo Instituto un mes después de la intervención reveló la existencia del hemangioma. Lo cual significa que el examen era posible dentro de las condiciones materiales del Instituto y servía para identificar en forma previa la consistencia de la masa que se advertía en los otros exámenes de laboratorio".*

### **La cuestión**

Se trata de averiguar, si la falla del servicio, es la causa del daño sufrido por la menor.

Hay incertidumbre porque existen varias causas posibles:

- i) La paraplejía pudo obedecer a la compresión de la médula espinal al tratar de controlar el sangrado durante la práctica de la biopsia.
- ii) La médula pudo haber sido afectada por la lesión que sufría la menor, por dos mecanismos: i) El crecimiento de la lesión pudo comprimir directamente la médula; ii) El tumor, al erosionar el cuerpo de las vértebras, puede ocasionar fracturas patológicas y el desplazamiento vertebral que se origina daña la médula.
- iii) También se dijo que pudo ser:
 

La presión de la misma hemorragia, antes de la cirugía; durante la cirugía la hemorragia fue controlada, pudo hacer presión también la cera quirúrgica sobre la médula. Y se agregó: al revisar el caso con el neurocirujano que hizo la intervención, hay una arteria que lleva la sangre a la médula, que pasa por ahí, es posible que el tumor la hubiese comprimido, al presionar la arteria, deja de irrigar sobre la médula y se muere el segmento de la médula.
- iv) Fue nada más que un accidente; de no haberse practicado la cirugía que se hizo *"lo más probable es que la paciente hubiese fallecido súbitamente, por una hemorragia aguda, fuera de condiciones quirúrgicas"*.

Estamos frente a una incertidumbre, en principio no sabemos cuál fue la causa del daño que sufrió la menor, como bien lo dice Taruffo, cuando se habla

de incertidumbre no se habla de desorden, sino de problemas de racionalidad. Todas las causas son posibles de haber causado el daño (la paraplejía). Valdría la pena, bajo el yugo de la razón, preguntarnos: "¿Cuál de esas causas, adquiere una mayor cualificación?, saliéndose de lo posible y adquiriendo el calificativo de probable, podemos pensar en vía de hipótesis, que pudo ser la biopsia, y si "reconduciendo su grado de fundamentación a los elementos de confirmación (o de prueba) disponibles con relación a esa hipótesis" encontramos en el presente caso<sup>23</sup> lo que dijo bien el Consejo de Estado:

*"En conclusión, no existe certeza en el sentido de que la paraplejía sufrida por K, haya tenido por causa la práctica de la biopsia. No obstante, debe tenerse en cuenta que aunque la menor presentaba problemas sensitivos en sus extremidades inferiores antes de ingresar al Instituto, se movilizaba por sí misma y que después de dicha intervención no volvió a caminar. Esto significa que existe una alta probabilidad de que la causa de la invalidez de la menor sea la falla de la entidad demandada".*

Con base en los hechos y las pruebas se dice: Antes de la intervención caminaba, después no; hemos pasado de la probabilidad (cualificación), a una alta probabilidad o probabilidad prevaleciente.

También se dijo en la sentencia:

*"En consideración al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño en los casos que está comprometida la responsabilidad profesional, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación causal, se afirma que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en esta materia "el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia", es decir que la relación de causalidad queda probada "cuando los elementos de juicio suministrados conducen a "un grado suficiente de probabilidad".*

Al respecto ha dicho la doctrina:

*"En términos generales, y en relación con el 'grado de probabilidad preponderante', puede admitirse que el juez no considere como probado un hecho más que cuando está convencido de su realidad. En efecto, un acontecimiento puede ser la causa cierta, probable o simplemente posible de un determinado resultado. El juez puede fundar su decisión sobre los hechos que, aun sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como los más verosímiles, es decir, los que presentan un grado de probabilidad predominante. No basta que un*

<sup>23</sup> Ver TARUFFO. Ob. cit., pág. 224.

*hecho pueda ser considerado sólo como una hipótesis posible. Entre los elementos de hecho alegados, el juez debe tener en cuenta los que le parecen más probables. Esto significa sobre todo que quien hace valer su derecho fundándose en la relación de causalidad natural entre un suceso y un daño, no está obligado a demostrar esa relación con exactitud científica. Basta con que el juez, en el caso en que por la naturaleza de las cosas no cabe una prueba directa llegue a la convicción de que existe una 'probabilidad' determinante<sup>24</sup>.*

<sup>24</sup> Mag. Pon. Dr. Gustavo de Greiff Restrepo, Exp. 5902, Actor: María Helena Ayala de P. (págs. 78-79).