2-2022

TEMAS PROCESALES

Editor: Jorge Iván Marín Tapiero

36

La Revista Temas Procesales Vol. 35 no tiene ánimo de lucro.
ISSN: 2619-3655
Periodicidad: semestral
temasprocesalesrevista.com

Queda prohibido cualquier tipo de reproducción —con fin lucrativo— de los trabajos académico aquí presentados.
Todos los Derechos Reservados.

Filiación: Red para el Estudio del Proceso y la Justicia
www.procesalyjusticia.org
temasprocesalesrevista@gmail.com
Medellín, Colombia.

Edición: Jorge Iván Marín Tapiero - jmarint@udemedellin.edu.co
Diagramación y diseño editorial: Cristina Ramírez López.
Febrero, 2023

COMITÉ EDITORIAL

Adriana Arboleda (Colombia-Universidad CUA), Jorge Vásquez (Colombia-Universidad Católica Luis Amigó), Diana Ramírez Carvajal (Colombia-Universidad de Medellín), Andrea Meroi (Argentina-Universidad Nacional del Rosario) y Cristina Patiño (Colombia-Universidad Nacional).

COMITÉ CIENTÍFICO

Camilo Zufelato (Universidad de Sao Pablo), Giovanni Priori (Perú-Pontificia Universidad Católica del Perú), Arturo Álvarez (España-Universidad de Cadiz) e Isabel Villar (España-Universidad de Cadiz).

COMITÉ EVALUADOR

Camilo Andrés Garzón Correa (Colombia-Universidad Cooperativa de Colombia), Juan Camilo Yepes Yarce (Colombia-Universidad Autónoma Latinoamericana), Beatriz Elena Arcila Salazar (Colombia, Universidad Católica del Oriente).

SALUDO PRELIMINAR

Sullo Studio del Diritto Processuale

Le ragioni che rendono necessario uno studio accurato e approfondito del diritto processuale sono varie. Da un lato vi sono ragioni che possiamo considerare "professionali": la conoscenza del diritto processuale è indispensabile per l'avvocato, per il giudice, per il fiscal, per l'amministratore pubblico e privato, e in sostanza per chiunque sia in contatto con il diritto. In questa prospettiva è necessaria una ottima conoscenza delle norme che regolano il processo e dei criteri per la loro corretta interpretazione e applicazione.

Dall'altro lato, però, vi sono ragioni di ordine più generale, e forse di importanza anche maggiore. Bisogna infatti considerare che il processo è il meccanismo fondamentale e necessario per l'attuazione concreta dell'intero sistema giuridico: senza il processo, e più in generale senza l'amministrazione della giustizia, il diritto si ridurrebbe ad un insieme di norme scritte sulla carta ma senza nessuna efficacia nella vita reale della società. Ecco allora che la conoscenza del diritto processuale permette di conoscere una delle articolazioni essenziali per la vita del diritto nel suo insieme.

Bisogna tuttavia intendersi sulla natura di questa conoscenza. Tra i giuristi, ma non solo tra essi, è molto diffusa l'idea che sia sufficiente conoscere i dettagli delle norme che si incontrano nei codici processuali del proprio paese, ma questa è un'idea troppo riduttiva e sostanzialmente sbagliata. Se per conoscenza intendiamo che bisogna comprendere il diritto processuale nella sua reale natura e importanza, allora occorre che la conoscenza non si limiti ai dettagli delle regole processuali nazionali, ma occorre estendere lo studio in varie altre direzioni. Per un verso, occorre anzitutto leggere ed interpretare le norme che regolano il processo alla luce delle garanzie previste nelle Costituzioni e negli accordi internazionali (come ad esempio il patto di San Josè de Costarica sulla protezione dei diritti umani). Occorre, in altri termini, che le norme processuali vengano lette sulla base dei principi fondamentali di quello che ormai si chiama "giusto processo". Per altro verso, nel mondo attuale dominato dalla globalizzazione non è possibile limitarsi a conoscere il "proprio" diritto processuale, e bisogna invece ampliare l'orizzonte nella prospettiva del diritto comparato e del diritto processuale sovranazionale, includendo la conoscenza dei sistemi processuali stranieri, e almeno dei più importanti.

Ancora, il diritto processuale va studiato e conosciuto anche in prospettiva storica. L'analisi storica è necessaria per capire come il diritto processuale si è formato e si è evoluto nel tempo, in quali circostanze e per quali cause. Ma è soprattutto importante la storia recente, che dia conto dei cambiamenti e delle riforme che hanno portato alla situazione normativa attuale.

Infine, ma non è la cosa meno importante, occorre guardare al fenomeno processuale anche in una necessaria prospettiva sociologica, che consenta ad esempio di valutare l'effettività dell'amministrazione della giustizia, i modi e i limiti con cui il processo assicura l'attuazione dei diritti dei cittadini, e di accertare i difetti e i necessari cambiamenti nella disciplina del processo. Questo, dunque, va visto anche

come un importantissimo fenomeno sociale, che influenza la vita di tutti i cittadini e del sistema sociale nel suo complesso.

Michele Taruffo

Sobre el Estudio del Derecho Procesal

Las razones por las que es necesario un estudio serio y profundo del derecho procesal son varias. Por un lado, existen razones que podemos considerar "profesionales": conocer el derecho procesal es indispensable para los abogados, para el juez, para el fiscal, para el administrador público y privado, y en general para todo aquel que se encuentre en contacto con el derecho. Desde esta perspectiva es necesario un conocimiento óptimo de las normas que regulan el proceso y de los criterios necesarios para su correcta interpretación y aplicación.

Por otro lado, sin embargo, están las razones de orden más general y que pueden ser de mayor importancia: es necesario, en efecto, considerar que el proceso es el mecanismo fundamental para la aplicación concreta y correcta de TODO el sistema jurídico; sin el proceso, sin la administración de la justicia, el derecho se reduce a un conjunto de normas escritas sobre un papel que no tienen ninguna eficacia en la vida real de la sociedad. Es por esto que el conocimiento del derecho procesal permite que se alcance la articulación esencial para la vida del derecho en todo su conjunto.

Es necesario entender la naturaleza de este conocimiento. Entre los juristas — pero no solo entre ellos— se encuentra muy difundida la idea de que es suficiente conocer los detalles de las normas que se encuentran en los códigos procesales: sin embargo, esta es una idea muy reducida y sustancialmente equivocada. Si por conocer se entiende que es necesario COMPRENDER el derecho procesal en su verdadera naturaleza e importancia, entonces ocurre que la conciencia no se limita a los detalles de las reglas procesales nacionales, sino que es importante extender este estudio en otras direcciones. En un sentido, deberíamos hablar de los métodos para leer e interpretar las normas que regulan el proceso a la luz de las garantías previstas en la constituciones y en los tratados internacionales (por ejemplo en el pacto de San José de Costa Rica sobre la protección de los derechos humanos). En otros términos, las normas procesales deben ser leídas sobre la base de los principios fundamentales de lo que configura el denominado: "justo proceso" o "debido proceso".

En otro sentido, en el mundo actual, dominado por la globalización, no esposible limitarse a conocer el "propio" derecho procesal, es necesario ampliar los horizontes en la perspectiva del derecho comparado y del derecho procesal supranacional, lo que incluye el conocimiento de los sistemas procesales extranjeros o, al menos, de los más importantes. Además, el derecho procesal debe ser estudiado y conocido también desde una perspectiva histórica. Los análisis históricos son necesarios para entender cómo el derecho procesal se ha formado y ha evolucionado en el tiempo, en cuáles circunstancias y por cuáles causas. Pero, sobretodo es importante la historia reciente que da cuenta de los cambios y de las reformas que han propiciado el estado actual de

la norma.

Por último, también se debe considerar el fenómeno procesal en una prospectiva sociológica que genere la conciencia, por ejemplo, para validar la efectividad de la administración de la justicia, los modos y los límites con los que el proceso protege los derechos de los ciudadanos y, además, que genere la capacidad de revisar los defectos y los necesarios cambios en la disciplina del proceso.

Finalmente, el derecho procesal es un importante fenómeno social que influencia la vida de todos los ciudadanos y del sistema social en toda su complejidad y es por esto que su estudio es esencial desde muchas perspectivas.

Michele Taruffo

Traducido por: Diana María Ramírez Carvajal

Esta revista honra la memoria de nuestro maestro Michelle Taruffo, fallecido en el año 2020, por ello exaltamos sus recomendaciones sobre **por qué estudiar Derecho Procesal.**

Tabla de contenido

Negación del acceso a la administración de justicia en casos de violencia contra la mujer.
Mirtha Ceballos Valencia *5*

Reflexiones sobre la Motivación de la Sentencia Judicial.
Santiago Rosero Díaz del Castillo *30*

Prueba y verdad
Reflexiones desde la obra de Michele Taruffo.
Hader Guillermo Luna Mora, Luis Orlando Toro Garzón *51*

La verdad, la prueba y los estándares de suficiencia probatoria. Una reflexión en torno al pensamiento transformador de Michele Taruffo con respecto a la nueva enseñanza del derecho procesal.
Víctor Camilo Ortega Botina *7 9*

Aplicabilidad de las cadenas de razonamiento por los jueces de lo contencioso administrativo de Medellín, al momento de apreciar la prueba testimonial.
Clara Patricia Cano Castrillón, Laura Chica Cano, Liliana Damaris Pabón Giraldo *105*

La prueba de oficio en el Código General del proceso.
Alejandro Regalado Martínez *131*

Los elementos imprescindibles para el establecimiento legal de la infracción aduanera y las conductas típicas que la configuran.
Francia Hernández *155*

Negación del acceso a la administración de justicia en casos de violencia contra la mujer

Mirtha Ceballos Valencia[1]

Resumen: Pese al amplio marco normativo, abundante jurisprudencia y la existencia de diversas organizaciones de derechos humanos que propenden por el respeto de los derechos de la mujer, la violencia desplegada en su contra sigue siendo un fenómeno global persistente.

En Colombia, a raíz de la expedición de la ley 1542 del 2012, que eliminó el carácter querellable y desistible de este delito, su investigación es oficiosa, lo cual ha incrementado notablemente su judicialización, sobre todo cuando de capturas en flagrancia se trata, ya que, al ser la pena mínima superior a 4 años, en todos los casos de captura debe legalizarse el procedimiento ante un juez control de garantías.

Es por ello que ante la enorme congestión de procesos en Fiscalía, se ha considerado que no es posible continuar con la investigación ya que la víctima usualmente no va a testificar en el juicio o no quiere declarar basándose en su derecho a la no incriminación, por tanto concluye el ente investigador que no tiene elementos probatorios para sostener una acusación, y dada la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, decide terminar el proceso acudiendo ante el juez de conocimiento para tramitar preclusión por este motivo.

El presente artículo hace un análisis de la normativa nacional e internacional y la jurisprudencia relacionada sobre la protección de la mujer frente a los actos de violencia, la cual busca no solo prevenir, erradicar sino también sancionar a los infractores de estas conductas y de cómo, la solicitud de la fiscalía de tramitar preclusión por una deficiente investigación, conlleva a la negación de justicia para la mujer: Para ello se utilizará un paradigma naturalista, con un enfoque cualitativo, un método hermenéutico sobre la información documental de carácter jurídico.

Palabras clave: Acceso a la justicia, fiscalía, preclusión, tutela judicial efectiva, violencia contra la mujer, vulnerabilidad.

1 Mirtha Lucia Ceballos Valencia, Jueza 1a. Penal del Circuito Especializada de Pasto, Maestría en Derecho Constitucional Contemporáneo, Universidad de Medellín, e-mail: mirtha0863@hotmail.com

Denial access to the administration of justice in cases of violence against women

Abstrac: Despite the regulatory framework and the existence of various human rights organizations that promote respect for women's rights, the violence deployed against them continues to be a persistent phenomenon.

In Colombia, as a result of the issuance of Law 1542 of 2012, which eliminated the indictable and dismissible nature of this crime, its investigation is informal, which has notably increased its prosecution, especially when it comes to arrests in flagrante delicto. Since the minimum sentence is greater than 4 years, in all cases of capture, the procedure must be legalized before a guaranteed control judge.

Given the enormous congestion of processes in the Prosecutor's Office, it has been considered that it is not possible to continue with the investigation since the victim usually does not want to testify in court or does not want to testify based on their right to non-incrimination, therefore it is concluded that there is no evidence to support an accusation and given the impossibility of refuting the presumption of innocence, the process is ended for this reason.

This article analyzes national and international regulations and related jurisprudence on the protection of women against acts of violence, which seeks not only to prevent and eradicate but also to punish offenders of these behaviors and how the prosecutor's request to process estoppel due to a poor investigation leads to the denial of justice for women, for which a naturalistic paradigm will be used, with a qualitative approach, a hermeneutical method on legal documentary information.

Keywords: Access to justice, prosecution, estoppel, effective judicial protection, violence against women, vulnerability.

Keywords: Access to justice, district attorney's office, preclusion, effective judicial custody, violence against women, vulnerability.

Introducción

El acceso a la justicia es un derecho fundamental y como tal constituye uno de los presupuestos fundamentales de todo sistema jurídico moderno; sin embargo, la gran preocupación es la dificultad de efectivizarlo garantizando a todas las personas incluidas las de especial vulnerabilidad, el ejercicio de este derecho.

Es innegable la preocupación que sobre el tema han tenido los Estados y los organismos internacionales de derechos humanos por dotar de normatividad que haga efectivo este derecho, tanto que se han emitido varios instrumentos nacionales e internacionales; empero, en tratándose de la garantía de los derechos de las mujeres, especialmente a una vida libre de violencia, los esfuerzos normativos han sido infructuosos puesto que las barreras en la búsqueda la tutela judicial efectiva son frecuentes, sean de tipo cultural, social o económico e incluso, han cobrado muchas vidas, precisamente por no haberse atendido oportunamente a las víctimas, escuchados sus clamores, temores y preocupaciones.

Se torna necesario cambiar de paradigmas, eliminar los prejuicios y estereotipos que son aplicados por los propios administradores de justicia, personal de apoyo, fiscalía, comisarios de familia, funcionarios de policía judicial y la comunidad en general, puesto que el problema de acceso a la justicia de este grupo vulnerable no es por falta de normas o inexistencia de jurisprudencia, sino de garantizar de manera efectiva este derecho.

El propósito de eliminar, sancionar y erradicar la violencia de género implica garantizar en todo momento y lugar, los derechos de la mujer, sin embargo, pese a lo avanzado en la normativa y jurisprudencia internacional y nacional, persisten dichos atentados y con ello muchos casos de negación de justicia. Al efecto, la solicitud de preclusión de las investigaciones en delitos de violencia contra la mujer por la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia del procesado dada la insuficiencia probatoria es una contundente afrenta al acceso a la administración de justicia de las mujeres víctimas de estos delitos, así como también a una vida libre de violencias de todo orden.

Objetivos y metodología

Para el presente escrito se pretende, como objetivo general, analizar el derecho al acceso a la administración de justicia en las investigaciones adelantadas por la Fiscalía General de la Nación – FGN –, en casos de violencia contra la mujer en Colombia, partiendo de la hipótesis que en lugar de acusar; los delegados del ente investigador, tramitan la preclusión ante el

juez de conocimiento, por la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia. Para el efecto, se han planteado tres objetivos específicos, el primero, relacionado con el reconocimiento de la normativa nacional e internacional sobre violencia contra la mujer, seguidamente, se busca desarrollar el papel de la jurisprudencia en torno al tema y finalmente, se hablará acerca de la preclusión de la investigación por la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia en los delitos de violencia contra la mujer.

La metodología utilizada parte de un paradigma naturalista, con un enfoque de orden cualitativo, usando los métodos de análisis bibliográfico y análisis jurisprudencial.

Desarrollo

Es de trascendental importancia citar el pensamiento del profesor Michelle Taruffo (2020), plasmado en su obra "Hacia la decisión justa", cuando hace referencia al derecho fundamental del acceso a la justicia, como uno de los presupuestos fundamentales de todo sistema jurídico moderno, al igual que cuando aborda la dificultad de efectivizarlo en casos de personas de especial vulnerabilidad, ya por su condición social como por su condición económica.

Señala el ilustre tratadista que se ha hablado mucho del tema tanto que se ha plasmado en numerosas normas nacionales como supranacionales, de tal suerte que nadie podría dudar de su importancia dentro de un sistema jurídico y de su evolución a través del tiempo. Considera a los años setenta como la "edad de oro" para la afirmación del derecho de acceso a la tutela jurisdiccional como un derecho fundamental de nivel constitucional.

El problema para el maestro consiste en sí es efectivamente garantizado en los ordenamientos procesales y constitucionales siendo que este derecho de actuar en juicio para la tutela de sus derechos compete a todos, el cual debe interpretarse en conexión con el principio de igualdad formal y sustancial.

Que teóricamente, todos tienen derecho de acceder a los tribunales, sin embargo, en la realidad concreta no es así, no sólo por las condiciones sociales y económicas de las personas, sino porque las sociedades han evolucionado, multiplicándose con ello las situaciones de desigualdad entre las condiciones de los sujetos económica y socialmente débiles y las condiciones de los sujetos que se encuentran en condiciones sociales y económicas aceptables.

Como gran visionario que era, el maestro Taruffo, advertía la dificultad que se presentaba y se presentaría para algunas personas de acceder a los tribunales en demanda de justicia, en pro del reconocimiento de sus derechos y en búsqueda de la tutela judicial efectiva, pese a que era un derecho de todos.

Esa verdad postulada por Taruffo no ha perdido actualidad; al contrario, cobra mayor importancia, constituyéndose el acceso a la justicia en uno de los grandes retos que se presentan a nivel global, especialmente cuando se trata de garantizar frente a personas en situación de vulnerabilidad o de desventaja con respecto a los demás.

Evocando al profesor y al análisis que hace sobre la situación de vulnerabilidad en que se encuentra cierto grupo de personas y que precisamente por esas condiciones no es factible que accedan a la justicia en las mismas condiciones que otras; se tomará el caso de los derechos de las mujeres, quienes han sido históricamente discriminadas y desconocidos sus derechos, tanto que han debido consignarse en varios instrumentos nacionales e internacionales para hacerlos exigibles frente a las autoridades y en general, frente a una sociedad que se acostumbró a discriminarlas.

De manera concreta, se analizará la ausencia de tutela judicial efectiva en las investigaciones adelantadas por la Fiscalía General de la Nación – FGN – en casos de violencia contra la mujer y la negación del derecho de acceso a la justicia, cuando los fiscales en lugar de acusar, tramitan preclusión de la investigación ante el juez de conocimiento, por considera que hay imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia del agresor.

Al efecto, revisados los datos estadísticos sobre violencia contra la mujer en el Observatorio de Género de la Universidad de Nariño[2], se registra un consolidado para el año 2020 de 2491 eventos de violencia contra la mujer en el Departamento de Nariño: De ellos 559 corresponden a violencia intrafamiliar, 1495 a violencia de pareja y 887 a violencia sexual. (Observatorio de Genero de Nariño, 2020)

Merece especial consideración el análisis realizado al incremento de factores de riesgo frente a las violencias basadas en género por la pandemia COVID 19, determinándose que la dependencia económica de las mujeres es, a todas luces, un factor de riesgo importante de sufrir violencia basada en género y, por ende, agrava la problemática de violencia contra las mujeres en el territorio nariñense.

Para el año 2021 se indica conforme al Sistema de información estadística delincuencial, contravencional y operativo de la Policía Nacional SIEDCO, que las violencias contra las mujeres en el departamento de Nariño, entre los meses de enero y octubre registran un total de 1575 eventos de violencia intrafamiliar y 487 casos de violencia sexual.

2 Creado desde el año 2014. Produce y analiza información sobre la situación de las mujeres y población diversa en Nariño a través de 7 líneas de investigación: violencia y justicia, trabajo y economía, educación y equidad, salud y derechos sexuales y reproductivos, participación política, construcción de paz y buenas prácticas y orientaciones sexuales e identidades de género.

En el caso de Pasto, SIEDCO reporta 966 casos de violencia contra mujeres en el ámbito de la familia y 206 de violencia sexual. En concreto, la ciudad de Pasto para el año 2020, de acuerdo con el informe denominado "Cifras Violeta IV nodo Pasto", el cual contiene datos clasificados como violencia sexual, violencia en el contexto de la familia y violencia de pareja, basado en los datos suministrados por Medicina Legal y la base de datos del Sistema Nacional de Vigilancia en Salud Público operado por el Instituto de Medicina Legal, se registran 1222 casos de violencia contra las mujeres, de las cuales el 9.5 % contra niñas y adolescentes, el 7.8% contra jóvenes y adultas, el 1.2% contra adultas mayores; de igual manera se discrimina que el 49.8% violencia en el contexto de pareja y el 31.7 violencia sexual. También se detalla que el 94.7% de los casos, las mujeres fueron agredidas físicamente y el 5.2% corresponde a violencia sicológica. El reporte concluye que en el año 2020 al menos 3.3 mujeres fueron agredidas en Pasto, de los cuales el 79% ocurrieron en el hogar.

Frente a esas grandes cifras de violencia contra la mujer registradas en el territorio nariñense, particularmente en la ciudad de Pasto, es preciso reconocer que no todos los casos de violencia llegan a conocimiento del ente investigador, en varias oportunidades no se denuncia por temor, otras por presión o simplemente por el desencanto que la víctima tiene, ya que pese a haberlo hecho en anteriores oportunidades, no ha pasado nada en el proceso o no ha habido cambios en su situación de vida, por lo que se perpetua el ciclo de violencia.

Es así como de esa cifra que llega a conocimiento de la FGN, algunos se tramitan con mayor celeridad, mientras otros permanecen a la espera del respectivo impulso por un largo tiempo, hasta que la estadística termina teniendo mayor peso y se decide buscar su finalización por otros mecanismos procesales.

Dada la información suministrada del Sistema Misional SPOA de la Dirección Seccional de Fiscalías de Nariño, se pudo verificar que para el año 2020, 30 procesos terminaron con preclusión de la investigación y para el año 2021, 34 por esa misma causal.

Ahora se torna necesario analizar y preguntar si le asistía razón a la FGN para terminar estos procesos con solicitud de preclusión de la investigación como se viene sosteniendo la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia del procesado o al no haberse agotado la investigación con el recaudo de otros EMP, se está negando el acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva a que tienen derecho las mujeres víctimas de violencia de género.

Normativa Nacional e Internacional Sobre Violencia Contra la Mujer

A nivel internacional, son varias las conferencias que han buscado posicionar los derechos de las mujeres, tratando de eliminar éste tipo de prácticas, entre ellas se encuentra la I Conferencia Mundial del Año internacional de la mujer realizada en México en 1975 que inauguró la década de la mujer; la II Conferencia Mundial realizada en Copenhague en 1980 la cual buscaba evaluar los avances obtenidos para las mujeres en las áreas de salud, educación y empleo; la III Conferencia de 1985 realizada en Nairobi revisó y evalúo los logros y obstáculos de la década y recomendó 372 acciones a los Estados para eliminación de las prácticas discriminatorias que mantienen subordinadas a las mujeres y la IV Conferencia que se realizó en Beijing en septiembre de 1995 dio origen a la Declaración de Beijing, donde los gobiernos ratificaron su adhesión a la eliminación de la discriminación contra la mujer.

Para el año 1946, las Naciones Unidas crearon la Comisión sobre la condición de la Mujer que se encargó de impulsar las iniciativas tendientes a eliminar las distintas formas de discriminación, destacándose algunos instrumentos adoptados en éste campo, entre ellos, la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer; en 1979, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la Eliminación de todas formas de discriminación en contra de la Mujer, llamada también CEDAW, que buscaba hacer un llamado a los Estados para que eliminen la discriminación en contra de las Mujeres. Este es el primer instrumento internacional en consagrar sus derechos, además del compromiso de los Estados para buscar la igualdad entre los sexos y de prever mecanismos para acabar con las barreras sociales, económicas, culturales y políticas a que se ven enfrentadas al acceder a la justicia.

Para el año 1994 (9 de junio), la Asamblea General de las Organización de Estados Americanos (OEA), aprobó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida también como Convención de "Belén do Pará", la cual de manera concreta señala en el capítulo II, Art. 3, como derecho protegido, "(…) toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado" (OEA, 1994). En ese mismo documento el Art. 4, entre otros derechos, consagra que toda mujer tiene derecho a que se respete su vida, su integridad física, psíquica moral, la libertad y seguridad personales, a no ser sometida a tortura, a que se respete su dignidad, al derecho a la igualdad de protección frente a la ley y de la ley, derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes que le amparen contra actos que violen sus

derechos.

Es decir que la Convención, no solo establece como derecho de las mujeres una vida libre de violencia, sino también como obligación de los Estados, de consagrar en favor de las víctimas de violencia, un mecanismo sencillo, ágil y efectivo para acudir ante los jueces en demanda de sus derechos.

El Art. 7 de la citada Convención señala como deberes de los Estados parte, el de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, de incluir en la legislación interna, normas penales, civiles y administrativas, así como de otra naturaleza que sean necesarias, al igual que se requiere adoptar medidas administrativas apropiadas que sean del caso. También está la obligación de adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad; establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia que incluyan entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, entre otros. Se prevé igualmente la obligación de implementar mecanismos jurídicos ágiles y efectivos para asegurar el acceso a la justicia de las víctimas de estas conductas.

Colombia, no solo adhirió a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer mediante Ley 51 de 1981 y la aprobación de su protocolo facultativo mediante Ley 984 de 2005, sino que también ratificó la Convención de Belem do Pará mediante Ley 248 de 1995.

Aunque mediante el acto Constituyente de 1991, ya se había dado un paso trascendental al reconocerle a la mujer un tratamiento particular y una protección reforzada, otorgándole un rango de cubrimiento constitucional, instituyendo la no discriminación como cláusula general, la igualdad de derechos y oportunidades en relación con el hombre, la especial asistencia de parte del Estado durante su embarazo y después del parto, y el apoyo especial a la mujer cabeza de familia en el Art. 43; la no discriminación por razón de género en el Art. 13; la protección a la familia como núcleo básico de la sociedad en el Art. 42 y finalmente el Art. 229, estableciendo la garantía de toda persona para acceder a la administración de justicia. También es posible incluir el Art. 29 superior, relacionado con el derecho al debido proceso, el cual debe garantizarse en todo proceso judicial o administrativo y el Art. 93 del bloque de constitucionalidad, ya que con este último se incorporaron todos los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, en especial la

CEDAW y la Convención de Belem Do Pará.

De manera concreta y a nivel interno, en cumplimiento de las normas constitucionales y las internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, se han expedido leyes destinadas a prevenir y erradicar la violencia contra la mujer; inicialmente, se emitió la Ley 294 de 1996, por la cual se desarrolla el Art. 42 CN y se dictan medidas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar; posteriormente se emitió la Ley 497 de 1999 que establece la jurisdicción de jueces de paz como mecanismo alternativo a la solución de conflictos, entre ellos la Violencia Intrafamiliar; la Ley 575 de 2000 reforma la Ley 294 de 1996 al trasladar la competencia en materia de Violencia Intrafamiliar a los Comisarios de Familia y establece que a falta de estos les corresponderá a los Inspectores de Policía; además, tipifica los delitos contra la armonía y unidad familiar; la Ley 640 de 2001 modifica las conciliación, entre ellos los asuntos de familia; la Ley 742 de 2002 que aprueba el Estatuto de Roma e incluye delitos relacionados con violencia basada en género; la Ley 599 del 2000 Código Penal en el cual se incluye un capítulo especial para el delito de Violencia Intrafamiliar; en el año 2004 se expidió la Ley 906, que corresponde al actual Código de Procedimiento Penal, que incluye el delito de Violencia Intrafamiliar como un delito querellable; posteriormente se emite la Ley 882 de 2004 que aumenta la pena para el delito mencionado; luego, se expidió la Ley 1257 de 2008, por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres; seguidamente se publicó la Ley 1542 del 2012, que reforma el artículo 74 del Código de Procedimiento Penal, buscando garantizar la protección y diligencia de las autoridades en la investigación de los presuntos delitos de violencia contra la mujer, elimina el carácter de querellables y desistibles de los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria; de otra parte se encuentra la Ley 1639 de 2013, por medio de la cual se fortalecen las medidas de protección a la integridad de las víctimas de crímenes con ácido y se adiciona el artículo 113 de la Ley 599 de 2000; por su parte, la ley 1719 de 2014, permite la adopción de medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial las ocasionadas con ocasión del conflicto armado; otra medida adoptada es la Ley 1761 de 2015 que tipifica el delito de feminicidio y finalmente, la ley 1959 del 2019 que amplía los sujetos que pueden considerarse víctimas de violencia intrafamiliar, además se autoriza la práctica de prueba anticipada para evitar la alteración o pérdida del elemento material probatorio en los casos de violencia intrafamiliar.

Merece especial consideración la ley 1257 del 2008 ya que constituye uno de los principales instrumentos para la defensa de los derechos humanos de las

mujeres, puesto que retoma los elementos de las convenciones internacionales, define lo que debe entenderse por violencia contra la mujer, extiende la violencia no sólo en el ámbito privado sino también al ámbito de lo público, incorpora el concepto de daño contra la mujer, establece los principios y derechos de las mujeres, para finalmente dedicar un capítulo a las medidas de protección y las sanciones para quien las incumpla.

A fin de reglamentar la citada ley, el gobierno nacional expidió 4 decretos dentro del cual merece destacar el Decreto 4799 del 2011, llamado también de acceso a la justicia, que extiende las competencias de las Comisarías de Familia, no solo a los casos de violencia dentro del ámbito familiar, sino también fuera de él, de igual manera señala el trámite cuando el asunto llega a la Fiscalía General de la Nación para que sea esta o la propia víctima, quien tramite las medidas de protección que garanticen su seguridad y el respeto a su intimidad ante los jueces control de garantías de conformidad con lo señalado en los art. 11 y 134 de la Ley 906 del 2004 y el Art. 17 de la referida ley, quien luego remitirá las diligencias a la Comisaría de familia para que se continúe con el procedimiento de vigilancia y cumplimiento, de ser necesario se impondrán medidas definitivas. Si el asunto llega directamente a la Comisaría de familia, éste será el competente para imponer medidas de protección de que trata la referida ley, en su ausencia, el competente será el juez Civil Municipal o Promiscuo Municipal del domicilio del demandante o del lugar donde fue cometida la agresión, de manera que se busca garantizar el efectivo acceso de las mujeres a los mecanismos y recursos que establece la Ley para su protección, todo con miras a erradicar todas las formas de violencia contra ellas. Este Decreto faculta también para hacer las citaciones al agresor a través de aviso o edicto y no por citación, como antes se hacía por la propia víctima.

Se resalta el tema de medidas de protección teniendo en cuenta que estas se prevén en garantía del derecho a la seguridad personal, integridad y vida libre de violencia de la mujer, las cuales pueden solicitarse por la FGN ante el Juez control de garantías o la propia víctima como uno de los mecanismos de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva. Las medidas de protección descritas en el Art. 16 de la ley 1257 del 2008, aplican no solo para eventos a nivel familiar, sino también fuera del ámbito familiar. Entre estas medidas se incluyen: el desalojo del agresor de la casa de habitación que comparte con la víctima, abstenerse de acudir a los lugares en donde se encuentre aquella, se prohíbe al agresor esconder o trasladar de residencia a los menores hijos, se impone la obligación de acudir a tratamiento educativo, terapéutico en una institución pública o privada a costa del agresor, a sufragar los gastos de orientación y asesoría jurídica, médica, psicológica y psiquiátrica que requiera la víctima, en caso de ser necesario se ordenará una protección temporal

especial a la víctima por parte de las autoridades de policía tanto en su domicilio como en su lugar de trabajo, entre otros y deja abierta la posibilidad para que se decrete cualquier medida que se considere necesaria para el cumplimiento de los objetivos de la ley: Prevención y sanción de todas las formas de violencia y discriminación contra las mujeres.

Mediante el Decreto 4463 de 2011, se definen las acciones necesarias para promover el reconocimiento social y económico del trabajo de las mujeres, además se buscó implementar mecanismos para hacer efectivo el derecho a la igualdad salarial y desarrollar campañas de erradicación de todo acto de discriminación y violencia contra las mujeres en el ámbito laboral, tanto para empleadores del sector público y privado sin distinción de la forma de vinculación laboral de la trabajadora.

Por su parte, el Decreto 4796 de 2011, previó las acciones necesarias para detectar, prevenir y atender integralmente a través de los servicios que garantiza el sistema General de Seguridad Social en salud a las mujeres víctimas de violencia e implementar mecanismos para hacer efectivo el derecho a la salud.

Finalmente, el Decreto 4798 de 2011, vincula a la comunidad educativa en la promoción, formación, prevención y protección de los derechos humanos de las mujeres para vivir una vida libre de violencia con la implementación de proyectos pedagógicos.

En suma, el Estado colombiano, con la expedición de estos 4 decretos, buscó atacar y al mismo tiempo abordar el problema de la violencia contra la mujer, reglamentando los frentes de justicia, trabajo, salud y educación.

Como se advierte, se ha expedido abundante normativa nacional e internacional, no sólo en cuanto a reconocimiento del derecho a una vida libre de violencia, dignidad, integridad, seguridad personal y acceso a la justicia, sino también destinadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer; sin embargo, a diario ocurren este tipo de atentados, incluso con el confinamiento por la pandemia a causa del COVID 19, se han incrementado la cantidad de casos, ello de acuerdo con la información suministrada por Medicina Legal.[3]

Esto sin tener en cuenta que muchas de las conductas no son denunciadas por las víctimas o no llegan a conocimiento de las autoridades (por el principio de oficiosidad que aplica para este delito) llámese FGN o funcionarios de Policía Judicial.

Sobre acceso a la justicia, merece especial citación las Reglas de Brasilia (marzo del 2008), que constituyen un conjunto de reglas mínimas para

3 Último informe comparativo de Medicina Legal sobre violencia de género noviembre del 2021

asegurar el acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad, una mayor visibilidad y reconocimiento de los derechos para su aplicación y desarrollo por parte de operadores y servidores del sistema judicial como jueces, fiscales, defensores públicos, policías, etc. Se incluyen dentro de estas reglas, las discriminaciones de género, previéndose en la Regla 17, que la discriminación que la mujer sufre en determinados ámbitos supone un obstáculo para el acceso a la justicia, que se ve agravada en aquellos casos en los cuales concurra alguna otra cusa de vulnerabilidad.

El papel de la Jurisprudencia

La jurisprudencia nacional e internacional contiene innumerables sentencias relacionadas con el deber de los estados de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y de brindar herramientas para que aquellas puedan reclamar sus derechos, especialmente el acceso a la justicia y una vida libre de violencia.

Una de las sentencias más relevantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, relacionadas con el tema es la perteneciente al caso Fernández Ortega y otros Vs. México, del 30 de agosto de 2010, donde se ratificó el deber del Estado de crear y brindar las medidas necesarias para evitar, sancionar y erradicar cualquier tipo de acto que represente violencia para la mujer, garantizando una investigación con determinación y eficacia que brinde confianza a la víctima (Fernandez Ortega y Otros Vs. Mexico, 2010), siendo importante mencionar que en la Sentencia de la Corte Constitucional C-368 del 2014 M.P. Alberto Rojas Ríos, el caso en mención se utiliza como fundamento para declarar la exequibilidad del artículo 229 del Código Penal, modificado por el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007, por cuando se considera que el aumento de la pena, respecto del delito de violencia intrafamiliar contra personas consideradas vulnerables, con las cuales el Estado tiene un deber mayor de protección, no desatiende los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, ni desconoce el principio de igualdad, dado que:

> (…) el Estado está obligado a consagrar una normativa que permita investigar y sancionar cualquier tipo de violencia al interior de la familia. Para tal efecto el legislador tiene la potestad de tipificar como delito las diversas formas de violencia que vulneran la unidad y armonía familiar e incrementar como medida de política criminal los límites punitivos fijados. (Sentencia C - 368, 2014)

Es necesario mencionar que la Corte Constitucional, desde el inicio de su jurisprudencia, ha procurado difundir su pensamiento en relación con el fenómeno de violencia contra las mujeres, esto puede verse en la Sentencia C-408 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero, donde se reconoció:

> Las mujeres están también sometidas a una violencia, si se quiere, más silenciosa y oculta, pero no por ello menos grave: las agresiones en el ámbito doméstico y en las relaciones de pareja, las cuales son no sólo formas prohibidas de discriminación por razón del sexo (CP art. 13) sino que pueden llegar a ser de tal intensidad y generar tal dolor y sufrimiento, que configuran verdaderas torturas o, al menos, tratos crueles, prohibidos por la Constitución (CP arts. 12, y 42) y por el derecho internacional de los derechos humanos. (Sentencia C - 408, 1996)

La jurisprudencia, en su conjunto ha sido amplia respecto del tema de violencia contra la mujer, puesto que se resalta que no existe una sola forma en la que se ejerce este tipo de conducta, recordando que cualquier acción u omisión que cause algún tipo de daño contra la mujer se considera violencia contra esta.

En la Sentencia C-776 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, se afirmó que la violencia contra la mujer está vinculada a diferentes factores como sociales, culturales, económicos, religiosos, entre otros, que pueden actuar de manera conjunta o separada afectando la dignidad y el respeto hacia esta, conductas de relevancia jurídica, que le confieren el deber al Estado y a la familia el deber de ejecutar diferentes acciones con el fin de evitar y erradicar cualquier tipo de violencia, (Sentencia C - 776, 2010) teniendo los órganos estatales la mayor responsabilidad de acuerdo con su naturaleza, estructura y funciones; por lo que, si bien para la protección de quienes son víctimas de maltrato dentro de su propio hogar, existen acciones específicas y directas, la Corte en las Sentencias T-608 de 2001 y T-133 de 2004 M.P. Jaime Araujo Rentería, adujo que se puede acudir a la acción de tutela de forma excepcional y solo mientras se decretan las medidas de protección o como se dijo en Sentencia T-789 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, cuando tales medidas "son insuficientes" (Sentencia T - 789, 2001).

La Corte Constitucional, en los casos de violencia contra la mujer, ha tenido en cuenta el derecho fundamental a una vida libre de violencia, siguiendo una línea de administración de justicia con énfasis en la "perspectiva de género", siendo ambas una importante herramienta para combatir las diferentes formas de violencia contra la mujer; concepto que la Corte, en sus diferentes decisiones, ha sido enfática en reconocer y adjudicar su deber a los operadores de justicia, los cuales deben de aplicar al momento de actuar y decidir en cada caso en particular, buscando la armonía de los principios constitucionales y la especial protección que se le brinda a la mujer, siendo importante reconocer la asimetría que existe o puede existir entre un hombre y una mujer, debido a una relación de poder, dado que como se menciona en Sentencia C-438 de 2013 M.P. Alberto Rojas Ríos, aún existen, en algunos administradores de justicia, cierto tipo de patrones discriminatorios y estereotipos de género, que generan ineficacia en los procesos y decisiones

poco favorables y justas, que provocan que las mujeres víctimas de violencia eviten denunciar a sus agresores, porque consideren que dicho acto no tendrá repercusión alguna. (Sentencia C - 438, 2013).

Aunado a lo anterior, la Sentencia T-878 de 2014 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, expuso alguno de los eventos en que se considera que los jueces vulneran los derechos de las mujeres, configurando una "(…) omisión de toda actividad investigativa y/o la realización de investigaciones aparentes" (Sentencia C – 878, 2014), situación que se presenta cuando se traslada la carga de la prueba a la víctima o se deja de investigar por un acuerdo o decisión de la mujer de no denunciar, situación que fue analizada por la Corte Constitucional en Sentencia C-022 del 2015 M.P. Mauricio Gonzales Cuervo, donde se declaró la exequibilidad del artículo 1 y 2 de la Ley 1542 de 2012, la cual eliminó el carácter de querellables de los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria, puesto que se considera estar acorde con el artículo 42 de la Constitución Política; en la providencia se señaló que los operadores judiciales, en algunas ocasiones desarrollan conductas que tienen:

> (…) "(ii) falta de exhaustividad en el análisis de la prueba recogida o revictimización en la recolección de pruebas" hecho visible cuando el funcionario decide archivar el proceso por falta de material probatorio, sin hacer uso de las facultades extraordinarias que le concede la legislación; "(iii) utilización de estereotipos de género para tomar sus decisiones"; (iv) afectación de los derechos de las víctimas. (Sentencia C - 022, 2015)

Como se advierte, las mujeres que sufren actos de violencia están propensas a la revictimización, por parte de entidades judiciales, de policía y salud. Por lo anterior, como lo menciona la Corte Constitucional en Sentencia T-967 de 2014 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, los operadores judiciales:

> Cuando menos, deben: (i) desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres; (ii) analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial; (iii) no tomar decisiones con base en estereotipos de género; (iv) evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres; (v) flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes; (vi) considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales; (vii) efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia; (viii) evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales; (ix) analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres. (Sentencia T - 967, 2014).

En relación con la configuración del delito de violencia intrafamiliar cometido contra la mujer, se pueden encontrar diferentes pronunciamientos

de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal, entre ellos la sentencia del M.P. Eugenio Fernández Carlier, en el asunto con radicación No. 46918, del 27 de julio de 2016, en donde se expresa que el delito de violencia intrafamiliar se configura:

> (…) ante los actos de maltrato físico o psicológico cometidos contra miembros de una familia, llámese cónyuge o compañero permanente, padre o madre, aunque no convivan bajo el mismo techo, ascendientes o descendientes de éstos incluyendo hijos adoptivos, y en general todas las personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica. (Sentencia nº 29445 , 2008)

Así mismo lo sostuvo el M.P. Eugenio Fernández Carlier, en sentencia con radicado No. 47886 del 29 de junio de 2016, en donde cita la Sentencia C – 059 del 2015 de la Corte Constitucional y sentencia con Radicado No. 41315 del 03 diciembre del 2014 de la Corte Suprema de Justicia, para referirse al concepto de familia en la configuración del delito de violencia intrafamiliar. (Sentencia C - 059, 2005)

Sobre el tema de acceso a la justicia para las víctimas de violencia contra la mujer es posible citar la Sentencia T – 126 del 2018, en la cual la Corte Constitucional enfatiza que las autoridades judiciales deben revaluar el uso del lenguaje en procesos de violencia contra la mujer. Por otro lado, recuerda que esta corporación ha sostenido que deben ser invocadas las siguientes garantías al momento de presentarse esta conducta:

I. El derecho a que se valore el contexto en el que ocurrieron los hechos.

II. El derecho a que no se imponga una tarifa probatoria a la credibilidad de la víctima.

III. El derecho a que se aprecie y valore el testimonio de la víctima, teniendo en cuenta el modus operandi de estos delitos.

IV. El derecho a que se les garantice una protección especial durante todo el proceso de investigación y que esta se adelante con la mayor seriedad y diligencia.

V. El derecho a ser tratadas con la mayor consideración y respeto por parte de las autoridades y

VI. El derecho a que las diligencias no conlleven a la revictimización, entre otros (Sentencia T – 126, 2018)

De igual manera la Sentencia T – 735 del 2017, es reconocida internacionalmente porque determina que el Estado se convierte en un segundo agresor cuando sus funcionarios no toman medidas de protección

I. El proceso de medidas de protección y el trámite de cumplimiento deben darse dentro de un término razonable para evitar nuevos hechos de violencia.

II. Se le debe permitir a las mujeres el acceso a la información sobre el estado de la investigación para que ejerzan su derecho a la defensa.

III. Los funcionarios encargados de la ruta de atención deben ser imparciales, asegurando que sus decisiones no se basen en preconcepciones sobre la forma en que debe actuar una víctima de violencia o la gravedad de los hechos para que se reconozcan como una agresión.

IV. Los derechos reconocidos en la Ley 1257 del 2008, como elegir no ser confrontada a su agresor, deben ser garantizados en todos los procedimientos administrativos y judiciales para su protección y atención.

V. Las medidas de protección deben ser idóneas para eliminar la violencia o la amenaza denunciada, atendiendo la modalidad del daño y recurriendo a cualquier tipo medidas para conjurar la situación de violencia o su riesgo. (Sentencia T – 735, 2017)

Por su parte, en la Sentencia T-012 del 2016, la Corte Constitucional sentó las bases jurisprudenciales para proteger a las mujeres de la violencia económica. El pronunciamiento de la Corte, desencadenado ante un conflicto en la jurisdicción de familia por la negativa de un juez de fijar alimentos a un cónyuge condenado por violencia intrafamiliar, recoge los criterios mínimos que los juzgadores deberán analizar con relevancia cuando se presenten escenarios de difícil actividad probatoria. Para el alto tribunal, el Estado colombiano, en su conjunto, incluidos los jueces, está en la obligación de eliminar cualquier forma de discriminación en contra de la mujer. De ahí que sea obligatorio para los jueces incorporar criterios de género al solucionar sus casos.

De igual manera en la Sentencia T-967 del 2014, el honorable tribunal constitucional deja claro que los celos enfermizos constituyen maltrato sicológico y causal de divorcio. Se llama la atención de tener una administración de justicia con perspectiva de género, en tanto tiene obligaciones ineludibles en torno a la eliminación de cualquier tipo de discriminación o violencia ejercida contra una persona por razón de su sexo. De ahí que se debe:

I. Garantizar a todos y todas, una vida libre de violencia y discriminación por razón del sexo.

II. Prevenir y proteger a las mujeres y las niñas de cualquier tipo de discriminación o violencia ejercida en su contra.

III. Investigar, sancionar y reparar la violencia estructural contra la mujer, entre muchas otras.

La preclusión de la investigación por imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia en los delitos de violencia contra la mujer

Como se advierte, existe suficiente normativa nacional e internacional, así como jurisprudencia de la CIDH, de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en relación con el reconocimiento del derecho de la mujer a una vida libre de violencia y por tanto de acceder a los mecanismos judiciales necesarios para que el objeto de estas, de erradicar, eliminar y sancionar la violencia contra la mujer, sea una realidad.

Sin embargo, día a día los medios de comunicación y las entidades que llevan el control de esta información a nivel local, regional y nacional, registran muchos hechos constitutivos de violencia contra la mujer, entendida como sinónimo de violencia de género, la cual se ha definido por la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1993 como:

> (…) todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada. (Organización Mundial de la Salud, 2021)

Por lo tanto, este concepto abarca de manera general una cantidad importante de actos, hechos, y omisiones que las dañan y perjudican en los diversos aspectos de sus vidas y que constituyen una de las violaciones más graves de los derechos humanos, siendo en muchos casos de carácter silencioso, tornándose más grave, cuando acude al Estado para reclamar su protección y éste no la atiende, no le cree o desdeña su caso, la revictimiza.

Desde la expedición de la ley 1542 del 2012, que eliminó el carácter querellable y desistible de éste delito, convirtiendo su investigación a de carácter oficioso, se han incrementado notablemente las investigaciones, sobre todo cuando de capturas en flagrancia se trata, amén de que al ser la pena mínima superior a 4 años, de conformidad con lo previsto en el Art. 313 CPP, amerita detención preventiva, por tanto en todos los casos de captura, obliga a la fiscalía a legalizar el procedimiento ante un juez control de garantías.

Por la misma razón, la conciliación y/ o el desistimiento por expreso mandato del legislador ya no proceden como formas de terminación del proceso del delito de Violencia Intrafamiliar como antaño, en los cuales bastaba la presentación por parte de la víctima de un escrito de desistimiento o un acta de conciliación, para archivar la investigación o tramitar la solicitud de preclusión por la causal 1 del Art. 332 CPP, dada la imposibilidad de continuar con el ejercicio de la acción penal.

Sin embargo, pese al avance legislativo, al considerar la violencia contra la mujer como una modalidad agravada y pasar de ser un delito querellable a uno de investigación oficiosa y el consecuente incremento de estas investigaciones; es claro que las sentencias condenatorias por éste delito son escasas, no así las solicitudes de preclusión de la investigación como forma de terminación del proceso penal, lo cual no se explica si se tiene en cuenta que éste tipo de delitos están vinculados a toda clase de agresiones que causan daño o maltrato físico, sicológico y en general se trata de un trato cruel, intimidatorio, de ofensa y agravio contra una mujer lo que afecta su dignidad, libertad, integridad física y especialmente a una vida libre de violencia, esto es, una clara afrenta a los derechos humanos de las mujeres.

Es evidente que se configura un problema de orden procesal, específicamente en el campo del proceso penal, debido a que la preclusión es una figura de carácter general, consagrada en la ley, el cual opera por causales específicas y tiene como efecto que cesa la persecución penal contra el imputado con efectos de cosa juzgada, dando lugar a revocar todas las medidas cautelares de orden personal y material que se hayan impuesto, configurando con ello la finalización del proceso penal.

Al efecto, en el Art. 250 CN modificado por el Acto Legislativo 03 del 2002, entre las atribuciones que se le dan a la FGN, se encuentra la de presentar ante el Juez de conocimiento la solicitud de preclusión de la investigación según lo dispuesto en la ley, cuando no hubiere mérito para acusar, que de conformidad con lo señalado en el Art. 331 de la ley 906 de 2004, se puede presentar en cualquier momento de la actuación procesal por el fiscal que conoce del caso.

Es importante también recordar que la Corte Constitucional, en sentencia C – 591 del 9 de junio de 2005, que declaró inexequible la facultad que el Art. 78 CPP, le daba a la FGN el poder para precluir la investigación, explica que en el nuevo sistema penal acusatorio, la orden de preclusión debe darla el juez de conocimiento, pues se trata de una decisión de contenido eminentemente judicial que escapa al ámbito de la Fiscalía a través de sus delegados, por lo que en todos los casos, es el juez de conocimiento el que debe adoptar la decisión correspondiente.

Como se dejó sentado en líneas anteriores, los efectos derivados de la decisión de preclusión son de cese de la persecución penal esto es de terminación del proceso una vez quede en firme (Art. 335 CPP), por eso se requiere que, de existir víctimas, estas sean citadas a la audiencia, quienes pueden allegar o solicitar elementos materiales probatorios y evidencia física para oponerse a tal solicitud de conformidad con lo señalado por la Corte en Sentencia C – 209 del 2007.

En el régimen establecido en la Ley 906 de 2004 existen dos oportunidades para presentar la solicitud de preclusión, supuestos que se encuentran perfectamente caracterizados por el momento procesal en que operan, las causales que se pueden invocar y los sujetos legitimados para formularla así: La primera oportunidad (Art.331 y 332 inciso 1), durante la investigación, esto es antes de que el Fiscal presente el escrito de acusación, en la cual se podrá invocar cualquiera de las 7 causales previstas en el Art. 332 CPP y el único legitimado para solicitarla es el delegado de la FGN, y la segunda oportunidad (parágrafo art. 332), durante el juzgamiento (con escrito de acusación) en la cual únicamente se podrán invocar las causales 1a y 3ª, estando legitimados para formularla tanto el Fiscal como el Ministerio Público y la defensa.

Las causales a que se ha hecho referencia se encuentran contempladas en el Art. 332 CPP, a saber: 1) Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal, 2) Existencia de una causal que excluya la responsabilidad de acuerdo con el Código Penal, 3) Inexistencia del hecho investigado, 4) Atipicidad del hecho investigado, 5) Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado, 6) Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, 7) Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del Art. 294 de este código. (Código de Procedimiento Penal [C.P.P.], 2006)

Es frecuente en tratándose de las investigaciones de delitos de Violencia intrafamiliar, en los cuales resulta afectada una mujer, que el delegado de la FGN tramite solicitud de preclusión de la investigación por presentarse la causal 6, esto es la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia porque carece de fundamento probatorio para acusar al procesado.

Para ratificar esta información se cita como ejemplo la estadística del Juzgado 3 Penal Municipal con funciones de conocimiento de esta ciudad, que registra para el año 2021, 37 solicitudes de preclusión de la investigación en delitos de Violencia Intrafamiliar en los cuales la víctima es mujer, por la causal de la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia del imputado, citando como principal argumento que solo cuenta con el testimonio de la víctima, quien ha decidió no declarar en el juicio.

Al respecto es necesario mencionar que el Art. 29 CN, en efecto establece: "(…) toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado

judicialmente culpable (…)" (C.P., 1991, art. 29) y el Art. 7 del CPP señala: Presunción de inocencia e in dubio pro-reo. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal. En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado. En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria. Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda. (CP.P., 2006, art. 29)

Efectivamente en el trámite del proceso penal, tanto en etapa de indagación como de la investigación y en cumplimiento del programa metodológico, el delegado del ente investigador y los funcionarios de policía judicial, recaudan los diferentes elementos materiales probatorios tendientes a avanzar en el trámite, siendo procedente, por ejemplo, ampliar denuncias, recibir entrevistas a víctimas y testigos, practicar exámenes periciales, recibir interrogatorio de indiciado, tramitar búsquedas selectivas de datos, etc.; sin embargo en tratándose de la investigación de delitos de violencia contra la mujer, se aduce que únicamente se cuenta con el testimonio de la víctima y que ésta, amparada en la prerrogativa prevista en el Art. 33 CN y Art. 385 CPP, no quiere continuar con el trámite del proceso y menos ir a juicio a rendir testimonio en contra del victimario, por tanto sin esta prueba no es posible continuar con el trámite del proceso penal y menos avanzar a un juicio oral.

Es cierto que el Art. 33 CN, establece que "Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad segundo de afinidad o primero civil" (C.P., 1991, art. 33) y el Art. 385 del CPP, de manera similar que "Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañera o compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil o segundo de afinidad…" (C.P.P., 2006, art. 385), bajo cuyas normas se aduce por el ente investigador que al no contar con el testimonio de la víctima porque se niega a declarar y al no existir otro tipo de pruebas, no es posible acusar y por tanto se debe terminar el proceso penal porque no se ha logrado desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al procesado.

Resulta paradójico que los hechos delictuosos en los cuales es víctima de violencia una mujer, una vez que llegan a conocimiento de la Fiscalía por denuncia de la propia víctima o de oficio en los casos de captura en flagrancia (cuando el victimario es sorprendido en flagrancia), al quedar en manos del ente persecutor para adelantar la investigación con apoyo en policía judicial y recolectar los elementos materiales probatorios necesarios para establecer la

existencia de la conducta punible y la responsabilidad del procesado; el fiscal decida terminarlo porque no hay prueba para continuar con su trámite.

Llama la atención que sea la propia Fiscalía, la que, en muchos casos, después de un largo tiempo sin que se haya realizado una verdadera investigación, acuda ante el juez de conocimiento, buscando terminar el proceso penal porque la víctima no va a testificar en el juicio y dado que no hay otra prueba que pueda recaudarse, se debe terminar la investigación.

Es triste reconocer que estos casos no son investigados con la rigurosidad que corresponde a un evento de violación de derechos humanos como tampoco se tiene en cuenta en su trámite, la perspectiva de género y que quien esté al frente de la investigación, lo haga despojado de subjetividades y prejuicios, partiendo de la base que, los derechos de la mujer a una vida libre de violencia, dignidad, seguridad, libertad y no discriminación son fundamentales. Debe el ente persecutor ahondar en la búsqueda de información relacionada con el contexto familiar, social y laboral en que ocurre el atentado, de ser necesario obtener exámenes periciales de medicina legal, psicología, trabajo social, de ser necesario, tramitar interceptaciones telefónicas a fin de recolectar información o elementos materiales probatorios tendientes a verificar la situación de vulnerabilidad en que se produjo el delito.

No en pocos casos han sido las propias mujeres víctimas de violencia, quienes al ver que el proceso penal no avanza, que el ciclo de violencia persiste, pero especialmente porque han sido marginadas del proceso penal, que acuden a la acción de tutela para hacer valer sus derechos e insisten en que, dadas sus especiales condiciones de vulnerabilidad, también han sido violentadas por el aparato estatal, llámese fiscalía, funcionarios de policía judicial, de la policía nacional y medicina legal. Es por ello por lo que la Honorable Corte Constitucional, al percatarse de la injusta discriminación a que ha sido sometido la mujer, ha ordenado la capacitación y formación de jueces, fiscales, comisarios de familia y demás personal de apoyo en perspectiva de género, el cual se debe complementar también con la formación que debe realizarse desde los propios hogares y las instituciones educativas para el resto de la sociedad.

Es por ello que terminar los procesos penales sin realizar una exhaustiva investigación, denotan el desconocimiento flagrante de los derechos de las mujeres, de la oportunidad para acceder a la justicia y la efectividad de los mecanismos judiciales establecidos en su defensa. También se puede advertir una clara negación de justicia a un grupo vulnerable de la población, con lo cual recobra validez e importancia la preocupación del maestro Michele Taruffo, de que el acceso a la justicia debe ser una obligación del Estado a través de los mecanismos judiciales efectivos, especialmente para la población

vulnerable, en este caso, las mujeres.

Por supuesto que la obligación de garantizar el derecho de acceso a la justicia no solo obliga a Fiscalía sino también los jueces de conocimiento que deben resolver este tipo de solicitudes, que el acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva así como el debido proceso y el derecho a la igualdad de la mujer, son derechos de raigambre constitucional y por tanto exigen del juzgador, un riguroso estudio y análisis de los elementos materiales probatorios presentados por el delegado del ente investigador a fin de tomar una decisión motivada, razonada y justa, garantizando en todo momento los derechos de las víctimas del delito, que en este caso corresponden a las mujeres víctimas de violencia de género.

De ahí que resulte relevante el papel que cumple cada entidad que conoce del caso y trata a la víctima, de evitar la preclusión de delitos de violencia contra la mujer, como viene sucediendo en la actualidad en los Juzgados Penales Municipales con funciones de conocimiento de Pasto y en el resto del país, cuando a fin de descongestionar las Fiscalías Locales, se acude al mecanismo más fácil y se tramita preclusión de la investigación por la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia del procesado, pese a que no se ha realizado una verdadera investigación y que lleva a la víctima a que, decepcionada por el tiempo que ha pasado, la impunidad frente al maltrato recibido, no sólo de su victimario sino del propio aparato estatal, que decide amparada en la prerrogativa constitucional, no acudir al juicio a testificar, lo que facilita la impunidad del delito, la revictimización de la muer y la inoperancia del propio estado.

Se requiere que se realice una investigación penal con la debida diligencia, la cual implique no solo una técnica exhaustiva especializada, efectiva y oportuna para lograr el juzgamiento del responsable, sin dilaciones injustificadas, contando además con el acompañamiento de la víctima, a quien se le garantice del acceso a la justicia, la atención en salud, trabajo y educación y en general todas las medidas necesarias para evitar que se siga revictimizando a la mujer en esta clase de investigaciones. Es claro que seguir con el mismo trámite como hasta ahora, representaría una clara afrenta o desconocimiento de los derechos de las mujeres al acceso a la justicia, a la tutela judicial efectiva y a una vida libre de violencia.

Conclusiones

Existe suficiente normativa nacional e internacional aplicable por bloque de constitucional, así como jurisprudencia de las CIDH y de las Cortes Colombianas para prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra la mujer.

Al tratarse la víctima de violencia intrafamiliar de un grupo en situación de vulnerabilidad, debe el Estado, evocando al maestro Michele Taruffo, garantizar a través de todos los mecanismos judiciales, el acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva, el derecho a la igualdad y a la no discriminación de esta población vulnerable.

El Estado colombiano reglamentó la ley 1257 del 2008, buscando con ello abordar el problema de la violencia contra la mujer a través de los frentes de justicia, salud, trabajo y educación, tarea que deben cumplir las distintas autoridades para combatir el fenómeno de la violencia contra la mujer.

Una vez la noticia criminal llega a manos de la FGN y si llega a las Comisarias de familia, deben remitirla a la FGN para que realice una investigación exhaustiva con perspectiva de género y con la debida diligencia de tal manera que se garanticen a las víctimas de estos delitos, el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, así como el debido proceso, el derecho a la igualdad y a la no discriminación.

Los fiscales deben agotar todos los campos de investigación con la rigurosidad que corresponde, teniendo en cuenta en su trámite, la perspectiva de género, despojándose de subjetividades y prejuicios, respetando en todo momento los derechos de la mujer a una vida libre de violencia, dignidad, seguridad, libertad y el principio de no discriminación.

Debe el ente persecutor y organismos de policía judicial al momento de realizar la investigación de procesos de violencia contra la mujer, ahondar en la búsqueda de información relacionada con el contexto familiar, social y laboral en que ocurre el atentado, de ser necesario obtener exámenes periciales de medicina legal, psicología, trabajo social o recogiendo información o elementos materiales probatorios tendientes a verificar la situación de vulnerabilidad en que se produjo el delito, solo así se pueden garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva a las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar.

De otra parte, los jueces de conocimiento, al decidir estas solicitudes deben tener en cuenta que los derechos de las mujeres a una vida libre de violencia e igualdad tienen raigambre constitucional y convencional, por lo tanto, es su deber realizar un riguroso estudio y análisis de los elementos materiales probatorios presentados por el delegado del ente investigador a fin de tomar una decisión motivada, razonada y justa, teniendo en cuenta la perspectiva de género y que se deben garantizar los derechos de acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de las mujeres víctimas de esta clase de delitos.

Los datos estadísticos citados en precedencia son indicativos de la gran cantidad de conductas delictivas de violencia contra la mujer que ocurren

diariamente, muchas de los cuales, pese a la Directiva 003 del 1 de abril del 2019 emitida por el Fiscal General de la Nación, que prohíbe la preclusión y el archivo en delitos de Violencia Intrafamiliar, terminan por esta vía, bajo el argumento que no se ha logrado desvirtuar la presunción de inocencia del procesado porque la víctima no va a ir a juicio a testificar, como si se tratara de única prueba, lo cual viola de manera flagrante el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de la mujer víctima de violencia intrafamiliar.

Bibliografía

Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, Consejo Superior de la Judicatura, Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional USAID, Lineamientos de atención y protección a las mujeres víctimas de violencia sexual para la rama judicial. Bogotá.

Congreso de la república. (24 de julio de 2000). Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. Bogotá D.C, , Colombia.

Consejo Superior de la Judicatura, Comisión Nacional de Género, Fondo de Población de las Naciones Unidas UNFPA, Criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género. Bogotá.

Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. (2010). Género y Justicia. Bogotá D.C.: Pro-offset Editorial.

Fernandez Ortega Y Otros Vs. Mexico (Corte Interamericana de Derechos Humanos 30 de agosto de 2010).

Ferro Torres, J. (2003). Delitos contra la familia - Lecciones De Derecho Penal. Parte Especial. Bogotá D.C.: Universidad Externado De Colombia.

Fiscal General de la Nación, Directiva 0001, Por medio de la cual se establecen lineamientos generales respecto a la solicitud de medidas de aseguramiento. 2020.

Los derechos de las mujeres en la mira. Informe anual de los observatorios de sentencias judiciales y de medios. (2010). Bogotá D.C.: Ántropos Ltda.

Observatorio de Genero de Nariño, En clave de género. Datos del observatorio de Genero de Nariño sobre violencias contra mujeres en Nariño, 2020. Nariño.
https://observatoriogenero.udenar.edu.co/wp-content/uploads/2022/07/En-clave-de-g%C3%A9nero.pdf

Organización de naciones unidas. (1979). Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Organización de Naciones Unidas. (1995). Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Beijing.

Organización Mundial de la Salud. (8 de marzo de 2021). Violencia contra la mujer.

Sentencia C - 022 (Corte Constitucional 21 de enero de 2015).
Sentencia C - 059 (Corte Constitucional 01 de febrero de 2005).
Sentencia C - 368 (Corte Constitucional 11 de junio de 2014).
Sentencia C - 408 (Corte Constitucional 04 de septiembre de 1996).
Sentencia C - 438 (Corte Constitucional 10 de julio de 2013).

Sentencia C - 539 (Corte Constitucional 05 de octubre de 2016).
Sentencia C - 776 (Corte Constitucional 29 de septiembre de 2010).
Sentencia nº 29445 , 29445 (Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal 23 de septiembre de 2008).
Sentencia T - 789 (Corte Constitucional 26 de julio de 2001).
Sentencia T - 878 (Corte Constitucional 18 de noviembre de 2014).
Sentencia T - 967 (Corte Constitucional 14 de diciembre de 2014).

Taruffo, M. (2020) Hacia la decisión justa. Zela Grupo Editorial. Lima, Peru.

Toledo Vasquez, P. (2009). Feminicidio. Consultoría para la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derecho Humanos. México.

Vargas, L. (2007). Perspectiva de género, ¿un asunto exclusivo de mujeres?, información del Grupo de Género del Proyecto Nacional. Bogotá.
Vasallo Barrueta, N. (2011). Género: aspetos conceptules y su aplicacion. La Habana - Cuba: Publicaciones Acuario.

Reflexiones sobre la motivación de la sentencia judicial

Santiago Rosero Díaz del Castillo[4]

Resumen: La motivación de las sentencias judiciales, entendida como la exposición de los argumentos de hecho y de derecho que sirven de fundamento racional de la decisión adoptada por el juez a la luz del ordenamiento jurídico, no debe entenderse únicamente como una garantía del debido proceso en favor de las partes en litigio, sino también como una prerrogativa para toda la sociedad, encaminada a evitar la arbitrariedad del funcionario judicial dentro de un sistema democrático. En la tarea de motivar la sentencia judicial, el juez puede incurrir en vicios por omisión, insuficiencia y contradicción. Aunque el Maestro Taruffo defiende la nulidad de la sentencia como consecuencia de esos vicios en su motivación, este artículo presenta argumentos sobre la imposibilidad de acoger integralmente esa tesis en el sistema procesal civil colombiano.

Palabras clave: motivación; nulidad; sentencia; vicios.

4 Abogado de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Privado Económico de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho de Seguros de la Pontificia Universidad Javeriana. Juez de la República. El artículo se desarrolló con ocasión de la Maestría en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín, en curso.

Reflections about the Motivation of Court Sentences

Resumen: The motivation of the court sentences, understood as a rational motivation of the reasons in fact and in law which led the judge to render a decision in a rational way according with the legal framework, should not be taken only as a due process guarantee, but also as a guarantee for all the society that seeks to avoid the arbitrariness of the legal operator into a democratic system. In the task of justify a court sentence, the judge might incur in procedural errors for omission, deficiency and contradiction. Although the professor Taruffo defends the nullity of the court sentence because of the procedural errors, this article runs counter that possibility in Colombian Civil Procedural System.

Keywords: motivation; nullity; court sentence; procedural errors.

Introducción

La motivación de la sentencia es un tema trascendental que va más allá de la ciencia del Derecho y permea materias como la sociología, la filosofía, la ciencia política, entre otras, porque se relaciona con el debido proceso como garantía de quienes someten la resolución de un conflicto a la administración de justicia y con el rol que el juez desempeña en la sociedad.

Este trabajo abordará las razones por las cuales es necesario motivar la sentencia y la forma adecuada de cumplir ese propósito, para lo cual se seguirá, principalmente, el pensamiento del maestro Michele Taruffo, quien se ocupó con especial dedicación de este tema en su ubérrima producción bibliográfica. El mejor homenaje que se le puede hacer al maestro Taruffo no es reproducir las ideas que plasmó en sus escritos sobre la materia, sino efectuar una lectura crítica de su postura, en punto a las consecuencias procesales que conlleva la sentencia civil que carece de motivación o que, teniéndola, es insuficiente o defectuosa.

Para el desarrollo de la prenotada tarea, se responderán inicialmente dos preguntas: (i) ¿por qué motivar la sentencia judicial? y (ii) ¿cómo motivar la sentencia judicial? Las respuestas a estos interrogantes nos darán las herramientas necesarias para entender la discusión en torno a las consecuencias procesales que conlleva la ausencia de motivación o la motivación insuficiente de la sentencia, aspecto este último que se abordará estrictamente en el campo procesal civil, que es el área de nuestro interés.

En tal virtud, el objetivo general del trabajo es determinar las consecuencias que los vicios en la motivación de la sentencia generan a la luz del proceso civil; a lo que se llegará previo el cumplimiento de los objetivos específicos de este artículo: por un lado, comprender las razones que justifican la carga de motivar la decisión judicial, y por el otro, establecer la forma cómo se cumple cabalmente con esa exigencia. El artículo es producto de una investigación cualitativa en la que se utilizó la técnica de recolección de información de revisión documental y de bases de datos -doctrina y jurisprudencia-, lo que permitió sistematizar la información en fichas bibliográficas.

¿Por qué Motivar la Sentencia Judicial?

Quien aborde la cuestión de modo superficial podría afirmar que, por lo menos en Colombia, motivar la sentencia judicial es un asunto pacífico porque así lo ordena el sistema jurídico y es, por ende, un deber insoslayable del

juzgador.

En efecto, desde la Constitución Política de 1886 se estableció que "toda sentencia deberá ser motivada" (artículo 161); y si bien la Constitución de 1991 no incluyó un mandato expreso sobre el deber de motivar las decisiones judiciales, la Corte Constitucional se encargó de explicar sus alcances, así como su trascendente vinculación con el derecho fundamental al debido proceso, consagrado en el artículo 29 superior (ver, por vía de ejemplo, la sentencia T-214 de 2012 de esa Corporación). Al analizar las normas supranacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, se encuentra el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuya interpretación permite afirmar, según lo dijo la Corte Constitucional en sentencia SU-635 de 2015, que "el deber de motivación de los fallos de los jueces se constituye en una de las ´debidas garantías´ que consagra el artículo" referido (p. 43).

A su turno, la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, consagró en el artículo 55 que "las sentencias judiciales deberán referirse a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales", en una aproximación a la necesidad de motivar las providencias del órgano jurisdiccional.

El Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970), que estuvo en vigor por más de 40 años, señalaba en su artículo 304 que "la sentencia deberá contener la indicación de las partes, un resumen de las cuestiones planteadas, las consideraciones necesarias sobre los hechos y su prueba, los fundamentos legales y jurídicos o las razones de equidad en que se base", lo que corresponde, precisamente, a una exigencia de motivar la decisión, siguiendo su conceptualización primaria.

El actual Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) consagró expresamente el deber de motivación de las sentencias en diferentes disposiciones. El numeral 7 del artículo 42 la eleva como uno de los deberes de los jueces, así mismo, a una norma de derecho probatorio, cuando en el artículo 176 ibidem señala que el funcionario judicial siempre tendrá que exponer razonadamente el mérito que le asigna a cada prueba. Así mismo, en el precepto 280 del estatuto adjetivo establece el contenido de la sentencia, indicando que la motivación de la sentencia debe recaer sobre el "examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas (…)".

En tal virtud, si bien nuestro ordenamiento procesal cuenta con suficiente fundamento normativo para concluir la obligatoriedad de la fundamentación de los fallos judiciales, no es conveniente reducir las razones por las cuales se debe motivar la decisión al cumplimiento de un mandato incorporado en las normas antes referidas, pues ello podría dar lugar a que los jueces desarrollen esa tarea en forma mecánica, como si se tratara de un mero formalismo legal, dejando de lado su aspecto fundamental de garantía del debido proceso. En tal sentido, si el administrador de justicia es consciente de la verdadera magnitud de ese deber y su inescindible vinculación con garantías constitucionales y legitimidad de la administración de justicia, es de esperar que procure cumplir con su obligación concienzudamente y, por lo tanto, a cabalidad, lo que incrementa la probabilidad de que acierte en su propósito y con ello logre brindar una fundamentación completa, adecuada y suficiente de la decisión que adopta.

Para entender la envergadura del deber de motivar las sentencias, es útil acudir a las dos funciones que la doctrina le ha asignado a esa exigencia. Por un lado, se tiene la denominada función Endo procesal de la motivación, que responde a ciertas exigencias internas del proceso judicial. Por otro lado, está la función extraprocesal de la motivación, que supera el proceso como escenario de encuentro entre los contendientes, para fijar su vista en las implicaciones del ejercicio del poder jurisdiccional en la sociedad.

Según la función endoprocesal:

> La motivación sirve para que las partes, una vez conocidas las razones que justifican la decisión, puedan, si no consideran las razones como válidas o suficientes, acudir ante el mismo juez o un superior funcional para impugnar el fallo. Toda vez que la motivación no es condición ni garantía de que el sentido de la decisión sea justo; la sentencia puede estar debidamente justificada pero injustamente decidida, o por el contrario, inadecuadamente razonada y decisoriamente acertada.
>
> Asimismo, la motivación facilita la labor del juez que decide la impugnación, en tanto puede controlar el razonamiento del juez a quo en relación con el material probatorio y las disposiciones normativas del caso. (Gómez, 2014; p. 80)

Dicho de otro modo, la función endoprocesal de la motivación está dirigida a (i) permitir que las partes puedan comprender con claridad el contenido de la decisión que se profirió en la contienda que los involucra y (ii) facilitar la tarea del juez de segunda instancia cuando la sentencia es impugnada. Esta función endoprocesal, entonces, involucra una cuestión puramente técnico-jurídica (Taruffo, 2006).

La visión referenciada, de indiscutida importancia para quien acudió al proceso con el objetivo de resolver un conflicto, no es suficiente, por sí sola, para explicar la necesidad de motivar las decisiones judiciales, en la medida en

que no siempre habrá una impugnación de la sentencia.

Tal es el caso, por ejemplo, de los procesos judiciales que, por disposición del legislador, se tramitan en única instancia, de manera que la sentencia ahí proferida no es susceptible de apelación, asuntos que en Colombia no son pocos, solo por citar algunos de los enlistados en los artículos 17, 19 y 21 del Código General del Proceso, tenemos los procesos contenciosos de mínima cuantía, las sucesiones de mínima cuantía, los conflictos entre la copropiedad, insolvencia de persona natural no comerciante, los relativos a propiedad intelectual, custodia, cuidado personal y visitas de niños, niñas y adolescentes, fijación, aumento, disminución y exoneración de alimentos, medidas de protección en los casos de violencia intrafamiliar, revisión de la declaratoria de adoptabilidad, entre otros.

También podría ocurrir que, pese a tratarse de un proceso que cuenta con doble instancia, ninguna de las partes ejerza su derecho a impugnar la sentencia proferida por el juez, por la razón que fuere (no es relevante el determinar por qué no se recurrió la sentencia sino el hecho objetivo de que la sentencia no fue impugnada). En cualquiera de esos dos escenarios (la improcedencia de la impugnación o su falta de ejercicio por las partes) la función endoprocesal de la impugnación, por sustracción de materia, dejaría de ser relevante y sería insuficiente para explicar las razones por las cuales se deben motivar las sentencias judiciales. Es más, si el único sustento del deber de motivar las sentencias judiciales fuera la función endoprocesal de la que se viene hablando, no sería descabellado defender posturas añejas o propias de otras culturas jurídicas, con miras a relevar al juez del deber de motivar sus sentencias, salvo que medie solicitud de parte.

> En resumidas cuentas, la función endoprocesal de la motivación de la sentencia:
>
> > Consiste en hacer que las partes se den cuenta con claridad del significado de la decisión, especialmente en la eventualidad de una impugnación, y en permitir que el juez de la impugnación valore de manera adecuada el fundamento de la decisión impugnada. Evidentemente, con esta concepción son compatibles algunas limitaciones de diversa especie, tanto por lo que hace al régimen de publicidad de la motivación, como por lo que se refiere a la extensión de la obligación correspondiente. De hecho, en el extremo, las exigencias en las que está inspirada también quedan satisfechas mediante una regulación, como la que está contenida en el código josefino, basada en la prohibición de motivación (pero con facultad de las partes para pedirla en virtud de la impugnación) y sobre la ausencia de publicidad de la misma -pero con la posibilidad de que las partes y el juez de la impugnación la conozcan-. (Taruffo, 2006; p. 309)

Así las cosas, defender la función endoprocesal de la motivación como único fundamento del deber de motivar las sentencias judiciales solo podría

responder a la aplicación de un criterio netamente instrumental del funcionamiento de la administración de justicia (hacer más eficiente la labor del juez de segunda instancia por cuanto podría estudiar con mayor facilidad los argumentos del juez de primera instancia), lo que el maestro Taruffo critica por tratarse de un racionalismo funcionalista y burocrático del despotismo ilustrado.

Por el contrario, la motivación de la sentencia tiene que responder, en las sociedades democráticas, a una exigencia de racionalidad del juicio, de modo que aquella tiene una función extraprocesal, en la cual:

> la motivación representa, en efecto, la garantía de la controlabilidad del ejercicio del poder judicial fuera del contexto procesal, y entonces por parte del *quivis de populo* y de la opinión pública en general. Eso deriva de una concepción democrática del poder, según la cual el ejercicio del poder tiene que ser controlado siempre desde afuera. En sentido contrario, no se vale objetar que en la práctica este control no siempre puede ser ejercido, pues el significado profundo de las garantías está, en efecto, en la posibilidad de que el control sea puesto en práctica, no en el hecho de que sea efectuado concretamente en cada caso individual. (Taruffo, 2013; p.104)

Según lo explicado la función extraprocesal de la motivación judicial sobrepasa la mirada de las partes del proceso y al juez o tribunal que, eventualmente, vaya a conocer de la impugnación de la sentencia proferida al interior de este, para centrarse en el papel que tiene el juez en la sociedad democrática y en esa medida exigirle la justificación de la decisión por él adoptada. Esto constituye, en sí mismo, una forma de limitar el ejercicio de los poderes del juez y con ello ponerle cota a la eventual arbitrariedad del funcionario público, que es precisamente uno de los pilares del sistema democrático.

El escrutinio de las sentencias judiciales sólo es factible cuando contienen una expresa fundamentación. Con ello, las partes del proceso y la sociedad en general comprueban que la decisión del juez no obedeció a su capricho ni a un ejercicio arbitrario de los poderes que le confirió la constitución y la ley. Con la motivación, el juez demuestra a las partes y a la sociedad en general que la sentencia fue producto de un juicio racional, apegado a la normativa vigente y a los hechos probados en el proceso.

Bajo este panorama se entiende el carácter democrático del deber de motivación de las sentencias judiciales. Si el juez interioriza esto, no verá tal obligación como una pérdida de tiempo que desgasta a la administración de justicia y le impide evacuar un mayor número de asuntos en el menor tiempo posible, sino que, por el contrario, la entenderá como la parte más importante de la sentencia, al punto que sin motivación no existe aquella, lo que generará en su interior el compromiso de realizar su motivación sesudamente.

¿Cómo Motivar la Sentencia Judicial?

Clarificada la dimensión del deber de motivar las sentencias judiciales y lo que tiene como trasfondo, surge la pregunta de cómo motivar esas providencias. Para responder esa cuestión, delanteramente se tiene que partir de definir qué se entiende por motivar.

Una primera acepción hace referencia a las causas o móviles que llevaron al juez a decidir como lo hizo. Esto implica que, para motivar su sentencia, el funcionario debe hacer una reconstrucción mental de sus reflexiones previas al momento de adoptar una decisión para definir el litigio. Esta es la denominada teoría psicologista de la motivación y fue reivindicada por el realismo jurídico norteamericano, ya que esta corriente

> puso especial atención a los mecanismos causales que motivan las decisiones judiciales, señalando que, entre ellos, las normas generales no ocupan el único lugar ni tan siquiera un lugar privilegiado. Las causas que motivan la decisión del juez incluyen su ideología, contexto social, estado de ánimo, prejuicios, cultura jurídica, etc. Del mismo modo que ocurre con las decisiones ordinarias que tomamos cada uno de nosotros. Los realistas, por ello, destacaron la necesidad de estudiar estos factores sociológicos como método adecuado para poder predecir las decisiones judiciales, i.e., a su entender, conocer el derecho vigente. (Ferrer, 2011; p. 89)

El problema de esta noción de motivación es que va en contravía de la racionalidad de la decisión judicial, por cuanto aquella consistiría en una narrativa subjetiva del juez respecto al proceso mental que experimentó y precedió a la sentencia, lo que no solo es una tarea imposible de cumplir en algunos casos sino que, de paso, impide el control real de la decisión porque cobrarían relevancia las emociones del juzgador y no las razones que justifican la decisión, lo que se aleja de la racionalidad. Como elocuente ejemplo, Gómez (2014) sostiene que al condenado en un proceso penal no le interesa husmear en la mente del juez para desentrañar las angustias, los sentimientos, las dudas y en general las reflexiones que afrontó el funcionario judicial para condenarlo, sino las razones por las cuales no encontró probada su versión de los hechos a la luz de las pruebas obrantes en el proceso.

El maestro Taruffo critica la noción psicologista de la que se viene hablando, con las siguientes reflexiones:

> el significado de la motivación no está propiamente representado por el razonamiento del juez, porque la motivación no expresa todo el iter mediante el cual el juez llegó a la decisión. Ante todo, si en el razonamiento del juez se incorpora también el conjunto de las actividades psicológicas que el juez efectúa, resulta evidente que éste en gran medida no entra en los "contenidos" que son expresados a través de la motivación. Debe ponerse en relieve, una vez más, la imposibilidad de concebir a la motivación como una especia de reportage de los mecanismos psíquicos del juez en relación con la

> decisión, ya sea porque éstos no pueden agotarse, en todo caso, dentro de los límites de la motivación, o bien por la incidencia que tienen las actitudes y los condicionamientos inconscientes.
> Por otra parte, debe también enfatizarse que, aun cuando no subsistiese la imposibilidad mencionada, se podría negar, en todo caso, la oportunidad de una motivación construida como un informe psicológico: ésta permitiría, en efecto, una "explicación" (en el sentido en el cual el término es usado en las ciencias naturales) de la decisión, pero no una justificación en sentido jurídico; ello permitiría un mejor conocimiento del juez como individuo, pero anularía cualquier posibilidad de control racional, jurídico y político, del fundamento y de la validez de la decisión. (2006; p. 110).

Se descarta entonces que la motivación de la sentencia judicial consista en un recuento del proceso mental que desarrolló el juez para adoptar la decisión, surgiendo entonces la denominada teoría justificacionista de la motivación, según la cual aquella tiene que entenderse como el fundamento racional de todas las razones de hecho y de derecho que llevaron al juez a proferir la sentencia en el sentido en que lo hizo.

Conviene recalcar que la noción de justificación que se tiene en cuenta para la motivación de la sentencia difiere de una mera explicación, término este último que significa simplemente poner de manifiesto las razones que permitieron al juez adoptar la decisión en uno u otro sentido, como si la sentencia fuera el efecto necesario de unas causas. Por el contrario, la acepción de justificación se relaciona con expresar los argumentos que hacen racionalmente aceptable la decisión a la luz del ordenamiento jurídico (Colomer, 2002).

Así las cosas, una sentencia estará motivada cuando el juez que la profirió justificó expresamente las razones por las cuales su decisión es coherente con el sistema normativo vigente.

Enunciar esa tarea es sencillo, pero su desarrollo en la práctica tiene un grado de complejidad mayor, porque la resolución del caso exige tener en cuenta muchas variables, como la selección de la norma jurídica aplicable, la determinación de los alcances de esa norma en el caso concreto (actividad propiamente hermenéutica), la valoración de las evidencias recaudadas durante el proceso para poder establecer cuáles hechos de los que narraron las partes están acreditados, la fijación de cómo esos hechos probados se subsumen en las normas que se dijo era aplicables al caso y las consecuencias de ello.

En ese sentido, como quiera que no todos los procesos son iguales, no resulta razonable exigir un esquema o patrón de argumentación igual en todas las sentencias judiciales. Dependiendo del caso concreto el énfasis de la motivación se daría, por ejemplo, en el campo netamente normativo (como la aplicación o no de una norma jurídica al caso concreto), o en el plano fáctico, o incluso en el plano de la subsunción de los hechos probados en las normas

que se consideran aplicables al caso concreto.

La dificultad de generalizar un esquema de motivación de toda sentencia judicial no impide que se elaboren aproximaciones a unas pautas mínimas que se deben tener en cuenta en desarrollo de ese deber. Por ejemplo, Gómez (2004), citando a Wrobleswski, identifica seis subtipos de decisiones que los jueces adoptan en sus sentencias, y que, en conjunto, constituyen el objeto de la motivación:

> 1. Decisión de validez: se refiere a la juridicidad de la disposición aplicable al caso.
> 2. Decisión de interpretación: gira en torno al significado de la disposición aplicable.
> 3. Decisión de evidencia: se refiere a los hechos tenidos por probados.
> 4. Decisión de subsunción: relativa a si los hechos entran o no en los supuestos que contempla la norma aplicable.
> 5. Decisión de consecuencias: las que deben seguir a los hechos probados y calificados jurídicamente.
> 6. Decisión final: es la parte dispositiva de la sentencia, con la que se cierra el caso. (p. 84)

En esa misma orientación, aunque se insiste en que no es apropiado proponer una única estructura o modelo de motivación como camisa de fuerza para el juez al proferir una sentencia, otros autores defienden la adopción de algunas pautas mínimas de argumentación:

> Hay al menos una estructura lógica fundamental que constituye la base esencial de la justificación racional de la decisión judicial, la cual se construye a partir de cuatro elementos: (a) la verdad o falsedad de los hechos principales del caso, (b) la interpretación de los enunciados normativos, (c) la calificación jurídica del supuesto de hecho, y (d) las consecuencias que se derivan de encontrarse fundamentadas o no las pretensiones.
> Según Taruffo, estos cuatro elementos conforman una red de relaciones de distinto tipo que son el núcleo de la justificación de la decisión judicial: primero, la calificación jurídica del supuesto de hecho es consecuencia directa de la correspondencia entre los hechos probados y las normas interpretadas; al mismo tiempo, las consecuencias jurídicas se derivan lógicamente de la calificación jurídica, además, las afirmaciones sobre las premisas de hecho y de derecho, las relacionadas con la calificación jurídica del hecho, y las relativas a las consecuencias, se encuentran vinculadas entre sí mediante nexos de implicación lógica y de correlación semántica que, en su conjunto, son lo que este autor denomina núcleo esencial de la justificación´. (Aramburo, 2011; p. 1434).

Sumado a lo anterior, en el desarrollo de la motivación de la sentencia –entendida como una justificación racional de todas las razones de hecho y de derecho que llevaron al juez a proferir la sentencia en el sentido en que lo hizo– el funcionario judicial aborda dos niveles argumentativos diversos, que la doctrina ha denominado justificación interna y justificación externa de la decisión.

La primera, hace referencia a la conexión lógica entre la premisa jurídica y la premisa fáctica, esto es, la subsunción del hecho en la norma que

fundamenta la decisión final en uno u otro sentido. La segunda atañe a la manera como se eligieron esas premisas, que, en el nivel fáctico, debe referirse a por qué determinado hecho se tiene como probado, es decir, la justificación externa es el escenario en el que el juez expone la valoración racional de los medios de convicción recaudados en el proceso (Taruffo, 2013).

Una motivación, en el sentido que se viene mencionando, solamente es aceptable si, por lo menos, es completa y coherente, ya que solo así se podrá verificar la sujeción del juez al ordenamiento jurídico. Una sentencia cuya parte motiva sea incompleta o incoherente, no satisface las exigencias de racionalidad que se imponen al juez en las sociedades democráticas modernas.

La motivación de una sentencia judicial no se califica de completa y coherente en relación con la mención que de ella hace el juez en la providencia, ni mucho menos en función de su extensión. Es más, habrá casos en que una sentencia carezca de motivación a pesar de que el juez haya dicho expresamente atender esa carga argumentativa; y en el mismo sentido, una sentencia extensa puede en realidad no contener una justificación racional de las razones de hecho y de derecho que llevaron al juez a proferir el fallo en el sentido en que lo hizo. Se insiste, pues, en que no se puede afirmar que una decisión judicial está motivada por la mención que en ese sentido haya hecho el juez en sus considerandos, ni por haber citado normas o haber transcrito precedentes judiciales.

Estos casos son catalogados como un mimetismo judicial, pues la decisión del juez se enmascara como una sentencia, sin serlo, por carecer de una verdadera motivación. En los tiempos actuales, donde racionalmente se debe rechazar la arbitrariedad de cualquier funcionario público y del ordenamiento jurídico mismo, es un valor fundamental de la sociedad el juicio, siempre respetuoso, al que se debe someter a la sentencia judicial: "parte del examen crítico de las sentencias consiste en desvelar que no siempre hay tal sujeción estricta a la ley, sino un acto de mimetismo" (Villamil, 2008; p. 68).

Pero entonces cabe preguntarse ¿cuándo una motivación es completa? ¿cuándo la motivación es coherente? La respuesta, en palabras de Aramburo, es la siguiente:

> La estructura de la motivación debe dar cuenta de al menos dos caracteres: completitud y coherencia. La completitud tiene que ver con la justificación específica de todas las cuestiones de hecho y de derecho controvertidas, pues sólo de esta forma es posible que se ejerza el control (tanto endoprocesal como extraprocesal) sobre la misma; y con la inclusión de una justificación interna que de cuenta de los procesos subsuntivos realizados por el juez, pero fundamentalmente está relacionada con la justificación externa, que consiste en la justificación de la elección de las premisas de hecho y de derecho con las que concreta la decisión. Por su parte, que una sentencia sea coherente es una derivación necesaria de la exigencia de racionalidad. Si se concibe la motivación como un `sistema

> orgánico de elecciones con cierto orden y encaminado a la decisión final´, toda elección racional debe condicionar la siguiente; y una motivación entonces será contradictoria si rompe la cadena de elecciones que llevan a justificar una única decisión. (2011; p. 1434)

En la motivación de la sentencia judicial cobra relevancia la valoración de los medios de convicción por parte del juez, en la medida en que, en línea de principio, es el punto sobre el cual puede generarse mayor debate y sobre el cual el maestro Taruffo puso especial empeño analítico a lo largo de su obra. Sin embargo, la tarea de la valoración probatoria del juez (que involucra no solamente los medios de convicción en los que el funcionario apoyó su verdad de los hechos sino también la justificación del rechazo de las pruebas que le sean contrarias) es un asunto que desborda los límites de este trabajo, de manera que no es pertinente detenerse en ella.

Consecuencias procesales de los vicios en la motivación en el ordenamiento procesal civil

Como ya se dejó sentada la importancia de la motivación de la sentencia tanto para las partes como para el sistema democrático, y dado que ya se expresaron los aspectos para tener en cuenta para desarrollar de manera completa y coherente esa labor, es factible entrar a estudiar las consecuencias, en el campo civil, de una sentencia en la que le juez no motivó su decisión o lo hizo insuficientemente, eventos en los cuales la doctrina ha hablado genéricamente de vicios en la motivación.

Siguiendo a Gómez (2014), los vicios o falencias en la motivación pueden ocurrir por (a) omisión, (b) insuficiencia y (c) contradicción, como se pasa a explicar.

(a) Vicios en la Motivación por Omisión: Este tipo de falencia puede ser formal o material. La omisión formal se configura por la ausencia total de motivación, es decir, cuando el juez, en su sentencia, pasó de enunciar los hechos alegados por los sujetos procesales a la parte resolutiva de la providencia, sin que mediara ninguna razón de derecho y de hecho que soporte su decisión. Este vicio es el más grave, aunque de poco probable ocurrencia, porque –al menos en la generalidad de los casos– los jueces se cuidan de exponer al menos unas mínimas líneas de considerandos, a fin de dotar de una justificación siquiera aparente del fallo que profieren.

La omisión material, por el contrario, parte de que se hayan incluido justificaciones para la decisión, pero estas sean apenas parciales, implícitas o *per relationem*. Estas categorías pueden explicarse así:

La motivación *parcial* se produce cuando se justificó racionalmente

solamente alguno de los aspectos relevantes del litigio pero se dejó de lado otros que ameritaban consideración.

La motivación *implícita* se presenta cuando el juez da por sentado que un aspecto del litigio no requería pronunciamiento expreso porque asumió que al motivar otro aspecto, quedó esclarecido el punto. Por ejemplo, según Gómez, "tal sería el caso del testigo X que ubica al sospechoso en el lugar de los hechos, y el testigo Y, que no lo ubica allí. Si el Juez le da credibilidad al testigo X, se presume que es impertinente justificar por qué no se estimó creíble al testigo Y" (Gómez, 2014; p. 87).

La motivación per *relationem* acaece cuando el juez no hace su propia justificación racional de un aspecto del litigio, sino que se remite a la estimación de otro juez, ya sea en el mismo proceso, o en otro distinto. En palabras de Taruffo:

> Se tiene una motivación per *relationem* cuando el juez no elabora para un punto decisorio una justificación autónoma ad hoc sino que aprovecha la justificación contenida en otra sentencia. A este respecto podemos distinguir dos hipótesis principales: la primera, de la que la jurisprudencia de la casación se ha ocupado con cierta frecuencia, se verifica cuando el juez de segundo grado recibe la justificación contenida en la sentencia de primer grado que ha sido impugnada ante él; la segunda, a la que la jurisprudencia no parece haberle dedicado particular atención, se verifica cuando el juez remite a la justificación contenida en una sentencia recaída en un juicio distinto o genéricamente a la jurisprudencia en la materia (…).
> Una parte de la jurisprudencia (…) sin llegar a negar la legitimidad de la motivación per *relationem* la condiciona a la existencia de requisitos específicos entre los que destaca que el segundo juez debe demostrar que valoró críticamente la suficiencia y la fundamentación de los argumentos que adopta ofreciendo su confirmación mediante la confutación de los motivos de impugnación planteados contra la sentencia de primer grado. (2006; p. 365)

Deviene de lo anterior que cuando en la motivación de la sentencia el juez se vale de valoraciones o criterios utilizados por otra autoridad judicial (al interior o por fuera del proceso en cuestión), existe el riesgo de incurrir en el vicio de motivación por omisión *per relationem*, pero ello no ocurrirá en todos los casos. Lo que es reprobable es que el juez simplemente reproduzca la motivación del juez de primer grado sin dar una justificación propia y autónoma del *thema decidendum* de la apelación, o que, amparado en el sistema de precedentes, se valga de consideraciones dadas en otros escenarios como simples *obiter dictum* o incluso que siendo la ratio *decidendi* de la decisión, no sean aplicables al caso concreto por tratarse de un cuadro fáctico diferente. Es por eso que el buen uso del sistema de precedentes implica la carga para el juez de explicar razonadamente por qué la providencia invocada es aplicable al caso concreto, tanto por su similitud fáctica como jurídica.

(b) Vicios en la Motivación por Insuficiencia: Se configura cuando, a pesar de que el juez se refirió a todos los aspectos relevantes del litigio, lo hizo de manera inarmónica con el ordenamiento jurídico aplicable, o con el marco fáctico que razonablemente puede extraerse de las pruebas; es decir, se trata de una falencia en la *calidad* de la motivación.

(c) Vicios en la Motivación por Contradicción: Tiene lugar cuando los argumentos no son el resultado racional de las premisas utilizadas por el juez, de manera que se contraponen unos a otros llegando incluso a afectar la parte resolutiva de la providencia por hacer ordenamientos contradictorios o que no están en consonancia con el *thema decidendum.*

Ahora bien, en criterio de Taruffo (2006) la presencia de los enunciados vicios en la motivación de la sentencia civil trae como consecuencia la nulidad de la sentencia, que, desde su perspectiva, también podría ser alegada como sustento de la impugnación de la providencia judicial. Inicialmente serán las partes quienes puedan alegar la nulidad de la sentencia, pero sería admisible que, en casos extremos como una ausencia total de motivación de la providencia (omisión formal), pudiera "tenerse un control ampliado de naturaleza cuasi pública" (2006; p. 391), pues en realidad en este último evento la sentencia, en rigor, sería inexistente, al no cumplir con una exigencia mínima de motivación en detrimento de garantías elementales de las partes (función endoprocesal) y de la sociedad en un sistema democrático (función extraprocesal).

En nuestro sistema jurídico, consideramos que no es factible declarar la nulidad de la sentencia civil por vicios en su motivación.

En primer lugar, debe recordarse que en el ordenamiento colombiano opera el principio de taxatividad o especificidad en materia de nulidades, conforme al cual en el proceso civil no hay un hecho capaz de generar la nulidad de lo actuado a menos que el legislador así lo haya consagrado expresamente, debiendo entonces el interesado combatir la irregularidad por vía de la impugnación de la decisión. En ese sentido, la nulidad de la sentencia por vicios en su motivación no es un hecho expresamente previsto por el legislador civil como causal de invalidez del acto procesal, ni en el artículo 133 del Código General del Proceso ni en ninguna otra norma especial. La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC5512 de 2017 explicó:

> en punto de la taxatividad de los motivos que constituyen nulidades procesales ('especificidad'), la legislación colombiana siguió a la francesa de la Revolución y su gran apego o culto a la ley en cuyo desarrollo acuñó la máxima *pas de nullité sans texte*, esto es, que no hay defecto capaz de estructurar nulidad, sin ley que expresamente la establezca, consagrado sintéticamente en el encabezamiento del artículo 140 del estatuto de enjuiciamiento [que corresponde al precepto 133 del Código General del Proceso] al decir que 'el proceso es nulo en todo o en parte solamente en los siguientes casos (...)',

> especificidad que reafirma el inciso 4o. del artículo 143 *ibídem* [135 actual], al disponer que 'el juez rechazará de plano la solicitud de nulidad que se funde en causal distinta a las determinadas en este capítulo.'
> La ley procesal es terminante al señalar cuáles vicios de actividad son generadores de nulidad y cuáles no, de manera que no es dable al intérprete asimilar a los primeros, acudiendo a argumentos de analogía o por mayoría de razón, algún otro tipo de defecto adjetivo (…) Es posible que en el juicio se presenten situaciones que originen desviación más o menos importante de normas que regulen las formas procesales, pero ello no implica que constituyan motivo de nulidad, la cual, se repite, únicamente puede emanar de las causales entronizadas por el legislador' (p. 8).

La jurisprudencia nacional no ha sido ajena al debate del que se viene hablando, pues de la lectura de ciertas providencias pareciera entenderse que la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil, aceptó que los vicios en la motivación dan lugar a la nulidad de la sentencia; muestra de ello son las sentencias del SC1418 de 2014 y SC5408 de 2018. En esta última decisión se señaló:

> La Corte por vía de interpretación, introdujo la tesis referente a que dentro de las posibles causas de nulidad generadas en la sentencia se encuentra la concerniente a las 'deficiencias graves de motivación'. (…) En esa oportunidad se abordó el estudio de la causal de revisión consagrada en el numeral 8° del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, en orden a lo cual la Corte se refirió en retrospectiva a sus antecedentes y se centró en el deber de motivación de las sentencias judiciales como elemento integrante del debido proceso (…).
> Decantado que la nulidad debe subyacer en la misma sentencia, en su propio cuerpo, habría de preguntarse sobre cuál podría ser ese vicio originado en la sentencia, que por su gravedad puede invalidarla y, más concretamente, cómo los vacíos argumentales dan lugar a la nulidad. Se ha dicho usualmente que la nulidad originada en la sentencia, cuando de argumentación se trata, supone la ausencia total de motivación. No obstante, en ese contexto casi sería imposible hallar una sentencia totalmente carente de razones, lo cual impone que en el camino de aplicar la carencia de argumentos como fuente de la nulidad de la sentencia, sea necesario un esfuerzo adicional, ya que normalmente los juzgadores abonan algunos motivos para decidir, de modo que resultaría estéril la búsqueda de una sentencia radicalmente ayuna de fundamentos. (pp. 8-12).

No obstante, las posturas que se han traído a colación no tienen la calidad de precedentes en la materia que se viene analizando, porque son consideraciones que constituyeron *obiter* dicta dentro de esas decisiones, pues en ninguno de los dos casos se declaró la nulidad de la sentencia por los vicios en su motivación.

Es más, con posterioridad a esos pronunciamientos, la misma Corporación ha proferido sentencias en sede de revisión (recurso extraordinario que tiene como una de sus causales, la nulidad originada en la sentencia, de conformidad con el artículo 355, numeral 8, del Código General del Proceso), explicando que los vicios en la motivación de la sentencia civil no son una causal de nulidad de la respectiva providencia. Sobre el particular,

pueden verse, por ejemplo, las sentencias SC3892 de 2020 y SC3004 de 2021, ésta última providencia reciente en la que la Corte sostuvo:

> La motivación de las providencias es una exigencia racional, vinculada estrechamente con la tutela judicial efectiva, que impone a los jueces exteriorizar los argumentos que soportan sus decisiones, en procura de diluir la posibilidad de que actúen de forma arbitraria o caprichosa, y de legitimar la actividad jurisdiccional del Estado, a partir de su razonabilidad, pertinencia y adecuación al marco normativo y fáctico de cada litigio.
>
> Sin embargo, la innegable importancia de esa carga no pareciera poder conducir a afirmar que una justificación «deficiente» o «insuficiente» de una sentencia conlleva su anulación, porque el ordenamiento no ha enlistado dichas hipótesis dentro de los motivos abstractos de invalidación procesal que consagra, actualmente, el canon 133 del Código General del Proceso (…).
>
> Conforme lo expuesto, y dado que el legislador no relacionó los defectos de motivación dentro de las causales de anulabilidad procesal, esa específica alegación no resulta técnicamente apta para cimentar una censura de revisión que se encamina por la senda del artículo 355-8 del Código General del Proceso, conclusión que se apoya en el hecho de que cualquier deficiencia que concierna a la fundamentación de las sentencias corresponderá a un vicio *in iudicando*, no *in procedendo*. (pp. 6-11)

Recientemente, la Sala Civil de la referida Corporación profirió la sentencia de casación SC4162-2021 (Corte Suprema de Justicia, 2021), en la que hizo un recuento jurisprudencial sobre la materia de la que se viene hablando, providencia en la que el máximo órgano de la justicia ordinaria señaló el fundamento de la importancia de motivar las sentencias judiciales y destacó que, aunque en principio se había admitido que la ausencia absoluta de motivación o los defectos graves de ésta configuraban una causal de nulidad procesal excepcional (y citó expresamente las sentencias SC1418 de 2014 y SC5408 de 2018 ya referidas en párrafos precedentes), lo cierto era que esa postura cambió con la sentencia SC3943 de 2020, posición refrendada en las sentencias SC4656 y 4857 de 2020, criterio que por ende constituye en la actualidad doctrina probable, que en los términos del artículo 4 de la Ley 169 de 1896 y en línea de principio, impone su aplicación por parte de los jueces en los casos análogos.

Así las cosas, para la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, la ausencia o deficiencia en la motivación de la sentencia no es un problema procedimental que constituya un vicio o irregularidad que invalide la sentencia, sino que es un asunto de mayor envergadura, pues constituye un yerro *in iudicando*.

Por otro lado, estimamos con un criterio netamente de practicidad, que no es conveniente considerar la nulidad de la sentencia por vicios en su motivación. Ello es así porque la consecuencia de la nulidad procesal es la invalidez de la sentencia no motivada o indebidamente motivada, de manera que si el superior en el trámite del recurso encontrare un vicio en la motivación

de la sentencia cuestionada, no podría proferir una nueva para ponerle fin al conflicto, sino que tendría que invalidar la actuación para remitir el expediente nuevamente al funcionario de primer grado para que profiera una nueva decisión, la que, una vez más, sería susceptible de impugnación.

Por el contrario, si los vicios en la motivación de la sentencia civil se reprochan a través de los medios de impugnación previstos por el legislador contra la sentencia (recurso de apelación y casación, por ejemplo), se obtendría una sentencia definitiva por parte del superior, con lo que se pondría fin al conflicto en el que están envueltas las partes (o por lo menos se daría fin a la respectiva instancia) y no se dilataría la solución de la controversia, otorgando a las partes seguridad jurídica y tutela judicial efectiva.

Conforme a lo anterior, si se tiene a los medios de impugnación de las decisiones judiciales y no a la nulidad procesal como la vía procesal idónea para cuestionar los vicios de la motivación de la sentencia civil, se garantizaría, por la eficacia de aquéllos, el cumplimiento de los fines del proceso judicial.

Puede ocurrir que en algunos eventos las sentencias con vicios en su motivación no puedan ser impugnadas por el recurso ordinario de apelación ni por el extraordinario de casación (por la cuantía del asunto o su naturaleza, por ejemplo). En estos casos, tendríamos que reconocer la utilidad de la acción de tutela contra providencia judicial como último remedio excepcional de la sentencia sin motivación o con motivación insuficiente o contradictoria, con la carga argumentativa para el interesado de desarrollar los requisitos generales y específicos de procedencia de la tutela contra providencia judicial que ya están decantados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Pese a que en esta oportunidad no es pertinente estudiar a fondo -por escapar al objeto de estudio en este artículo- la procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales, es oportuno señalar que la Corte Constitucional ha decantado que para el buen suceso de esta figura constitucional se requiere de la configuración de alguna de las causales de procedibilidad desarrolladas por la jurisprudencia constitucional, a saber: (a) defecto procedimental absoluto, (b) defecto fáctico, (c) defecto material o sustantivo, (d) error inducido, (e) sentencia sin motivación, (f) desconocimiento del precedente y (g) violación directa de la Constitución.

En sentencia de unificación 635 de 2015 la Corte constitucional explicó, de cara a la quinta causal enunciada en precedencia que es la que interesa en este momento, que:

> implica el incumplimiento de los servidores judiciales del deber de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, pues precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional**.** Este tipo de falencia se distingue del defecto fáctico, en cuanto no se estructura a

> partir de la disconformidad entre la motivación de la sentencia y su parte resolutiva, sino en la ausencia de razonamientos que sustenten lo decidido. Es evidente que una exigencia de racionalidad mínima de toda actuación judicial es que exprese los argumentos que hacen inferir la decisión correspondiente. Cuando este ineludible presupuesto no puede verificarse, la sentencia contradice aspectos que hacen parte del núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso. (p. 38).

No se desconoce que la acción de tutela no es una instancia adicional dentro del proceso, y que su procedencia contra sentencias judiciales no responde a un juicio de corrección del fallo sino a un juicio de validez. Sin embargo, cuando una sentencia con vicios en su motivación no es susceptible de ningún medio ordinario o extraordinario de impugnación, la acción de tutela se erige como única posibilidad para reprochar el fallo, siempre que los defectos de motivación sean de una envergadura considerable y no se trate de una simple divergencia de criterios entre el juez y la parte.

Finalmente, es pertinente reiterar que al estar centrado este artículo en el estudio de los vicios en la motivación de la sentencia al interior del proceso civil, no se emprende dicho análisis en el marco del proceso penal, donde el precedente de la Corte Suprema de Justicia en esa especialidad ha decantado una solución diferente al tema en cuestión. Si se quisiera profundizar en esta materia, se sugiere revisar la sentencia de casación SP-2956-2018, que por su especial claridad permitiría entender las consecuencias que en una y otra especialidad generan los vicios de la motivación en la decisión judicial.

Conclusiones

El ordenamiento jurídico colombiano consagró la obligación de los funcionarios judiciales de motivar las sentencias que ellos profieran, imperativo que es trascendental, pues responde a la necesidad de expresar la justificación que le permitió al juzgador llegar a su decisión y con ella, exteriorizar la razonabilidad de las conclusiones y su adecuación a los hechos probados y al marco normativo del litigio.

Esta labor cumple vitales funciones en el sistema jurídico, puesto que por un lado constituye una garantía constitucional del derecho fundamental al debido proceso, otorga legitimidad a la decisión judicial, que puede ser en virtud de ella escrutada, y concreta el derecho a la tutela judicial efectiva, al resolver de manera fundada el conflicto que se ha puesto a su consideración. Por otro lado, es sin duda alguna una garantía democrática para toda la sociedad, pues evita la actuación judicial arbitraria o caprichosa del funcionario judicial.

En tal virtud, la motivación de la sentencia tiene que ser entendida como una justificación racional de todas las razones de hecho y de derecho que

llevaron al juez a proferir la sentencia en el sentido en que lo hizo, esto es, expresando los argumentos que hacen aceptable racionalmente la decisión a la luz del ordenamiento jurídico y por ende, debe ser completa y coherente, entendida la completitud como la justificación incluye todas las cuestiones de hecho y de derecho controvertidas. La motivación será coherente cuando a la luz de la racionalidad del juicio, se constatan en ella elecciones con cierto orden que son consecuencia la una de la otra.

Cuando el deber de motivar las sentencias judiciales se cumple de manera insuficiente o inadecuada, el funcionario judicial puede incurrir en vicios por omisión, insuficiencia y contradicción, los cuales afectan directamente la garantía constitucional y la legitimidad de la decisión judicial.

Si bien el maestro Taruffo, cuya obra ha inspirado estas breves reflexiones, los vicios en la motivación de la sentencia civil generan la nulidad de la sentencia por el control ampliado de naturaleza cuasi pública que propone, y si bien en algunas providencias la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha mencionado como *obiter* dicta que era factible anular la sentencia civil por un ausencia total o defectos graves de motivación, lo cierto es que el precedente actual de la Corte -y por ende la doctrina probable vinculante para los jueces- niega que los vicios en la motivación de la sentencia sean causal de nulidad de la respectiva providencia, pues constituye un asunto de índole sustancial, ajeno al régimen de nulidades, cuya inobservancia se erige como un yerro in *iudicando* que debe ser atacado a través de los mecanismos ordinarios y extraordinarios de impugnación, en los que se debata el cumplimiento de esta carga sustantiva que es deber del juzgador y garantía constitucional del debido proceso.

El autor de este escrito estima que en Colombia no es factible jurídicamente, ni conveniente en términos prácticos, declarar la nulidad de la sentencia civil por vicios en su motivación, porque por una parte, el legislador patrio no consagró los vicios en la motivación de la sentencia como una causal de nulidad procesal, y por la otra, la declaración de nulidad de la sentencia conllevaría a que el superior devolviera el expediente al inferior para que profiera una nueva sentencia que sería susceptible de nuevos recursos, siendo preferible que el juez superior que constate el vicio en la motivación de la sentencia, la revoque (o case de ser el caso) para él mismo proferir una sentencia que ponga fin al conflicto.

Se considera que los medios de impugnación tanto ordinarios (apelación) como extraordinarios (casación) son los mecanismos idóneos para reprochar los vicios en la motivación de la sentencia civil. En caso de que la sentencia no sea susceptible de esos mecanismos, queda la acción de tutela como vía excepcional para corregir el vicio con la carga argumentativa para el interesado

de desarrollar los requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencia judicial ya decantados por la jurisprudencia nacional.

Bibliografía

Aramburo, M. (2011). Sobre la relación entre la motivación de las sentencias y el precedente judicial. Aportaciones a un debate. En: Responsabilidad Civil, Derecho de Seguros y Filosofía del Derecho. Estudios en Homenaje a Javier Tamayo Jaramillo. Tomo II. Colombia: Biblioteca Jurídica Dike.

Aramburo, M. (2021). Los anteojos de Taruffo: una concepción de la jurisdicción. Doxa Cuadernos de Filosofía del [Derecho, 44, 63-92.

Colomer, I. (2002). La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales. España: Editorial Tirant.

Congreso de la República de Colombia. (6 de agosto de 1970). Artículo 304 [Título XIV]. Código de Procedimiento Civil. [Decreto-Ley 4700 de 1970]. DO: 33.150.

Congreso de la República de Colombia. (7 de marzo de 1996). Artículo 55 [Título III]. Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. [Ley 270 de 1996]. DO: 42.745.

Congreso de la República de Colombia. (12 de julio de 2012). Código General del Proceso. [Ley 1564 de 2012]. DO: 48.489.

Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1886). Artículo 161 [Título XV].

Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). Artículo 29 [Título II].

Corte Constitucional de Colombia. (16 de marzo de 2012). Sentencia T-214/12 [M.P.: Vargas, L.].

Corte Constitucional de Colombia. (7 de octubre de 2015). Sentencia SU635/15 [M.P.: Pretelt, J

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (24 de abril de 2017). Sentencia SC5512-2017 [M.P.: Cabello, M.].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (25 de julio de 2018). Sentencia SP2956-2018 [M.P.: Patiño, E.].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (11 de diciembre de 2018). Sentencia SC5408-2018 [M.P.: Tejeiro, O.].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (19 de octubre de 2020). Sentencia SC3892-2020 [M.P.: Rico, L.].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (8 de septiembre de 2021). Sentencia SC3004-2021 [M.P.: Rico, L.].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (17 de septiembre de

2021). Sentencia SC4162-2021 [M.P.: Quiroz, A.].

Ferrer, J. (2011). Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales. Revista Isonomía, 34, 87-107.

Gómez, L. (2014). Elementos para una teoría general de la motivación. Revista Facultad de Ciencias Forenses y de la Salud, 10, 79-90.

Presidente de la República de Colombia. (6 de agosto de 1970). Código de Procedimiento Civil. [Decreto-Ley 1400 de 1970]. DO: 33.150.

Taruffo, M. (2006). La motivación de la sentencia civil. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Taruffo, M. (2009). Páginas sobre justicia civil. España: Editorial Marcial Pons.

Taruffo, M. (2013). Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Taruffo, M. (2015). Consideraciones sobre prueba y motivación. En: Cruz, H. (Coord.), Revista Nuevas Tendencias en Derecho Probatorio 2 ed. (pp. 41-56) Bogotá: Universidad de Los Andes.

Villamil, E. (2008). Estructura de la sentencia judicial. Colombia: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Prueba y verdad
Reflexiones desde la obra de Michele Taruffo [5]

Hader Guillermo Luna Mora [6]
Luis Orlando Toro Garzón [7]

Resumen: En este artículo se reflexiona sobre los conceptos de prueba y verdad con fundamento en el trabajo del maestro Michele Taruffo, a través de una metodología analítica y crítica Hermenéutica, utilizando herramientas como la globalización del análisis, el empleo sistemático de la comparación y el estudio interdisciplinar, elementos que destacaba el insigne maestro en el abordaje de los problemas plateados. En el decurso teórico se abordan temas como: enunciados fácticos, el contexto procesal, la prueba y su relacionamiento con el fin de verdad en el proceso. Se encontrará cómo los autores presentan un estándar para la construcción de enunciados, fijando el inicio de todo proceso en la realidad, señalando que el contexto procesal es un espacio donde convergen varios puntos de vista que conforman un escenario en el cual debutan los enunciados; así mismo, se presenta la prueba como aporte de conocimiento y como elemento de persuasión; finalmente, se señala que el juez en su valoración, en todo caso debe establecer la correspondencia del enunciado con la realidad del hecho que se describe, en una constante relación entre prueba y verdad.

Además, se indaga por el proceso y la dinámica de producción de conocimiento desde una perspectiva empírica, centrando el estudio en la técnica de formulación y discusión sobre los enunciados que tienen como base hechos que pueden ser verdaderos o falsos, según el interés de parte y la visión normativa o lógica con que se evalúen, asegurando con ello, la necesaria aptitud para el dominio de las narraciones y su puesta en escena, a la luz de las cuales la función de la prueba como fuente de conocimiento y persuasión, puede denotar mayor importancia para la democracia y la justicia de la decisión.

Palabras clave: conocimiento, contexto procesal, enunciado fáctico, prueba, verdad.

5 Este artículo es producto de las investigaciones realizadas por los autores dentro del programa de Doctorado en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín, tomando como fuente principal el libro sobre las frontes del maestro Michele Taruffo en el capítulo XI sobre prueba y verdad, siendo este autor el gran referente del Derecho Procesal del siglo XXI.

6 Abogado, candidato a doctor en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín, docente universitario de la Universidad Mariana de San Juan de Pasto.
7 Abogado, Especialista en Derecho Penal, Especialista en Derecho Público, Magister y Doctor en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín, investigador y líder del grupo de investigaciones en derecho procesal de la Universidad de Medellín. Docente Universitario y asesor de investigaciones académicas.

Proof and truth
Reflections from the work of Michele Taruffo

Abstrac: This article reflects on the concepts of proof and truth based on the work of master Michele Taruffo, through an analytical and critical Hermeneutic methodology, using tools such as the globalization of analysis, the systematic use of comparison and interdisciplinary study. elements highlighted by the distinguished teacher in dealing with silver problems. In the theoretical course, topics such as: factual statements, the procedural context, the test and its relationship with the end of truth in the process are addressed. It will be found how the authors present a standard for the construction of statements, setting the beginning of any process in reality, pointing out that the procedural context is a space where several points of view converge that make up a scenario in which the statements debut; Likewise, the test is presented as a contribution of knowledge and as an element of persuasion; Finally, it is pointed out that the judge in his assessment, in any case, must establish the correspondence of the statement with the reality of the fact that is described, in a constant relationship between evidence and truth.

In addition, the process and dynamics of knowledge production are investigated from an empirical perspective, focusing the study on the technique of formulating and discussing statements based on facts that can be true or false, depending on the interest of the party and the normative or logical vision with which they are evaluated, thus ensuring the necessary aptitude for mastery of narratives and their staging, in light of which the function of evidence as a source of knowledge and persuasion, can denote greater importance for democracy and fairness of decision.

Keywords: knowledge, procedural context, factual statement, proof, truth.

Introducción

El ser humano, por esencia demuestra interés por alguno de los bienes de la vida. Cuando estos intereses se contraponen, surge un conflicto de intereses entre las partes, el cual debe solucionarse, bien sea por una de las partes, por las dos partes o con la intervención de un tercero. Esta última forma de solución de conflictos llama al Estado como una figura neutral para restablecer el equilibrio social, a través de la función de administrar justicia. Para cumplir con su cometido, este debe formular reglas de carácter sustancial y formal, las primeras como imperativos categóricos o normas sustanciales de descripción y prescripción de conductas humanas y, las segundas, como formas que permiten hacer efectivo el cumplimiento del imperativo categórico y, que, en su conjunto, se conocen como derecho procesal. Es así como, en este artículo se desarrolla el derecho formal o procesal y, dentro de este, el proceso, cuya alma central es la prueba que posibilita avanzar hacia la verdad como fin último del proceso y de la prueba.

Cabe mencionar que, el proceso judicial tiene su origen en Grecia y Roma, bajo el concepto de un conjunto de pasos que conlleven a un fin. Desde la teoría positivista del derecho, se definen códigos que organizan el desarrollo del proceso, bajo las escuelas del *common law y civil law*; la primera de origen anglosajón y de tendencia oral y, la segunda, de origen romano y con tendencia escritural y formal. En ambos sentidos, la prueba constituye el eje principal para encontrar la verdad; aunque para algunos autores, el proceso no busca la verdad como fin.

En esta discusión, interviene el insigne maestro Michele Taruffo, de quien se ha tomado el tema "apuntes sobre prueba y verdad", breve referencia al Capítulo XI del libro sobre las fronteras (Taruffo, 2006a), documento en el que explica lo fundamental que es la redacción de los hechos dentro de un conflicto y, por ende, la valoración por parte del juez, bajo las formas de enunciado o pruebas. De esta manera, se presentan algunas reflexiones sobre temas como: la construcción de los enunciados fácticos, el contexto procesal, la prueba y la verdad. Temas de interés en tanto que, el principio de legalidad se ve fortalecido por la construcción de hechos de relevancia jurídica, los cuales son proporcionados al juez en los diferentes momentos del proceso y que se concretas durante el proceso de valoración final de las pruebas, lo cual no es un asunto menor.

Aunado a lo anterior y siguiendo los postulados del profesor Taruffo, es fundamental que los estudiosos del derecho procesal conozcan la importancia de entender el proceso como un contenido lingüístico, de razón y análisis, diferente a la persuasión, a partir de una explicación que parte del hecho y su

estructura, que le sirve a las partes para saber cómo redactar los hechos, al juez como herramienta de apoyo al momento de entender el hecho y adecuarlo a la norma jurídica, con un solo propósito, entender que el fin del proceso desde la posibilidad corroborativa es la probabilidad más cercana a la verdad.

De esta manera, la discusión se centra en el complejo significado de las palabras y su gobierno lingüístico, la redacción, el contexto, interpretación y la propuesta de aplicación subsuntiva dentro de los hechos de la norma o regla particular concreta. Todo esto se discute dentro del proceso, donde se aborda diferentes significados y propósitos de verdad. En este entorno se tiene en cuenta la definición de verdad y, si ésta, a su vez es el fin del proceso, o únicamente lo más aproximado a la realidad.

1. Prueba y verdad, breve referencia al capítulo XI del libro sobre las fronteras de Michele Taruffo

El autor en este capítulo toma como eje seis enunciados fácticos, de los cuales se destacan los referentes a situaciones financieras, de familia, contractuales y penales, que, en su conjunto, pueden constituirse en fuente de hechos de cara a una posible acción judicial; indica que las proposiciones expresadas en los enunciados introductorios al tema pueden ser verdaderas o falsas, con implicaciones valorativas distintas, generadoras de consecuencias según su contexto social o jurídico. Para Taruffo (2006a) "en esencia establecer la verdad o la falsedad de estos enunciados es un problema que puede plantearse y se resuelve en cualquier ámbito de la experiencia inclusive en el del proceso" (p. 254).

El signo lingüístico de "enunciado" que, según el *Diccionario de la lengua española*, está conformado por "un conjunto organizado de palabras que expresan juntas una idea" (Real Academia Española [RAE], 2000), aplicado al ámbito del derecho procesal y, especialmente, al proceso judicial, cambiaría el enfoque del proceso como institución jurídica. Según el planteamiento de Jaime Guasp (1998), "el proceso es el conjunto de actividades relacionadas por el vínculo de una idea común y objetiva, a la que están adheridas las diversas voluntades particulares de los sujetos de los que procede aquella actividad" (p. 45).

Esta definición particular de enunciado, a la luz del texto "prueba y verdad" de Taruffo, necesitaría modificarse o complementarse, por cuanto, no solamente interesan las voluntades de las partes, sino la posición individual de cada una de ellas, materializada en la escena procesal a través de una narración en donde puede tener incidencia tanto la objetividad como la subjetividad, por el interés persuasivo que anima a cada parte.

Así, las narraciones están construidas sobre la base de un conjunto de hechos hilados por unidad de pretensión jurídica, representadas a través de enunciados o proposiciones que pueden ser verdaderas o falsas o, simplemente verosímiles, según el contexto en el cual se ubiquen y los fundamentos que le den respaldo; en ese sentido, las narraciones de parte son la piedra angular de los hechos que interesan al proceso y sobre los cuales, consecuentemente, se construirán las narraciones del juez.

Al respecto de los hechos, Susan Haack se pregunta si: "¿Los procedimientos contenciosos y las reglas de evidencia excluyentes permiten, o impiden, la determinación precisa de los hechos?" (Haack, 2014, p. 78); este interrogante lleva a Taruffo a presentar una idea diferente, que parte de examinar el proceso jurídico como un todo, incluyendo la elaboración de los enunciados y las fuentes de prueba, que permitan aportar al juez los enfoques cognitivos que suelen converger, es decir, conocimiento o simplemente persuasión, desde lo cual persistiría el paradigma de estructurar y definir la verdad y sus connotaciones especiales en el proceso y su contexto.

El anterior planteamiento, indudablemente nos pone frente al problema de la prueba de los hechos, desde el punto de vista de la coherencia de la narración, la correspondencia probatoria o la verdad sobre los enunciados. Es resaltable, la posibilidad de coherencia construida con enunciados falsos como problema por las consecuencias nugatorias dentro del proceso en cuanto al deber ser de la justicia de la decisión, o que decir, de una correspondencia probatoria débil y un exceso en las limitaciones de búsqueda de la verdad. En tal escenario, Taruffo discurre sobre las siguientes variables temáticas con fines de armonía, de cara a la verdad por correspondencia o por probabilidad.

1.1. La construcción de los enunciados fácticos

Un enunciado fáctico nunca es dado de por sí en ninguna situación de realidad, sino que es formulado siempre por alguien en una situación concreta y, habitualmente, también para fines particulares, por lo cual su organización, según el texto objeto de reflexión, requeriría de categorías constructivas como las siguientes:

Construcción selectiva: Esta categoría según lo afirma Susan Haack (2014), parte del hecho de que existen pluralidad de descripciones verdaderas de la realidad, de acuerdo con el punto de vista de donde se miren, por lo cual se debe colocar un filtro, que permita extraer lo que no interesa, concretándose en pocas y simples circunstancias. Para lograr esto, es

importante tomar en consideración los estándares y técnicas de escogencia de la descripción del hecho que se enuncia, es decir, buscar la relevancia jurídica y ordenar los hechos y las secuencias según los antecedentes y consecuencias con base a la lógica como ciencia de orientación y de orden narrativo.

Referente al tema mencionado, Taruffo (2006 p.520), señala que la relevancia jurídica se da cuando la norma obra como criterio de selección de las connotaciones del hecho que se consideran relevantes, se debe escoger la circunstancia que le permita al hecho ser jurídicamente calificado, determinando el hecho jurídico principal, el hecho constitutivo y los hechos materiales. Al respecto de la relevancia lógica, ésta permite afirmar la concentración en los hechos que no son calificados jurídicamente por la norma, pero que suministran una conclusión útil para la comprobación de la verdad o la falsedad. Estos hechos normalmente son producto de elaboraciones indiciarias o circunstanciales por la precariedad probatoria inicial, pero que sirven de fundamento a los juicios de construcción de hipótesis de impulso, hipótesis que serían finales por corroboración probatoria prevista de completud. A partir de la correcta identificación de datos indicantes, se permite la formulación de inferencias con lo cual se tiende el puente lógico de conexión del hecho secundario probado hacia el hecho principal, siendo este último, el hecho de la norma o mejor conocido como supuesto de hecho.

De acuerdo con lo anterior, siempre se debe acudir a la norma para la selección de los hechos y ubicar los elementos meramente circunstanciales como conectores que permitan una inferencia capaz de soportar el hecho principal con el secundario, claro está no forzando la realidad sino utilizando la categoría constructiva para una adecuada presentación del hecho.

Construcción semántica: al respecto Taruffo (2006 p. 501), señala que la circunstancia de que un enunciado sea una entidad lingüística dotada de un significado comprensible implica que su formulación se realice ante todo por medio del uso correcto de un lenguaje determinado y de sus reglas (gramática, sintáctica, lógicas), entre los muchos signos de lenguaje posibles y entre sus múltiples usos permitidos. La formulación de un enunciado fáctico implica escogencias bien precisas dirigidas a la determinación de la forma lingüística más conveniente y eficaz para expresar el significado del enunciado, por ello, es conveniente seleccionar aquella forma de expresión que usa términos descriptivos y términos valorativos, con pleno control de lo que se quiere decir y lo que podrá ser interpretado o inferido por el destinatario, según sus condiciones en el proceso y de acuerdo con las competencias decisionales.

Construcción categorial o cultural: Taruffo (2006 p.605) manifiesta que todo enunciado relativo a conexiones entre eventos implica el uso de categorías de interpretación de la realidad, en función de las cuales, estas conexiones se construyen y su significado cambia según las categorías que se empleen para formularlo. La construcción cultural tiene que ver con el hecho de que los presupuestos éticos, políticos, de costumbre o de religión desempeñan, con frecuencia, una función importantísima para determinar las formas en que se describe e inscriben los hechos y porque no afirmarlo, se aceptan.

Construcción social: Para John Searle (2010) se trata de "aquellos hechos que no se producen y no se determinan en función de un referente empírico o material directamente perceptible, sino en función de contextos sociales que "crean" y definen determinados hechos" (p. 55). Aunado a ello, hace énfasis en las realidades, mencionando que:

> En torno a las realidades socialmente construidas, (…) lo que cuenta no es el aspecto empírico, como el sonido, las imágenes, el papel escrito y así sucesivamente, sino el conjunto de convenciones de conexión y de símbolos en función de los cuales, por ejemplo, un billete de un banco es dinero y no un pedazo de papel de colores. (p. 55)

De esta manera, los hechos adquieren relevancia, en un contexto social y éticamente construido.

1.2 El contexto procesal.

Para abordar este tema, es importante mencionar el contexto del proceso judicial, porque según Taruffo (2006 p.445), puede surgir la necesidad de establecer si los enunciados son verdaderos o falsos, para lo cual es útil desarrollar algunas consideraciones más específicas al respecto, tal como se presentan continuación por virtud de institutos procesales incidentes como:

La relevancia jurídica: se presenta cuando un hecho vinculado con una norma jurídica produce inmediatamente las consecuencias previstas por esta norma. Esta es el estándar principal en el contexto procesal. De otra parte, pueden influir los hechos lógicamente relevantes, en los cuales no hay consecuencia jurídica directa, pero sí inferencias lógicas que pueden producir conclusiones acerca de la validez, verdad o falsedad de un enunciado relativo a los hechos jurídicamente relevantes.

El contraste dialéctico: varias narraciones se producen a propósito de los hechos jurídica y lógicamente relevantes, desde las diferentes intervenciones de las partes en diferentes momentos del proceso, lo cual se da con interacción dialéctica permanente si se trata de un escenario de interés de conseguir justicia judicial, por ello, en esta ruta, las partes intervienen con salvaguarda del principio de publicidad integral de una a otra, formulando tesis o contratesis; sin embargo, es el juez quien debe resolver el conflicto, armonizando las distintas narraciones de cara a lo considerado como probado y a consecuencia de la relevancia jurídica, que pueda ser calificada por efectos probatorios y de correcta selección e interpretación normativa, escogiendo entre ellas «las narraciones» una o varias según la pretensión formulada de cargo o de resistencia, y descartando las otras por ser falsas, falaces o inaceptables por ausencia de fundamento o peso probatorio. No obstante, el juez, también en el escenario del proceso civil, construye narraciones con la limitante de no desbordar los hechos alinderados por las partes, así, la teoría narrativa, permite comprender quién narra qué y cuántas y cuáles narraciones de los hechos integran la dimensión narrativa del contexto procesal.

Procesalmente, se puede evidenciar la existencia de narrativas perfectas construidas con enunciados verdaderos, pero también construidas con enunciados falsos, o construidas con enunciados verosímiles que, sin lugar a duda, generan consecuencias diversas frente al tipo de decisión y estabilidad jurídica de la misma. De ahí que, el juez debe utilizar las reglas propias de la teoría narrativa, pero sobre todo, identificar la verdad o falsedad de los enunciados y, adicional a ello, argumentar con suficiencia en el razonamiento sobre los hallazgos y consecuencias atribuidas en vía de las reglas probatorias que se requieren para las afirmaciones sobre la prueba de los hechos y criterios de subsunción lógica en las distintas fuentes del Derecho, en procura de la consecuencia jurídica que debe recibir cada parte. Continuando con el contexto procesal y los enunciados de parte, Taruffo (2006) precisa que:

> Estas consideraciones llevan a poner un asentó especial sobre el acto concluyente del proceso, o sea sobre la decisión que toma el juez como acto de escogencia entre las distintas versiones de los hechos (entre los distintos enunciados) que han conformado el desarrollo del proceso. (p. 263)

Así, el acto concluyente del proceso escoge la narración verdadera y descarta la narración falsa, falaz o poco probable, pone fin al proceso y a las controversias, pero este ritual procesal de finalización se expone a la limitación de comprobación de la verdad de los hechos, entre otras razones, por los términos asignados en el proceso y porque independiente de los

resultados probatorios obtenidos, el juez debe dictar sentencia.

En este contexto, el establecer la verdad como fin de la prueba y del proceso no puede ser un obstáculo a la solución de la controversia. Lo que lleva a Taruffo a preguntarse: ¿qué se entiende cuando se habla de la decisión justa? Es decir, únicamente es resolver la controversia o encontrar la verdad. Podría decirse que, el procedimiento justo es aquel que se ha aplicado correctamente de acuerdo con los formalismos propios del tipo de procedimiento, y cuando el resultado procesal deriva sin soslayar, los niveles racionalistas y garantistas propios del sistema procesal dé amparo a la causa particular.

En esa medida, el proceso no termina como terminan los juegos o las apuestas de azar, si la derrota es considerada injusta, la decisión solo puede ser considerada como justa si en ella se dan otras condiciones que se consideran necesarias en conjunto y que están determinadas por el respeto del criterio sustancial de la justicia. El problema deriva del hecho de que, el proceso se constituye con una decisión y esta decisión se deriva en los sistemas modernos en los que rige el principio de subordinación del juez a la ley, de la aplicación de normas en los casos concretos que son objeto de decisión.

En el giro dialéctico, es fundamental, la correcta sintonía de interpretación de los enunciados fácticos y la adecuada construcción de enunciados normativos desde pleno dominio de las fuentes del derecho para la aplicación de la norma. Aplicar la norma en el contexto de decisión judicial implica una infinidad de problemas, que van desde la interpretación de la disposición hasta la pluralidad de las formas argumentativas, donde la norma puede ser referida al caso concreto o el caso concreto puede ser llevado al campo de la aplicación de la norma. Así, la fraseología del entorno normativo exige la exposición con claridad de la forma de selección de la disposición y derivación de la norma explícita o implícita y la construcción consecuente de la regla jurídica atinente a los hechos ya delimitados por efectos de prueba. Es un mandato para la hermenéutica normativa, considerar que toda norma consiste en la previsión de consecuencias jurídicas, que han de atribuirse a la verificación de las circunstancias específicas por la misma norma.

Desde el punto de vista positivo, esto significa que la decisión judicial tiene proximidad a ser justa bajo el aspecto de la aplicación de las normas sustanciales, solo si es verdadero el enunciado correspondiente a un hecho que constituye la condición de aplicación de la norma, y si las fronteras interpretativas no fueron sobrepasadas desde la justa medida de la restricción o la expansión que rigen la mediación del juez para la comprensión y aplicación del Derecho en cada caso en particular

1.3 La Prueba.

Respecto a este tema, Taruffo (2006) considera que, en términos generales, se puede entender por prueba cualquier instrumento, método, persona, cosa o circunstancia que pueda suministrar información útil para resolver incertidumbres del proceso. Son racionalmente admisibles todas las pruebas típicas o atípicas que parezcan relevantes, en cuanto suministran informaciones conducentes para la emisión de la decisión resolutiva de la controversia, y rechazables o excluibles las pruebas ilegales o ilícitas.

La función de la prueba es suministrar al juez fundamentos cognitivos para establecer si un determinado enunciado correspondiente a un hecho es verdadero o falso, pero este fin no limita que se construya una sentencia con estándares de razonabilidad en el orden de la probabilidad de ocurrencia en grado de mayor correspondencia con las pruebas de una de las partes. Al señalar el autor que el problema central es la naturaleza de la prueba judicial, propone dos escenarios de explicación y comprensión, de lo cual se hace referencia en adelante:

En primer lugar, asume que la prueba es esencialmente un instrumento de conocimiento, porque dice, suministra información relativa a los hechos que deben ser probados en el proceso. Se puede decir que la prueba es un instrumento que provee informaciones acerca del contenido de un enunciado y hace conocer las circunstancias de las que se ocupa el enunciado, con la consecuencia que el enunciado podría ser considerado verdadero o falso, según sea la prueba que se refiera a él. El hecho es conocido en el proceso, pero con limitaciones intrínsecas al contexto en el cual se usa dicha prueba, puede incidir en el grado de verdad o la falsedad de los enunciados y, por tanto, que se conozcan los hechos de los cuales, los mismos enunciados se ocupan.

En segundo lugar, indaga por la prueba como un instrumento de persuasión: explica que, como tal no tendría nada que ver con el conocimiento de los hechos, pues no serviría para establecer la verdad o falsedad de un enunciado; solo estaría encaminada a convencer de la fundamentación o no fundamentación del enunciado fáctico. Todo el problema se reduce a comprobar si el juez está o persuadido de la verdad o de la falsedad de un enunciado, de manera que, puede concurrir la persuasión con la eficacia de la prueba usada como sustento, lo cual en nada afectaría la cualificación de decisión justa, lo criticable en el orden de reproche seria, que esa persuasión del juez esté amparada en manipulación, exageración o elevación desmesurada de ostensibilidad probatoria, es decir, llevar al juez al imaginario enteramente subjetivo que algo es o está probado sin ser así.

En este aspecto de persuasión, no se puede ni siquiera averiguar si el convencimiento del juez es justo o equivocado, porque esto presupondría una teoría prescriptiva o normativa de la prueba y del convencimiento del juez. Las presunciones judiciales no son ni justas ni erradas, ni verdaderas o falsas, sencillamente, existen o no existen en la mente del juez. Así, la prueba es un fenómeno bastante complejo, de manera que en ella no se puede describir y representar aspectos distintos desde diferentes puntos de vista.

Las dos concepciones no son equivalentes ni intercambiables, en el recorrido de descubrimiento, interpretación y justificación probatoria, pero son necesarias para la construcción de decisiones democráticas; es común el contraste de diferentes puntos de vista que finalmente deben tener un momento de cierre, así sea bajo el contexto de cosa juzgada relativa, precisamente por la incertidumbre que subsiste en alto o menor grado en cada resolución del conflicto judicial. Los puntos de contraste controlables, normalmente se presentan entre las partes de un lado y de estas con el juez, en este último prevalece el tipo de ámbito jurídico, el sistema procesal que lo fundamenta y el activismo permitido al juez, véase al respecto:

La postura de los abogados de parte: De la concepción presuntiva de la prueba por adecuación del abogado, según el extremo que se represente, se puede decir que ella no es del todo falsa, en cuanto contiene al menos un elemento de verdad. Sin embargo, puede ser absolutamente parcial en muchos de los casos, pues además el objeto fundamental que el abogado persigue no es el de descubrir la verdad o de hacer que la descubra el juez, sino vencer en la causa. El único límite para el abogado es que no puede servirse de pruebas de cuya falsedad o ilegalidad se tenga dominio con certeza consciente (Taruffo, 2003).

La postura del juez: el Juez por naturaleza jurídica y funcional está adscrito y descrito desde la concepción cognoscitiva de la prueba, pero ante complejidades probatorias o actitudes de parte o propias, puede persuadirse de la verdad o falsedad de un enunciado fáctico, denotando debilidad frente al conocimiento estándar que debe obtener, no obstante, no es un indicador de desmarque de la búsqueda de la verdad del administrador de justicia y de la consolidación de la objetividad racional. (Taruffo, 2003).

Así, la decisión debe fundamentarse en informaciones objetivamente controlables y en argumentaciones lógicamente validadas, de ahí que, el juez no tiene nada que vencer en la competición judicial, pero sí, tiene el deber de lograr un ambiente jurídico y social previsto de razonabilidad, teniendo además como premisa no menos importante, que la decisión no solo debe ser considerada por sí mismo como justa, sino que lo refleje para todos los

auditorios de interés y se mantenga incólume ante instancias de revisión futura. Así entonces, la aproximación de como el juez debe actuar en estos casos, la refiere García (2020) al señalar que:

> El Juez debe aplicar sus facultades intelectivas a unos hechos conocidos y a la luz de la información suministrada por los medios de prueba, tendrá que hacer reaparecer el pasado en formato de presente y determinar sus consecuencias jurídicas que tendrán efecto en el futuro de los litigantes. (p. 600)

Si el juez es activo y garante de la correcta aplicación de la ley, y asume decidido la tarea fundamental de asegurar la tutela efectiva de los derechos en todos los momentos procesales e instancias, de seguro utilizará adecuada e integralmente todos los criterios sobre la correcta aplicación de las reglas de derecho que gobiernan el tipo normativo y el ejercicio de subsunción moderado en particular de los hechos enunciados, esto implica que, hayan sido corroborados los hechos de las partes con plena comprensión y atención de las categorías fácticas que le circundan y que sean necesarias para resolver cada pretensión.

1.4. La verdad.

Según Taruffo (2006 p.599), la verdad o la falsedad de los enunciados fácticos se plantea en los más diversos contextos, pero es en la locación del proceso donde la verdad o falsedad de un enunciado de hecho es trascendente desde los efectos que produce a la decisión y la justicia de esta, de modo que surge la necesidad de probar si un enunciado es verdadero o falso en diferentes niveles. El hecho de no disponer de toda la información necesaria y plenamente corroborante del hecho realidad o por lo menos de los hechos enunciados por las más diversas razones, entre ellos, por límites de tiempo y de recursos en la búsqueda de la verdad de un hecho o por la conducta desinteresada de las partes es ya un fracaso predecible que por más que se matice con argumentaciones racionales, no deja de ser un retroceso a los fines de cientificidad probatoria y decisional como aspectos relevantes a la epistemología procesal contemporánea.

El carácter relativo de la verdad que se puede obtener en el proceso no constituye una razón suficiente para afirmar que, en el proceso solo se pueda hablar de verdad como coherencia de la decisión final, con respecto al contexto procesal y a las enunciaciones o narraciones que en él tiene lugar. Se podría decir que la decisión debería ser coherente con las afirmaciones de parte y con el resultado de las pruebas, pero ¿qué sentido puede tener esto en un ámbito en que las partes hacen afirmaciones

contrapuestas y también las pruebas producen resultados divergentes y conflictivos?

Para este autor, es perfectamente posible la existencia de narraciones coherentes con la particularidad de ser falsas, lo cual no es afín al proceso judicial, pues en este, la justicia como valor tiene necesidad de ser soportada en narraciones verdaderas, aun cuando puedan ser narrativas incoherentes. La narración coherente podría ser base de la decisión por ser más persuasiva; de esta manera, se puede enarbolar las siguientes apreciaciones al respecto de la claridad de la condición coherentista en el proceso:

Premisas dudosas: dan lugar a: 1) Que la coherencia de la narración sea en verdad el factor principal de la persuasión. 2) Que solo las narraciones coherentes pueden ser tomadas en consideración. 3) Que las pruebas solo sirvan para persuadir.

Problemas de la prueba en el proceso: estos emergen cuando solo se evidencian o tienen ocupación sobresaliente los fenómenos de las narraciones simplemente coherentes y las dificultades sobre la prueba de los hechos. Según lo anterior, bastaría con que los sujetos hablaran del proceso y luego ver quién es coherente y quién no lo es. La justicia y la literatura presentan superficiales semejantes, son distintos de los que se usan para establecer la justicia de la sentencia bajo el aspecto de su fundamento fáctico.

El concepto de verdad es más que simple coherencia enunciativa o narrativa, se debe acudir al nivel de correspondencia que solo resulta con sentido en el contexto del proceso. En este aspecto sobresalen dos argumentos:

Como primera razón: En el proceso se usan pruebas y estas sirven no para producir narraciones sino para suministrar información sobre situaciones que se entienden como sucedidas fuera del proceso. La prueba es el instrumento cognitivo mediador entre los discursos que se hacen en el proceso y los acontecimientos del mundo real. A través de este medio, el juez reconstruye y corrobora, en muchos de los casos, los hechos relevantes para la decisión.

Como segunda razón: La norma sustancial que es usada por el juez como criterio de decisión, presupone que el hecho jurídicamente calificado y que fuera objeto de decisión, en verdad haya ocurrido fuera del proceso y de sus narraciones. Si tal hecho no ha sucedido en realidad, la norma no puede ser aplicada y si es aplicada, ello sería suficiente para tornar injusta la sentencia.

La concepción de verdad procesal como correspondencia con la realidad externa y, por tanto, como corroboración en juicio por medio de pruebas,

vale para cualquier tipo de hecho y el juez lo debe comprobar. Los hechos empíricos constituyen solo el material bruto que se utiliza para las más variadas construcciones sociales, valorativas, simbólicas o categoriales.

Pensar la verdad como correspondencia con la realidad, se trata, en esencia, de reconocer que el mundo real existe y que de él pueden darse infinitas descripciones verdaderas, siendo su verdad referible al mundo real. El Juez debe, en todo caso, establecer la correspondencia del enunciado con la realidad del hecho que se describe; para ello sirven las pruebas. En cuanto a los aspectos problemáticos del proceso dentro del tema de la construcción de enunciados fácticos, la maestra Susan Haack (2014) aborda el tema de pluralidad de descripciones verdaderas de la realidad, señalando que:

> Quien quiera que formule un enunciado fáctico debe realizar una serie de escogencias selectivas que buscan excluir todo lo que no interesa incluir en el enunciado (en aquel momento y para los fines para los cuales se formula), o sea una infinita variedad de circunstancias y a expresar solo aquello que se considere como importante, o sea pocas y posiblemente simples circunstancias. (p. 78).

Para Taruffo (2006a, p. 254) "en el contexto del proceso entran en juego dos criterios de relevancia que operan como estándares de escogencia de la descripción del hecho que se enuncia: la relevancia jurídica y la relevancia lógica del hecho del que se habla". Según lo anterior, la relevancia jurídica afirma que la norma obra como criterio de selección de las connotaciones del hecho que se consideran relevantes, escogiendo así la circunstancia que le permita al hecho ser jurídicamente calificado. De otro lado, la relevancia lógica del hecho señala que los hechos que no son calificados jurídicamente, por la norma, suministran una conclusión útil para la comprobación de la verdad o falsedad; se trata de un hecho indiciario o circunstancial, este hecho está constituido por la formulación de una inferencia capaz de conectar el hecho secundario con el hecho principal.

De esta manera, la pluralidad de descripciones verdaderas de la realidad, estarían ligadas al sujeto y al contexto, situación que dificulta la tarea del juez, en tanto que le llegarán tantas verdades como contextos existan, con los únicos filtros como la relevancia jurídica y la relevancia lógica del hecho, que permitan construir un enunciado fáctico más cercano a la realidad.

Así mismo, haciendo referencia al tema de la construcción social del enunciado fáctico, el escritor Searle (2010, p. 56), ha denominado este fenómeno como "construcción de la realidad social", la cual hace referencia a la teoría de los hechos institucionales. Se trata de aquellos hechos que no se producen y no se determinan en función de un referente empírico o material directamente perceptible, sino en función de contextos sociales que "crean" y definen determinados hechos. El autor ilustra su definición tomando como

ejemplo que, mediante convenciones, conexiones y símbolos, un billete de banco es dinero y no solo un pedazo de papel con colores. Por otra parte, dentro del tema el contexto procesal, Ribotta (2011) señala que:

> Para que se produzca una decisión justa es condición necesaria y suficiente que ella sea el resultado de un procedimiento justo aplicado correctamente. Se trata, como es evidente, del concepto de "pure procedural justice" en función del cual la justicia del procedimiento es el único elemento que determina la justicia de su resultado. (p. 80)

El autor sitúa al proceso judicial en la categoría de la "imperfect procedural justice", al respecto Taruffo (2006a) señala que "es evidente que esto no sucede porque en el proceso no tiene importancia la justicia del procedimiento: al contrario, se habla mucho de la justicia de los padecimientos judiciales" (p. 264).

Ahora bien, para esta discusión son importantes los planteamientos de Frederick Schauer (1991, p. 135), quien presta el concepto de "rule-based decisión", contraponiéndolo al de "particularistic decisión", lo cual refleja el carácter esencial de la decisión judicial fundamentada en la referencia a normas jurídicas. En armonía con este tópico, Taruffo (1991) afirma que:

> El problema deriva del hecho de que como se ha indicado antes, el proceso se concluye con una decisión. (No con el vencimiento de un término, o con la comprobación de quien llego primero a la meta), y esta decisión deriva al menos en los sistemas modernos en los que rigen el principio de subordinación del juez a la ley, de la aplicación de normas en los casos concretos que son objeto de decisión. (p. 254)

Un punto de vista importante en relación al contexto procesal, lo presenta Richard Mervyn Hare (1952, p. 56), con la "fraseología", para referirse a aquella parte de la norma en que se formula la "prótasis"[8] y se define la condición de hecho que debe verificarse para que se produzcan los efectos previstos por la norma; es claro que aquí se simplifica radicalmente el análisis estructural de las normas y del procedimiento de su aplicación, pero subsiste el hecho de que la norma sustancial típica presenta esta estructura de fondo y se debe aplicar en cuanto a la definición abstracta del tipo normativo, según correspondan las circunstancias del caso individual.

Respecto a esta problemática, Taruffo (2006 p. 430) ha planteado lo siguiente:

> Desde el punto de vista positivo, esto significa que la decisión judicial es justa bajo el aspecto de la aplicación de las normas sustanciales solo si es verdadero el enunciado correspondiente a un hecho que constituye la condición de aplicación de la norma. (p. 96)

8 RAE, oración subordinada, que en los periodos condicionales expresa condición.

En cuanto a la prueba, resulta controversial señalar que puede ser un instrumento de conocimiento o un instrumento de persuasión. Al respecto Taruffo (2006b), manifiesta que, en la práctica judicial, las funciones cognoscitivas y persuasivas de la prueba se entrelazan de varias maneras en función de los distintos contextos procesales concretos, con la consecuencia que también puede ser difícil distinguirlas. En el plano teórico parece, en todo caso, evidente que la concepción persuasiva no agota la función de la prueba y logra tan solo poner en evidencia algunos aspectos de su empleo forense. La función de la prueba debe en cambio determinarse, exactamente, por la concepción cognoscitiva, que se coloca en directa conexión con la función del juez, tal como es definida en los sistemas en los que se requiere que la decisión sea "justa en hecho".

En relación con el tema de prueba y verdad, sigue siendo verdadera la afirmación de Searle (2010), cuando afirma que la realidad socialmente construida presupone una realidad no socialmente construida; por ello, este autor sugiere realizar un "acto conclusivo de limpieza filosófica" (p. 277), consistente en pensar la verdad como correspondencia con la realidad, así sea con una actitud análoga a la que Susan Haack (2014, p. 277) define como *"innocent realism"*. Se trata, en esencia, de reconocer que el mundo real existe, y que de él pueden darse infinitas descripciones verdaderas, siendo su verdad referible al mundo real. Al respecto Taruffo (2006b), afirma que, en todo caso, aun frente a enunciados que afirman la existencia de hechos como los que se han tomado en consideración, ciertamente no reducibles a una simple dimensión empírica, el juez debe establecer la correspondencia del enunciado con la realidad del hecho que se describe; para ello sirve, en efecto, las pruebas, así como en otro ámbito de experiencia.

2. La prueba y la verdad: aplicación al proceso judicial

2.1 Aspectos generales y particulares de prueba y verdad: Al definir el concepto de proceso judicial, el profesor Hernán Fabio López-Blanco (2005), dice que "es el conjunto de actos jurídicos que se llevan a cabo para aplicar la ley a la resolución de un caso" (p. 180). Concepto que, como se afirma en el escrito de Taruffo, es necesario revisar, ya que si bien es cierto la ley es fuente del derecho como máxima para la aplicación de justicia, esto no quiere decir que las otras fuentes de derecho no sirvan para la aplicación de justicia, incluso, cuando se afirma que el juez debe, en todo caso, establecer la correspondencia del enunciado con la realidad del hecho que se describe.

La anterior afirmación referente a la realidad del hecho, conlleva a pensar que la elaboración conceptual tiene como uno de sus fines presentar

estándares para el diseño de los enunciados, que se fundamentan en puntos como: construcción selectiva, construcción semántica, construcción categorial o cultural del enunciado fáctico, y construcción social del enunciado. Todos estos aspectos, se hallan inmersos dentro de lo que Haack (2014, p. 277), ha denominado "la pluralidad de descripciones verdaderas de la realidad", cuya función está dirigida a contribuir a una mejor redacción de los hechos y a obtener un óptimo enfoque sobre estas narraciones por parte del juez; para este propósito, la autora hace énfasis en que, es preciso conocer el concepto de la relevancia jurídica y la relevancia lógica del hecho, que Searle ha llamado "construcción de realidad social".

Así las cosas, las anteriores posiciones invitan a estudiar mejor el acto procesal que materializa el derecho de acción, el derecho de contradicción y la síntesis, que sobre los mismos se pueda hacer, en atención a una aproximación a la realidad dentro del proceso.

Al hablar de ámbito procesal, se evidencia algunas consideraciones más específicas con respecto a otras situaciones como la relevancia de los hechos, las cuales se determinan ante todo en relación con las consecuencias jurídicas, que se pueden derivar de las normas en principio abstractas, y con necesidad de aterrizar en reglas precisas. Por otra parte, entran también al proceso, aquellos hechos que emergen por conexión y construcción, de los cuales se pueden derivar inferencias lógicas que lleven a conclusiones acerca de la verdad, falsedad y validez de enunciados relativos a hechos jurídicamente relevantes.

Hacen parte de este contexto de carácter fáctico, las situaciones de contraste dialéctico, en donde el juez resuelve el conflicto entre narraciones distintas, escogiendo una y descartando las otras por falsas, inaceptables o invalidas por exigencia lógica; en ese sentido, si el propósito del proceso es poner fin a las controversias, se excluye de contera la comprobación de la verdad de los hechos; sin embargo, a pesar de lo utópico que es llegar a la verdad por contraste de realidad o de los mismos enunciados de las partes, la meta debe ser ambiciosa, ello es el fin de la prueba y del proceso es aspirar a la verdad, pues en esta dimensión la justicia de la decisión se fortalece.

Es de precisar que, dentro del entorno del proceso, la intención, la gestión y la materialización de pruebas y argumentos de los sujetos procesales y del juez según el sistema procesal de arraigo del proceso, deben ser observados detenidamente, buscando evidencia de las armonías o inconsonancias para hacerlos funcionar con intervenciones, suplicas, recursos o nulidades. Nótese que la norma, la lógica, la narración, la dialéctica, se encuentran en un mismo escenario, situación que implicaría

mayor conocimiento y dominio de estos actores del proceso, tal como si fueran un director de orquesta.

En función de la materialización de pruebas, cuando en el proceso judicial, se habla de la prueba, es dable reconocer uno de sus roles más importantes, como lo es, la calificación de ser un instrumento de conocimiento de los hechos, de tal manera que la construcción de realidades sociales se muestra evidente dentro de los diferentes sistemas procesales, solo si, es visible la prueba en concreto, como información que posibilita el conocimiento necesario desde lo que constituye la fijación del litigio o el ámbito de petición en jurisdicción voluntaria.

Al analizar la verdad dentro del proceso desde la correlación inescindible con la prueba, Niklas Luhmann (2005), señala que la función del procedimiento es "legitimar la aceptación social de la conclusión" y no la fundamentación jurídica del acto conclusivo. Es decir, se busca que la sociedad acepte la celebración de procedimientos para legitimar la dinámica social. En ese sentido, se puede afirmar que el procedimiento judicial no tiene sentido en sí mismo, porque no se habla del contenido de la decisión. Para este autor, lo único relevante es el procedimiento y no la verdad.

Así mismo, hay que recordar que, quienes hablan de todo, menos de la búsqueda de la verdad absoluta son los verifóbicos. Hay un grupo especial que podría llamarse verifóbicos procesalistas, que razonan de manera diferente, para quienes su argumento básico es el siguiente: "siendo que la verdad tiene que ser absoluta, en el proceso no se encuentra la verdad absoluta, entonces no se encuentra ninguna verdad" (Taruffo, 2013). En vista del autor, este es un argumento equivocado, primero porque no es cierto que la verdad tiene que ser absoluta según lo afirman los filósofos de la ciencia del conocimiento, y porque igualmente es ampliamente aceptado que la ciencia aun con su rigor científico es falible, o cambia en el tiempo, por lo anterior, podría decirse que la verdad es relativa, si razonamos así, se cae la premisa anterior.

Otra consideración crítica es que no existe un solo tipo de proceso, hay varios dentro del sistema jurídico, entonces no tiene sentido decir que en el proceso no se busca la verdad, pues depende, hay procesos que facilitan la búsqueda de la verdad y otros que impiden su búsqueda, son diferentes. Entonces, el problema debe ser planteado de manera analítica, "este proceso que tiene estas reglas impide o dificulta la búsqueda de la verdad, pero también puede ser que otro proceso se forme y no impida la búsqueda de la verdad", en muchos casos, la respuesta impide la búsqueda de la verdad, en otros casos no.

De lo mencionado anteriormente, se puede decir que, está equivocado el argumento de los verifóbicos procesalistas, en tanto que no puede afirmarse, en términos generales, que el proceso no puede llegar a ninguna forma de verdad, dicho así es un argumento equivocado, desde el punto de vista del concepto de verdad y en relación con los diferentes sistemas procesales. Al verdadero verifóbico no le interesa mirar analíticamente estas situaciones, para él prevalece la fobia sobre el análisis del problema. La respuesta verifóbica a la pregunta ¿verdad y proceso?, sería no. Esta premisa general se refiere al tema del fenómeno, derivado del término de Goldman (1999), cuando explica que:

> Todas aquellas actitudes que, de modo más o menos abiertas y conscientes, son contrarias a cualquier discurso que reconozca significado y valor a la verdad y, por tanto, niegan sucesivamente la existencia, la posibilidad, la oportunidad de buscarla, la eventualidad de descubrirla en cualquier contexto. (p. 995)

Así entonces, para los verifóbicos, la respuesta al interrogante planteado implica que no tenga sentido hablar en general de la verdad en el proceso.

Para Taruffo, el principio de verdad es una condición necesaria por la eficacia de todo el sistema jurídico, porque se puede pensar que el ciudadano, observa correctamente la ley, entonces trata de evitar la violación de las normas del derecho; se puede imaginar que, en caso de violación de una norma, se puede establecer lo que ocurrió de verdad en el caso específico y, luego, sí es necesario sancionar su conducta. Así entonces, cuando la persona se da cuenta que no existe verdad, porque nadie establece la verdad de lo que ocurrió en el caso, todo el sistema jurídico se cae, porque falta un motivo racional, un motivo válido, que encuentre fundamento de verdad, para aplicar correctamente el derecho. Por lo anterior, se afirma que cualquier tipo de norma jurídica se fundamenta sobre una hipótesis de verdad, en tanto que se ha construido de actos y hechos, naturales y humanos que corresponden a una realidad, la cual conforma una situación jurídica concreta que necesita ser reglamentada, dando como consecuencia la imposición de una amonestación para evitar la ruptura del equilibrio social.

2.2 Prueba y verdad aplicadas al acto resolutorio de la controversia: Taruffo (2013) señala que, el principio de legalidad del sistema jurídico le otorga al juez varias obligaciones como resolver los casos con una aplicación correcta de las reglas de derecho, que se aplican al caso específico. El juez tiene que aplicar correctamente la norma, decidir implica trabajo y puede ser muy difícil para el juez. El juez tiene que interpretar la regla de derecho, lo

cual no significa leer el texto normativo, pues la teoría moderna de la interpretación de la ley implica otra cosa.

De esta manera, refiriéndose a la teoría general de la interpretación del texto, se acude al filósofo Humberto Eco (1998), quien explica que ningún texto, de ningún tipo, tiene un sentido, mucho menos el sentido que pasó por la cabeza del autor del texto, porque la intención del autor del texto se realiza o no en el texto y, entonces, si ningún texto tiene un sentido específico, significa que puede tener varios sentidos, no uno; es el intérprete el que crea el sentido del texto, porque es el intérprete el que establece qué significa las palabras del texto. Lo antes mencionado, evidencia la hermenéutica filosófica como complemento a la hermenéutica jurídica, mostrando cómo Taruffo incorpora las herramientas filosóficas (y teóricas) al quehacer dogmático, teniendo por objeto los enunciados resultantes de la comparación jurídica, al menos en el mismo nivel que los enunciados del derecho positivo, con visión filosófica. Así entonces, la obra de Taruffo parece distanciarse de varios de los rasgos que caracterizan la dogmática.

Se haya una relación directa en torno a lo anterior y lo que menciona Hans Kelsen (2022), en la explicación piramidal de las normas, cuando ubica en uno de los niveles, el más bajo, el acto que produce la jurisdicción, afirmando que el juez tiene el poder y deber de buscar uno de los sentidos posibles de la norma, con el fin de utilizar este sentido como regla de decisión en el caso específico. Entonces, considerando cualquier enunciado normativo, se trata de ver cuáles son los sentidos posibles de este enunciado, no cualquier sentido da la interpretación, se busca un argumento de decisión, advirtiendo que se debe observar los límites de la interpretación, es decir, los límites del lenguaje que se trata de interpretar.

Por lo anterior, conviene en suma de argumentos también citar a Hart (Hart y Carrió, 1961), cuando en una de sus obras, ilustra el siguiente ejemplo: Un letrado, observa en la entrada de un parque, un letrero que dice: "no se admiten vehículos", ¿qué significa esto?, una frase que ofrece varias interpretaciones pueden ser una serie de cosas posibles, pero no cualquier cosa. Luego, el análisis de Hart sigue explicando que, por cada frase como ésta, hay un sentido central claro, sin embargo, luego hay un área de penumbras alrededor del sentido claro en donde hay posibilidades más o menos inciertas. Así mismo, otro filósofo Sowell (1989), cita otro ejemplo, una persona detalla un letrero que dice "no se admiten perros", la interpretación no está en la palabra perro sino en el fin, el cual se aplica y es válido para cualquier animal que produzca ruido, en definitiva, se busca que el establecimiento esté en silencio. Todo esto se hace en la

interpretación, siendo este uno de los elementos que debe tener en cuenta el juez, al tomar una decisión.

Así entonces, la tarea del juez no solo es analítica, sino de aplicación de la regla de derecho en el caso específico. Por lo anterior, cabe la pregunta: ¿Cuál es el criterio de opción del juez entre los diez sentidos posibles de la norma?, la respuesta son los hechos del caso. Lo anterior porque la tarea del juez es aplicar la norma a los hechos del caso específico. Entonces, si hay varios sentidos que no tienen ninguna conexión con los hechos del caso, no pueden decidir utilizando un sentido posible, pero no relevante en el caso en concreto que se trata de decidir. En síntesis, la ruta a seguir por un juez sería: primero, se interpreta y se establecen los sentidos posibles y, segundo, se aplica, pero se aplica a los hechos. Entonces, son los hechos del caso los que determinan la opción interpretativa que tiene que seguir el juez en el caso específico.

Lo anterior nos permite, abordar otro tema relevante, los filósofos del derecho dicen que cada norma jurídica tiene una estructura básica fundamental, cada norma puede ser reconstruida teniendo en cuenta esta estructura de tipo condicional, y se compone de dos enunciados, tiene una condición y una consecuencia, por ejemplo, en el enunciado "todo el que provoca una muerte de alguien, tiene que ser sancionado". El punto importante es que la primera es una premisa fáctica, no habla de derechos, habla de hechos (todo el que provoque una muerte, es un hecho, no es una norma). El punto es que, siendo que la ley tiene que ser general y abstracta, la premisa fáctica normalmente tiene carácter general y abstracta, lo cual habla de un tipo de hecho. La idea es que la premisa determina un tipo específico de hecho y luego determina la consecuencia jurídica de tipo de derecho. Lo mencionado significa que para volver a la aplicación correcta de la norma que es la tarea del juez, la consecuencia, la segunda parte de la norma se aplica de manera correcta si y sólo si existe la condición, de lo contrario no se puede. Si no se cumple la condición no se puede aplicar correctamente la norma, por ejemplo, si no es verdad que Pedro provocó la muerte de Pablo, no se puede condenar a Pedro por homicidio, estaríamos condenando a un inocente, estaríamos aplicando incorrectamente la norma, lo que quiere decir que, el análisis de los hechos es muy importante, para aplicar la norma de manera adecuada.

El antecedente mencionado, permite a Taruffo (2013), afirmar que los hechos no caen del cielo, no están predefinidos sobre la mesa del juez. Por cada evento, por cada hecho existe infinitas descripciones verdaderas posibles, pero también infinitas descripciones falsas del mismo hecho. De esta manera, cada cosa, persona o evento pueden ser descritos en una

variedad infinita de la narración, verdaderas o falsas, hay infinitas posibilidades de reconstruir los hechos, dependiendo de qué se considera relevante y significativo dentro de la serie infinita de los detalles, sin considerar que haya otras variaciones, son interpretaciones diferentes del mismo hecho, dependiendo del sistema de interpretación que se adopta para hablar de una cosa o de una persona. Por esta razón, lo fundamental en la redacción de los hechos es la prueba, cuya narración implica revisar el contexto, los sujetos, las circunstancias, de tal manera que no permitan subjetividades y puntos de vista; únicamente que el hecho refleje el pasado en formato de presente, lo demás constituye la descripción del hecho. Lo anterior le permiten a Taruffo (2013) señalar que:

> Esta es la premisa filosófica que permite decir que no hay una definición de un hecho; entonces, esto significa que los hechos se construyen (debe tenerse en cuenta que en el proceso no están los hechos, por cuanto ya ocurrieron antes, por fuera del proceso; entonces, se habla de descripciones de hecho, de narraciones, de productos lingüísticos, que nos dicen esto ocurrió así, pero esto es un enunciado, no es un hecho); en esa medida, se afirma que un hecho, por su entidad empírica, no es verdadero ni falso, ocurrió o no ocurrió, lo que puede ser verdadera o falsa es la descripción del hecho, pero cada descripción es una construcción que se hace sacando los detalles, construyendo una de los infinitos cimentaciones de los hechos. (p. 525)

Por lo anterior, Taruffo (2013), afirma que el demandante "construye una de las posibles descripciones del hecho, construye una descripción favorable a su posición procesal, busca justificar su demanda con la descripción de los hechos, y el demandado construye su narración entre las infinitas construcciones, a favor de su parte" (p. 632). Es de esta manera como el demandante y el demandado, llevan sus narraciones de los hechos a la jurisdicción en un proceso, el problema subyace en interpretar la norma jurídica aplicable a los intereses de las partes; es aquí donde el juez busca el derecho sustancial y se pregunta: ¿qué dicen los hechos?, si el hecho cambia se modifica la norma sustancial. Entonces, la interpretación constituye el ojo del juez, que se mueve del hecho a la norma y luego de la norma al hecho, y así sucesivamente. Cada vez que el ojo del juez pasa, está describiendo diversamente el hecho, interpretando diversamente la norma, una y otra vez, hasta llegar al punto en que se encuentra una descripción del hecho, que le corresponde a uno, entre los varios sentidos fácticos de la norma. Por lo anterior, cuando en el caso, se llega al hecho específico y la premisa fáctica de la norma corresponde, a este punto se le puede legitimar aplicando esta norma a este hecho. Puede ser que, en el análisis del caso, este no lleve a nada, ya que no hay ningún hecho para compararlo con una norma o no hay norma que aplique al hecho. Los verdaderos casos difíciles no son

difíciles en derecho, son los hechos que tienen que ser construidos los que dificultan el proceso.

Ahora bien, tenemos una condición para la aplicación correcta de la norma, la cual consiste en establecer la verdad de los hechos del caso específico, porque al final la norma se aplica correctamente a un caso específico si y solo si se establece la verdad del hecho del que estamos hablando. Si no hay verdad del hecho la norma no se aplica. Lo que lleva a afirmar a Taruffo (2013) que la verdad de los hechos, en cada caso específico es una condición necesaria no suficiente pero sí necesaria por una decisión justa, si no tenemos esta condición la decisión no es justa, se aplica incorrectamente la ley en el caso específico, naturalmente no es la sola condición, porque interpretar correctamente el texto de la norma es otra condición también necesaria, pero lo que interesa es la verdad de los hechos como condición necesaria por una decisión justa. Frank et al. (2020), señalan en su obra que "no hay decisión justa sobre hechos equivocados". Es el punto de partida del análisis.

Por ello, el autor Taruffo (2006 p. 425) se pregunta: ¿qué es la verdad de los hechos en el contexto procesal?, para dar respuesta a este interrogante hay varias cosas que se pueden mencionar, una de ellas es que se puede establecer la verdad de los hechos utilizando pruebas, para el caso, se puede recordar el principio general que le prohíbe al juez decidir sobre los hechos con su conocimiento privado, queda claro que solo por medio de las pruebas el juez recoge informaciones para tomar una decisión sobre los hechos, aquí se presenta toda la teoría de la prueba que opera al interior del problema.

En este punto, surge otro interrogante: ¿Qué es una prueba?, al que Taruffo (2013) responde que, una prueba es una herramienta de persuasión retórica por el juez, es decir algo que se determina en la cabeza del juez, una creencia sobre algo, en este caso, sobre la verdad de los hechos. Esta acción es un fenómeno retórico psicológico, porque crea una creencia generada por la publicidad fruto del reconocimiento del producto "x" como mejor que el producto "y"; como, por ejemplo, en una estrategia típica del discurso de una propaganda, la cual es una estructura retórico-persuasiva, en donde se condiciona la mente del público hasta el punto de creer en el producto "x". En el caso de la prueba interpretada de esta manera, significa tratar de crear en la cabeza del juez o del jurado, la creencia que mi cliente tiene razón, y no que el hecho es verdadero. De esta manera, la retórica en la búsqueda de la verdad no tiene nada que hacer, puesto que la persuasión no es un fenómeno racional, es un fenómeno psicológico que con la racionalidad tiene poco que hacer.

Como se ha venido afirmado en Taruffo (2013), el fenómeno de la

persuasión retórica no es un método de búsqueda de la verdad, la retórica es el método que busca crear una creencia en la mente de la gente. Sin embargo, esta gestión persuasiva no puede ser expulsada del proceso, ni acudiendo al sentido ético o a los imperativos de lealtad procesal, pues estos no pueden irrumpir en la forma de narrativa y estructura argumentativa de las partes, es claro que para los abogados por su formación y el rutinario ejercicio instrumental de las formas procesales, el interés por la verdad, desde su gestión, no es una ruta procesal adecuada, ya que el fin que persigue para su cliente, es vencer, más no buscar la verdad.

Se itera, una cosa es hablar del proceso en el interés general, de la prueba en el interés de la justicia judicial donde el camino de buscar pruebas es buscar información fiable sobre algo que es interesante para establecer la verdad de hecho, y en el en el que se adentra el proceso a la epistemología propia del saber depurado y otra ubicarse en la gestión y naturaleza filosófica y dogmática del acto de hacer defensa en el campo del derecho.

Así, el proceso como escenario de aplicación normativa a consecuencia de la calificación fáctica, debe ser interpretado como una actividad de carácter epistémica con fines cognitivos del más alto nivel, para poder justificar una conclusión, que exprese si el hecho ocurrió de verdad y si es seguro el encuadre en la norma o regla determinada a partir de la actuación hermenéutica del juez.

No se puede desconocer, que hay varias ideas de verdad desde Aristóteles y los mismos verifóbicos. Pero la verdad en el proceso se refiere a enunciados fácticos construidos a través de premisas que significan concluir que el enunciado sí es verdadero, otra definición, señala que la verdad se determina como el acuerdo de una comunidad de un grupo que se pone de acuerdo sobre algo, este algo es verdadero. La anterior definición es muy criticada, ya que la misma es relativa, su razonamiento es limitado frente a la realidad, por lo cual esta teoría es rechazada.

En condiciones generales, el juez contemporáneo dentro del proceso no está atado a indagar sobre la búsqueda de la verdad de la realidad de los hechos de orden extraprocesal, este proceder no es un requisito de la sentencia. La preocupación del juez contemporáneo se concentra en la solución del conflicto de manera justa, de conformidad al principio de legalidad, concentración, inmediación, celeridad, entre otros, únicamente examinando los intereses contrapuestos narrados por las partes en los hechos de la demanda, proceder del juez que no es solo de decisión, sino también la materialización de los derechos o intereses declarados a favor o en contra, de quienes intervienen en el proceso. Así las cosas, queda claro que el juez no busca los hechos fuera del proceso, sino que las partes llevan al proceso, por

ello, es necesaria la responsabilidad de una buena narración con la mayor posibilidad fidedigna de las partes.

3. Reflexiones en el proceso actual

Taruffo contribuye con suficiencia al tema de prueba y verdad, posibilitando criterios amplios y variados de reflexión del proceso, permitiendo además hacer distanciamiento de lo que clásicamente se conoce como fuentes cognitivas estrictamente empíricas, para dar lugar a un escenario de mayor construcción de conocimiento a partir del ingreso de figuras como la racionalidad, el garantismo y la cientificidad probatoria desde enclave epistémico como fin de la prueba, en ese sentido, la prueba pasa a ser vista como el alma del proceso, dotada de racionalismo o convicción justificada desde los confines de la argumentación legal, constitucional y convencional, en comunión con la filosofía contemporánea que se cuestiona sobre el impacto del concepto de justicia judicial y social, dejando de ser un instrumento rudimentario o connotado por la fe, a ser un instrumento de conocimiento.

De esta manera, los estándares de construcción de enunciados estarán dotados de contenido más riguroso y controlado, dando la oportunidad tanto a quien ejerce el derecho de acción, como a quien adelanta el de contradicción y, a quien valora la oportunidad de revisar su formulación y adentrarse en lo que se denomina fuente de hecho, para encausar el camino de mayor conveniencia procesal y gobernar de mejor manera los resultados por secuencia lógica y no por autoritarismos. En ese orden, la construcción selectiva, la construcción semántica categorial, cultural y social del enunciado fáctico, son conceptos que, a la luz de la relevancia jurídica, implican la ubicación de la norma específica dentro del gran margen del derecho abstracto y sus diferentes fuentes, para que sirva de derrotero en la selección adecuada del hecho y permita una conformación pertinente de la evidencia en interacción con la realidad enunciada; además, la relevancia lógica permite la incorporación de hechos que sirven de conectores y secuencias inferenciales, dándole una funcionalidad práctica a las reglas de inferencia, propias de cada ejercicio deductivo, inductivo o abductivo o porque no analógico.

Por eso, cuando se habla de contexto procesal por análisis empírico, se irrumpe inexorablemente en la realización de una especie de inventario, representado en los hechos de relevancia jurídica, los hechos lógicamente inferidos, las situaciones de contraste dialéctico y las narraciones, que pueden emerger según el interés de patentar la verdad, de falsear, persuadir o

confundir; con ello, según su estructura y sentido argumentativo se desarrolla el clímax del proceso.

En esa medida, el contexto procesal es como la habitación donde se hospeda el proceso, no solamente fija la estructura del lugar, es decir, la conducción correcta del proceso, sino que dicha habitación también presenta una finalidad que conlleva a una decisión justa, nutrida por los componentes que se encuentren en el contexto, de tal manera que, si el proceso está rodeado de arte, el resultado será artístico y si es de frutas, el producto será jugoso. En Colombia, al hablar de contexto, el proceso está rodeado de legalidad, donde la ley ocupa un papel preponderante, por esta razón, se puede afirmar que la ley continúa sesgando la realidad a los lineamientos que imparte; sin embargo, si para el desarrollo del proceso se tomara en consideración el contexto que dan las fuentes modernas del derecho, presentes en la narración de los hechos y soporte de la prueba, permitiría incorporar la racionalidad, el garantismo y la cientificidad como mecanismos de valoración probatoria que conlleven a una decisión más cercana a la verdad.

Por lo anterior cabe mencionar que, si el proceso está en contexto, la prueba también lo está, siendo su principal herramienta la inferencia, instrumento que permitirá un resultado y una calificación, bien sea de conocimiento o persuasiva. En este punto debe aclararse que, el fin de la prueba en contexto es el conocimiento y no la persuasión. Puede precisarse entonces, que la prueba como instrumento fuente de conocimiento, razonada a partir de las inferencias regladas en la jurisprudencia y la doctrina, sería el mejor camino para equilibrar, con qué tipo de verdad se decide judicialmente; en este panorama cobra especial relevancia el rol del juez y su dominio de las técnicas de razonamiento y la forma de codificar los supuestos que componen los estándares probatorios.

Conclusiones

Sin duda, uno de los principales hallazgos que ofrece esta reflexión doctrinal, es poder interactuar con las vicisitudes por las que atraviesa la verdad en el proceso ante el gobierno de las incertidumbres probatorias de orden formal, instrumental e institucional, pues así, se pueden identificar los problemas reales para hallar la verdad como fin de la prueba y del proceso, sin perder la sensibilidad de estar frente a un plexo lleno de variables que impiden categorizar cuál de todas las alternativas incide más en la decisión y su aceptación social, siendo así, un campo retador para la argumentación fáctica y la calificación jurídica.

Discurrir de forma responsable e integral sobre las afirmaciones de parte y sus efectos en el proceso, de la mano de experimentados procesalistas como Michele Taruffo y Susan Haac, sin desbordar los principios que rigen el proceso de cada país, pero sin ser en extremo conservador de las clásicas concepciones procesales, es el sentido más próximo a la buena aptitud para resolver con practicidad los diferentes conflictos jurídicos de la mano de la prueba judicial.

La comprensión que facilita Michele Taruffo en sus amplias expediciones de estudio y análisis de la prueba, el conocimiento, la ciencia y la epistemología con grandes atributos comparatistas, permite fundar la inescindibilidad de estos aspectos y la necesaria integración, para continuar con la asimilación de la fase evolutiva de la concepción del conocimiento que se alcanza en un proceso, cuando se codifican correctamente los protocolos imperativos de las reglas de la prueba, las máximas de estudio y la evaluación de la ciencia y el enfoque epistemológico como faro para depurar con mayor idoneidad y responsabilidad, los saberes que por intermediación de las fuentes de prueba y las observaciones del juez llegan al proceso.

Desde los criterios de prueba y verdad, se puede acudir a la identificación de los presupuestos o estándares fácticos, con los cuales se asegura un mayor reconocimiento de los roles de las partes y del juez en procura de decisiones justas, sin dejar de lado el amparo contemporáneo de las nuevas realidades hermenéuticas del ordenamiento jurídico, bajo el influjo constitucional y el derecho internacional.

Se hace indiscutible el desafío de administrar con buenos recursos lingüísticos y con adecuadas intencionalidades, la idea de la prueba como instrumento de conocimiento o de persuasión, en vía de articularse con la realidad del proceso y con los intereses que se pueden respaldar según los compromisos que corresponden con la administración de justicia y la democratización de la decisión.

Bibliografía

Eco, U. (1998). Interpretación y sobreinterpretación. Ediciones AKAL.

Frank, J. D., Haba Müller, E. P. y Salas Solís, M. E. (2020). Jerome Frank Irrebatido. El realismo jurídico como desmitificación. Ediciones Olejnik.

García, J. R. (2020). Cómo piensa un juez. El reto de la sentencia justa (Spanish Edition) Edición Kindle.

Goldman, A. I. (1999). Knowledge in a Social World. Oxford.

Guasp, J. (1998). Derecho procesal civil. Tomo I. Civitas.

Haack, S. (2014). Evidence Matters: Science, Proof, and Truth in the Law. Cambridge University Press. **https://doi.org/10.1017/CBO9781139626866**

Hart, H. L. y Carrió, G. R. (1961). El concepto de derecho. Abeledo-Perrot.

Hare, R. M. (1952). The Language of Morals. OUP Oxford.

Kelsen, H. (2020). Teoría pura del derecho. Eudeba.

López-Blanco, H. F. (2005). Instituciones de derecho procesal civil colombiano: Parte general. Dupre.

Luhmann, N. (2005). El derecho de la sociedad. Universidad Iberoamericana.

Real Academia Española (RAE). (2000). Diccionario de lengua castellana y literatura. RAE. **https://dle.rae.es/**

Ribotta, S. (2011). John Rawls. Sobre (des)igualdad y justicia. Argentina. Librería-Editorial Dykinson.

Schauer, F. (1991). Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life. Clarendon Press.

Searle, J. R. (2010). The Construction of Social Reality. Simon and Schuster.

Sowell, T. (1989). Transacciones políticas. Estudios Públicos, (33). **https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303183359/rev33_sowell.pdf**

Taruffo, M. (2003). Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad. Discusiones, 3, 15-41.

Taruffo, M. (2006a). Sobre las fronteras escritos sobre la justicia civil. Temis.

Taruffo, M. (2006b). Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. Ius et Praxis, 12(2), 95-122.

Taruffo, M. (2013). La verdad en el proceso. Derecho & Sociedad, (40), 239-248.
https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12804

La verdad, la prueba y los estándares de suficiencia probatoria. Una reflexión en torno al pensamiento transformador de Michele Taruffo con respecto a la nueva enseñanza del derecho procesal

Víctor Camilo Ortega Botina[9]

Resumen: El presente artículo fue elaborado en consideración al pensamiento y la obra del profesor Michele Taruffo en los ámbitos jurídico, filosófico y pedagógico. En la primera parte se analiza la prueba y su vinculación con la verdad desde una perspectiva histórica, filosófica y epistémica. Luego se aborda la incidencia de los estándares de prueba respecto de la construcción de un proceso judicial racional, en donde la averiguación de la verdad es el eje central de la valoración probatoria. Finalmente, el estudio concluye con algunas reflexiones acerca del legado del tratadista italiano para América Latina con respecto a la nueva enseñanza del derecho procesal. Por lo tanto, este artículo de investigación propone visibilizar la transcendental contribución de Taruffo en la renovación del derecho procesal tradicional a través de su gran influencia en la formación teórica de los profesionales de la justicia, en cuanto al estudio de importantes tópicos de la cultura jurídica contemporánea tales como: la verdad, la prueba y los estándares de suficiencia probatoria, en donde el conocimiento verdadero de los hechos en litigio funja como pieza clave en dicha búsqueda. Advirtiendo que, la verdad alcanzable dentro del sumario solo se puede obtener en términos de probabilidad. Todo esto, con base en una metodología de investigación cualitativa y descriptiva, con sustento en el análisis principalmente doctrinal.

Palabras clave: Prueba, verdad, estándares de prueba, Michelle Taruffo, pedagogía jurídica.

9 Abogado egresado de la Universidad Cesmag. Estudiante de maestría en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Secretario general de la Alcaldía Municipal de El Tambo, Nariño. Correo electrónico: camilortegab@gmail.com

The truth, the proof and the standards of evidence sufficiency. A reflection of Michele Taruffo's transforming thought regarding the new teaching of procedural law

Resumen: This article was prepared in consideration of the thought and work of Professor Michele Taruffo in the legal, philosophical and pedagogical fields. In the first part, the evidence and its connection with the truth are analyzed from a historical, philosophical and epistemic perspective. Then, the incidence of the standards of evidence regarding the construction of a rational judicial process is addressed, where the investigation of the truth is the central axis of the probative evaluation. Finally, the study concludes with some reflections on the legacy of the Italian treatise writer for Latin America with respect to the new teaching of procedural law. Therefore, this research article proposes to make visible the transcendental contribution of Taruffo in the renewal of traditional procedural law through its great influence on the theoretical training of justice professionals, in terms of the study of important topics of legal culture. contemporary such as: the truth, the proof and the standards of probative sufficiency, where the true knowledge of the facts in litigation serves as a key piece in said search. Warning that the attainable truth within the summary can only be obtained in terms of probability. All this, based on a qualitative and descriptive research methodology, supported by mainly doctrinal analysis

Keywords: Test, right, test standards, Michelle Taruffo, legal pedagogy.

Introducción

> Podría decirse que la característica más decisiva, al tiempo que paradójica, de la obra procesal de Michele Taruffo es su permanente incomodidad con el derecho procesal.
>
> Maximiliano A. Aramburo C.

Indudablemente, Michele Taruffo, más que un abogado, fue un filósofo, científico, epistemólogo, sociólogo, pedagogo e historiador. De ahí proviene su pensamiento reformista en cuanto a concebir la ciencia jurídica más allá de la pura exégesis técnica de la norma o la simple aplicación de fórmulas procesales con el objeto de zanjar un conflicto. Ese análisis heurístico del derecho procesal lo convirtió en uno de los más grandes tratadistas de los últimos tiempos, a la misma altura de otros reconocidos juristas como: Luigi Ferrajoli, Robert Alexy, Ronald Dworkin, Joseph Raz, Jerzy Wroblewski, entre otros.

Pues bien, esa incomodidad por el estudio del derecho procesal radica principalmente en su distanciamiento con la forma de enseñar la dogmática abstracta del mismo, ya que la acción pedagógica de los últimos tiempos converge en la enseñanza como transmisión de puntos de vista teóricos, conceptuales, normativos y, en menor medida, aspectos prácticos de la disciplina. En contraste, Taruffo tiende a inclinarse por el estudio de la ciencia del derecho procesal o, como la llama Maximiliano A. Aramburo (2021), *la alta dogmática*[10], a través de disciplinas de corte empírico, las cuales aportan un punto de vista diferente y al mismo tiempo enriquecedor a esta área del conocimiento que por lo general es de corte conceptual. ¿Por qué de corte conceptual? Porque los docentes y teóricos del derecho aún siguen empecinados en la enseñanza y el estudio de la ciencia jurídica a partir de la pura exégesis normativa. Es decir, aún persiste el dogma del formalismo jurídico en las academias de derecho contemporáneas. En oposición, para Taruffo la interpretación jurídica se debe ponderar a través de un conjunto de saberes prácticos que necesariamente impliquen la remisión a otras áreas del conocimiento.

Por este motivo, el propósito de este análisis reflexivo sobre la obra de Taruffo es, en primera instancia, encontrar un punto medio con respecto a la relación existente entre la prueba y la verdad desde una perspectiva histórica, filosófica y epistémica. Reciprocidad que se manifiesta claramente en el campo del derecho procesal. Sin embargo, surge una pregunta: ¿En el

10 Manuel Atienza propone definir a la ciencia jurídica como: un enfoque que la entiende como una empresa técnica que debe hacer el mayor uso posible del conocimiento científico (empírico y conceptual) disponible, para contribuir así a mejorar el funcionamiento del sistema jurídico en el momento de la aplicación y de la producción del derecho.

derecho procesal contemporáneo debe existir una relación ineludible entre prueba y verdad? Para el jurista argentino Adolfo Alvarado Velloso (2016), "la verdad no le interesa al derecho, el rigor de verdad no es un problema que pertenezca a la ciencia jurídica. Al derecho le interesa la paz, el orden, la certeza, pero no la verdad". Esta postura encaja perfectamente en una actitud indiferente que adoptan algunos estudiosos del derecho con respecto a la importancia de la verdad en el proceso judicial, conocida como verifobia, es decir, un miedo irracional al concepto de verdad y a su importancia dentro del sumario.

No obstante, en este trabajo se apostará por la inevitable conexión entre prueba y verdad. Así pues, el iusfilosofo Jordi Ferrer Beltrán, en su libro La valoración racional de la prueba, le atribuye a la verdad un rol central para el derecho en tanto sistema que motiva la conducta de una determinada comunidad. Precisamente, porque funciona como criterio de corrección de la decisión judicial. Es decir, el descubrimiento de la verdad sobre las proposiciones acerca de los hechos es un elemento esencial para materializar los fines que persigue el derecho procesal (Reyes, 2016, p. 318).

Después de todo, según Dellepiane, el derecho probatorio es una ciencia reconstructiva o histórica. Si bien las hipótesis que constatan los hechos a través de pruebas no pueden ser reconstruidas en idénticas circunstancias, sí pueden ser reelaboradas en condiciones similares mediante operaciones mentales en el presente a manera de una ficción. Por ejemplo, un paleontólogo jamás observó un tiranosaurio, sin embargo, a través de los indicios que subyacen a los restos óseos que dejaron estas criaturas extintas, se pueden hacer inferencias probabilísticas o inductivas acerca del posible comportamiento de esos animales, sin la necesidad de inventar una máquina del tiempo y viajar 65 millones de años al pasado. Lo propio ocurre en el proceso judicial, los hechos ya quedaron en el pasado, lo que se intentará probar son los enunciados que las partes llevan al sumario, dado que, el deber del juez es otorgarles un grado de probabilidad a esas hipótesis y determinar una decisión con base en una buena argumentación, en consonancia con el estándar de prueba establecido para cada etapa procesal en materia penal y la probabilidad prevaleciente en civil. Esto es, "inferencia razonable" (para la formulación de imputación), "probabilidad de verdad" (para la formulación de la acusación) y el "conocimiento más allá de toda duda (para la sentencia condenatoria)" (Bustamante, 2010).

Ahora bien, la íntima conexión de estos estándares de suficiencia probatoria en correspondencia con la verdad y la prueba da pie al segundo punto de análisis de la presente investigación. Es decir, de qué forma el juzgador obtiene cierta razonabilidad empírica al establecer un umbral a

partir del cual se aceptará una hipótesis como probada. Hay que recordar que los anteriores esquemas de prueba son los que se utilizan en los procesos penal y civil colombianos, como también en la gran mayoría de países latinoamericanos, los cuales por su carácter subjetivo generan muchos conflictos al momento de su aplicación, porque, como se verá más adelante, según el célebre autor italiano, carecen de una condición que él mismo denominó "necesidad insatisfecha de objetividad" (Taruffo, 2005a). Pero ¿qué trae consigo la falta de objetividad? Es claro que es la ausencia de cientificidad del derecho. En otros términos, la dependencia de valoraciones subjetivas acerca de los hechos en cuanto a la valoración de la prueba.

Por este motivo, el profesor Taruffo siempre buscó la respuesta a estos interrogantes, como se mencionó anteriormente, por fuera de las márgenes del derecho y, más bien, se inclinó por el estudio de la filosofía, la epistemología, la historia, la sociología, la economía y la psicología. Pero ninguna tan importante para él como la filosofía, un área del conocimiento transcendental para los abogados y, paradójicamente, subestimada por estos al punto de ser eliminada de forma permanente de los pénsums académicos de la mayoría de los programas de derecho de las universidades de este país. Un error que fue advertido por el Dr. Dagoberto Charry Rivas quien, en una conferencia magistral dictada en el XI Congreso Internacional de Derecho Procesal, señaló a grosso modo lo siguiente: la filosofía jurídica no se dicta porque, primero, no se cuenta con los profesores especializados en la materia y, segundo, porque en la actualidad existen universidades que gradúan abogados en tres años mediante un proceso edificado artificialmente para ser prácticos del derecho. Profesores que enseñan derecho a partir de la norma y la forma de violentarla y salen expertos en estratagemas para burlar las normas (Colmenares, 2021).

Palabras punzantes del conferencista colombiano. No obstante, un discurso muy razonable con el cual damos inicio al tercer punto de análisis de esta investigación: el importante legado del "jurista del futuro" en torno a la nueva enseñanza del derecho procesal en respuesta a sus necesidades pedagógicas, precisamente, porque los profesores de hoy en día están más enfocados en la instrucción mecánica del derecho y no en una pedagogía constructivista, en donde los estudiantes desarrollen habilidades en el análisis de situaciones, con el objeto de aprender a identificar problemas y desplegar destrezas para la toma de decisiones, como también desarrollar la capacidad de hacer sólidos y profundos juicios con base a la percepción de los hechos y los problemas previamente planteados por el docente, perfeccionando la facultad de comunicar, presentar argumentos, así como aprender a escuchar y comprender el punto de vista de los demás,

permitiendo en definitiva salir del esquema técnico-jurídico del estudio dogmático y repetitivo de la norma, generando como consecuencia que el alumno cree y reflexione. (Carrasco, 2016, p. 113). Ese pensamiento creativo y reflexivo, que fue una característica propia de Michelle Taruffo, solo podía provenir de su amor por la filosofía, la epistemología y la historia, áreas del conocimiento que hoy en día convendría cristianizar en un imperativo categórico de la nueva enseñanza del derecho procesal colombiano. No como materias de relleno en la malla curricular de los programas de derecho sino como asignaturas de alta importancia para la formación de los futuros juristas.

Por otra parte, es pertinente mencionar que, la metodología por implementar en la presente investigación tendrá razonamientos que parten desde lo conceptual y epistemológico para terminar finalmente en un estudio doctrinal y pedológico acerca del impacto académico de la obra de Michelle Taruffo y su contribución imperecedera en la enseñanza del derecho procesal, con el objeto de determinar la posibilidad de instituir al proceso como un instrumento epistemológicamente válido para el descubrimiento y la determinación de la verdad. Por cuanto este estudio se ajusta a los intereses de una metodología cualitativa y descriptiva.

En esa medida, para lograr ese cometido es necesario revisar las obras más importantes del autor italiano sobre el tema objeto de debate, desde una óptica: filosófica, histórica, epistemológica y pedagógica, así mismo, realizar un análisis hermenéutico de la doctrina existente en torno a la verdad, la prueba y los estándares de suficiencia probatoria. Y, en definitiva, poder responder al siguiente interrogante: ¿es posible alcanzar la verdad absoluta dentro del proceso judicial con base a las pruebas existentes en mismo?

El análisis de la prueba en relación con el concepto de verdad en el proceso judicial: una aproximación histórica, filosófica y epistemológica

Para el tratadista italiano, una decisión era justa si estaba soportada en la determinación de la verdad correspondiente a los hechos. Es decir, la justicia depende in situ de la correlación existente entre prueba y verdad, pues para el derecho procesal lo más importante no es la norma, que quede claro, son los hechos, ya que a través de los hechos se construyen las hipótesis que se harán valer en el juicio a partir de los elementos de convicción aportados al proceso, en consecuencia, se exhorta al operador jurídico a que haga una correcta valoración probatoria de dichos elementos con el objeto de motivar su decisión, en procura de satisfacer el ideal de justicia social. Michelle Taruffo conocía claramente esa vicisitud, y por esta razón enfocó gran parte

de su carrera a la capacitación de los jueces y magistrados, para facilitarles un sinnúmero de herramientas práctico-conceptuales de las cuales elegir a fin de que pudiesen escoger la mejor decisión sobre los hechos ante las varias alternativas que el proceso extiende ante sus sentidos.

Esa idea de un juez revestido de conocimiento, tanto jurídico como empírico, nace de su profundo amor por la justicia, pues M. Taruffo era un asiduo detractor del concepto de juez pasivo y neutral, como también del modelo de proceso en el que la libre iniciativa corresponde a las partes. Por el contrario, él señalaba que el juez debía ser un auténtico director del proceso, es decir, llevar la batuta del mismo con el objetivo de mejorar las prácticas judiciales hacia una pronta y cumplida justicia (Taruffo, 2009).

Sin embargo, cuando en el contexto jurídico nace la pregunta ¿qué es justicia?, surge a la par un silencio que sonroja, con una respuesta a medias. Por otra parte, en años y años de predominio de positivismo normativista, la concepción profesional de la mayoría de juristas se centra en leyes, decretos y jurisprudencia y la problemática de los valores se relega a un plano casi "sentimental", pero, a contrario sensu, la justicia no se puede concebir como un concepto meramente romántico, se necesita que ese precepto se materialice en las sentencias de los jueces. Por lo tanto, en la actualidad los jueces deben ser auténticos agentes de cambio, conocedores no solo de ciencia jurídica, sino también de su entorno social y de los paradigmas del devenir cultural. "El Juez mecánico que se desarrolla bajo la premisa: «la ley dispone y el juez obedece» es cosa del pasado, es una distorsión que se debe superar y solo lo puede lograr el Juez moderno" (Colmenares, 2012), si se tiene en cuenta que el fin del proceso judicial moderno es investigar la verdad de las afirmaciones sobre determinados estados de cosas ocurridas en el mundo objetivo y que solicitan los sujetos procesales. Por lo tanto, sin la verdad de los hechos todas las ideas afines con los derechos de cualquier tipo, y que tienen relación con el derecho y la realidad social, se tornan inevitablemente en cuestiones difusas. De esa forma, solo se estaría hablando de categorías, ideas platónicas, dogmatismos, pero no de Derecho (Taruffo, 2012).

La Prueba y la Verdad en el proceso judicial a lo largo de la historia

Como lo expone Miguel Zamora Acevedo, una de las tesis a las que más alusión se ha hecho en relación con "la búsqueda de la verdad en el proceso penal" fue el interrogatorio, hace unos 2 000 años, de Poncio Pilatos, gobernador romano de la provincia de Judea, a Jesús de Nazaret:

> Le replicó Pilatos: —¿Entonces tú eres rey? Jesús respondió —Tú lo dices: yo soy rey. Para esto he nacido y he venido al mundo: para dar testimonio de la verdad, escucha mi voz […] Pilato le preguntó: —¿Qué es la verdad? ¿De qué verdad hablas? Al decir esto, salió nuevamente a donde estaban los judíos y les dijo: —Yo no encuentro en él ningún motivo para condenarlo (Evangelio de San Juan, XVIII: 37, 38, citado en Zamora, 2014, p. 150).

En ese escenario, ¿cómo podía saber Pilatos si Jesús estaba mintiendo o diciendo la verdad? ¿Cuáles eran los elementos de convicción con los que contaba Pilatos para confirmar o refutar la tesis de Jesús? Esa misma incertidumbre que sufrió el gobernador romano hace dos milenios sigue siendo una condición inherente a los jueces y magistrados en la actualidad al momento de dictar una sentencia.

A pesar de todo, se evidencia que la finalidad del proceso judicial ab-origine siempre ha sido averiguar la verdad. Sin embargo, han existido "períodos en los cuales la verdad ha estado por completo ausente del panorama de discusión e investigación filosóficas como por ejemplo en la Edad Media en el cual imperaba la omnisciencia de Dios revelado en las sagradas escrituras" (Zamora, 2014, p. 152). Así, la búsqueda de la verdad en esta etapa oscura de la humanidad y su correspondiente relación con la prueba en el proceso penal inquisitivo tenían una vinculación, si se quiere, dudosa e indeterminada. Si se tiene en cuenta que el método al que más se recurría en ese tiempo era la ordalía o juicio de Dios, el cual se les aplicaba a los acusados para probar su inocencia o culpabilidad, y que el medio probatorio más empleado era la prueba del hierro candente, que consistía en que el acusado debía tomar con las manos un hierro al rojo vivo por cierto tiempo y luego se examinaban las manos para descubrir si en ellas había signos de quemaduras, si los había era culpable y, si no, entonces Dios había intercedido por el acusado protegiéndolo, por lo tanto, era inocente.

De igual forma, en este periodo histórico la necesidad de pruebas y la imposibilidad muchas veces de encontrarlas hizo que la confesión se convirtiese poco a poco en "la reina de las pruebas", lo que explica la enorme importancia de la tortura como método para obtenerla. Cabe recalcar que, en caso de falta de pruebas, el acusador podía solicitar al juez que el acusado fuera torturado para obtenerlas, lo cual era una negación de todos los postulados de un proceso judicial racional, entendido en la actualidad de manera coherente con la ley procesal en dos sentidos principales: la racionalidad como incumbencia de la ley procesal y la racionalidad como funcionalidad de la misma ley (Taruffo, 1999).

Por este motivo, a partir de la segunda mitad del siglo XVIII y principios del XIX, con el advenimiento de los Estados modernos, uno tras otro abolieron la tortura e instauraron sistemas judiciales consecuentes con las

nuevas ideas de modernidad y protección de derechos inherentes a los seres humanos. Así pues, se desarrolla el sistema de valoración de tarifa legal que surgió.

> en el auge del principio de legalidad una vez culminada la revolución francesa (sic). En donde, se desconfiaba de los jueces por ser antiguamente súbditos de la Monarquía, y se confiaba en la Ley por ser una proclamación de la voluntad popular (Castañeda, 2017).

A decir verdad, con este método de valoración probatoria se consideraba que el juez no tenía la pericia suficiente para valorar correctamente la prueba, por lo que debería ser la ley la que guiara el sendero de la apreciación de las evidencias aportadas por los sujetos procesales y no el arbitrio del juez. En ese orden de ideas, en este sistema el juez estaba obligado a valorar las pruebas de acuerdo con los métodos fijados por el legislador y los medios de prueba fijados taxativamente en la norma jurídica. Sin embargo, apartar al operador jurídico de apreciar de manera libre la prueba en el juicio llevó a que este sistema perdiera su validez como procedimiento para llegar a la verdad.

De esa forma, nació el siguiente sistema de valoración denominado íntima convicción, en el cual "el juzgador interpreta las pruebas conforme a su parecer, no tiene límites y es él quien impone el marco de referencia" (Castañeda, 2017). Se le otorga un poder supremo al juez, quien tenía plenas facultades discrecionales para apreciar la prueba libremente sin la necesidad de estar ligado a pautas legalmente preestablecidas que guíen su actividad cognoscitiva.

En ese sentido, con este sistema el Iudex tiene total libertad para elegir los medios de prueba, su producción y apreciación. Ahora bien, si se da por sentado que el fin del proceso judicial es la averiguación de la verdad, este método carecería de finalidad epistémica, ya que se concede "predominio al sentimiento sobre la razón, mejor aún, la intuición sobre la ciencia y la técnica" (Clariá Olmedo, 2008, citado en Rivera y Rojas, 2019, p. 23).

Como se puede apreciar, en el anterior método se daba mayor importancia a los sentimientos, intuiciones e impresiones del juez que a sus conocimientos personales y profesionales. Por este motivo surgió un procedimiento de corte intermedio: el sistema de valoración conocido como la sana crítica, un método de carácter epistémico, pues está integrado "por elementos que contribuyen al ejercicio de la valoración, tales como las reglas de la experiencia, la lógica, la ciencia y la técnica" (Rivera y Rojas, 2019, p. 27).

En este sistema, la valoración de la prueba supone dos momentos, los cuales deben verse reflejados en la decisión judicial. El primero de ellos es la valoración individual, para lo cual se aplican las reglas de la sana crítica a fin de otorgarle a cada hipótesis un peso probatorio, y el segundo, la valoración en conjunto, donde se contrasta la información suministrada por cada una de ellas, con el fin de que sirvan de base para la construcción de la motivación de la providencia (Nisimblat, s. f.).

Precisamente, para Michelle Taruffo este sería un sistema de valoración de la prueba consecuente con sus postulados, ya que este autor señalaba que, para realizar este proceso mental, el juez debe basarse en aspectos tales como la lógica, el sentido común, las reglas o máximas de la experiencia y un conocimiento básico de la ciencia y la realidad social. Es decir, en un conjunto de saberes elementales, pero a la vez fundamentales, encaminados a un correcto discernimiento probatorio en procura de buscar la verdad y al mismo tiempo fortalecer la justicia social, al considerar que el proceso es justo si está sistemáticamente orientado hacia la producción de decisiones justas (Taruffo, 2008a), a través de una fijación correcta de los hechos y de una valoración objetiva de la prueba.

Prueba y verdad en el proceso judicial a través de la filosofía

Es claro que la formación del jurista colombiano gira en torno a cuestiones normativas y conceptuales, y muy rara vez se extiende a problemas de lógica, epistemología y filosofía. Esto tiene como resultado el escaso interés y la poca predisposición hacia problemas de prueba y conocimiento en el proceso.

Esa notoria apatía frente a la interdisciplinariedad del derecho conlleva serios problemas al momento de elaborar argumentos que favorezcan la reconstrucción de los hechos dentro del proceso judicial. No se debe olvidar que, como es natural, la confianza hacia el juez se la otorga la motivación de sus providencias. Bajo ese tenor, el poder judicial es el órgano más alejado de la denominada "legitimación de origen", es decir, esa justificación que les concede el pueblo a sus funcionarios mediante la elección a través del sufragio universal. Ya que, para el Juez la correcta motivación de las providencias judiciales es su fuente de legitimación democrática, una obligación se ha convertido en uno de los pilares esenciales del Estado Social de Derecho.

En ese sentido, el proceso judicial se erige como un sistema de cauciones que protege los derechos fundamentales de los intervinientes. En su libro *L'età dei diritti* (El tiempo de los derechos), Bobbio (1991, p. 61) señala

claramente que "el problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de justificarlos sino el de protegerlos". De ahí que la correcta motivación de las providencias judiciales es, sin duda alguna, lo que "permite conocer las razones que han conducido al juzgador a la decisión adoptada y se puede comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional y no el fruto de la arbitrariedad" (Gómez, 1998, p. 496) dentro de los límites que ofrecen las leyes vigentes, pues la protección de dichas garantías, valores y derechos se delega particularmente a los jueces. Por lo tanto, al realizar esta función el juez ejerce un papel fundamentalmente de relevancia política: al determinar arreglos económicos, establecer la distribución de la riqueza, garantizar los derechos fundamentales y condicionar el desarrollo de relaciones políticas, individuales y colectivas (Taruffo, 2005b). Es decir, los operadores judiciales no solo crean derecho a través de sus decisiones, sino que también adecuan las condiciones de la vida en sociedad.

De igual forma, hay que tener en cuenta que la globalización y los avances tecnológicos son cada vez más vinculantes, en especial en lo relacionado con el derecho y su correspondencia con la filosofía, la lingüística, la retórica, la epistemología, la sociología y la lógica. Por consiguiente, la reciprocidad entre la filosofía y el derecho procesal está íntimamente relacionada con la complementariedad entre derecho y realidad.

En una entrevista de Jordi Ferrer Beltrán a MichelleTaruffo (2014), el propio Taruffo menciona que el encuentro más relevante de su vida fue su coincidencia accidental con el estudio de la filosofía, en especial con las ideas de Platón, Aristóteles y Kant, doctrinas que fueron determinantes para su carrera ulterior, ya que a través de estas concepciones se despertó su curiosidad por la filosofía jurídica y, en consecuencia, por la epistemología, más que por el simple estudio del derecho mediante la norma que para esa época era, y aún hoy lo sigue siendo, el modelo educativo vigente.

Surge, entonces, la pregunta: ¿por qué es importante el estudio de la filosofía jurídica? Algunos sugieren que esta área del conocimiento, equipa a los juristas de un pensamiento reflexivo y crítico que permite, indagar y descubrir. En esa línea argumentativa, categorías como; la Teoría del derecho, la importancia de la existencia de un ordenamiento jurídico, la prueba, la verdad y el concepto de justicia se estudian a partir de la filosofía, no de la norma. Así pues, estos últimos tres conceptos se han convertido en la actualidad en los más estudiados del ámbito jurídico académico. Se trata de un dilema fehaciente entre la forma como los jueces realizan la valoración probatoria a través de los medios cognoscitivos existentes, en sintonía teleológica con la averiguación de la verdad, y su correspondencia con el

anhelo de justicia mediante una providencia jurisdiccional, teniendo en cuenta que ninguna decisión puede considerarse justa a la luz de cualquier ordenamiento jurídico si se funda en una reconstrucción errónea de los hechos (Taruffo, 2008b).

En efecto, es de amplio conocimiento que la sentencia judicial se concibe a través de una estructura silogística en la cual la premisa mayor está conformada por el derecho sustancial aplicable al caso concreto, la premisa menor (fáctica), por las hipótesis de los hechos debidamente acreditadas, y la conclusión, por la decisión contenida en la parte resolutiva (decisión propiamente dicha) (Buitrago, s. f.), siendo la más importante la premisa menor, es decir, la fáctica, el hecho. Sin embargo, como lo explica (Díaz, 2018) basado en una célebre frase del filósofo Friedrich Nietzsche, "no hay hechos solo interpretaciones", en otras palabras, no se puede hablar de "hechos" en el proceso, ya que estos son acontecimientos del pasado, al sumario solo se pueden llevar interpretaciones de los sucesos que se perciben con los sentidos, lo cual representa el motivo de las enormes dificultades que enfrentan diariamente los sujetos procesales para lograr la consecución de pruebas que sustenten sus aseveraciones (Taruffo, 2013).

En síntesis, el catedrático italiano reconoce que en el proceso judicial no se puede llegar a verdades absolutas, simplemente a verdades relativas. Por ende, establecer con certeza la verdad de los enunciados fácticos es imposible, ya que la verdad en el proceso judicial es contingente, o, dicho de otro modo, "todo depende del cristal con que se mira", si se tiene en cuenta que la prueba se presenta en un contexto de total inseguridad. Por esta razón, en el ámbito jurídico se ha popularizado una importante vicisitud denominada el "Efecto Rashomon", esto es:

> Un fenómeno que es producido a causa de la subjetividad y percepción personal de cada uno a la hora de contar un mismo evento real. Es decir, es el hecho de que varias personas, quienes han vivido un mismo hecho, traten de describirlo, pero mezclando su percepción de lo vivido, lo cual hace que cada cual lo explique a su manera, olvidándose o exagerando unos aspectos u otros. Pese a la cantidad de versiones que puedan surgir, estas resultan ser verosímiles, haciendo difícil escoger solo una. (Montagud, 2021)

Lo propio ocurre en el proceso judicial, puesto que la verdad absoluta, siendo procesal o material, no existe, pero sí verdades contingentes y relativas que se intentarán probar a través de medios cognoscitivos permitidos por la legislación vigente.

Prueba y verdad en el proceso judicial a través de la epistemología

Para comenzar este tema, se deben plantear dos preguntas. Primero ¿qué es epistemología? De manera general, se podría decir que la epistemología es una rama de la filosofía que estudia el conocimiento científico, lo cual comprende el análisis de sus conceptos más importantes tales como validez, objetividad, verdad, fiabilidad, método, teoría, hipótesis, evidencia y ley. Segundo ¿para qué sirve? Esta área del saber resulta de gran utilidad porque hace acreedores a sus practicantes de una capacidad crítica, especialmente vinculada no solo al despliegue de una metodología concreta, sino a principios fundacionales de la investigación científica. En ese sentido, la profesora Gascón Abellán (2008) señala que existen dos vertientes de esta ciencia: a) la epistemología objetivista crítica y b) la concepción cognoscitivista de la prueba. La primera entiende que la objetividad del conocimiento radica en su correspondencia o adecuación a un mundo independiente, pues se trata de una epistemología según la cual existen hechos independientes que se pueden conocer, aunque el conocimiento alcanzado sea siempre imperfecto o relativo. En la segunda, se concibe la prueba como un instrumento de conocimiento, como actividad encaminada a conocer o averiguar la verdad sobre hechos controvertidos o litigiosos, pero, al mismo tiempo, como fuente de un conocimiento.

De esa forma, uno de los objetivos de la epistemología consiste en generar condiciones para que el conocimiento de la realidad objetiva o constructiva sea verdadero. En correspondencia, podría afirmarse que la ciencia y el proceso tienen un objetivo común: la investigación de la verdad. Entonces, la investigación científica está de por sí orientada hacia la búsqueda de la verdad (Taruffo, 2005c). Pero no una verdad absoluta, pues, como lo afirmó Karl Popper en su teoría del Falsacionismo, es imposible establecer leyes universales en un mundo inconstante. (Yrupailla, 2019) Después de todo, si el mundo cambia, paralelamente, el derecho cambia, y si el derecho cambia, el proceso judicial debe evolucionar a la par.

Ese debate judicial que en tiempo pasado solo se encargaba de eliminar controversias, al buen estilo del sistema adversarial puro, mutó en la actualidad a un método epistémico que busca constantemente averiguar la verdad. Frente a esa conceptualización, es menester indicar que el proceso judicial se presenta, entonces, como un instrumento que permite pasar de meras afirmaciones subjetivas a otras de carácter intersubjetivo, que llevan anexo el concepto de verdad (Taruffo, 2005c).

En consecuencia, el proceso judicial, como se mencionó anteriormente, está plagado de dudas e incertidumbres que oscurecen el camino hacia la

verdad. Y la única forma de esclarecer ese camino es a través de la prueba. Por este motivo, se establece siempre la relación forzosa entre prueba y verdad, la cual ha sido ampliamente tratada por la literatura especializada y Taruffo no fue ajeno a ella. Para el tratadista, el proceso es entendido como "una empresa epistemológica" y su finalidad no es ejecutar la ley sino la justicia, por eso la prueba tiene una naturaleza epistemológica y no persuasiva (Taruffo, 2002).

Por este motivo, uno de los propósitos de la epistemología consiste en generar contextos para que el conocimiento de la realidad objetiva sea el producto de operaciones mentales que conduzcan al concepto de verdad, en donde, se ha venido considerando como criterio de admisión o valoración de las pruebas su "cientificidad". Naturalmente, en esta búsqueda incesante por la verdad la prueba científica cumple un papel importante. No obstante, aquí procede una advertencia de Taruffo en torno a la "buena" y a la "mala" ciencia, que incluye la remisión a la distinción entre ciencias duras, blandas o humanas, seudociencias y ciencias basuras o, simplemente, la sobreestimación hacia algunas pruebas de carácter científico. Por ejemplo, la deferencia de los jueces hacia las pruebas periciales, en especial a las pruebas de ADN, dado que, como afirma la procesalista española Marina Gascón Abellán, "la sobrevaloración de las pruebas científicas", en la mayoría de casos, "fomenta una actitud deferencial del juez hacia las declaraciones de los expertos" (2016, p. 349). Es decir, el dictamen pericial influye tanto en la decisión del juez que pareciera que al final fuera el perito quien produjese el fallo y no él.

Sin embargo, este tipo de pruebas no siempre son confiables. Verbigracia, el mediático caso estadounidense *The People of the State of California v. Orenthal James Simpson*, en el que el exfutbolista y actor de cine O. J. Simpson fue acusado de haber asesinado brutalmente a su exesposa Nicole y a su amigo Ronald. Los detectives de la policía de Los Ángeles, luego de ser informados por un anónimo, acudieron al lugar de los hechos, allí encontraron un guante con manchas de sangre, el cual embalaron y llevaron a un laboratorio para que fuera examinado y determinar a quién pertenecían los rastros hallados en el accesorio. En efecto, los científicos del LAPD establecieron que la sangre encontrada en el guante era una combinación de los marcadores genéticos del sujeto activo y de los dos sujetos pasivos, con un margen de error del 99,999 %. Empero, a lo largo del proceso los hábiles abogados de la defensa, entre ellos Alan Dershowitz, demostraron que la prenda había sido contaminada a propósito con el ADN de OJ Simpson, y por más fiabilidad científica que podía tener la prueba, debía ser descartada, pues aunque señalaba un alto grado de probabilidad de culpabilidad todavía quedaban dudas razonables que impedían que el jurado alcanzara el umbral

probatorio establecido para condenar. Así las cosas, se evidenció una posible conspiración del detective racista Mark Fuhrman en contra del acusado y, en consecuencia, al honorable juez Lance Ito no le quedó más salida que restarle credibilidad a la prueba de ADN endilgada por la fiscal Marcia Clark para, de esta forma, dar vía libre al jurado hacia la absolución de OJ.

Hay, entonces, en la actualidad, una sobrevaloración de la prueba pericial, más aún, un interés exagerado por parte de los jueces hacia ella. Esta vicisitud procesal genera como efecto que los jueces olviden el deber de motivar y argumentar sus decisiones. En contraste, confían tanto en la experticia que, al final, quien falla es el perito y no ellos (Gascón, 2016, pp. 349-350). La sobrevaloración de las pruebas científicas genera una actitud de devoción hacia el dictamen de los expertos, pues al carecer el juez de la experticia que le permitiría hacer una valoración crítica del informe pericial, es lógico que tienda a vincularse y le otorgue, en consecuencia, mayor peso probatorio del que se merece.

El acaecimiento procesal señalado por la tratadista española es un mal generalizado en todos los ordenamientos jurídicos, sin excepción. Pero, ¿cómo corregir este suceso desafortunado? Cabe recalcar que, en un mundo gobernado por los avances científicos, es menester del Estado capacitar de forma permanente a sus funcionarios judiciales. Sin embargo, se necesita una formación holística, es decir, instruir a los detentores del poder jurisdiccional en todas las áreas del saber.

Los estándares de suficiencia probatoria y su íntima conexión con la prueba y la verdad en un proceso judicial epistémico

Naturalmente, el fin epistemológico del proceso judicial es averiguar la verdad. Esta aserción es incuestionable. Sin embargo, a raíz de este dogma surgen dos interesantes preguntas. Primera, ¿cómo se llega a la verdad en el proceso? A través de medios cognoscitivos, entre ellos la prueba. Segunda, ¿cómo determinar correctamente los hechos en un juicio y su relación con la legitimación que debe tener una sentencia judicial ante los ojos de los operadores jurídicos y los usuarios del sistema? A través de un estándar de prueba que dote al juzgador de cierta razonabilidad empírica al establecer un umbral a partir del cual se aceptará una hipótesis como probada.

Es muy conocido que Michele Taruffo concebía la verdad como correspondencia, como condición necesaria de justicia de la decisión. En otras palabras, una sentencia con ausencia de verdad es una decisión injusta por más satisfechas que hayan quedado las partes con el veredicto, pues la justicia sustancial se conceptúa en un proceso producto de una construcción

dialógica y argumentativa que posibilita aclarar los diversos problemas epistemológicos que envuelven la decisión, al permitir una adecuada estructura de equilibrio entre juez y partes (Ramírez, 2007).

Ahora bien, que los medios probatorios con los cuales el juzgador discierne acerca de la ocurrencia o no de un hecho superen el estándar de prueba establecido para el caso concreto, no significa que el juez haya alcanzado una verdad absoluta porque, como se mencionó anteriormente, dentro del proceso judicial no existen verdades plenas. El auténtico problema es determinar si es posible o no alcanzar certezas racionales a partir de los estándares de prueba, ya que los aspectos más discutidos y controvertidos acerca de este tema, como bien lo señala Taruffo, son los siguientes: 1) el apego a falacias reduccionistas; 2) la falta de información específica adecuada, y 3) un grupo de teorías insuficientes (Taruffo, 2003). Estas dificultades, según el autor italiano, nublan el panorama en relación con la determinación de categorías objetivas a través de estos esquemas probatorios.

Ahora bien, en la actualidad existen dos estándares de prueba que se consideran los más importantes en el ámbito del derecho procesal: 1) Mas allá de duda razonable en materia penal y 2) probabilidad prevaleciente en civil. Ambos métodos han sido estudiados por el profesor Taruffo en sus obras. En ese orden de ideas, nuestro autor siempre señalaba que la reconstrucción verídica de los hechos es una condición necesaria de la justicia y de la legalidad de la decisión. En otras palabras, la verdad es una condición sine qua non de la justicia y la seguridad jurídica. En síntesis, el proceso es un método para descubrir la verdad, por lo que dichos estándares de prueba se deben utilizar en procura de buscar la verdad.

Hecha esta salvedad, se comenzará a estudiar los esquemas mentales antes propuestos, iniciando por la probabilidad prevaleciente. Según Taruffo, este método se funda en algunas premisas principales:

> a) Que se conciba la decisión del juez sobre los hechos como el resultado final de elecciones en torno a varias hipótesis posibles relativas a la reconstrucción de cada hecho de la causa, esto es, la posibilidad del juez de escoger cuáles son las pruebas que aportan al descubrimiento de la verdad y cuáles no. A este proceso hermenéutico se lo conoce en la literatura local como "valoración individual de prueba";
>
> b) Que tales elecciones se conciban como si fueran guiadas por criterios de racionalidad. En este punto el juez debe utilizar, además de su conocimiento personal, la lógica, el sentido común, las reglas o

máximas de la experiencia y un conocimiento básico de la ciencia y el arte, con el objeto de realizar una correcta valoración probatoria;

c) Que se considere racional la elección que toma como "verdadera". Aquí el juez debe hacer una correcta valoración de las pruebas en conjunto, a fin de que el material probatorio confirme la hipótesis que él asume como verdadera;

d) Que se utilice como clave de lectura del problema de la valoración de las pruebas, no un concepto genérico de probabilidad como mera no-certeza sino un concepto específico de probabilidad como grado de confirmación de la veracidad de un enunciado. Esto sobre la base de los elementos de confirmación disponibles, lo que exige asumir una perspectiva metodológica precisa en torno al concepto de probabilidad, aun cuando no implique por sí mismo la adopción de una teoría particular entre las diversas teorías de la probabilidad (Taruffo, 2005c).

Por tanto, el criterio de la probabilidad prevalente se especifica en la regla comúnmente conocida como "más probable que no", una situación advertida anteriormente a través del "efecto Rashomon", esto es, la subjetividad y percepción personal que tiene el juez al momento de juzgar, ya que cada juez es un mundo diferente con ideologías disímiles. En otros términos, un estándar de suficiencia probatoria no es una herramienta para unificar criterios, sino más bien un instrumento para dotar al operador jurídico de cierta objetividad al momento de valorar las pruebas en busca de la verdad.

Ahora bien, el estándar de suficiencia probatoria más famoso de la historia "más allá de duda razonable" es un método exclusivo del proceso penal que se ha hecho relativamente mediático, no por el estudio del derecho sino porque los productores de películas hollywoodenses lo han introducido en sus tramas. Sin embargo, tratadistas como Michelle Taruffo le han dado la importancia que se merece en el ámbito jurídico. Pero, ¿de qué se trata? La principal virtud de este método es lograr que el juez penal pueda condenar al imputado solamente cuando haya alcanzado (al menos en tendencia) la "certeza" de su culpabilidad, mientras que el imputado deberá quedar absuelto todas las veces en las que existan dudas razonables de que sea culpable, a pesar de las pruebas en su contra (Taruffo, 2005c).

Este estándar de prueba claramente es más exigente que el anterior, ya que con este método se ponen en juego las garantías constitucionales de los acusados. Lógicamente, como lo señala la fórmula Blackstone, "es mejor que diez personas culpables escapen a que un inocente sufra". Sin embargo,

Taruffo colige que la justificación ética fundamental de la adopción de un estándar de prueba, así sea elevado, no exime al juez de motivar correctamente su decisión cuando la duda le impida alcanzar el umbral establecido (Taruffo, 2005c).

Justamente, como señala el tratadista italiano en cuanto a la precisión de esta herramienta mental, cuando surge una duda sobre si la culpabilidad del imputado es "razonable" o no, esta se resuelve en tautologías o círculos viciosos que, en ocasiones, rayan en lo ridículo o en la insensatez (Taruffo, 2005c). Naturalmente, su preocupación radica en la falta de objetividad de estos conceptos. Por ejemplo, puede ocurrir que para un juez A la culpabilidad de Juan sea "razonable", mientras que para un juez B la culpabilidad de Juan "no es razonable". Situación que implica necesariamente profundizar en conocimientos con respecto a los medios de prueba, la valoración de la prueba y los estándares de prueba; que les permitan a los operadores judiciales formular decisiones objetivas; reivindicando su papel protagónico en la sociedad.

Siguiendo esta línea, hay que añadir que el estudio de los estándares de prueba por Michelle Taruffo y otros expertos es de gran trascendencia para la preparación de los futuros operadores judiciales, fiscales y abogados litigantes, como también de gran utilidad para futuras reformas legislativas y pedagógicas, lo cual justifica seguir profundizando sobre el tema si se considera que en la judicatura se evidencia cómo esa carencia de competencias interdisciplinarias mengua las garantías del proceso y, por lo tanto, los derechos fundamentales de los intervinientes.

Dicho de otra manera, estos poderes deben ser limitados a través de instrumentos cuya aplicación sea transparente, y no hay nada más diáfano que una sentencia bien motivada, pues su justificación requiere la producción de argumentos, esto es, de razones que favorezcan tales decisiones. En otras palabras, el grado de argumentación es directamente proporcional al grado de justificación de las decisiones judiciales. De ese modo, Jerzy Wróblewski (1971) distingue tres tipos de decisiones jurídicas que merecen ser justificadas: 1) las decisiones de quien hace el derecho, 2) las decisiones de aplicación del derecho (estas dos hacen referencia a la condición de justificación externa), y 3) las decisiones interpretativas (condición de justificación interna).

Por otro lado, el jurista italiano Pierluigi Chiassoni (2011) señala que una decisión judicial es racional si está racionalmente justificada y si, y solo si, se satisfacen tres condiciones consideradas disyuntivamente necesarias y conjuntamente suficientes.

> En primer lugar, la decisión tiene que estar justificada desde el punto de vista lógico-deductivo o inferencial (condición de justificación interna). En segundo lugar, la decisión debe estar justificada desde el punto de vista de la corrección jurídica de sus premisas normativas (condición de justificación externa normativa). En tercer lugar y último, la decisión debe estar justificada desde la óptica de la corrección jurídica de sus premisas fácticas (condición de justificación externa probatoria) (Chiassoni, 2011, p. 18).

Como se puede ver, Chiassoni agrega una justificación adicional a las ya expuestas por Wróblewsky, nombrada como "condición de justificación externa probatoria". Es decir, la justificación que otorga la valoración de la prueba a través de un proceso judicial epistémico.

El legado de Michelle Taruffo para América Latina con respecto a la nueva enseñanza del derecho procesal

> Si ves una frontera crúzala, entonces, da la vuelta y descubrirás que no existía.
> Michelle Taruffo

El filósofo italiano fue por muchos años docente de las cátedras de derecho procesal civil y derecho comparado, principalmente en la Universidad de Pavía en Italia, como también docente invitado en varios países del mundo, entre ellos Colombia. Dejó un legado imborrable con respecto a la nueva enseñanza del derecho procesal y en sus intervenciones pedagógicas siempre tuvo presente el contexto social y cultural en el que se desarrolla la administración de justicia de cada Estado.

La facilidad del lenguaje de Taruffo y su habilidad para enseñar estas categorías tan complicadas a través de ejemplos prácticos lo convirtieron en un referente indiscutido de la cultura jurídica con muchos partidarios de sus postulados, los cuales se siguen estudiando y debatiendo actualmente en los más importantes escenarios académicos del mundo entero. Su pensamiento transformador se extendió en múltiples direcciones y ha inspirado a muchos juristas a investigar y escribir, en resumen, a pensar el derecho y no solo a memorizar códigos y normas que cambian todos los días.

Sus innegables intelecto, capacidad de abstracción y curiosidad lo llevaron a escudriñar por fuera de los límites del derecho, una frontera que muchos juristas no se atreven a cruzar. A modo de analogía, se podría decir que Taruffo fue el Cristóbal Colón del derecho procesal, genio que sabía que la importancia del derecho no estaba en la norma, ni siquiera en el derecho, sino en su estudio interdisciplinar. Su sed de conocimiento lo condujo a estudiar historia, sociología, filosofía, epistemología, lógica, retórica, empirismo y psicología, y se formó como un jurista todoterreno. Después de

todo, como señala Moreso (2021), la contribución más perdurable de Taruffo consiste en una concepción de pensamiento articulado, tejido a partir del inmenso conocimiento que tenía de las diversas tradiciones jurídicas en relación con otras ciencias y el razonamiento jurídico, en especial el razonamiento de los jueces.

Ahora bien, respecto a la enseñanza del derecho procesal, el catedrático italiano era tajante al mencionar que tal enseñanza debía cambiar profundamente. Para él, el derecho tiene varias dimensiones, no solo las normas y los códigos, sino dimensiones sociales, políticas, económicas, filosóficas, científicas e históricas, y para comprender el derecho un jurista debe conocer con profundidad estas áreas del saber, sobre todo en dos direcciones: 1) en la dirección de la lógica y la filosofía como métodos de racionamiento abstracto y 2) en la dirección de la historia, la economía y la sociología, ya que estas ponen al jurista en un contexto de realidad cultural. En esa medida, para Taruffo el modelo ideal de educación jurídica sería menos normas, menos conceptos abstractos, menos formalismos. Y sí, por el contrario, más conocimientos concretos de la realidad social en donde se aplica el derecho.

En ese orden de ideas, con base en las nuevas exigencias del derecho procesal contemporáneo y las enseñanzas del profesor Michelle Taruffo, se podrían adoptar los siguientes paradigmas dentro de la pedagogía jurídica: 1) reforzar métodos y técnicas de aprendizaje y enseñanza del derecho procesal, 2) ofrecer bibliografía actualizada, 3) estudiar el derecho no desde la memorización de normas sino en su análisis dentro del entorno social, y, finalmente, 4) corregir y mejorar contenidos y planes curriculares. A continuación, se describe cada uno de ellos:

Reforzar métodos y técnicas de aprendizaje y enseñanza del derecho procesal. Tiene que ver con mejorar el conocimiento pedagógico por parte de los catedráticos, con respecto a los sistemas de educación modernos y dejar atrás lo anticuado. Por ejemplo, la adopción del sistema constructivista, ya que esta corriente pedagógica concibe el proceso de aprendizaje como algo dinámico, activo y participativo, en el que el alumno construye por sí mismo su propio aprendizaje, y al mismo tiempo, el papel del docente es el de mediador o facilitador, alguien que debe acercar las herramientas al alumno para que este edifique su aprendizaje. En oposición al método conductista, que busca generar en el estudiante un factor de memorización y repetición de conductas, lo cual genera un conocimiento vacío sin un significado aparente que repercute enormemente en la forma como conciben el derecho los futuros abogados.

Actualización bibliográfica. Es claro que la ciencia del derecho procesal está en un constante proceso de metamorfosis. Por ende, los profesores deben actualizar sus bases bibliográficas con el objeto de enseñar correctamente el derecho procesal en la actualidad. Por ejemplo, el libro *Teoría General del Proceso* del catedrático Hernando Devis Echandía, publicado hace más de 50 años, sigue siendo una de las obras colosales de la literatura colombiana, formó a excelentes abogados litigantes, jueces, políticos, profesores e investigadores. Sin embargo, los conceptos expuestos por el tratadista colombiano en su obra se encuentran desactualizados. En este momento existen textos que condensan en mejor medida la obra de Devis Echandía y que, además, están en consonancia con los cambios estructurales de la sociedad y del derecho. Un ejemplo es el libro *Teoría General del Proceso*, cuarta edición, de Beatriz Quintero, eminente profesora de la Universidad de Medellín.

Estudiar al derecho procesal a través del análisis del entorno social y los paradigmas culturales. En este punto los profesores actuales deberían animar a sus estudiantes a ver las noticias, a ojear los periódicos, a leer artículos de opinión, por tratarse de instrumentos que acercan a los futuros abogados a la realidad política y social.

Corregir y mejorar contenidos y planes curriculares. Este punto es clave para el jurista del futuro. Para que un estudiante de derecho obtenga una buena formación académica, los contenidos de los programas deberían hacer lo siguiente: en los cuatro primeros semestres de la carrera eliminar por completo las asignaturas de corte jurídico. En vez de ello, en esta etapa inicial introducir materias tales como: sociología, psicología, filosofía, lógica, retórica, historia, argumentación y epistemología. En otras palabras, en los dos primeros años de la preparación de un buen abogado el derecho positivo se queda por fuera del pénsum académico, con el propósito de evitar que los alumnos mentalicen que el estudio del derecho simplemente son las normas. A partir del quinto semestre hasta el octavo se incluyen las materias de talante conceptual y jurídico, es decir, las asignaturas tradicionales de la malla curricular de los programas de derecho, tales como: Teoría General del proceso, Teoría General del Estado, Teoría del negocio jurídico, Derecho penal, Obligaciones, Derecho administrativo, Derecho probatorio, Derecho laboral, Seguridad social, Sucesiones, Sociedades, Derecho comercial, etc.

Y, finalmente, en el noveno y décimo semestres, materias optativas en las cuales los estudiantes deseen profundizar, acompañadas de consultorios jurídicos. Eso sí, siempre alentando a los estudiantes a la lectura de textos no necesariamente jurídicos, porque el estudio del derecho también se puede enriquecer a través del análisis de textos de todo tipo, sobre todo literarios,

que generen conocimiento de la realidad social en donde se desenvuelve el derecho (Campos, 2021).

Ciertamente, este plan de estudios coincide con los postulados de Taruffo en cuanto a la preparación de los futuros abogados. En correspondencia, las universidades deben dejar de lado el fetichismo de que la educación está enfocada al lucro, más bien orientar su campo de acción a formar humanistas e intelectuales del derecho que aporten con su discernimiento especializado a resolver los problemas coyunturales de la sociedad.

Conclusiones

Si se tiene en cuenta que el fin del proceso judicial es la averiguación de la verdad, una indebida valoración de la prueba genera como consecuencia una perturbación en la racionalidad de un sistema procesal epistémico, pero no se trata, como bien se explica a lo largo de este escrito, de una verdad absoluta sino más bien relativa, es decir, una verdad disyuntiva, con muchas aristas, con muchos caminos. Por lo tanto, la noción de verdad alcanzable dentro del proceso judicial en relación con la prueba, en armonía con las tendencias contemporáneas del derecho probatorio, solo se puede realizar en términos de probabilidad.

Por ese motivo, en el proceso judicial la prueba y la verdad tienen una relación sinalagmática, pues la finalidad de la prueba es permitir el ingreso al proceso del conocimiento acerca de la verdad o la falsedad de los enunciados fácticos del caso *sub examine* para su correspondiente valoración, de tal forma que el juez pueda determinar si una proposición de un hecho está probada o no, lo cual, al mismo tiempo, le impide escoger de forma arbitraria los enunciados factuales a su disposición para conformar su convicción acerca de la ocurrencia de un hecho específico, ya que solo podrá valorar las enunciados que cuenten con una prueba que confirme su ocurrencia. Todo ello con el objeto de asegurar que su decisión sea lo más objetiva posible y, por tanto, más ajustada a ese imperativo categórico de justicia a través de la averiguación de la verdad.

Ahora bien, si se considera que la prueba se presenta en un contexto de total incertidumbre, el razonamiento probatorio es siempre de tipo probabilístico y no de certezas absolutas. Entonces, tal como el historiador, el juez sólo raramente puede remitirse a leyes aceptadas por la comunidad como generales y debe, en cambio, habitualmente, usar como criterios de juicio y de valoración de los elementos de hecho, conocimientos que no tienen valor lógico y semántico más amplio que los que resultan de su propia experiencia (Taruffo, 2021).

En todo caso, se hace necesario establecer un umbral en donde una proposición factual se considere probada con base a las pruebas que la confirman. Sin embargo, los estándares de prueba actuales tienen un contenido eminentemente subjetivo o, como dijo el profesor de la Universidad de Pavía, conservan una "necesidad insatisfecha de objetividad", teniendo en cuenta que, en últimas, los operadores judiciales son quienes determinan si los medios cognoscitivos con los que trabajaron generaron la suficiente convicción para lograr sobrepasar el umbral establecido para cada caso. A modo de ejemplo, en el fútbol ocurre algo similar con la implementación del VAR (*Video Assistant Referee*), un sistema de asistencia arbitral, cuyo objetivo es evitar que los errores humanos condicionen el resultado de un partido. Por medio de este sistema, los árbitros pueden acceder a la repetición en cámara lenta de jugadas polémicas del partido en tiempo real. Sin embargo, por más clara que haya sido la falta o mano en el área, es el árbitro quien decide si ocurrió o no. Se trata, entonces, de un mecanismo subjetivo de deliberación como ocurre con los estándares de prueba, pues a pesar de que los medios cognoscitivos en la bandeja se decanten en mayor medida hacia la afirmación o los enunciados de uno de los sujetos procesales, es el juez quien decide si el umbral de suficiencia probatoria fue alcanzado o no. De tal manera que un proceso dirigido específicamente a la resolución de los conflictos no puede al mismo tiempo anhelar optimizar la corrección de la determinación de los hechos (Taruffo, 2006). Teniendo en cuenta que, los estándares de prueba establecen el grado de confirmación que debe presentar una hipótesis para poder ser aceptada como verdadera en un proceso judicial determinado.

No obstante, la mayoría de los operadores judiciales desconocen por completo estas categorías tan importantes para la aplicación del derecho. Por tal razón, a la luz de la ideas del profesor italiano la enseñanza del derecho debe cambiar de manera profunda. El estudio de esta área del saber no puede solo limitarse a la cultura de normas, lo cual es un rezago del sistema positivista. En la actualidad, el derecho se encuentra enlazado con un paradigma que los teóricos, entre ellos el filósofo español Manuel Atienza, denominan *Constitucionalismo PostPositivista.* Esto es, abandonar la concepción según la cual el derecho es un cuerpo fundamentalmente normativo y remplazarla con la idea que la ciencia jurídica está compuesta de diversos saberes necesarios para una formación holística, entre ellos sociología, psicología, filosofía, lógica, retórica, historia, argumentación y epistemología de los saberes. Por tanto, se debe cambiar el pénsum académico de los programas de derecho encaminados todavía al positivismo jurídico y, más bien, enfocarlos hacia los paradigmas socioculturales actuales.

Finalmente, el legado de Michelle Taruffo trasciende las órbitas del derecho procesal. Este catedrático y pensador, tras su sensible fallecimiento, dejó en sus obras y escritos una inmensa riqueza en cuanto a métodos, contenidos y perspectivas y un estilo de pensamiento único e irrepetible. Tratados del derecho procesal en relación con la valoración de la prueba, el derecho comparado, la verdad y el proceso, los estándares de prueba e inteligencia artificial fueron algunos de los tantos temas que abordó este singular *iusfilosofo* multidisciplinario. Su obra marcó un antes y un después en el ámbito académico. Lamentablemente, el "jurista del futuro" abandonó este mundo demasiado pronto, sin embargo, el legado que dejó con gran profesionalismo y generosidad será eterno.

Bibliografía

Aramburo C., M. A. (2021). Los anteojos de Taruffo: una concepción de la jurisdicción. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (44), 63-92. **https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.03**

Alvarado Velloso, A. (2016, noviembre 15). Proceso y República. Conferencia en el Colegio de Abogados del Paraguay, 13/11/2013. [Video en Youtube]. **https://www.youtube.com/watch?v=YPtHIFN8MDE&t=701s**

Bobbio, N. (1991). El Tiempo de los Derechos. Madrid: Sistema.

Buitrago Chávez, C. L. (s. f.). Sobre los hechos en el proceso judicial. [Documento en Internet]. **https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2218210/21395917/SOBRE+LOS+HECHOS+EN+EL+PROCESO+JUDICIAL.pdf/5974c4bd-986e-4d48-8f6c-51b521a11915**

Bustamante Rúa, M. (2010). La relación del estándar de prueba de la duda razonable y la presunción de inocencia desde el garantismo procesal en el proceso penal colombiano. Opinión Jurídica, 9(17), 71-91. Recuperado de **https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/80**

Campos Zamora, F. (2021). De la muerte del autor a la muerte del legislador. La interpretación constitucional desde el derecho como literatura. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (44). **https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.07**

Castañeda Durán, Y. K. (2017). Sistema de valoración probatoria en el proceso arbitral colombiano regido por la ley 1563 de 2012 (tesis de pregrado). Universidad Libre, Cúcuta, Colombia.

Chiassoni, P. (2011). Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas. Madrid: Editorial Marcial Pons

Colmenares Uribe, C. (2012). El rol del juez en el estado democrático y social de derecho y justicia. Academia & Derecho, (5), 65-81.

Colmenares, C. (27 octubre de 2021). [Video en YouTube]. **https://www.youtube.com/watch?v=3a_-oyiR33M**

Cáceres Nieto, E. (2016). Constructivismo jurídico en la enseñanza del derecho en la globalización. [Documento en Internet]. **https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4295/9.pdf**

Díaz Montilla, F. (2018). Tomarse los hechos en serio. Cátedra: Revista Especializada en Estudios Culturales y Humanísticos **http://portal.amelica.org/ameli/jatsRepo/227/2271257016/index.html**

Gascón Abellán, M. (2008). Concepciones de la prueba. Observación a

propósito de "Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad", de Michele Taruffo. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante. (Edición digital a partir de Discusiones: Prueba y conocimiento, n.º 3 (2003), pp. 43-54).
http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcft919

Gascón Abellán, M. (2016). Conocimientos expertos y deferencia del juez (Apunte para la superación de un problema). Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho (39), 347-365.
http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Deferencia-Gascoi%CC%80n.pdf

Gómez Montoro, Á. J. (1998). El derecho a una resolución motivada y congruente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: Martínez-Simancas Sánchez, J. y Aragón Reyes, M. (coords.), La Constitución y la práctica del Derecho (pp. 487-524). Pamplona: Sopec.

Moreso, J. J. (2021). En busca de la verdad. En recuerdo de Michele Taruffo. Anuario de Filosofía del Derecho, (37), 341-345.
https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8060160

Montagud, N. (2021). Efecto Rashomon: qué es y cómo afecta a nuestra perspectiva. Psicologia y Mente. Obtenido de **https://psicologiaymente.com/social/efecto-rashomon**

Nisimblat, N. (s. f.). Derecho probatorio. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
https://www.academia.edu/5102407/DERECHO_PROBATORIO_NATTAN_NISIMBLAT

Ramírez Carvajal, D. M. (2007). A propósito de la justicia material (Reflexiones sobre la justicia en el proceso vs. la justicia material). Opinión jurídica, 6(12), 165-185.
http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v6n12/v6n12a09

Reyes Molina, S. (2016). Sobre derecho y la averiguación de la verdad. Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (40), 317-336.

Rivera Olarte, F. J. y Rojas Quinayá, L. F. (julio-diciembre, 2019). Estudio interdisciplinario sobre los Sistemas de Valoración y Estándares probatorios en el Derecho Procesal colombiano. DIXI, (30), 1-49. doi: https://doi.org/10.16925/2357-5891.2019.02.01

Taruffo, M. (1999). Racionalidad y crisis de la ley procesal. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (22), 310-320.
https://doi.org/10.14198/DOXA1999.22.13

Taruffo, M. (2002). La prueba de los hechos. Madrid: Trotta.

Taruffo, M. (2003). Rethinking the Standards of Proof. The American Journal of Comparative Law, 51(3), 659-678. **https://doi.org/10.2307/3649122**

Taruffo, M. (2005a). Tres observaciones sobre "por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar", de Larry Laudan. DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 28, 115-126.

Taruffo, M. (2005b). Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica. Isonomía. Obtenido de **http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182005000100001&lng=es&tlng=es.**

Taruffo, M. (2005c). Conocimiento científico y estándares de prueba judicial. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 38(114), 1285-1312. **http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332005000300013&lng=es&tlng=es**

Taruffo, M. (2006). Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (29), 249-271.

Taruffo, M. (2008a). Negotiated truth? (¿Verdad negociada?) Revista de Derecho, 21(1), 121-151. **https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502008000100006**

Taruffo, M. (2008b). Leyendo a Ferrajoli: Consideraciones sobre la jurisdicción. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (31), 383-392.

Taruffo, M. (2009). Páginas sobre Justicia Civil. Madrid: Marcial Pons.

Taruffo, M. (2012). Proceso y decisión. Lecciones mexicanas de derecho procesal. Barcelona: Marcial Pons.

Taruffo, M. (2013). La Verdad en el Proceso. Derecho & Sociedad, (40), 239-248. **https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12804**

Taruffo, M. (15 de mayo de 2014). Entrevista de Jordi Ferrer Beltrán a Michelle Taruffo. [Video en YouTube]. Cátedra de Cultura Jurídica. **https://www.youtube.com/watch?v=L5XYox7QYek**

Taruffo, M. (2021). El juez y el historiador: consideraciones metodológicas. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (44), 13-39. **https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.01**

Wróblewski, J. (1971). "Legal Decision and Its Justification". Logique et Analyse, 14(53).

Yrupailla, J. (22 de junio de 2019). POPPER / La teoría del falsacionismo. [Video en YouTube]. **https://www.youtube.com/watch?v=9BE-NVtIJf0&ab_channel=JanethYrupailla**

Zamora Acevedo, M. (2014). La búsqueda de la verdad en el proceso penal. Acta Académica, (54), 147-186

Aplicabilidad de las cadenas de razonamiento por los jueces de lo contencioso administrativo de Medellín, al momento de apreciar la prueba testimonial

Estudio a partir de las sentencias proferidas en el medio de control de reparación directa por privación injusta de la libertad durante el primer trimestre del año 2020 [11]

Clara Patricia Cano Castrillón [12]
Laura Chica Cano [13]
Liliana Damaris Pabón Giraldo [14]

Resumen: Identificar la verdad probable en un proceso judicial, tiene una relación de causa y prueba. De este asunto, el Dr. Michele Taruffo hizo un gran aporte al derecho procesal al instar a encontrar la verdad o falsedad de un enunciado fáctico como finalidad para una decisión jurídicamente correcta. Con este artículo investigativo se quiere realizar un homenaje a éste ilustre hombre quien con un lenguaje sencillo y profundo dejó huella imborrable en el Derecho.

En el desarrollo de este análisis, el Juzgador debe apartarse de su criterio subjetivo y encaminarse a un procedimiento razonable, inductivo y sistemático. Al respecto, el medio de control de Reparación Directa por privación injusta de la libertad ha tenido cambios notables que los jueces de lo contencioso administrativo han tenido que adoptar a la hora decidir. No obstante, en cuanto a los medios de prueba, el testimonio, sigue siendo un medio importante para contribuir a esclarecer dicha verdad probable; es un estudio que debe estar precedido de un razonamiento inductivo que permita establecer la verdad en grado sumo de probabilidad. Esto ha conducido a que, en la prueba testimonial, puedan aplicarse como herramienta de pensamiento, las cadenas de razonamiento, de tal forma que las mismas permitan una aproximación más cercana y más probable a la verdad.

Palabras clave: Prueba Testimonial, Reparación Directa, Privación Injusta de la Libertad, Cadenas de Razonamiento

11 Artículo de investigación producto del proyecto de investigación denominado "Aplicabilidad de las cadenas de razonamiento por los jueces de lo contencioso administrativo de Medellín, al momento de valorar la prueba testimonial, estudio de caso a partir de las sentencias proferidas en procesos de reparación directa por privación injusta de la libertad durante el primer trimestre del año 2020", desarrollado al interior del programa de Maestría en derecho procesal contemporáneo de la Universidad de Medellín.

12 Abogada de la Universidad Santo Tomas, Administradora de Empresas de la UNAL, especialista en derecho comercial de la Universidad Pontificia Bolivariana, en Asesoría y Consultoría de Organizaciones de la Universidad de Antioquia, estudiante de la maestría en derecho procesal contemporáneo de la Universidad de Medellín, correo electrónico clpcano@yahoo.com
13 Abogada de la Universidad de Medellín, Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Pontificia Bolivariana, estudiante de la maestría en derecho procesal contemporáneo de la Universidad de Medellín, correo electrónico lalischica@gmail.com.
14 Abogada, Universidad de Medellín. Magíster en Derecho Procesal Universidad Nacional de Rosario. Magister en Derecho Procesal, Universidad de Medellín. Doctora en Derecho, Universidad Nacional de Rosario. Docente investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín. Integrante y líder del Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Directora de la Maestría en Derecho Procesal extensiones. ldpabon@udem.edu.co

Applicability of the chains of reasoning by the judges of the contentious administrative of medellin, at the time of assessing the testimonial evidence

Study based on the sentences pronounced in the means of control of direct reparation for unjust deprivation of liberty during the first quarter of the year 2020

Resumen: Identifying the likely truth in a judicial process has a relationship of cause and evidence. In this matter, Dr. Michele Taruffo made a great contribution to procedural law by urging to find the truth or falsity of a factual statement as the purpose for a legally correct decision. With this research article, we want to pay homage to this brilliant man who, with a simple and profound language, left an indelible mark on the Law.

In the development of this analysis, the Judge must move away from his subjective criteria and move towards a reasonable, inductive and systematic procedure. In this regard, the means of control of Direct Reparation for unjust deprivation of liberty has undergone notable changes that the contentious-administrative judges have had to adopt when deciding. However, in terms of the means of proof, the testimony continues to be an important means to help clarify that probable truth; it is a study that must be preceded by inductive reasoning that allows the truth to be established to the highest degree of probability. This has led to the fact that, in testimonial evidence, chains of reasoning can be applied as a thinking tool, in such a way that they allow a closer and more likely approximation to the truth.

Keywords: Testimonial Proof, Direct Reparation, Wrongful Deprivation of Liberty, Chains of Reasoning, Michel Taruffo

Introducción

En Colombia, el tema de la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad ha sido de bastante discusión por parte del H. Consejo de Estado, está prevista en la ley 270 de 1996 en desarrollo del artículo 90 de la Constitución. también en los artículo 7 y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y otros instrumentos de orden internacional como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en donde están creadas las garantías, las reglas y principios que rigen la privación de la libertad permitida a los Estados de una manera limitada, operando bajo un principio de legalidad, sujeta a principios de necesidad de proporcionalidad aplicable como medida cautelar y no como sanción, producida por la autoridad competente y sin arbitrariedad.

De acuerdo con lo anterior, cuando al Estado se le imputa la responsabilidad por daños y perjuicios ocasionados por la acción u omisión en el desarrollo de su tarea, el Juez administrativo debe estudiar las pretensiones resarcitorias de la demanda; frente a este tema, el H. Consejo de Estado también ha realizado cambios de fondo en cuanto al reconocimiento de perjuicios materiales como el lucro cesante o el reconocimiento del daño emergente, a partir del año 2019. Antes de este año, se presumía que, si una persona privada de la libertad estaba en edad productiva, el salario base mensual que recibía la persona, era el establecido en la ley, es decir, el salario mínimo legal vigente al momento de la captura. Al respecto, la sala plena, sección tercera del H. Consejo de Estado unificó criterios sobre los perjuicios a reconocer en materia de privación injusta de libertad, fijando como reglas, no sólo acreditar que el imputado debería estar dentro de la edad productiva, sino el salario que al momento de la captura devengaba. A partir de este fallo (Sentencia de Unificación, 2019), la presunción desaparece para dar paso a probar las condiciones económicas del capturado.

Esto último, resulta de gran importancia en el presente trabajo investigativo, porque en principio se podría pensar que el medio de control de Reparación Directa por privación injusta de la libertad, a raíz de los cambios jurisprudenciales, se habría convertido en un asunto de verificar las audiencias preliminares y el debido proceso para llevar a cabo la captura; junto con el medio de prueba documental, la prueba testimonial cobra vital importancia y este medio probatorio, al apreciarse en conjunto con todos los otros allegados válidamente al proceso, pueden conducir a que el juez condene al Estado al pago de considerables sumas de dinero, por daño moral (el que aún se presume), daño a la salud, lucro cesante y daño emergente.

De lo anterior deviene la importancia de que, al momento de apreciar la prueba testimonial, el juez debe acudir a una metodología sistemática, lógica, objetiva y racional para llegar a la verificación de los hechos.

En este último punto, importante, la investigación acude a fundamentos y precisiones que el Dr. Michele Taruffo dejó en algunos de sus aportes respecto de valorar o apreciar la prueba bajo instrumentos lógicos con un pensamiento racional y sistemático. (Taruffo, La Prueba, 2008)

1. Apreciación de la prueba testimonial y las cadenas de razonamiento en materia probatoria

Para abordar este acápite, es imprescindible referirse al concepto de prueba y su fin u objetivo. En este entendido, la prueba es la columna vertebral de la decisión. Y en el ejercicio de apreciación del material probatorio, se precisa recalcar el papel importante del juez a la hora de apreciarla porque su pensamiento, historia de vida, su cultura e idiosincrasia, pueden de una forma, a veces imperceptible, aflorar en las decisiones después de su análisis. El juez no está ajeno a realidades que le pudieron afectar su vida e inclinarse hacia un tipo de decisiones crueles o demasiado flexibles dejando de impartir justicia con objetividad e imparcialidad (Malem, 2009).

Si bien, en el sistema jurídico colombiano los estándares de prueba si están contenidos en normas específicas, no hay una forma que indique al juez cómo valorar la prueba con base en los mismos de tal forma que permitan al juez a tomar una decisión acorde con lo que se haya presentado en el proceso. Es el criterio del juez que en la mayoría de los casos impera en una decisión, misma que debe ser motivada, pero no siempre es argumentada de manera científica o mediante una metodología precisa.

El Juzgador en su cotidianidad e independiente de su situación particular debe acudir en lo posible a herramientas que lo conduzcan de una manera confiable a producir decisiones con metodología y criterios universales comprobados y no con base a subjetividades.

Para ello, el juez valora la prueba de manera individual y también conjunta, utilizando las reglas de la lógica, las reglas o máximas de la experiencia y las reglas de la ciencia, las cuales hacen parte del sistema de valoración de la prueba denominado sana crítica.

Ahondando en lo anterior, en ponencia realizada en el XXIX Congreso Panamericano de Derecho Procesal (Pabón, 2020) y a propósito de las máximas de la experiencia, la conferenciante explicó que, muchos doctrinantes entre ellos Jordi Nieva Fenoll, Jordi Ferrer Beltrán, Michele Taruffo entre otros, afirman que valorar la prueba es darle un peso; significa

que un funcionario jurisdiccional tome elementos materiales probatorios del proceso y los valore de manera individual y en conjunto para corroborar la hipótesis y así efectuar una actividad procesal e intelectual que permita determinar la verdad o la falsedad de los hechos.

Así mismo, implica un ejercicio intelectual en el cual el juez acepta los resultados de los enunciados fácticos y luego de darles credibilidad, establece un peso concreto a cada medio de prueba en relación con los hechos jurídicamente relevantes. En el congreso en cita, se señaló que a nivel mundial existen tres sistemas de apreciación de la prueba, el de tarifa legal, cuyo peso o valor está dado como lo indica la ley. El sistema es de íntima convicción, el cual describe como peligroso y arbitrario porque se indica que el funcionario jurisdiccional le da un peso a la prueba como él lo considere sin tener que justificar el valor o peso dado a cada prueba y a todas en conjunto; el tercero, que opera en muchos de los países de América Latina, es el de la sana crítica que también se conoce como libre apreciación de la prueba o apreciación racional de la prueba, en donde el juzgador tiene que justificar y argumentar el por qué le da cierto valor a un medio probatorio y, por medio de las máximas de la experiencia el juez determina la probabilidad de ocurrencia o no de los enunciados fácticos relevantes, (Pabón, 2019).

Ampliando esto último, las máximas de la experiencia cuentan con una estructura y un procedimiento el cual comienza con una inferencia lógica, luego, con un argumento inductivo y termina con una hipótesis (Bonorino, 2012). La abducción parte de una regla de una premisa mayor, generando una hipótesis para llegar a una conclusión. Pero no siempre las premisas conducen a la verdad. (Vargas, 2019). Se hace entonces indispensable que, dentro de un proceso, el Juzgador examine las reglas de la experiencia y emprenda la tarea de utilizar un razonamiento probatorio, empleando herramientas lógicas y un razonamiento jurídico para llegar a una decisión consistente, de tal forma que el juzgador no infrinja el Derecho pero que asegure se ajusta a la realidad probatoria.

Bajo este contexto, habida cuenta de la necesidad de identificar el fin de la prueba, es decir, el objetivo de esta, se destaca lo referido por diferentes autores en el *"traer conocimiento al juez con miras a disminuir la incertidumbre asociada al proceso de la toma de decisiones"* (Vargas, 2019). O, como lo define Cuello (2007, p. 136), que *"es producir la convicción o certeza en el juez"*. Como para Jairo Parra Quijano que es *"la búsqueda de la verdad de los hechos para hacer descender el ordenamiento jurídico"* (2014, p.149).

Al planteamiento del Doctor Parra Quijano y pese a que la verdad dentro del proceso solo es una, no se podría tomar su posición como una única definición, pues, si bien es cierto que la constatación de los hechos, mediante

los medios probatorios, conducen a verificar la situación fáctica, el procedimiento metódico, legal y verificable constituye una garantía para las partes en un proceso, porque genera seguridad y confianza a quienes pretenden acudir al aparato judicial para solucionar sus conflictos. Además, el Derecho como regulador de la conducta de los ciudadanos a través de las normas, perdería su sentido si no garantizara a estos que, en todos los casos para llegar a una decisión más justa, el tema probatorio, se funda en principios y un procedimiento lógico y consecuente.

Ahora bien, dentro de las reglas de la sana crítica y como ya se afirmó se encuentran las reglas de la experiencia, estas, no se encuentran taxativas en el ordenamiento jurídico colombiano. Son aquellas experiencias, pero no del juzgador, que son del sentido común, reglas que permanecen en el tiempo y genéricas en cuya esencia se encuentra una cultura, un patrón de conducta aceptado comúnmente por todos. Estas reglas de la experiencia requieren convalidación y fundamentación para dar así seguridad y confiabilidad jurídica a la justificación o motivación de la apreciación de cada medio de prueba.

Se reitera que no es la experiencia individual del juez, ni de la mayoría de un colectivo de jueces (Vásquez, 2013). Las reglas de la experiencia permiten justificar el valor de pertinencia que el juez asigna a un hecho. Y con este valor asignado de pertinencia por el juez y con el valor de credibilidad que el juez da a dicha prueba, se calcula el peso probatorio que dicha prueba da a un hecho. De igual forma, las reglas de la experiencia permiten justificar el valor de relevancia que el juez asigna a un hecho. (González, 2006).

> Cualquiera que sea el concepto que se dé sobre las máximas de la experiencia, es posible encontrar ciertos elementos que les son comunes y tales son, según un autor los siguientes: 1° Son juicios, esto es, valoraciones que no están referidas a los hechos que son materia del proceso, sino que poseen un contenido general. Tienen un valor propio e independiente, lo que permite darle a la valoración un carácter lógico; 2° Estos juicios tienen vida propia, se generan de hechos particulares y reiterativos, se nutren de la vida en sociedad, aflorando por el proceso inductivo del juez que los aplica; 3° No nacen ni fenecen con los hechos, sino que se prolongan más allá de los mismos, y van a tener validez para otros nuevos; 4° Son razones inductivas acreditadas en la regularidad o normalidad de la vida, y, por lo mismo, implican una regla, susceptible de ser utilizada por el juez para un hecho similar; 5° Las máximas carecen de universalidad.
>
> Están restringidas al medio físico en que actúa el juez, puesto que ellas nacen de las relaciones de la vida y comprenden todo lo que el juez tenga como experiencia propia.

Considerando lo anterior, la subjetividad de los juzgadores para muchos doctrinantes y aun los ya citados, constituye un peligro para el desarrollo del proceso; la Corte Constitucional al respecto citó (Sentencia C 806, 2006):

> Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. (…). El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción (…), los hechos objeto de valoración, entendidos como "criterios de verdad", sean confrontados para establecer si un hecho y acción determinada pudo suceder, o si ello fue posible de una u otra manera, explicable dentro de las reglas de la lógica, de la ciencia y la experiencia, no ante la personalísima forma de ver cada uno la realidad, sino frente a estos postulados generales que rigen el razonamiento, las transformaciones materiales y la vida social, formal y dialécticamente comprendidos.

Esto último, para significar que el conocimiento que el juez tiene de la verdad es solo la probabilidad de esta. Para obtener la información que le lleve al convencimiento del hecho utiliza herramientas que la norma le brinda, es decir, a través de los medios probatorios como la prueba documental, pericial, interrogatorio de parte, testimonial entre otros.

En otras palabras, los medios de pruebas se analizan o aprecian comúnmente con base a probabilidades, expresadas con premisas, así, una premisa mayor indica una afirmación o una declaración de la cual deriva una consecuencia concluyendo en un silogismo con las expresiones: "entonces, por lo general, en la mayoría de los casos y probablemente".

Como a continuación se verá y para efectos del presente estudio, y a fin de verificar la aplicabilidad de las cadenas de razonamiento lógico se tomará el medio de prueba testimonial.

1.1. Medio de prueba testimonial y su apreciación

El Dr. Nattan Nisimblat establece que el testimonio es la declaración que realiza un tercero, ajeno a la controversia, sobre algo que ha percibido, de manera directa, por cualquiera de sus cinco sentidos. (Nisimblat, 2019)

Para el tratadista Jeremías Bentham "los testigos son los ojos y oídos de la justicia, (son) ojos y oídos que en todos los tiempos han suscitado a jueces y tribunales importantes recelos" (Bentham, 1748- 1832)

Por su parte Para Gorphe

> "La confesión es pregonarle, en principio, de quien tenga la calidad de parte en el proceso; Es posible también que pueda provenir de un tercero interviniente." "El interrogatorio o declaración de parte tiene por objeto obtener de los demandantes o demandados la versión sobre los hechos relacionados con el proceso y puede llegar a configurar una confesión, siempre y cuando recaiga sobre hechos que perjudican al declarante o favorezcan a la parte contraria" (Gorphe, 2014)

De otro lado, (Ramos, 2019) señala que:

> Es típico señalar que el testimonio, al contrario que el documento, no es un objeto, sino un *acto*, pues en una fotografía, por ejemplo, se fijan en la superficie del papel líneas que se reproducen solas, sin necesidad de una intervención humana posterior. Por otro lado, en el caso del testimonio es el hombre que «reproduce», él mismo, «con la voz o con el gesto, las líneas […] después de haberlas adquirido, sin ninguna intervención exterior en la reproducción». Justo por esta razón, se dice que, mientras el documento es *vox mortua*, el testimonio es *vox* viva: el testigo, a diferencia del documento, no es inmediatamente representativo ni permanente, es más flexible y, por ello, está más sujeto a influencias. (Ramos, 2019)

El mismo autor, frente al análisis de la prueba testimonial, más adelante propone, estudiar al hombre en sí mismo, porque, según el autor, la dificultad de conocer al testigo no es otra que la de conocer al hombre.

Así mismo (Camacho, 2015) denomina testimonio:

> Es la declaración que hace una persona natural, ajena al proceso, ante el juez competente, en ejercicio de sus funciones, sobre hechos de los cuales se supone tiene conocimiento.
>
> A este medio probatorio se le denomina declaración de terceros o testimonio y ambos términos se utilizan en la doctrina y en nuestro ordenamiento positivo: emplea el primero el Código General del Proceso y el segundo el Código de Procedimiento Penal.

El testigo es la persona quien declara lo que ha percibido, esclarece los eventos ocurridos dentro del proceso, no confiesa, pues su declaración no versa sobre hechos personales o de suyo, no emite juicios de valor, en tanto que no aplica conocimientos especiales a la interpretación de los hechos y es irremplazable en el entendido que sólo éste le consta lo que presenció a través de sus sentidos. Esta declaración de tercero es un deber consagrado en el numeral 7° del artículo 95 de la Constitución pues se traduce en la necesidad de contribuir con el buen funcionamiento de la administración de justicia, encontrándose exentos de esta obligación, los contemplados en los artículos 209[15] del Código General del Proceso, 267 de la Ley 600/00 y 385 de la ley 906/04.

Lo anterior, en armonía con el principio del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, es decir, será la parte interesada quien solicitará y aportará la prueba y la contraparte, quien la conocerá y, si es del caso, controvertirá con el fin de oponerse. Consecuente con ello, posteriormente, el juez las analizará de acuerdo con las reglas de la sana crítica. (Corte Constitucional Sentencia C 790, 2006)

Así las cosas, y con relación al medio de prueba testimonial, el juez a efectos de valorar la prueba debe, analizar y conocer al hombre en sí mismo, sin que en modo alguno pretenda concluirse que el juez deba ser un profesional en psicología. Al respecto, Taruffo señala que "los estudios sobre la psicología de las declaraciones testificales muestran que se trata de un fenómeno extremadamente complejo y difícil de interpretar, y que la credibilidad del testigo puede ser evacuada sólo teniendo en cuenta una serie de factores relevantes relativos al funcionamiento de la memoria y a las modalidades de reconstrucción de los hechos percibidos por el testigo.

Por otro lado, es evidente que, si el juez se deja llevar por sus reacciones emocionales a la búsqueda de una "íntima" convicción inefable e inexplicable, no hace otra cosa que convertir su valoración en puro arbitrio" (Taruffo, 2003).

Debido a lo anterior y en aras de adoptar una herramienta procesal para valorar la prueba testimonial, se trae a colación el estudio de las cadenas de razonamiento, con el fin de racionalizar la apreciación de la prueba judicial.

1.2 Cadenas de razonamiento en la prueba testimonial

Para que el funcionario jurisdiccional cumpla con la finalidad antes enunciada, y que cuente con herramientas claras para valorar la prueba testimonial, el juez, acude a la sana crítica obligándolo a decidir utilizando conceptos generales válidos social y culturalmente, así como usando sus preferencias en aquellos casos en donde no opera las generalizaciones; es una mezcla de libertad con límites. (Coloma, 2017).

De ahí que sea necesario que construya cadenas de razonamiento, entendidas estas como las define el Dr. Orión Vargas como aquellas herramientas que permiten organizar el pensamiento de manera inductiva partiendo de uno o varios medios de prueba hasta alcanzar una conclusión,

15 Artículo 209 Excepciones Al Deber De Testimoniar. No están obligados a declarar sobre aquello que se les ha confiado o ha llegado a su conocimiento por razón de su ministerio, oficio o profesión: 1. Los ministros de cualquier culto admitido en la República. 2. Los abogados, médicos, enfermeros, laboratoristas, contadores, en relación con hechos amparados legalmente por el secreto profesional y cualquiera otra persona que por disposición de la ley pueda o deba guardar secreto. Artículo 385. Excepciones Constitucionales. <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañera o compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad. El juez informará sobre estas excepciones a cualquier persona que vaya a rendir testimonio, quien podrá renunciar a ese derecho. Son casos de excepción al deber de declarar, las relaciones de: a) Abogado con su cliente; b) Médico con paciente; c) Psiquiatra, psicólogo o terapista con el paciente; d) Trabajador social con el entrevistado; e) Clérigo con el feligrés; f) Contador público con el cliente; g) Periodista con su fuente; h) Investigador con el informante.

una hipótesis o pretensión. (Vargas, 2019)

Para efectos del presente estudio, cadena se entenderá como una sucesión de elementos dirigidos al mismo fin, que funcionan enlazados de manera que cada uno recibe información del anterior y la transmite al siguiente, y razonamiento como una serie de conceptos encaminados a demostrar algo o a persuadir o mover a oyentes o lectores (Real Academia Española, 2019).

De ahí que la probabilidad de una hipótesis dependa de la información que se presente dentro del proceso judicial, de ninguna manera depende de lo que el juzgador crea sino de los mismos datos que se encuentren en él. Es la información válidamente obtenida la que va la probabilidad de ocurrencia o no de un determinado hecho. Conforme a lo expuesto, surge el interrogante: ¿cómo se obtiene dicha información para llegar a un alto grado de probabilidad si jurídicamente es permitido al juez hacer una libre apreciación de la prueba? ¿Qué reglas se le exigen al juzgador bajo esta premisa cuando no existen reglas para su apreciación?

Desde esta perspectiva, las cadenas de razonamiento permitirán al Juez a través de un lenguaje técnico y lógico, identificar el grado de credibilidad y pertinencia que tiene la prueba en relación con uno o varios hechos jurídicamente relevantes, en este caso la testimonial. Esto permite que el juez tenga mayor objetividad para valorarla y no únicamente guiado por su percepción, quien observa y escucha al testigo por una única vez y de esta manera es difícil determinar su grado de credibilidad.

En otras palabras, la información obtenida a través del medio probatorio conecta con la aplicación de la sana crítica, es decir, haciendo uso del razonamiento probatorio, las generalizaciones científicas y las máximas de la experiencia con los hechos. En palabras del Dr. Parra, *"no es más que una aplicación en concreto de la experiencia que todo hombre posee"* (2014, p.74).

Las máximas de la experiencia no son simplemente afirmaciones que se hace en la sentencia como un requisito formal, es necesario que el juez explique o en términos de la jurisprudencia, motive cómo aplicó la regla empleada para determinar cómo llegó a la decisión final.

No debe tratarse del bagaje que el juez tiene en su recorrido por la vida, en donde le ha añadido en su caminar, estudios, experiencias personales, íntimas, otros casos de estudio similares, crea en él paradigmas con los que analiza y a la luz de la libre apreciación, estima, valora y decide sobre la credibilidad o grado de certeza de la información que recibe en sus manos.

Ahora bien, para presentar de manera sintetizada y un poco más en detalle la forma cómo operan las cadenas de razonamiento en la apreciación de la prueba testimonial dentro de un proceso, es necesario acudir a la norma jurídica consagrada en el artículo 176 del C. G. del P (Ley 1564 de 2012, 2019):

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

El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba

El artículo citado señala cuatro aspectos importantes a llevar a cabo por parte del juez, el primero es que las pruebas deben apreciarse en conjunto, es decir, un hecho no siempre se podrá probar con un solo medio probatorio, existirán hechos que, por ejemplo, requerirán de prueba testimonial, inspección judicial y prueba pericial para llegar a obtener la información suficiente. El juez deberá utilizar toda la información que llega a sus manos y valorarla en conjunto y su resultado será obtener el mayor o menor grado de certeza del hecho. El segundo concepto que trae el artículo es que esta apreciación se hará de acuerdo con las reglas de la sana crítica, estas reglas son razonamientos que hace el juez de acuerdo con las leyes de la lógica, máximas de la experiencia y reglas de la ciencia.

Al momento de la práctica de la prueba, el Juzgador puede valorar la prueba individual. En una prueba testimonial, por ejemplo, al ser interrogado el testigo, este declara o contesta según lo percibido por sus sentidos; sin embargo, para valorar la prueba las preguntas deben ir dirigidas a que manifieste lo que realmente le consta porque es de ahí que debe partir la valoración del juez, no por creencias sino por lo que realmente ha aceptado el testigo.

El Dr. Orión Vargas, describe de una manera clara y concreta como se construyen las cadenas de razonamiento (Vargas, 2019); explica que a través de un hecho se pueden realizar inferencias lógicas que pueden indicar el grado de probabilidad o de certeza de este.

El hecho o la afirmación debe ser convalidada eliminando así tensiones, por ejemplo, entre la regla de la experiencia y la ciencia. Por lo tanto, se hace necesario convalidar la máxima de la experiencia a partir del hecho cierto hasta identificar si procede o no la pretensión.

2. Apreciación de la prueba testimonial en algunas sentencias de reparación directa por privación injusta de la libertad, de los jueces de lo contencioso administrativo durante el primer trimestre del 2020.

Para la realización de este acápite y dentro de la investigación, mediante correo electrónico, se elevaron derechos de petición a los Jueces de lo Contencioso Administrativo de la ciudad de Medellín a quienes se les solicitó

copia de las sentencias del primer trimestre de 2020 sobre el tema en estudio.

Es de anotar que la gran mayoría de los juzgados manifestaron no haber producido sentencias por privación injusta de la libertad durante este período, aduciendo que mediante Tutela del Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia 11001031500020190016901, de noviembre 15 de 2019 dejó sin efectos la Sentencia 66001233100020100023501 (46947) del 15 de agosto de 2018, en la que la corporación unificó su jurisprudencia en relación con la responsabilidad del Estado frente a la privación injusta de la libertad; razón por la cual, otorgó un plazo a la Sección Tercera para proferir un nuevo fallo. Por este motivo, la mayoría de los Juzgados, estaban esperando el mencionado pronunciamiento.

Para aclarar un poco más lo anterior, en el año 2013 la sección tercera del H. Consejo de Estado en sentencia de unificación, estableció que el solo hecho de la privación de la libertad sin condena, es decir, no se podía privar de la libertad a un sujeto si no se tenía plena prueba de su condena. Asunto que fue discutido más adelante en donde se estudió el daño, la antijuridicidad de este y la imputación y en este análisis, la Corte Constitucional produce un fallo, (Sentencia Unificación, 2018) en donde trajo a memoria la sentencia 037 de 1996 en la cual se debía verificar la necesidad de analizar si la privación de la libertad era abiertamente desproporcionada y contraria a los procedimientos legales e indicó que el juez Administrativo tenía la potestad para determinar a qué título de imputación se estudiaría un caso lo que, en principio, puede ser falla de la Administración, aunque el título no siempre sería el mismo; por lo tanto, debería analizarse las pruebas realizando un análisis del daño antijurídico y de hallarse imputación verificar el régimen único pertinente acudiendo al principio de *iura novit curia.*

Teniendo en cuenta esta decisión, en agosto de 2018, el H. Consejo de Estado profiere un nuevo fallo (Sentencia Unificación, 2018), en donde la sección tercera: Modificó la jurisprudencia en los casos relativos a los daños: El juez debe verificar si la privación de la libertad fue antijurídico o no teniendo en cuenta el artículo 90 de la Constitución Política. Si el imputado o privado de la libertad, actuó con culpa grave o dolo, desde el punto de vista civil. Un análisis que debía hacer el juzgado de manera oficiosa determinando si con el actuar se dio lugar a la medida de aseguramiento de detención preventiva según el artículo 70 de la ley 270 de 1996 y el artículo 63 del Código Civil Colombiano. Por último, determinar cuál debía ser la entidad llamada a reparar el daño con fundamento al principio *iura novit curia*- Realizando un estudio del título de imputación.

Esta providencia fue objeto de tutela por parte de los demandantes y la Corte Constitucional, con fallo del 15 de noviembre de 2019, amparó el

derecho al debido proceso de la demandante argumentando que, en los casos de privación injusta de la libertad, cuando ya ha habido un fallo en donde se eximió penalmente a la persona imputada, la justicia administrativa, no puede entrar de nuevo a estudiar lo que se analizó en el expediente penal.

En otras palabras, entrar a afirmar que existe un eximente de responsabilidad del Estado a partir de la conducta del demandante contradecía el artículo 7° de la Convención Americana y el artículo 9° de la Constitución Política Colombiana.

Para efectos del presente artículo, los siguientes juzgados aportaron sentencias de enero a marzo 31 de 2020.

Juzgados administrativos Medellín	Total a analizar
Primero	1
Sexto	1
Octavo	3
Decimo	1
Veinte	3
Veintitrés	3
Ventisiete	1
Venticinco	1
Ventiocho	1
Treinta y uno	1
Treinta y cuatro	1
Tribunal administrativo de Antioquia	2
Total	19

En las sentencias recaudadas, se observó que no se valora la prueba testimonial a la luz de lo que en el presente artículo se ha esbozado; si bien en algunas, se menciona que el análisis se realiza bajo el sistema de la sana crítica, no se argumenta ni se indica cual fue el procedimiento o cómo se realizó la valoración de la prueba.

La mayoría de los testimonios fueron centrados en identificar al demandante, su relación con sus familiares, el detrimento en su patrimonio producto de la detención, los ingresos que percibía antes de ser detenido y cuáles los que recibe después de salir en libertad. A partir de los últimos pronunciamientos del H. Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, se advierte que la prueba testimonial para acreditar sobre las condiciones económicas y laborales del imputado, así como las erogaciones para cubrir el proceso penal este medio de prueba resulta importante sólo si se la imputación de responsabilidad resulta en contra del Estado

Al respecto, no hay que dejar de lado el pronunciamiento reciente del Consejo de Estado (Sentencia, 2019) en cuanto cómo se prueba el daño emergente, toda vez que se permitía probarlos mediante cualquier medio de

prueba con los que accionante podía demostrar el monto de los ingresos, es decir, podía acudir a la prueba testimonial o documental y no había limitación para la idoneidad de los medios probatorios y en este sentido esta pretensión debe acreditarse con facturas o documentos que den cuenta fehacientemente que hubo la erogación para sufragar los gastos que emergen de la privación de la libertad, descartándose, así, la prueba testimonial.

No obstante, para determinar el grado de certeza del testimonio y la credibilidad del testigo, por ejemplo, en el caso de acreditar convivencia, relaciones y en general afectación del daño moral, no se advierte ningún análisis valorativo.

Algunas sentencias pese a que se decretaron prueba testimonial esta no fue analizada en la decisión de fondo en virtud de que la entidad demandada no se le imputó responsabilidad patrimonial alguna.

En otras sentencias se observó que se decretaron y practicaron testimonios los cuales se tuvieron en cuenta al momento del estudio del fondo, toda vez, que sus declaraciones estuvieron encaminados a acreditar la labor en que se desempeñaba el imputado antes de la captura; los gastos para sostener el juicio penal; sus relaciones sociales y familiares; las condiciones de salud y económicas de la familia y como era las relaciones sociales de este.

Estos testimonios se tuvieron en cuenta a la hora de decidir sobre las pretensiones resarcitorias mas no se explica el procedimiento de su análisis.

3. Cadenas de razonamiento que debe emplear el juez de lo contecioso administrativo para valorar la prueba testimonial en procesos de reparación directa por privación injusta de la libertad

Como se viene explicando, en materia probatoria, las cadenas de razonamiento sirven como herramientas para la construcción de un argumento, de modo que, es en el proferimiento de la decisión donde el juez dilucida las pruebas practicadas, la apreciación individual y conjunta de los medios de prueba practicados y, muestra, a través de la construcción de un argumento, cuando un hecho está probado, es decir, cuando es aceptado, no por creencia, sino por haber empleado cadenas de razonamiento para su construcción, dejando a un lado, el subjetivismo y la creencia, tal como lo abordan Michele Taruffo (Taruffo, 2002), David A. Schum (Los fundamentos probatorios del razonamiento probabilístico, 2016) y Laurence Jonathan Cohen. Cohen (2017) Cohen, L. J. (2017). Lo probable y lo demostrable (O. Vargas, Ruiz C., Trans. O. Vargas Ed. 1 ed. Vol. 1). Medellín-Colombia: Orión

Vargas.

Así como lo explica el Dr. Vargas Vélez, el punto de partida para la toma de decisiones en un proceso, es la incertidumbre, es decir, el juez, en principio, debe reconocer que desconoce los hechos (h) que expone la parte actora, como los fundamentos que resiste la parte demandada. Luego, adopta una actitud de quererlos conocer a través de los medios de prueba (mp) que han sido solicitados y aportados por las partes o, los que, a juicio del juez, deba ser decretados de oficio, en aras de evitar caer en la suposición, para así salir de lo desconocido a mayor grado de certeza y aceptación.

Es entonces, como lo dice el Dr. Vargas Vélez, a través del razonamiento inductivo que el juez infiere las probables ocurrencias (H) o no (no-H), con base en el conocimiento brindado por los medios de prueba (mp), llegando a una conclusión o pretensión (convencimiento), siendo ello, un hecho aceptado o probado y alejándose de subjetividades, es por ello que el juez realiza un proceso de razonamiento desde los medios de prueba, formula hipótesis y llega a conclusiones o pretensiones, tal como lo enseña Marina Gascón Abellán[16].

Ahora, en los procesos de reparación directa por privación injusta de la libertad, el juez examina detenidamente el proceso penal, es decir, las audiencias preliminares y las demás en donde se dé por terminado el proceso como la sentencia absolutoria o de preclusión, según el caso.

Indudablemente, las cadenas de razonamiento se emplean para todo tipo de medio probatorio, el juez debe realizar ese razonamiento inductivo hasta tener un mayor grado de certeza de señalar un hecho como probado o aceptado.

En este orden de ideas, para entrar al análisis de las cadenas de razonamiento que debe emplear el juez de lo contencioso administrativo para valorar la prueba testimonial en los procesos de privación injusta de la libertad, se expondrá un ejemplo.

El medio de prueba testimonial de la persona Y refirió que X (demandante) laboró en diferentes obras en construcción y proveía económicamente a su familia

Ruta 1 (mp, h, H)

Medio de prueba (**mp**) testimonial ofrecido por el testigo Y quien afirma que "X" trabajaba en construcción.

Hecho (**h**): Es cierto lo afirmado por el testigo Y.

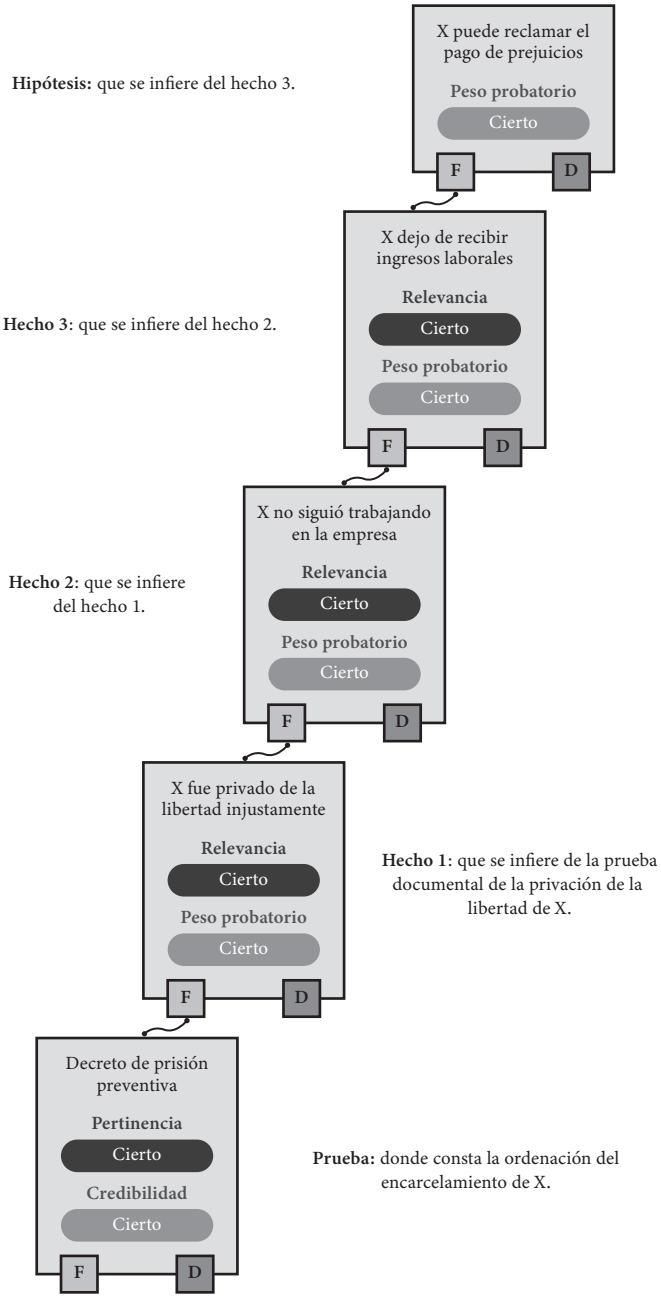
16 Gascón Abellán, Marina. (2004) Los Hechos En El Derecho. Bases argumentales de la prueba. Madrid. Marcial Pons.

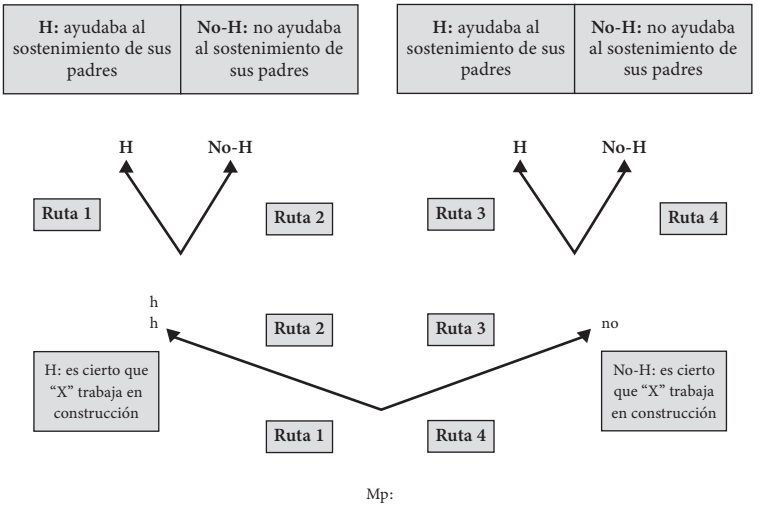
Hipótesis (**H**): es probable que "X" ayudaba al sostenimiento de sus padres.

Ruta 2 (mp, h, no-H)
Mp: testimonial ofrecido por el testigo Y, quien afirma que "X" trabajaba en construcción.
h: Es cierto lo afirmado por el testigo Y
No-H: no es probable que "X" ayudaba al sostenimiento de sus padres.

Ruta 3 (mp, no-h, H)
Mp: testimonial ofrecido por el testigo Y, quien afirma que "X" trabajaba en construcción.
No-h: No es cierto lo afirmado por el testigo Y
H: Es probable que X ayudaba al sostenimiento de sus padres.

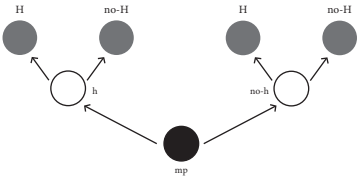
Ruta 4 (mp, no-h, no-H)
Mp: testimonial ofrecido por el testigo Y, quien afirma que "X" trabajaba en construcción.
No-h: No es cierto lo afirmado por el testigo Y
No-H: No es probable que "X" ayudaba al sostenimiento de sus padres.


X puede reclamar el pago de prejuicios
Peso probatorio
Cierto
F
D
Hipótesis: que se infiere del hecho 3.
X dejo de recibir ingresos laborales
Relevancia
Cierto
Peso probatorio
Cierto
F
D
Hecho 3: que se infiere del hecho 2.
X no siguió trabajando en la empresa
Relevancia
Cierto
Peso probatorio
Cierto
F
D
Hecho 2: que se infiere del hecho 1.
X fue privado de la libertad injustamente
Relevancia
Cierto
Peso probatorio
Cierto
F
D
Hecho 1: que se infiere de la prueba documental de la privación de la libertad de X.
Decreto de prisión preventiva
Pertinencia
Cierto
Credibilidad
Cierto
F
D
Prueba: donde consta la ordenación del encarcelamiento de X.



Mp:

El testigo Y afirma que: "X trabaja en construcción.



Mp: el testigo Y afirma que: X trabaja en construcción.
h: es cierto que Xtrabaja en construcción.
no-h: no es cierto que X trabaja en construcción.
H: X ayudaba al sostenimiento de sus padres.
no-H: X no ayudaba al sostenimiento de sus padres.

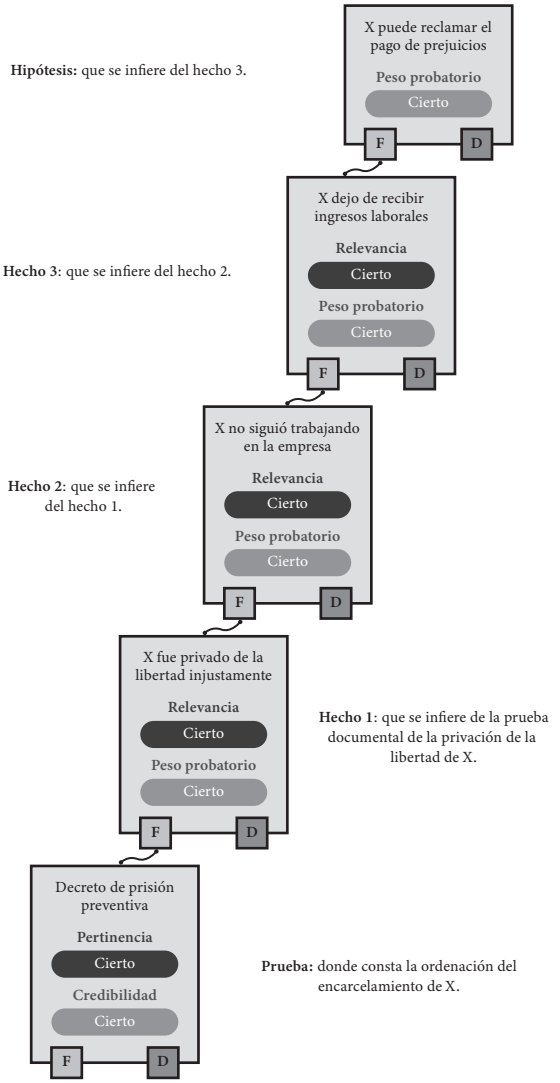
Tal como lo explica el Dr. Vargas Vélez, en las rutas 1 y 4 suceden en la mayoría de los casos, casi siempre, con frecuencia, por lo general o probablemente. Por su parte, en las rutas 3 y 4, se presentan en ocasiones o con menor frecuencia o probabilidad, siendo estos casos o eventos raros. La construcción del argumento se puede observar así:

De la ruta 1: Si el mp afirma que "X" trabajaba en construcción y lo que se afirma en el **h es cierto**, entonces, por lo general **(H)** "X" ayudaba al sostenimiento de sus padres.

De la ruta 4: Si el mp afirma que "X" trabajaba en construcción y lo que se afirma en el **h no es cierto**, entonces, por lo general **(No-H)** "X" ayudaba al sostenimiento de sus padres.

De la ruta 2: Si el mp afirma que "X" trabajaba en construcción y lo que se afirma en el **h es cierto**, entonces, es probable (poco probable) que **(no-H)** "X" no ayudaba al sostenimiento de sus padres.

De la ruta 3: Si el mp afirma que "X" trabajaba en construcción y lo que se afirma en el **h no es cierto**, entonces, es probable (poco probable) que **(H)** "X" ayudaba al sostenimiento de sus padres.



> Lo anterior refleja la importancia de la distinción entre el medio de prueba testimonial (mpt), como prueba acerca de la ocurrencia de un hecho (h), y la no ocurrencia (no-h) de este último. El medio de prueba (mpt) puede señalar hacia la ocurrencia del hecho (h) cuando en realidad éste no ha ocurrido (no-h) (Schum, 2009). Los documentos pueden parecer auténticos cuando en realidad no lo son. Los análisis de laboratorio pueden tener imprecisiones. Las resonancias magnéticas pueden ser malinterpretadas por el médico especialista en radiología. El testigo puede mentir o (Schum, 2016) no ser objetivo o imparcial, o no ser observacionalmente sensible. (Vargas 2019).

De esta manera, el medio de prueba es pertinente, si hace de la ocurrencia de un hecho de importancia algo más o menos probable de lo que sería si el medio de prueba no estuviese (Allen, 2011). Por consiguiente, como lo enseña el Dr. Vargas Vélez, las rutas que se formulan van relacionadas con la credibilidad, siendo sano dudar de la dirección en que señalan o apuntan los medios de prueba, como quiera que es la duda razonable, el estándar de prueba exigible en los procesos judiciales para condenar a una persona por ser autor o partícipe de un determinado delito.

Recuérdese que los atributos de la credibilidad testimonial, parte de la veracidad, objetividad y sensibilidad observacional (condiciones de tiempo, modo y lugar bajo las cuales dicha observación es realizada), de tal suerte que, en el momento de la práctica de la prueba, si tales atributos son altamente cuestionados, dependerá de sus respuestas, el peso que se le asignará, de acuerdo con la eficacia o el valor probatorio. (Vargas 2019).

Como lo propone Cohen, cada atributo de la credibilidad debe ser evaluado separadamente, a través de la *probabilidad inductiva* (condicionales) para así compararlas, con el fin de desprender la creencia o convencimiento del juez con cada uno de los atributos de la credibilidad testimonial, así la probabilidad inductiva que el testigo sea honesto, dependerá en la forma como respondió de manera favorable o no a las preguntas formuladas, de esta manera, el juez podrá estar más seguro de tener el hecho por aceptado o probado.

Ahora, Schum propone, emplear las cadenas de razonamiento entre varios medios de prueba, relacionándolo con las hipótesis, pretensiones o conclusiones que son consideradas al interior del proceso judicial, ello es posible mediante la corroboración probatoria, en tanto dos o más medios probatorios apuntan a una misma dirección de un hecho cierto o no cierto. a través de la contradicción probatoria, siendo ello cuando dos o más medios de prueba apuntas a direcciones opuestas cuando un hecho es cierto y el otro no lo es. Así mismo, por medio del conflicto probatorio, esto es, cuando dos o más medios de prueba apuntan en la dirección de dos o más hechos diferentes o hacia hipótesis opuestas, siendo una refutada y otra corroborada. O, con la redundancia probatoria, para lo cual se analiza la utilidad de la

prueba, dado que se presenta cuando dos o más medios de prueba apuntan en distintas direcciones de hechos y, dependiendo de su credibilidad, pueden ser total o parcialmente redundantes, bien porque sean útiles o superfluos, haciendo a la hipótesis más o menos probable.

Las cadenas de razonamiento permiten, entonces, no solo a juez, sino a los abogados y a las partes organizar el pensamiento con el fin de construir un argumento basado en lo que los medios de prueba dan cuenta, por consiguiente, no es un modelo matemático o científico que determine el valor que tiene un medio probatorio, sino que a través de un razonamiento inductivo que empieza desde el medio probatorio, conllevará al hecho aceptado o probado, en aras de que la decisión sea construida con verdad epistemológica.

4. Valoración racional de la prueba según Michele Taruffo - su aporte para el presente artículo.

Cuando ha finalizado la fase probatoria donde las partes intentan dar el convencimiento al juez acerca de sus pretensiones, inicia el periodo valorativo de las pruebas, momento en el cual, el juez debe hacer un ejercicio intelectual. Al respecto, refirió el Dr. Michele Taruffo en su escrito *"Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba" que "La realidad es que la motivación no es y no puede ser un relato de lo que ha sucedido en la mente o en el alma del juez cuando ha valorado la prueba54. Las normas que exigen la motivación de la sentencia no reclaman que el juez se confiese reconstruyendo y expresando cuáles han sido los recorridos de su espíritu. Estas normas, por el contrario, le imponen justificar su decisión, exponiendo las razones en forma de argumentaciones racionalmente válidas e intersubjetivamente "correctas" y aceptables"*

Por ello:

> …el juez tiene que fundamentar la decisión en una reconstrucción verídica de todos los hechos relevantes de la causa, obviamente, con base en una evaluación racional de las pruebas en su poder para llegar al conocimiento de estos hechos… (Taruffo, Verdad, Prueba y Motivación, 2013)

Michele Taruffo como defensor de la verdad en el proceso, describe la importancia que tiene el juez de revisar muy bien los medios de prueba que se presentan al interior del mismo para construir los hechos epistémicamente verdaderos de la causa, toda vez que, al encontrar correctamente los hechos, se aplicará válidamente la norma como regla de juicio para la producción de determinadas consecuencias jurídicas. Señala al respecto que:

> …él tiene que decidir con base en las pruebas que han sido adquiridas durante el proceso y, por lo tanto, tiene que narrar en la sentencia los hechos que ha conocido por medio de las pruebas. Puede que la narración del juez coincida del todo o en algo con la que propuso una de las partes o un testigo, pero de todas maneras queda diferente justamente por su carácter de hipótesis verificada con base en los elementos de conocimiento que el juez ha podido utilizar… (Taruffo, Verdad, Prueba y Motivación, 2013)

De tal razón que la sentencia que ponga fin al proceso, será considerada justa cuando la construcción de la misma se base en hechos verdaderos de la causa, ello, tal cual como lo señala Taruffo, en tanto "la averiguación de la verdad de los hechos es condición necesaria para la justicia de la decisión"; sin embargo, no es tarea fácil mientras no se adopte herramientas que permitan al operador jurisdiccional encontrar esa verdad por medio de las pruebas que se presentan en el proceso, puesto que las partes podrán manifestar muy bien los hechos, incluso, hacer de ellos una gran novela pero al comprobarlos con los medios de pruebas, estarse a lo contrario. Sobre esto, señaló:

> Naturalmente, la averiguación de la verdad de los hechos que han ocurrido en el caso concreto constituye sólo una de las condiciones de justicia de la decisión, que para ser justa presupone también que se haya desarrollado de manera correcta y legítima el proceso del que constituye el resultado final y, obviamente, también que sea interpretada correctamente la norma que el juez utiliza como regla de juicio. Entonces, se trata de una condición de por sí no suficiente, pero de todos modos necesaria para la justicia de la decisión: que los hechos no sean establecidos de manera verdadera, basta para que la decisión sea injusta, aunque el proceso se haya desarrollado correctamente y la norma de derecho haya sido interpretada válidamente. Por así decirlo, ninguna de las tres condiciones indicadas es suficiente para determinar la justicia de la decisión, mientras que tales condiciones son, en su conjunto, necesarias para que la decisión sea justa.

Cuando el Dr. Taruffo expone la importancia de la búsqueda de la verdad en el proceso, parte de que sea la epistémicamente verdadera, en el sentido de que tiene que basarse en el conocimiento que el juez adquirió, sin embargo, aclara que dicha verdad es de carácter relativo, dado que en materia procesal la verdad no puede ser absoluta, la ciencia ha corroborado la no existencia de una verdad absoluta, es por ello que la verdad en el proceso es relativa, fundada en los medios de conocimiento que obtiene el juez .

Ahora, la propuesta del uso de las cadenas de razonamiento y en armonía con lo que expone el Dr. Taruffo, está en construir un argumento que permita llegar a la verdad que va más allá de la procesal, mediante un razonamiento inductivo que entrega el medio de prueba, que para el presente artículo ha de ser el testimonial, para lo cual se hace necesario que, al momento de su decreto se observe la utilidad de la misma; en el periodo probatorio, se formulen preguntan que ataquen los atributos de la prueba testimonial y que

al momento de proferir la decisión, se valore con los demás medios de prueba que apuntan a los mismos hechos o hipótesis.

Por otro lado, como resultado de revisión bibliográfica se ha identificado en la importante obra del Dr. Taruffo un gran aporte al Derecho Procesal actual en el sentido de precisar, sobre las pruebas, la necesidad de que dentro de los medio de pruebas aportados al proceso para llegar a la comprobación de una situación fáctica, sea imprescindible, la objetividad y el criterio de una metodología secuencial que conduzca al Juzgador a una sola verdad mediante la apreciación de la prueba individual y en conjunto.

En efecto, en un lenguaje sencillo y concreto el Dr. Taruffo ha señalado que los medios de prueba se conectan con los hechos en un litigio a través de una relación instrumental (Taruffo, LA PRUEBA, 2008), para lograr establecer la verdad.

Para lo anterior, el Dr. Taruffo estuvo a favor de la apreciación o valoración de la prueba racional, es decir, de la metodología que conduce a que, al apreciar la prueba, se pueda realizar a través de inferencias lógicas que permitan la construcción racional de una decisión y que, en la motivación de esta, se pueda presentar argumentos lógicos, racionales y verificables la decisión a que se llegó.

El juez tiene el deber preciso de extraer, de su contacto directo con la prueba, los factores epistémicamente aceptables, para lo cual debe construir inferencias racionales, fundadas sobre reglas o estándares de apreciación que deben ser claramente identificables, pues *"lo que no puede ser racionalmente elaborado no existe a los efectos de la correcta valoración de la prueba"* (Taruffo, 2003).

La probabilidad lógica, es entendida como un repertorio de herramientas lógicas diferentes unas de otras esto permite elegir que por cada tipo de problema que se está considerando, la lógica que funcione mejor, al comprender que es una valoración racional de la prueba, no quiere decir que se tenga una sola respuesta; la lógica de las inferencias está compuesta por tres elementos: Una enunciación que parte de una regla general, una hipótesis que va desde la premisa hasta la conclusión. Así se puede crear una cadena lineal de indicios o una combinación de cadenas para construir un argumento para una decisión final

Con su gran experiencia, el Dr. experto en Derecho Procesal y comparado de la Universidad de Pavía, Michele Taruffo, ha manifestado la necesidad de estudiar el Derecho no sólo desde las normas contenidas en los códigos sino a través de otras dimensiones como la filosofía, la lógica, como métodos para razonar; la historia de la sociología, la economía y el conocimiento de la ciencia.

Deja grandes enseñanzas en que cada día ser requiere más pruebas científicas y si no se entiende nada de ciencia, no se puede utilizar el conocimiento científico en su decisión. Se requiere menos normas, menos conceptos abstractos, menos formalismos y más conocimientos concretos de la realidad social en que se aplica el Derecho, fórmula básica en el cambio en las facultades de derecho.

Bibliografía

Allen, K. S. (2011). Test For Relevant Evidence. Federal Rules Of Evidence. New York: Aspen Publisher.
https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_401

Bentham, J. (1748- 1832). Tratado de las Pruebas Judiciales. OLEJNIK EDICIONES.

Bonorino, P. (2012). LA ABDUCCIÓN COMO ARGUMENTO. UNIVERSIDAD DE VIGO, 143-162. ISSN: 0518-0872

Camacho, A. (2015). Manual de Derecho Procesal. Tomo VI Pruebas Judiciales. Editorial Temis S.A.

Cohen, L. (1977). The probable and the probable. Oxford University Press.

Coloma, R. (2017). Conceptos y razonamientos probatorios. Revista de derecho (Valdivia), 30(2), 31-56.
https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502017000200002

Sentencia C-790/06. (2006, 20 de septiembre). Corte Constitucional. (Alvaro Tafur Galvis).
https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-790-06.htm

Gascón, M. (2021). LA PRUEBA JUDICIAL: VALORACIÓN RACIONAL Y MOTIVACIÓN.
https://cmapspublic2.ihmc.us/rid=1MYBL04CF-7G0W1S-47L8/Prueba%20Gascon.pdf

González, J. (2006). LA FUNDAMENTACIÓN DE LAS SENTENCIAS Y LA SANA CRÍTICA. Revista chilena de derecho, 33(1), 93-107.
https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372006000100006

Gorphe, F. (2014). De La Apreciación de Las Pruebas. Editorial Temis.
Ley 1564 de 2012. (2012, 12 de julio). Código General del Proceso. DMS EDICIONES E INVESTIGACIONES LTDA.

Vargas, O. (2016). Presentación del libro: Los fundamentos probatorios del razonamiento probabilístico de David A. Schum [Conferencia]. Medellín, Colombia.

Malem, J. (2009). ¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?. Instituto de investigaciones Jurídica UNAM.
https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/28551/25817

Taruffo, M. (2002). La prueba de los Hechos. Editorial Trotta.

Taruffo, M. (2008). La Prueba. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

Taruffo, M. (2008). LA PRUEBA. (F. MANRIQUEZ, Trad.). MARCIAL PONS, EDICIONES JURIDICAS Y SOCIALES S.A. (Trabajo original publicado en 2008)

Nisimblat, N. (2019). DERECHO PROBATORIO. Principios y Medios de Prueba en Particular. Colombia: Nattan Nisimblat.

Pabón, L. (2020). XXIX CONGRESO PANAMERICANO DE DERECHO PROCESAL [video]. INSTITUTO PANAMERICANO DE DERECHO PROCESAL. Youtube. **https://www.youtube.com/watch?v=sBX5od5xssc**

Pabón, L. (2019). ¿Qué son las máximas de la experiencia? Congreso Panamericano de Derecho Procesal [video]. Youtube.
https://www.youtube.com/watch?v=sBX5od5xssc

Ramos, V. (2019). La Prueba Testifical. Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y epistemología. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.

Real Academia Española. (2019). Cadena. En Diccionario de la lengua española. Recuperado el -- de ---, de **https://dle.rae.es/cadena**

Schum, D. (2016). Los fundamentos probatorios del razonamiento probabilístico. (O. Vargas, Trad.). (Trabajo Original publicado en 2016)

Sentencia de Unificación (2019). Sección Tercera del Consejo de Estado. (Consejo de Estado).

Sentencia C 806. (2006). Corte Constitucional. (MARCO GERARDO MONROY CABRA).

Sentencia de Unificación, (2019). Consejo de Estado. (La Sala Plena de Sección Tercera del Consejo de Estado).

Sentencia Unificación, SU 072 (2018). Corte Constitucional. (ALEJANDRO LINARES CANTILLO).

Sentencia Unificación, EXP 46.947 (2018). Consejo de Estado. (Carlos Alberto Zambrano Barrera).

Taruffo, M. (2003). Algunos Comentarios sobre la Valoración de la Prueba. Biblioteca virtual Miguel de Cervates.
http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc2j6v2

Taruffo, M. (2013). Verdad, Prueba y Motivación en la decisión sobre los hechos. Editorial Tribunal Electoral del Poder Judicial de
la Federación. **https://www.te.gob.mx/material_academico/page/libros/103**

Vargas, O. (2019). El Razonamiento Inductivo En La Valoración de la Prueba Judicial. Ediciones Universidad de Salamanca.
https://eusal.es/eusal/catalog/book/978-84-1311-080-6

Vásquez, C. (2013). Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica. Marcial Pons.

La prueba de oficio en el Código General del proceso

Alejandro Regalado Martínez[17]

Resumen: el Código General del Proceso tuvo la finalidad de actualizar el sistema procesal civil colombiano en concordancia con las tendencias contemporáneas, a tono con esta finalidad avoco por un sistema procesal en que el juez asume un papel preponderante dentro del servicio de administración de justicia, así el juez queda investido de amplios poderes de dirección, sin embargo, estos poderes se encuentran supeditados al respeto de los derechos y garantías constitucionales y procesales de las partes. La prueba de oficio se erige como uno de los instrumentos más importantes con los que cuenta el juez, pues con ella, este operador judicial puede esclarecer los hechos que le permitan proferir una sentencia lo más ajustada posible a la verdad de lo sucedido, no obstante, el ejercicio de este instrumento, en algunas ocasiones, pone en entredicho garantías procesales como la imparcialidad del juez y la igualdad de las partes. Este artículo es producto de un investigación cualitativa, que mediante la recolección de información a través de la revisión documental y de bases de datos, examina las diferentes aristas y argumentos de defensores y retractores de la prueba de oficio, y al final concluye con una propuesta que tiende a conservar la prueba de oficio, pero con algunas limitaciones que ciertamente se consideran necesarias para el uso adecuado de este instrumento procesal, mediante el cual se pueda conseguir ese equilibrio entre, cumplir el objeto de la prueba de oficio y el respeto las garantías procesales de las partes.

Palabras clave: prueba de oficio; carga de la prueba; debido proceso; juez; partes.

17 Abogado, Especialista en Instituciones Jurídico Procesales de la Universidad Nacional, Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional, Especialista en Derecho Laboral y Relaciones Industriales de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia, Docente de la Universidad Cooperativa de Colombia, Asesor Externo de la Unidad de Gestión de Pensiones y Parafiscales, y de la Caja de Compensación Familiar de Nariño.

The ex officio test in the general code of the process

Abstrac: The General Code of Process had the purpose of updating the Colombian civil procedural system in accordance with contemporary trends, in line with this purpose I advocate for a procedural system in which the judge assumes a preponderant role within the justice administration service, thus the The judge is vested with broad management powers, however, these powers are subject to respect for the constitutional and procedural rights and guarantees of the parties. The ex officio evidence stands as one of the most important instruments that the judge has, because with it, this judicial operator can clarify the facts that allow him to pronounce a sentence as adjusted as possible to the truth of what happened, however, the exercise of this instrument, on some occasions, calls into question procedural guarantees such as the impartiality of the judge and the equality of the parties. This article is the product of a qualitative research, which by collecting information through documentary review and databases, examines the different edges and arguments of defenders and retractors of the ex officio test, and in the end concludes with a proposal which tends to preserve the ex officio test, but with some limitations that are certainly considered necessary for the proper use of this procedural instrument, through which that balance can be achieved between fulfilling the object of the ex officio test and respecting the guarantees proceedings of the parties.

Key words: ex officio evidence; burden of proof; due process; judge; parties.

Introducción

A los sistemas procesales contemporáneos les apremia la búsqueda de la justicia como valor imperante dentro del Estado, concepción que no le es ajena al sistema procesal colombiano, mucho más a partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991, norma que instituye el tránsito a un Estado Social de Derecho y aboga por el respeto de garantías constitucionales como la dignidad humana, el debido proceso, la tutela judicial efectiva, el derecho de defensa y contradicción, la primacía del derecho sustancial sobre las formas, entre otros.

Por supuesto, la búsqueda y realización de la justicia como valor, no es un objetivo fácil de conseguir, sin embargo, la justicia es una finalidad del constituyente, y por tanto debe perseguirse a través de los medios que se consideren idóneos para tal efecto; aquí entra en juego el proceso judicial, no solo como un mecanismo para solucionar conflictos, sino como medio para procurar el valor justicia.

El profesor Taruffo (1999) sostiene que "un sistema procesal óptimo es aquel en el cual la ley procesal es racional, tanto en el sentido de la coherencia como en el sentido de la funcionalidad" (p. 312-313), aquí, cuando el autor hace alusión al elemento de la funcionalidad, quiere indicar que el proceso judicial debe servir como medio idóneo para la administración de justicia, siendo así, el objeto del proceso la resolución pronta y justa del conflicto, en términos del profesor Taruffo (1999) "lo que se espera de un proceso son cosas como la actuación de la ley en el caso particular, la formulación de decisiones justas y la efectiva tutela de los derechos de los sujetos interesados" (p. 312).

En consonancia con lo anterior, como lo menciona Canosa Suarez (2014), el Estado Colombiano, pretende tener un proceso judicial rápido, eficaz, oportuno, con respeto de las formas y garantías procesales, que garantice la efectividad del derecho sustancial, según el profesor Taruffo, ello solo se puede alcanzar, si el proceso procura por la búsqueda de la verdad como una de las condiciones necesarias para una decisión justa.

Bajo la premisa del profesor Taruffo, la verdad dentro del proceso es uno de los presupuestos para que el juez pueda adoptar una decisión justa, y no podría ser de otra forma, ya que una de las tareas del juez es la escogencia, interpretación y aplicación adecuada de las normas sustanciales, función que solo puede cumplir adecuadamente si tiene certeza sobre los hechos que motivan en reclamo de las pretensiones, para ello, los supuestos facticos que fundamentan las pretensiones y aquellos hechos exceptivos que las buscan desvirtuar, deben ser alegados y probados al interior del proceso.

La verdad dentro del proceso no puede llegar sino a través de la corroboración de los hechos, los cuales pueden ser traídos al proceso por un tercero, llámese juez, principio inquisitivo, o por las partes, principio dispositivo; un modelo inquisitivo es aquel que deposita en el juez amplias facultades de dirección y realización de la actividad probatoria, aquí el juez tiene la función de iniciar el proceso de oficio y de investigar la verdad por todos los medios legales a su alcance, son características de este sistema de acuerdo a la doctrina, las siguientes:

> En virtud de la regla técnica inquisitiva corresponde fundamentalmente al Estado adelantar y fallar los procesos. Para su desarrollo no es necesaria la iniciativa de los interesados en el asunto, quienes, como es obvio, se constituyen parte en el respectivo proceso al que deben ser citados, incluso en contra de su voluntad.
> Las características de ellas son:
> La iniciación de los procesos corresponde de oficio al Estado por intermedio del órgano jurisdiccional; (…)
> El adelantamiento y fallo del proceso corresponde, igualmente al Estado.
> El juez debe procurar todos los medios de prueba necesarios para acreditar la realidad de los hechos (López Blanco, 2005, p. 108).

El modelo dispositivo a su turno, privilegia la autonomía de la voluntad y la iniciativa de las partes, por ello, el proceso solo puede iniciar por disposición de la parte interesada y las partes tienen la responsabilidad de llevar al proceso las pruebas que se pretendan hacer valer, en este último caso, el juez tiene limitaciones en materia probatoria, pues no tiene el poder de decretar medios probatorios que las partes no hayan solicitado, supeditando su decisión a las pruebas que se hayan introducido oportunamente y puesto a su alcance, frente a este tema se dice lo siguiente:

> SISTEMA PROBATORIO LLAMADO DISPOSITIVO (…) hay una carga de la prueba impuesta en el proceso al demandante y al demandado y su razón de ser. La actividad de la parte, cuando la ley hace de ella una carga en la instrucción del litigio, le es útil en primer lugar a esa parte como interesada en la verificación del hecho y, además, asegura el rendimiento del proceso así impulsado para poner al juez en condición de proveer o fallar, con conocimiento de causa. La actividad de las partes no se agota con la demanda y su respuesta, sino que continua en el proceso de instrucción o verificación de los hechos (término probatorio) y luego en la aducción de las razones de esos hechos relacionados con el derecho que invocan (término para alegar de bien probado). Los tratadistas (Carnelutti) dicen que hay una carga de la razón, una carga de la prueba y una carga del impulso procesal (Rocha Alvira, 1990, p. 79)."

La aplicación extrema de los citados sistemas, no ha sido convincente, como lo destaca el profesor López Blanco (2005) "como gran parte de la problemática procesal se centra en torno a cuál de éstas dos resulta la más eficaz para cumplir con la función pública de administrar justicia pronta y

cumplidamente"(p.109), por ello, los sistemas procesales contemporáneos en su mayoría han decidido adoptar modelos mixtos, ello con el objeto de arropar en un mismo modelo procesal las ventajas que se derivan de ambos principios.

En Colombia por ejemplo, el inicio de los procesos civiles corresponderá a la parte interesada[18], el objeto del litigio será definido por las partes de acuerdo a los hechos, pretensiones y excepciones propuestas, para el profesor Parra Quijano (1994) "El proceso civil colombiano está regido por el principio dispositivo en el aspecto estrictamente procesal, es decir, debe existir demanda de parte, congruencia en la decisión del juez y facultad de las partes para disponer del derecho en litigio"(p. 39), no obstante, el juez tendrá la obligación de declarar de oficio la mayoría de medios exceptivos y en algunos casos de derecho de familia y agrario tendrá la facultad de fallar más allá o fuera de lo pedido, el impulso de los procesos le corresponderá al juez, y en cuanto a la actividad probatoria corresponde en principio a las partes probar el supuesto de hecho en el cual fundamentan sus pretensiones o excepciones, pero el juez conserva la facultad de decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de los hechos siempre que estos tenga que ver con el objeto del litigio, dicho por el profesor Parra Quijano (1994) "En el campo probatorio el juez tiene facultades inquisitivas y debe decretar pruebas de oficio a fin de averiguar la verdad de los hechos objeto del proceso"(p. 39).

Frente a este modelo procesal mixto, la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente:

> A criterio de esta Sala, el Código General del Proceso articula de manera razonable dos recursos. Por un lado, un modelo procesal de carácter dispositivo en el que el avance y resultas de la actividad dependa de la diligencia y actividad de las partes, así como del cumplimiento de las cargas procesales que les impone la legislación por acudir ante los jueces. Y por el otro, facultades procesales poderosas para que el juez, director del proceso, decrete de oficio la práctica de pruebas en busca de determinar la verdad de los hechos que provocaron una demanda y garantice la igualdad de armas entre las partes (2 de marzo de 2018) Sentencia T-074 de 2018 [M. P. Guerrero, Luis Guillermo].

Adentrándonos al tema de la prueba, muchos estudiosos del derecho piensan que las pruebas arrimadas al proceso por cuenta de las partes no siempre serán suficientes para alcanzar la verdad de los hechos discutidos, y algunos que justifican la necesidad de la prueba de oficio, afirman que las partes intentarán convencer al juez solamente de la veracidad de los fundamentos facticos que favorecen sus intereses, por ello es válido

18 Por excepción el juez por motivos de orden público.

sospechar que se limiten a aportar tan solo aquellos medios probatorios que les favorecen, a esta conclusión llega el profesor Taruffo, cuando afirma:

> En efecto, es especialmente el abogado quien usa las pruebas no con el fin de conocer o de comunicar conocimientos, sino con el fin de convencer al juez sobre la credibilidad de su versión de los hechos. El objetivo fundamental que persigue el abogado no es el de descubrir la verdad, o de tratar que el juez la descubra, sino el de ganar el caso. Puede decirse que el abogado puede estar verdaderamente interesado en descubrir la verdad en un solo caso: cuando la verdad de los hechos conduzca a la victoria de su cliente. En el caso opuesto, es decir cuando el descubrir la verdad podría llevar a la derrota de su cliente, el interés efectivo del abogado es que ésta permanezca en el misterio o que, en todo caso, el juez determine los hechos probados en un sentido favorable, aunque no sea verdadero. No es casualidad que el abogado no tiene ninguna obligación de presentar rodas las pruebas de las que tiene conocimiento y menos aún aquellas que no favorecen a su cliente (pero que servirían para demostrar la verdad): tiene sólo el interés de presentar rodas las pruebas *favorables* que posee. El único límite al comportamiento del abogado es que no puede hacer uso de pruebas cuya falsedad conoce (Taruffo 2009, p. 63-64).

Ante este panorama, como lo expone la doctora Ramírez Carvajal (2009), se defiende la condición de un juez que solo puede impartir justicia a partir de la verdad de lo acontecido, de ahí viene la búsqueda de un juez director del proceso, esto es con amplios poderes para impulsar, direccionar, incluso moldear el proceso a las necesidades del caso, poderes dentro de los que se incluye por supuesto la posibilidad de decretar pruebas de oficio, si el proceso civil tiene como finalidad la búsqueda de la verdad, el juez esta investido de poderes como la prueba de oficio para recabar sobre ella y esclarecer los hechos sobre los cuales se edifica el objeto de la litis.

En este punto la prueba de oficio encuentra tensiones, si bien la finalidad de la prueba de oficio tiene objetivos loables y meritorios, la tensión en cuanto a la prueba de oficio se presenta cuando su decreto y práctica, para algunos como Alvarado Velloso (2007), desequilibra las cargas entre las partes intervinientes, o atenta contra la garantía de imparcialidad que debe tener el juez dentro del proceso, ya que, pareciera que el juez pierde su imparcialidad con el decreto de una prueba de oficio que generalmente beneficiara a una de las partes en contienda, como más detalladamente se reseñara en el capítulo de este escrito denominado "críticas e incongruencias a la prueba de oficio y sus justificaciones".

El doctrinante José Luis Blanco, indica lo siguiente:

> Todavía no es enteramente llano el camino de la iniciativa probatoria oficial en el proceso civil, ya que se encuentra salpicado por algunas críticas de un sector de la doctrina. La insatisfacción radica especialmente en una errónea concepción del sistema dispositivo y en ciertas inquietudes

respecto de la imparcialidad del juez. Entre los expositores contemporáneos descontentos se puede citar a JIMÉNEZ CONDE, CLARIA OLMEDO y BECERRA BAUTISTA. Los argentinos propenden por una serie de restricciones como PALACIO y MORELLO (Blanco Gómez, 1994, p. 106).

Como se ve, no es pacifico el tema relacionado con la facultad que tiene el juez de decretar pruebas de oficio, parece ser que la fórmula ideal se centra en mantener el equilibrio entre la búsqueda de la verdad y el respeto de las garantías procesales de las partes, así una adecuada justificación del tema es fundamental, es el paso que lleva a separar los conceptos de juez dictador o juez director del proceso.

1. Problema Jurídico.

¿Cómo desarrollar y emplear adecuadamente la prueba de oficio en ordenamiento procesal colombiano, a partir de la expedición del Código General del Proceso?

Para resolver el problema planteado, este escrito pretende desarrollar los siguientes objetivos:

- Analizar la justificación y finalidades que tiene la prueba de oficio en el ordenamiento procesal civil colombiano.

- Revisar las normas y jurisprudencia sobre las cuales se edifica la prueba de oficio en Colombia.

- Identificar las críticas y dificultades que plantea la aplicación de la prueba de oficio en el ordenamiento procesal civil colombiano.

- Proponer una modificación normativa de la prueba de oficio, que permita superar las críticas en su aplicación, y que, a su vez, logre en mejor medida el cumplimiento de las finalidades para las cuales fue diseñada.

2. Modelo Procesal Civil en Colombia.

El Código General del Proceso, de alguna forma buscaba revolucionar el modo de prestar el servicio de administración de justicia, ajustándolo a un modelo procesal acorde con las tendencias contemporáneas y las garantías constitucionales, ello se procuró conseguir con la implementación de las siguientes características, como lo destacara uno de los miembros de la comisión redactora de dicha norma:

a) Mediante la adopción de un proceso dúctil, por oposición a los juicios de estructura rígida (Ley 1564, 2012, art. 278,372, 373 y 392).

b) Implantar un proceso oral y por audiencias (Ley 1564, 2012, art. 3 y 107).

c) Impulso del proceso digital (Ley 1564, 2012, art. 103).

d) Desarrollo del proceso monitorio (Ley 1564, 2012, art. 419).

e) Fortalecimiento de las medidas cautelares (Ley 1564, 2012, art. 590 y 598).

f) Rediseño del régimen probator¬io (Ley 1564, 2012, art. 165, 167, 169, 170, 187, 188, 206, 221, 226, 227, 236, 243, 244, 246 y 275).

g) Fijación de un plazo de duración del proceso (Ley 1564, 2012, art. 121).

h) Fortalecimiento del juez municipal (Ley 1564, 2012, art. 17 y 18).

i) Confianza en el juez (Ley 1564, 2012, art.43 y 44).

j) Configuración de un proceso decente (Ley 1564, 2012, art. 2).

k) Ordenación de un proceso de insolvencia para personas naturales no comerciantes (Ley 1564, 2012, art. 531), y,

l) Unificación de procesos (Ley 1564, 2012, art. 370, 390 y 422); (Alvarez Gómez, 2015, p, 17-30).

A la anterior caracterización, corresponde añadir, según lo indica el doctor Vargas Silva (2013), la armonización de las instituciones procesales con la Constitución Política de 1991, pues el Código General del Proceso entre sus artículos 2 a 14, consagra un conjunto de principios reguladores y orientadores de toda la actividad procesal, así las garantías constitucionales, hacen parte del ordenamiento procesal por disposición expresa del legislador, conforme años antes ya lo habían reiterado las altas cortes a través de su jurisprudencia.

De las características expuestas por el doctor Álvarez Gómez (2015), llaman especialmente la atención dos de ellas, corresponden a la confianza en el juez y al rediseño del régimen probatorio.

En cuanto a la confianza en el juez, el legislador amplió de manera significativa los poderes que tiene el juez dentro del proceso, entre la ampliación de los poderes de los que fue investido el juez, podemos resaltar:

- La posibilidad de adecuar el proceso a las necesidades de la

controversia, con ello, el juez ya no se encuentra limitado al desarrollo de un proceso rígido y estático en todas las etapas del proceso, (Ley 1564, 2012, arts. 278, 372, 373 y 398).

- En materia de derecho de familia y derecho agrario, la ley procesal dota al juez de la posibilidad de fallar más allá o fuera de lo pedido, (Ley 1564, 2012, art. 280).

- La consagración dentro de los procesos declarativos de las medidas cautelares innominadas, si bien corresponde a la parte proponerla, al juez evaluara según su razonable criterio la prosperidad de la misma, pudiendo incluso modificarla de oficio según considere necesario para el caso en concreto, (Ley 1564, 2012, art. 590).

- La implementación de la carga dinámica de la prueba, así, el juez a petición de parte o de oficio puede distribuir la carga de la prueba en aquel sujeto procesal que por razones de cercanía y facilidad con el material probatorio tiene más posibilidades para probar el hecho, (Ley 1564, 2012, art. 167).

En cuanto al rediseño del régimen probatorio, ya se habló de la carga dinámica de la prueba, pero a ello se le suman cambios relativos a la forma de aportar documentos por las partes (Ley 1564, 2012, art. 173), la presunción de autenticidad de los documentos originales o en copias (Ley 1564, 2012, art. 244), el rediseño del juramento estimatorio para algunos procesos (Ley 1564, 2012, art. 206), la declaración de parte y la prueba por informes como nuevos medios de prueba (Ley 1564, 2012, art. 165), entre otras novedades en la que aparece la prueba de oficio (Ley 1564, 2012, art. 169 y 170).

Así, la prueba de oficio tuvo importantes modificaciones en lo que refiere a la norma anterior, siendo un insumo procesal con el que cuenta el juez para el adecuado desarrollo del proceso, instrumento que ha generado voces a favor y en contra, como se detalla más adelante, y que es el motivo de estudio de este artículo.

3. La Prueba de Oficio en el Código General del Proceso.
3.1 La carga de la prueba.

El proceso civil en Colombia en gran medida gira en torno a la actividad probatoria, pues el demandante busca probar los hechos de su demanda, mientras tanto el demandado hará lo propio con respecto a sus excepciones de mérito. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional ha reiterado, que:

> Los procesos ordinarios de la especialidad civil se encuentran regidos por los principios de imparcialidad e independencia de la actividad judicial. Por esta razón, las dos partes acuden a un tercero (el juez) para que resuelva un conflicto social, con base en lo deliberado en el expediente y a partir del uso de las mismas herramientas e institutos procesales (3 de abril de 2009) Sentencia T-264 de 2009 [M. P. Vargas, Luis Ernesto].

Bajo este panorama, las partes tienen interés en probar hechos favorables a sus intereses, y en principio el legislador ha puesto en cabeza del interesado la responsabilidad de probar los hechos en los cuales fundamenta sus peticiones, esto es, la llamada carga estática de la prueba, misma que encuentra su referente en el Código General del Proceso [C.G.P.] (2012) que en su artículo 167 indica: "Carga de la Prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen."

De lo anterior se concluye, que corresponde a las partes aportar al proceso los medios probatorios suficientes para demostrar los hechos que son de su interés, la debida actividad de las partes en materia probatoria debería bastar en este caso para que el juez llegue a la verdad de los hechos y proceda a emitir fallo.

El problema se presenta cuando, a pesar de los actos de las partes, el juez tiene zonas oscuras dentro del proceso que le impiden llegar a la verdad de los hechos, y por tanto emitir un fallo que concuerde con la realidad. De vieja data se ha planteado una solución para ello, quien no cumple su carga de probar asume las consecuencias de su inobservancia, esto es, el juez lo dará por no probado y adoptará su decisión con los resultados que a ello corresponda en la sentencia, la Corte Constitucional indica:

> En desarrollo de lo anterior, el CGP prescribe que las partes tienen la carga procesal de acompañar el escrito de demanda o de contestación de las peticiones de decreto y práctica de los elementos de prueba que desean hacer valer para fundamentar los derechos sustantivos que reclaman. Una vez la demanda es admitida, el juez tiene que evitar sentencias inhibitorias, motivo por el cual debe fijar la litis, sanear los yerros de apertura del proceso y garantizar que estén adecuadamente vinculadas las partes con interés en los resultados del caso.
>
> Desde los primeros actos preparatorios de la demanda, más exactamente a partir de la presentación de la misma ante las autoridades judiciales, las partes tienen la carga procesal de anticipar todos los medios de prueba para ser reconocidos durante el juicio. Al asegurar el rigor en este paso del proceso, se garantiza la publicidad del juicio, se eliminan prácticas dilatorias, o que sorprendan a la contraparte o impidan un debate en igualdad de condiciones (16 de diciembre de 2019) Sentencia T-615 de 2019 [M. P. Rojas, Alberto].

En conclusión, el incumplimiento de la carga de la prueba trae como consecuencia la imposibilidad de que el juez de instancia reconozca el derecho sustantivo alegado.

3.2 Justificación de la prueba de oficio:

El profesor Taruffo (2005), sostiene que la verdad de los hechos es una condición necesaria para una sentencia justa, a este mismo postulado llega el profesor Ulises Canosa, cuando explica la prueba de oficio y sus modificaciones en el Código General del Proceso, así:

> Siguiendo el mismo rumbo ideológico del artículo 167 CGP, en el artículo 170 CGP se reemplaza la expresión *"podrán decretarse pruebas de oficio"*, por una imperativa: *"El juez deberá decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia"*. Deja de ser una facultad, para convertirse en un deber de averiguación de la verdad para la administración de la justicia y su omisión podrá ser denunciada en casación o mediante la acción de tutela.
> Se agrega en el CGP que *"las pruebas decretadas de oficio estarán sujetas a la contradicción de las partes"* y se elimina el término adicional para su práctica, porque bastará la fijación de una audiencia para este efecto, si es que ya se encuentra el proceso o el incidente para adoptar la decisión final.
> Siguiendo las enseñanzas de la Corte Constitucional, para alcanzar la verdad debe haber comunidad de esfuerzos solidarios, en la medida que encontrarla es presupuesto de la justicia. No se tiene en materia civil y de familia un sistema dispositivo tradicional, ni inquisitivo, sino mixto, donde el juez no es un simple espectador, sino un protagonista activo y dinámico, imparcial en la aplicación del derecho, pero parcializado en la búsqueda de la verdad.
> La facultad de decretar pruebas de oficio se relaciona con la ideología con la que se concibe el proceso civil, ya sea de simple composición de intereses en pugna o como instancia destinada a lograr la vigencia y efectividad del derecho material (Canosa Suarez, 2013, p. 92 - 93).

De acuerdo con la cita, no cabe duda que uno de los objetivos de la prueba de oficio es dotar al juez de los instrumentos necesarios para llegar a la verdad dentro del proceso, para ello la nueva normatividad, impone al juez el deber de decretar pruebas de oficio para esclarecer los hechos objeto del proceso.

A su vez, la búsqueda de la verdad al interior del proceso civil, según la doctrina mayoritaria, no afecta la imparcialidad e igualdad entre las partes, que, entre otras justificaciones, se destacan las siguientes:

- En cuanto a la imparcialidad del juez, subyace el argumento central que la prueba de oficio no se decreta en favor de ninguna de las partes, porque cuando el juez decreta una prueba de oficio para esclarecer los hechos en controversia, aún no conoce su resultado, siendo así, no pude hablarse de un juez parcializado hacia una de las partes del proceso, apoya esta tesis el doctor José Luis Blanco, así:

> Esta última critica, a nuestro juicio, más espejismo que realidad. Sin necesidad de recurrir a esa escisión entre imparcialidad objetiva y la subjetiva que expone Sentis Melendo y que parece acoger Morales Molina, que juzgamos insatisfactoria, no entendemos como al contribuir el juez en la

> verificación de los hechos que las mismas partes esbozaron, pueda surgir la imparcialidad, ni mucho menos esa "incompatibilidad psicológica entre accionar y juzgar", máxime cuando solo se puede juzgar con acierto aquello que se conoce, que no se puede discutir razonablemente. Tenemos la fundada convicción de que esta crítica obedece un vetusto prejuicio, carente de todo contenido (Blanco Gomez, 1994, p. 108).

En similar sentido lo afirma el doctrinante Jordi Nieva, cuando expone:

> "La implicación del juez en materia de proposición de la prueba, como acabamos de ver, es discutible pero no ilegítima. Por el contrario, no parece resultar cuestionable que los juzgadores deberían participar muchísimo más durante la práctica de la prueba de lo que lo hacen normalmente. Parece pesar un tanto la sombra de la «parcialidad» en esta materia, como si el juez permaneciendo silente durante la práctica de la prueba, consiguiera una mayor neutralidad, cuando en realidad, salvo que incurra en excesos, no es así. Desde luego, esa implicación del juez hace más compleja la labor de los letrados, puesto que tienen que reaccionar rápidamente a lo que manifiesta el juez. Pero es obvio que estando dirigida la prueba a la convicción judicial, parece de lo más normal que el juzgador pueda consultar sus dudas a las partes o al resto de intervinientes en el proceso durante la práctica de la prueba, a fin de entender mejor la resultancia de los medios practicados. En esta materia, los equilibrios también son importantes. Como digo, el juez no puede incurrir en excesos, lo que implica que no puede adoptar actitudes que rompan su ecuanimidad, presionando, por ejemplo, a los testigos o a los peritos, o a las partes, para que ofrezcan una determinada respuesta, actuando con prepotencia o, simplemente, con desconsideración. Sin embargo, una regular labor judicial relacionada con la práctica de la prueba optimizará sus posibilidades de esclarecer la realidad de los hechos (Nieva 2010, p. 192).

- Con respecto a la igualdad de las partes dentro del proceso, afirman sus defensores que la prueba de oficio es uno de los mecanismos con los cuales el juez cuenta para procurar por ella, ya que al interior de un proceso civil se suelen presentar conflictos asimétricos en los cuales existe una parte débil contra una más fuerte, ello se puede dar por una desigualdad social, económica o cultural, por ello, se trata de que el juez use la prueba de oficio como mecanismo para procurar la igualdad en el proceso, ello en aplicación de la norma procesal que indica que el juez, debe:

> 2. Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este código le otorga. (…) 4. Emplear los poderes que este código le concede en materia de pruebas de oficio para verificar los hechos alegados por las partes, numerales 2 y 4 del art. 42 del Código General del Proceso [C.G.P.] (2012).

Esta posición encuentra respaldo en el papel activo que debe tener el juez en el proceso, que la doctrina ha denominado juez director del proceso, así lo define la doctora Diana Ramírez, cuando explica:

> Por ello la función judicial se presenta en el Estado social de derecho como esencial, y en sus sentencias deben confluir las principales estructuras del tejido social: justicia, igualdad, conocimiento, convivencia, democracia, dignidad humana, prosperidad y servicio para la comunidad, entre otros.
>
> Estas características o garantías constitucionales implican incremento en los poderes del juez, es lo que se denomina "juez director del proceso", quien no solamente decide la solución del conflicto mediante el ordenamiento jurídico, sino que además propende a la protección directa de los derechos fundamentales y a la aplicación de las garantías constitucionales (Ramirez Carvajal 2009, p. 66).

3.3 Regulación legislativa de la prueba de oficio.

El Código General del Proceso [C.G.P.] (2012) en sus artículos 169 y 170, regula el decreto y la práctica de la prueba de oficio, así:

> Artículo 169. Prueba de oficio y a petición de parte. Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte o de oficio cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. Sin embargo, para decretar de oficio la declaración de testigos será necesario que estos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes.
> Las providencias que decreten pruebas de oficio no admiten recurso. Los gastos que implique su práctica serán de cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas.
> Artículo 170. Decreto y práctica de prueba de oficio. El juez deberá decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia.
> Las pruebas decretadas de oficio estarán sujetas a la contradicción de las partes.

Cabe aclarar que no son estas las únicas normas que se reseñan a la prueba de oficio, pues a lo largo del Código General del Proceso, podemos encontrar normas que refieren a ella, con la particularidad que en estos casos y dependiendo de la controversia el legislador ha impuesto como presupuesto el decreto y practica de un medio de prueba en particular, por lo cual el juez se encuentra en la obligación de recurrir a su práctica, frente a este tema podría plantearse a modo de ejemplo, la inspección judicial obligatoria dentro de los procesos de pertenencia, la prueba de ADN para los procesos de filiación extramatrimonial o impugnación de paternidad, o el interrogatorio de partes en aquellos procesos en que se deban surtir las audiencias de los arts. 372, 373 y 392 del Código General del Proceso [C.G.P.] (2012).

En la citada codificación, encontramos que la prueba de oficio contrario a la anterior codificación deja de ser una facultad para convertirse en un deber del juez en su decreto, por supuesto, cuando esta sea necesaria para esclarecer los hechos objeto de controversia; este deber del juez frente a la prueba de oficio, si bien ahora tiene consagración legal, tuvo su origen en el desarrollo jurisprudencia de las altas cortes, así lo evidencian Diego Yáñez y

Jeferson Castellanos, en el siguiente cuadro de su autoría, donde indican varias providencias que referenciaban ese deber de decretar la prueba de oficio:

¿El decreto y práctica de pruebas de oficio constituye en los casos concretos un deber o una facultad para el juez? Exceptuando la especialidad penal		
Un deber	• (Sentencia U-768, 2014) (M.P. Palacio) • (Sentencia T-775, 2014) (M.P. Vargas) • (Sentencia T-429, 2013) (M.P. Calle) • (Sentencia T-817, 2012) (M.P. Vargas) • (Sentencia T-213, 2012) (M.P. Vargas) • (Sentencia T-950, 2011) (M.P. Palacio) • (Sentencia T-764, 2011) (M.P. Calle) • (Sentencia T-638, 2011) (M.P. Vargas) • (Sentencia T-1013, 2010) (M.P. Calle) • (Sentencia T-474, 2008) (M.P. Vargas) • (Sentencia T-654, 2009) (M.P. Calle) • (Sentencia T-600, 2009) (M.P. Henao) • (Sentencia T-264, 2009) (M.P. Vargas) • (Sentencia T-131, 2007) (M.P. Sierra) • (Auto 206, 2006) (M.P. Araujo) • (Sentencia T-699, 2002) (M.P. Beltrán) • (Sentencia T-696, 2002) (M.P. Córdoba) • (Sentencia T-1207, 2001) (M.P. Escobar) • (Sentencia T-1181, 2000) (M.P. Hernández) • (Sentencia T-498, 2000) (M.P. Martínez) • (Sentencia T-864, 1999) (M.P. Martínez) • (Sentencia T-321, 1993) (M.P. Gaviria)	Una facultad

(Yáñez & Castellanos, 2016, p. 585)

En cuanto a su procedencia, si bien el decreto de la prueba de oficio debe cumplir unos requisitos, su redacción normativa es general, lo cual, permite el uso de este instrumento en una gran cantidad de situaciones, al respecto manifiesta la profesora Diana Ramírez:

> Se reconocen los poderes de instrucción, los poderes para decretar prueba de oficio, pero éstos no son ilimitados, el juez debe argumentar la importancia que tienen para la decisión al ordenar tales pruebas. De tal forma que no observar el deber de decretar pruebas de oficio puede ser una falta, pero también lo será decretarlas por motivos intrascendentes (Ramirez Carvajal 2009, p. 42).

No puede pasarse por alto que la consagración actual de la prueba de oficio como deber ha conllevado a considerar que la omisión en su decreto, puede ser impugnada a través de medios de defensa extraordinarios o que inicialmente no estaban previstos, como el recurso extraordinario de casación por violación indirecta de la ley sustancial, o por mecanismos constitucionales como la interposición de una acción de tutela en contra de providencias judiciales por defecto factico o el defecto procedimental, según el caso.

Por otro lado, la prueba de oficio está sujeta a la contradicción de las partes, esta contradicción se encuentra limitada según el medio de prueba

que haya sido decretado por el juez, pues solo se podrá usar los medios de contradicción autorizados por la ley de acuerdo al medio de prueba decretado, así, mientras sobre una declaración de parte apenas si se podría contrainterrogar al declarante como mecanismo de contradicción (Ley 1564, 2012, art. 203), en un dictamen pericial decretado de oficio la esfera de posibilidades de defensa se extienden, permitiendo no solo solicitar la declaración del perito que rindió el primer dictamen, sino incluso, la posibilidad de solicitar otro dictamen pericial para refutar el aportado al proceso como consecuencia de la prueba de oficio (Ley 1564, 2012, arts. 228 y 231).

Pese a lo dicho, los medios de contradicción permitidos contra la prueba de oficio son limitados, ya que en la práctica y muy a pesar de lo expuesto por la doctora Ramírez Carvajal (2009), la prueba de oficio se decreta mediante providencia que no requiere motivación, mediante un auto frente al cual no proceden recursos, y por si fuera poco, no existe la oportunidad de contraprobar, es decir, de solicitar otras medios de prueba para refutarla, salvo claro que el medio de prueba que se haya decretado admita esta posibilidad dentro de las reglas propias diseñadas para su contradicción.

Por último, hay que decir que la norma no especifica la instancia o etapas en las cuales esta permitido decretar la prueba de oficio, ante este panorama, se entiende que el juez civil puede decretar pruebas de oficio en cualquier instancia y en cualquier etapa, siempre que esta decisión se adopte antes de fallar.

Como se observa, la prueba de oficio en Colombia, normativamente otorga amplios poderes al juez y se funda en la confianza de un juez razonable e imparcial que haga uso adecuado de la misma, ello a partir de su correcta ejecución y de los parámetros que al respecto han fijado la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia.

3.4 Tratamiento Jurisprudencial de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia frente a la prueba de oficio.

En cuanto a la procedencia e importancia de la prueba de oficio, ha dicho la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia[19], lo siguiente:

> La práctica de oficio de pruebas, como facultad deber, en consecuencia, no es una potestad antojadiza o arbitraria, sino un medio para destruir la incertidumbre y procurar mayor grado de

19 Los pronunciamientos se hicieron en vigencia del Código de Procedimiento Civil.

> convicción o (...) aumentar el estándar probatorio (…)", según se explicó en el precedente antes citado, permitiendo así, no solo fundamentar con mayor rigor y vigor la decisión, sino evitando el sucedáneo de las providencias inhibitorias o la prevalencia de la regla de inexcusabilidad para fallar (non liquet) (31 de mayo de 2019) SC1899-2019 Exp. Nro. 11001-02-03-000-2015-00637-00 [M. P. Margarita Cabello Blanco].

En similar sentido se pronunció la Corte Constitucional, cuando exalta:

> El decreto oficioso de pruebas, en materia civil, no es una atribución o facultad potestativa del Juez: es un verdadero deber legal. En efecto, el funcionario deberá decretar pruebas oficiosamente siempre que, a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que estas pretendan hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de esclarecer espacios oscuros de la controversia; cuando la ley le marque un claro derrotero a seguir; o cuando existan fundadas razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material. Como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia, la facultad oficiosa del juez deviene en un deber derivado de su papel como director del proceso y de su compromiso por hallar la verdad como presupuesto de la justicia, especialmente, si se toma en cuenta que la ley no impuso límites materiales al decreto de pruebas por parte del juez, como sí ocurre en el caso de las partes (3 de abril de 2009) Sentencia T-264 de 2009 [M. P. Vargas, Luis Ernesto].

No cabe duda entonces, que la jurisprudencia colombiana, destaca la importancia de la prueba de oficio, en el cual el juez se encuentra dotado de amplios poderes de dirección para auscultar la verdad de los hechos y así proferir una sentencia que busque la materialización del derecho sustancial.

Sin embargo, las altas cortes, de algún modo reconocen la generalidad con la cual se encuentra consagrada la prueba de oficio, aparte, se recuerda que existen otros derechos que eventualmente se pueden ver en disputa cuando el juez hace uso de este insumo, como la imparcialidad y la igualdad entre las partes, ante tales circunstancias se afirma que la aplicación de este instrumento reside en el cumplimiento de su objetivo, sin que ello conlleve al desconocimiento de derechos y garantías procesales para las partes en disputa, por lo cual no siempre procederá su decreto y en cambio cuenta con algunas limitaciones, frente al tema, señala la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, lo siguiente:

> La orden de pruebas de oficio goza de cierta discrecionalidad (…), que no se haga uso de dicha prerrogativa en un evento especificó, no es per se generador del yerro de derecho, ello porque hay casos en los cuales la actitud asumida por la parte, que tiene las cargas probatorias que satisfacer, es la responsable del fracaso (…), por haber menospreciado su compromiso (…) La Corte defiende y auspicia con énfasis y vehemencia que los jueces y magistrados hagan uso de la facultad deber de decretar pruebas de oficio, pero ello no significa que cada vez que no emplee tal instrumento se pueda acusar a los funcionarios concernidos de cometer error de derecho, puesto que la misma no puede constituirse en un mecanismo imperativo para subsanar la negligencia de

> las partes (27 de agosto de 2012) Exp. Nro. 11001 3103 042 2006 00712 01 [M. P. Margarita Cabello Blanco].

A su turno la Corte Constitucional indica:

> Dicha facultad legal prevista en el artículo 167 de la Ley 1564 de 2012, además de desarrollar principios constitucionales relevantes como el acceso a la administración de justicia, la consecución de la verdad, y la aspiración que las sentencias se correspondan con la justicia material, debe ser aplicada siempre en respeto de principios igualmente importantes como la igualdad real entre las partes, la lealtad procesal y el principio a la carga dinámica de la prueba (16 de diciembre de 2019) Sentencia T-615 de 2019 [M. P. Rojas, Alberto].

En consonancia, a través del estudio bibliográfico de la jurisprudencia colombiana se ha buscado identificar las condiciones que de una u otra forma han determinado las altas cortes se deben cumplir para el decreto de una prueba de oficio, así, este escrito diferenciará entre los presupuestos previos al decreto de la prueba de oficio, y las circunstancias en las cuales las altas cortes han considerado necesaria la utilización de la prueba de oficio por parte del juez.

3.4.1. Presupuestos que deben cumplirse para el decreto de la prueba de oficio:

a. Solo se podrá decretar la prueba de oficio para esclarecer los hechos objeto del proceso: está condición tiene fundamento en la utilidad y en la competencia del juez al resolver un conflicto, en cuanto a la utilidad, el juez solo acudirá a este instrumento cuando los medios de prueba aportados por las partes no han sido suficientes para dar certeza de lo verdaderamente sucedido, pero al juez solo le interesa conocer la verdad de los hechos que han sido puestos en conocimiento del servicio judicial, por ello el juez no deberá ir más allá de lo necesario para la resolución del conflicto.

b. El juez debe garantizar el respeto de los principios de independencia, autonomía judicial y actuar de manera imparcial frente a las partes: quiere decir que el juez no puede decretar una prueba de oficio con la finalidad de beneficiar a una de las partes sobre la otra.

c. El medio de prueba que se decrete de oficio, no podrá corresponder a la declaración de un testigo que no se haya nombrado en ningún acto procesal u otro medio de prueba: prohibición que es totalmente

entendible si se tiene en cuenta la naturaleza y finalidad de la prueba testimonial, ya que un tercero es llamado al proceso para declarar con respecto a los hechos que le consten, bajo este entendido el juez no puede decretar pruebas testimoniales de terceros que no han sido nombrados al interior del proceso.

d. Anticipación del resultado de la prueba que el juez va a decretar: es el estudio previó que el juez tenga del caso y de él o los hechos que requiere esclarecer, para ello el juez deberá evaluar que el medio de prueba que va a decretar de oficio sea pertinente, útil y conducente, en caso contrario, la prueba decretada de oficio nada aportaría.

e. La prueba de oficio no tiene como finalidad corregir la inactividad probatoria de las partes: la prueba de oficio no se encuentra diseñada para suplir la negligencia de las partes para solicitar o aportar medios de prueba.

f. El uso de la prueba de oficio no puede agudizar la asimetría entre las partes: pues uno de los objetivos de la prueba de oficio es procurar la igualdad de las partes.

g. El juez debe garantizar el derecho de contradicción de la prueba decretada y practicada de oficio: está condición si bien es posterior a la práctica de la prueba de oficio, tiene su fundamento en el respeto al debido proceso y tiene disposición expresa en la legislación procesal.

h. El juez deberá decretar la prueba de oficio antes de dictar sentencia: la oportunidad procesal para decretar pruebas de oficio corresponde a las oportunidades probatorias y hasta antes de fallar.

3.4.2. Circunstancias en las cuales las altas cortes han considerado necesaria la utilización de la prueba de oficio:

Al igual que en la descripción anterior, se ha intentado extraer de la jurisprudencia analizada, los casos más frecuentes o en los cuales las altas cortes han considerado procedente acudir a la prueba de oficio, del siguiente modo:

a. Cuando el legislador establezca dentro de determinado asunto o

controversia la obligación legal de su decreto y práctica: el juez tendrá la obligación de acudir a la prueba de oficio cuando así lo ha dispuesto el legislador en determinado asunto, ejemplo de estos asuntos pueden corresponder a los procesos de deslinde y amojonamiento, servidumbre, pertenencia, declaración de bienes vacantes, filiación, impugnación de paternidad, entre otros, se justifica en este caso el decreto de la prueba de oficio en consideración a que el legislador previamente a examinado la necesidad y conveniencia de determinado medio probatorio dentro de estas controversias.

b. Con el fin de evitar fallos inhibitorios: una sentencia inhibitoria no es una forma de administrar justicia, pues en esta el juez finalmente no decide de fondo, en este contexto, la jurisprudencia ha indicado que la prueba de oficio es uno de los instrumentos a los cuales puede acudir el juez para evitar una sentencia inhibitoria.

c. En casos de prueba deficiente: en este evento, si bien las partes aportaron los medios probatorios para demostrar los hechos en los cuales fundamentaban sus peticiones, estos resultan ser deficientes por su estado material, piénsese en un documento que fue aportado por el demandante, pero el mismo resulta ilegible, la jurisprudencia colombiana ha indicado que en este evento el juez ciertamente puede acudir a la prueba de oficio para esclarecer el hecho alegado.

d. Cuando existan dudas o zonas de penumbra que deban ser esclarecidas: está circunstancia siendo la más general, será la que mayores dificultades ofrezca, ya que en este caso, el juez se encuentra en estado de duda respecto de uno o varios hechos objeto de litigio, y si bien puede hacer uso de la prueba de oficio con la finalidad de buscar la verdad, debe tener la debida diligencia de no afectar garantías constitucionales, como el principio de imparcialidad, la igualdad procesal y el suplir las cargas probatorias que tenían las partes. La jurisprudencia ha justificado la prueba de oficio en estas oportunidades, a partir de la importancia de llegar a la verdad de los hechos para procurar por el valor justicia, y que su omisión o inactividad por parte del juez puede conducir a una grave vulneración de la justicia material, o lo que otros llaman, una manifiesta injusticia.

4. Críticas e incongruencias a la prueba de oficio y sus justificaciones:

Existiendo argumentos a favor, también existen razones que niegan la necesidad de la prueba de oficio, y más que ello su inconveniencia, enfatizaremos sobre los más importantes.

a. La prueba de oficio rompe la igualdad entre las partes: como se ha reiterado a lo largo de este escrito, las partes intervinientes tienen la obligación de aportar al proceso las pruebas con las cuales pretenden probar los hechos en que fundamentan sus peticiones, además, las partes cuentan con etapas probatorias y una vez precluidas no tienen la posibilidad de solicitar o aportar nuevas pruebas, ello se debe a que el proceso debe tener un orden lógico en su desarrollo y los intervinientes dentro del proceso, una vez culminada la etapa introductoria, deben tener conciencia de los hechos, pretensiones y medios de prueba en las cuales cada una fundamenta su reclamo, a partir de eso los abogados formulan sus estrategias de defensa. Cuando el juez decreta una prueba de oficio, esta prueba generalmente beneficia a una de las partes y afecta a la otra, rompiendo así con la igualdad de armas que hasta ese momento existía dentro del proceso, sobre el tema afirma el doctor José Luis Blanco:

> Las objeciones lanzadas se pueden clasificar en tres grupos, a saber: 1. Descansa en que si el objeto del proceso es privado y por ende disponible son las partes las encargadas de manejar las pruebas a su entero talante, sin intromisiones extrañas; 2. Consiste en que se altera la debida equidistancia de las partes en el proceso, porque una de ellas resulta favorecida y la otra perjudicada con la prueba decretada oficiosamente; y 3. Se basa en que hay incompatibilidad psicológica entre accionar y juzgar lo que determina que resulte comprometida la imparcialidad del juzgador (Blanco Gómez, 1994, p. 106).

b. El juez pierde su imparcialidad: la imparcialidad del juez es uno de los principios y garantías sobre los cuales se erige el proceso civil, no obstante, pareciera ser que el juez pierde su imparcialidad cuando decreta una prueba de oficio, pues evidentemente cambia su posición de tercero imparcial y calificado destinado a decidir la controversia, a ser un tercero que injiere en el proceso como investigador, y si bien se argumenta que el juez no pierde su imparcialidad porque no conoce el resultado de la prueba, y por tanto no sabe a quién va a favorecer, existe un argumento más calado, y es que en la práctica de un proceso judicial, el juez sabe de antemano a quien puede llegar a beneficiar la prueba decretada de oficio, y ello es así, porque si existe un hecho que no se ha

probado, las consecuencias de esa omisión las debe asumir la parte que tenía la carga de probarla, así lo recuerda el doctor Gabriel Hernández:

> De análoga manera, en mi concepto, no es cierta la afirmación de quienes desde el activismo aseveran que, cuando se decretan pruebas de oficio, ese obrar no afecta la imparcialidad del juzgador (porque al hacerlo el funcionario no sabe a quién va a beneficiar el resultado de la prueba), debido a que, si bien es veraz aquello de que no se sabe quién resultará beneficiado con la prueba, en el momento en que la decreta el juez sí tiene plena conciencia de a cuál parte quiere favorecer con su práctica (Hernández Villareal, 2013, p. 32).

c. Sistemas judiciales diferentes basados en un mismo modelo constitucional: no deja de causar curiosidad que bajo un mismo modelo constitucional, en Colombia existan dos modelos procesales diferentes en materia penal y civil, y es que aunque ambos son sistemas adversariales, lo cierto es que en el sistema penal está prohibida la prueba de oficio en la etapa de juicio, mientras que en el ámbito civil goza de una amplísima discrecionalidad del juez, y si bien se puede justificar en que se trata de materias diferentes, ambos provienen del mismo modelo constitucional, incluso pareciera ser que los bienes jurídicos tutelables al interior del proceso penal fueran más importantes, sin embargo, en el ámbito penal aparentemente para el legislador la verdad de los hechos no es tal talante, pues ahí si se pasa a privilegiar las garantías del juez imparcial y la igualdad de las partes, así lo ha expuesto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

> Gravita en torno del principio de imparcialidad, muy claro a los sistemas con tendencia acusatoria, que el juez no tenga facultades probatorias autónomas, puesto que, si tuviese atribución para decretar pruebas de oficio, se daría al traste con uno de los pilares fundamentales de ese régimen de enjuiciamiento, consistente en la definitiva separación entre actos de investigación y actos de juzgamiento, que es emblemático de las democracias contemporáneas, con el fin de evitar que el juez predisponga el rumbo del proceso y por ende anticipe su convicción o pierda la ecuanimidad, como podría suceder si dirige o reorienta el destino final del asunto a través de su injerencia en el tema probatorio (16 de mayo de 2017) Rad. 26186 [M. P. Sigifredo Espinosa Pérez].

d. La incongruencia de la búsqueda de la verdad y la justicia: a lo largo de este escrito se ha hablado de la importancia de la verdad dentro del proceso para lograr una decisión justa, sin embargo, esta justificación encuentra varias contradicciones en el proceso civil, entre ellos podemos mencionar algunos como el vencimiento de términos judiciales o la consagración de figuras como el desistimiento tácito, figuras que claramente no buscan la verdad ni mucho menos la justicia al interior del proceso, pesa más en estos casos la política legislativa y la eficacia

judicial, la descongestión de despachos judiciales aún sin la resolución del conflicto, en estos términos no es congruente justificar la prueba de oficio refiriéndose a la verdad y a la justicia como un valor casi inviolable al interior del proceso, si el mismo sistema procesal da cuenta que poco o nada le importa la efectividad de la justicia material cuando prefiere priorizar la descongestión de juzgados sin el mínimo asomo de justicia (Ley 1564, 2012, art. 317).

e. La verdad material no se puede buscar por cualquier medio: la verdad y la justicia no son valores absolutos, llegar a este extremo sería lo mismo que concluir que una prueba ilícita o ilegal que nos lleva a la verdad debería ser aceptada dentro del proceso, idea que por supuesto debe ser descartada art. 29 de la Constitución Política [C.P.] (1991).

Conclusiones:

Los sistemas procesales contemporáneos tienden a la adopción de modelos procesales mixtos, con características propias de los principios dispositivo e inquisitivo, en el cual partes y juez deben colaborar armónicamente para el inicio y desarrollo del proceso judicial.

El Código General del Proceso modificó desde su estructura el modelo procesal colombiano, entre otras características, inviste al juez de amplios poderes de dirección del proceso, pues se busca un juez activo, dinámico y comprometido con la búsqueda de la verdad y la efectividad del derecho sustancial.

La prueba de oficio haya su justificación principal en la búsqueda de la verdad material como condición para proferir decisiones basadas en el valor de la justicia, sin que ello implique que no se persigan otras finalidades como procurar la igualdad en el proceso cuando existen relaciones asimétricas.

La prueba de oficio en Colombia adquiere mayor relevancia con la expedición de la Ley 1564 de 2012, pues su uso, acorde a lo que ya decía la jurisprudencia, deja de ser una facultad para convertirse en un deber del juez cuando sea necesario su ejercicio, sin embargo, su regulación legislativa es demasiado amplia y general, dejando en la práctica su utilización al criterio subjetivo del juez de conocimiento.

La Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional han desarrollado a través de su jurisprudencia parámetros que permiten la mejor utilización de la prueba de oficio, pues han fijado presupuestos y situaciones orientativas en cuanto a su uso adecuado.

A fin de mantener un equilibrio entre el uso de la prueba de oficio en busca de la verdad, y el respeto de las garantías constitucionales a la igualdad de las partes y la imparcialidad del juez, se hace necesario el cumplimiento de los criterios orientadores de las altas cortes, además, se debe considerar otra regulación que permita un uso más controlado por parte del juez, como la obligación de sustentar la providencia que decreta la prueba de oficio, la posibilidad de formular recurso de reposición, la facultad de aportar pruebas para contraprobar el medio probatorio decretado de oficio y la delimitación de circunstancias concretas en las cuales es posible decretar la prueba de oficio, ante todo cuando con la misma se suplirá la carga probatoria de una de las partes.

Bibliografía

Agudelo Ramírez, M. (2001), El proceso jurisdiccional.

Alvarado Velloso, A. (2004), Debido proceso versus pruebas de oficio.

Alvarado Velloso, A. (2007), La imparcialidad y la prueba oficiosa.

Álvarez Gómez, M.A. (2015), Ensayos sobre el Código General del Proceso.

Blanco Gómez, J. (1994), Sistema Dispositivo y Prueba de Oficio (2da ed).

Canosa Suarez, U. (2013), La prueba en proceso orales civiles y de familia C.G.P- Ley 1564 de 2012- Decreto 1736 de 2012. (1ra ed.).

Código General del Proceso Comentado [C.G.P.]. (Ley 1564 de 2012) Volumen 2- 2018.

Hernández Villareal, G. (2013), Mitos y realidades alrededor del proceso civil. Disponible en:
chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/http://hernandezvillarreal.com/wp-content/uploads/2015/03/MITOS_Y_REALIDADES_PROCESO_CIVIL-2013-gabriel-hernandez-villarreal.pdf

Lopez Blanco, F. (2005), Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Tomo I, Parte General (9na ed).

Nisimblat, N. (2016), Derecho Probatorio – Técnicas de juicio oral (3ra ed).

Nieva Fenoll, J. (2010), Valoración de la Prueba.

Parra Quijano, J. (1994), Manual de Derecho Probatorio (4ta ed).

Ramirez Carvajal, D. (2009) La prueba de oficio: Una perspectiva para el proceso dialógico civil.

Rocha Alvira, A. (1990) De la prueba en derecho.

Taruffo, M. (1999). "Racionalidad y crisis de la ley procesal", traducción de Fernández López.

Taruffo, M. (2005), La prueba de los hechos. (2da ed.).

Taruffo, M. (2009), La prueba, artículos y conferencias.

Taruffo, M. (2013), Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos.

Vargas Silva, L. (2013), La función constitucional de los principios del Código General del Proceso, en memorias del XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, realizado en Medellín los días 10, 11 y 12 de septiembre de 2013. Disponible en:
https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbnxjb2ncmVzb2RjaG9wcm9jZXNhbHxneDoyNmE4NmEyMjZlZTQ0MWE1

Yáñez-Meza, D. A., & Castellanos-Castellanos, J. A. (2016), El derecho a la prueba en Colombia: Aspectos favorables y críticos de la reforma del Código General del Proceso en el Derecho Sustancial Procesal. Vniversitas, 65 (132), 561–610. Disponible en: **https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj132.dpca**

Jurisprudencia:

Corte Constitucional, (29 de junio de 1992) Sentencia T-432/92 [M. P: Rodríguez, S.].

Corte Constitucional, (3 de abril de 2009). Sentencia T-264/09 [M. P: Vargas, L.E.].

Corte Constitucional, (28 de agosto de 2009). Sentencia T-599/09 [M. P: Henao Pérez, J.C.].

Corte Constitucional, (2 de marzo de 2018). Sentencia T-074/18 [M. P: Guerrero, L.G.].

Corte Constitucional, (16 de diciembre de 2019) Sentencia T-615/19 [M. P: Rojas, A.].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, (9 de julio de 2007). Sentencia CSJ SCC–00055/07 [M.P: Valencia Copete, C.J.].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, (27 de agosto de 2012).Exp. Nro. 110013103042 2006 -00712-01 [M.P: Cabello Blanco, M.].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, (7 de noviembre de 2013).Exp. Nro. 110010203000 2013-052512-00 [M.P: Cabello Blanco, M.].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, (31 de mayo de 2019). Sentencia SC1899-2019 [M.P: Cabello Blanco, M.].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (16 de mayo de 2017) Rad. 26186 [M. P. Sigifredo Espinosa Pérez].

Los elementos imprescindibles para el establecimiento legal de la infracción aduanera y las conductas típicas que la configuran

Francia Hernández [20]

Resumen: la responsabilidad en el campo administrativo es el punto de partida para llegar al análisis de lo que se considera Infracción Administrativa. Se busca con este trabajo trasladar su aplicación al campo de la normativa del derecho Internacional aduanero, bajo la denominación de Infracción Administrativa aduanera, pretendiendo, por último, plantear lo que podría ser un catálogo de infracciones administrativas aplicable en materia aduanera y que pueda ser utilizado, de manera general o común, en los diferentes regímenes aduaneros y legislaciones internacionales desde la condición de declaración inexacta y de obligaciones aduaneras atribuidas a los operadores de comercio exterior.

Palabras clave: Infracción Administrativa Aduanera, regímenes aduaneros, declaración inexacta, responsabilidad administrativa.

20 Francia Inés Hernández Díaz. Abogada de la Universidad Autónoma Latinoamericana, Colombia. Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad de Antioquia, Colombia. Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín, Colombia, y aspirante a doctora de la misma universidad.

The essential elements for the establishment legal of customs infringement and the typical conduct configure it

Abstrac: The responsibility in the administrative field is the starting point to arrive at the analysis of what is considered Administrative Infraction. This work seeks to transfer its application to the field of international customs law, under the name of Administrative Customs Offense, trying, finally, to raise what could be a catalog of administrative offenses applicable in customs matters and that can be used in a general or common way, in the different customs regimes and international legislations from the condition of inaccurate declaration and customs obligations attributed to foreign trade operators.
administrative responsibility

Keywords: Customs administrative infraction, customs procedures, inaccurate declaration.

Introducción

Este artículo inicia con un acercamiento al concepto de responsabilidad administrativa del usuario aduanero, partiendo de lo que la Constitución Política de Colombia regula como responsabilidad del ciudadano, realizando un análisis de lo que desde el derecho administrativo se define como Obligación, buscando abrir un camino para el desarrollo conceptual de lo que es infracción aduanera, los principios, fundamentos y tipificación de la infracción aduanera genérica o modelo, y los planteamientos sobre los principios, fundamentos y tipificación de las infracciones aduaneras concretas o particulares.

Se emplea una metodología descriptiva desde el derecho comparado de lo que debe ser considerado como infracción aduanera e infracción aduanera recurrente para terminar con una propuesta de lo que puede ser considerado como Infracción Aduanera Única o modelo, la que conclusión es aquella que deriva de las declaraciones aduaneras inexactas que tengan como fin vulnerar el debido ingreso de mercaderías de un territorio y su salida, esto es, tanto la función recaudadora o fiscal como la función propiamente administrativa, en cuanto a velar por las condiciones sanitarias, de propiedad intelectual, de origen y demás restricciones administrativas delegadas para control de la autoridad aduanera.

1. La responsabilidad administrativa del usuario aduanero

En materia administrativa, una de las situaciones que cuestiona el alcance de lo que debe ser controlado por la autoridad es lo que se debe entender como responsabilidad del administrado, concepto del cual el profesor Jaime Ossa Arbeláez (2009), señala: "No puede hablarse de un verdadero estado social de derecho y ni siquiera de un estado de derecho en donde la responsabilidad del Estado esté proscrita" (cap. 4, num. 1).

Para el caso colombiano, la Constitución Política señala en su Artículo 6 que "los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son, por la misma causa y por omisión o extralimitación del ejercicio de sus funciones". En el caso peruano, su Constitución Política consagra en el Artículo 24 literal a), que "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe".

Como se observa, ambos postulados normativos parten de la condición de derecho frente a la responsabilidad que tienen los administrados ante la Ley, esto quiere decir que la responsabilidad del ciudadano se predica

respecto de condiciones de legalidad, lo que supone que tanto la responsabilidad como las consecuencias de su incumplimiento deben estar previamente descritas en una norma.

Sin embargo, antes de continuar con la explicación acerca de los ingredientes del principio de legalidad sobre la responsabilidad administrativa, es importante analizar la noción de regla, la cual se encuentra plasmada por el doctrinante César Rodríguez, en su obra *La Decisión Judicial: El debate Hart-Dworkin:*

> Para entender la noción de obligación es indispensable la noción de regla; el que una persona tenga una obligación jurídica quiere decir que existe una regla que prevé la obligación y que el caso de esa persona se encuentra dentro del campo de aplicación de esa regla (1997).

En ese sentido, según Hart, la definición de regla supone entender dos aspectos, lo que se conoce como reglas primarias y reglas secundarias:

> Las reglas primarias imponen deberes positivos —acciones— o negativos —omisiones— a los individuos. Son reglas primarias, por ejemplo, las que imponen obligaciones civiles a las personas, como la obligación de los padres de sostener a sus hijos. Las reglas secundarias, entre tanto, otorgan potestades a los particulares o a las autoridades públicas para crear, modificar, extinguir o determinar efectos de las reglas de tipo primario (Rodríguez, 1997).

De acuerdo con esta teoría positivista, lo que se reconoce como dimensión interna y externa es lo que lleva a definir las obligaciones y los derechos.

> El punto de vista interno, así, es el elemento que nos permite distinguir entre estar obligados a hacer algo —v. gr. entregar nuestro dinero al asaltante— y tener la obligación de hacer algo —v. gr. entregar anualmente nuestro dinero a la administración de impuestos—. En el segundo caso, la razón de la obligación es la existencia de una regla jurídica que es aceptada por los miembros de la comunidad, mientras que en el primero simplemente nos vemos forzados a actuar para salvar nuestras vidas (Rodríguez, 1997).

Se llega entonces a la cuestión del establecimiento de la responsabilidad contenida en las normas jurídicas, bajo el entendido que, en las teorías positivistas, indistintamente de sus corrientes, se reconocen las condiciones de preexistencia y calificación de las conductas. De esta manera, se predica responsable a quien se le atribuye el incumplimiento de una serie de conductas ante las cuales se imponen consecuencias que pueden ser de tipo moral, social, económico, religioso, etc.

Según el *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales (Ossorio, 2006)*, responsabilidad se entiende como:

> Para la [Real] Academia, la deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal. Considerada esa definición desde un punto de vista jurídico, incurre, a juicio de no pocos autores, en el error de confundir obligación con responsabilidad, cuando realmente se trata de cosas distintas y bien diferenciadas, […] en la obligación, se ofrecen dos elementos que son, por una parte, la deuda considerada como deber y, por otra, la responsabilidad. La primera lleva en sí misma una relación jurídica válida, aun cuando no pueda ser exigible coactivamente, mientras que la segunda representa la posibilidad de exigir al deudor el cumplimiento de su obligación. Por eso se ha dicho que la responsabilidad constituye un elemento agregado al solo efecto de garantizar el cumplimiento del deber.

La responsabilidad constituye el elemento de partida para llegar a desarrollar el concepto de infracción administrativa, ya que será desde la condición del deber hacer, por parte de la administración y del administrado, que se establecen las obligaciones jurídico-administrativas y sus respectivas consecuencias.

Determinar los aspectos sobre los cuales se establecen las conductas a las que se compromete el ciudadano respecto de los deberes que nacen desde la misma Constitución Política, es la condición que deviene en lo que el constituyente primario eligió como condiciones materiales para proteger o salvaguardar el comportamiento de sociedad.

El ciudadano debe al Estado lo que el Estado debe al ciudadano. Nos encontramos, entonces, frente a un deber de contribución conjunto, es decir, con cargas compartidas entre administración y administrado, en las cuales se deben la retribución de las cargas: de un lado, para el Estado, mantener las condiciones legales, económicas, políticas y sociales que permitan conservar el equilibrio de las instituciones públicas y, de otro lado, para el administrado, el deber de cumplir con las reglas y de contribuir con las cargas.

En este sentido, algunos tratadistas han acudido al campo de las relaciones entre los ciudadanos con el fin de tratar de encontrar los matices o sentidos de la responsabilidad, lo cual, sin duda alguna, utilizaremos para llegar a lo que pretendemos concluir en esta primera parte, y es la aplicación del concepto de responsabilidad, descrita en lo que se denomina como infracción, la cual trae como consecuencia la imposición de una sanción.

Para abrir el concepto de responsabilidad, Ossa Arbeláez (2009) presenta los siguientes matices:

1. Responsabilidad como obligación o funciones derivadas de cierto cargo, relación, papel

2.Responsabilidad en el sentido de factor causal

3. Responsabilidad como capacidad o como estado mental
4. Responsabilidad como reprochabilidad moral
5. Responsabilidad como posibilidad de sanción

Entendida desde su dimensión material, la responsabilidad es el deber de asumir ante un tercero, ya sea de manera voluntaria o por imposición de la ley, la ocurrencia de una conducta tipificada en la misma ley. Esta noción de responsabilidad se desarrolla en materia administrativa con rasgos de responsabilidad civil y de medidas de policía, tan es así que, en primera instancia, se asume la responsabilidad del administrado respecto de sus actos u omisiones, ya sea por cuenta propia o por ser responsable de un tercero.

En segundo lugar, la responsabilidad del administrado nace bajo la premisa de la existencia de una relación por fuente de la ley. Sin embargo, puede afirmarse que esa relación tiene como postulado principal la confianza legítima, que no necesitaría consagración legal, ya que, como lo dijo el constituyente colombiano Álvaro Gómez Hurtado, "las actuaciones de los particulares y de las autoridades deben ceñirse a los postulados de buena fe", la cual se presume en toda actuación de los particulares ante las autoridades. La propuesta consta de dos elementos fundamentales:

> Primero, se establece el deber genérico de obrar conforme a los postulados de la buena fe. Esto quiere decir, que tanto los particulares en el ejercicio de sus derechos o el cumplimiento de sus deberes, como las autoridades en desarrollo de sus funciones, deben sujetarse a los mandatos de honestidad, lealtad y sinceridad que integran el principio. En el primer caso, estamos ante una barrera frente al abuso del derecho; en el segundo, ante una limitante a los excesos y a las desviaciones del poder.
> Segundo, se presume que los particulares en sus relaciones con el poder público actúan de buena fe. Este principio, que parecería ser de la esencia del derecho, en Colombia ha sido sustituido por una general desconfianza hacia el particular. Esta concepción negativa ha permeado todo el sistema burocrático colombiano, el cual, so pretexto de defenderse del asalto siempre mal intencionado de los particulares, se ha convertido en una fortaleza inexpugnable ante la cual sucumben las pretensiones privadas, enredadas en una maraña de requisitos y procedimientos que terminan por aniquilar los derechos sustanciales que las autoridades están obligadas a proteger.[21]

La responsabilidad en materia administrativa deriva, entonces, del incumplimiento de las obligaciones que la ley le encarga al administrado, obligaciones que pueden ser de hacer determinada actividad, o con relación a la exigencia del cumplimiento de unos requisitos o presupuestos que se considera convienen, respetan y preservan el interés general, lo cual permitirá al Estado mantener su statu quo.

Ahora bien, con miras a proteger y garantizar el orden, el legislador establece consecuencias ante el incumplimiento de las obligaciones que debe

21 Proyecto de acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia. Álvaro Gómez Hurtado y Juan Carlos Esguerra Portocarrero. Gaceta Constitucional, N.º 19, p. 4.

asumir el administrado frente al Estado. Esta modalidad de tipificación se conoce como Infracciones Administrativas, respecto de las cuales se establecen consecuencias jurídicas llamadas sanciones.[22]

De acuerdo con el profesor Ossa Arbeláez, la condición civil y policiva aparece en el derecho administrativo sancionador bajo tres condiciones: i) La responsabilidad propia por el no cumplimiento de la ley[23]; ii) La responsabilidad civil entre el Estado y un tercero que resulta damnificado por las infracciones; iii) La reacción de la administración por el quebrantamiento de la normativa.[24]

Vale la pena entonces cerrar este primer capítulo con la afirmación según la cual la responsabilidad del administrado debe estar contenida en reglas o normas, las que a la postre contienen obligaciones cuyo incumplimiento acarrea consecuencias, aplicando la premisa de cometida la falta (incumplimiento de la obligación) impuesta (accionar de la administración) la sanción (consecuencia).[25]

---

22 El principio de la personalidad de la sanción se desenvuelve dentro del concepto universal según el cual no puede hacerse responsable a una persona por un hecho ajeno. O, dicho en otros términos, solo quien ha realizado un hecho o ha cometido una omisión tipificada como infracción es sancionable. Es decir, únicamente se responde por los hechos propios, cada cual es responsable de sus actos y no de los hechos de los terceros.
Si se diera el supuesto de que la responsabilidad pudiera recaer sobre un sujeto extraño a determinados hechos u omisiones, se lesionaría de manera grave el principio del dolo o culpa, que es el terreno donde está cimentada la misma responsabilidad. La sanción, en este caso, se impondría con prescindencia del elemento subjetivo (Ossa, 2009, pp. 410-411).
23 Principio de legalidad. El principio de legalidad circunscribe el ejercicio del poder público al ordenamiento jurídico que lo rige, "de manera que los actos de las autoridades, las decisiones que profieran y las gestiones que realicen estén, en todos momentos, subordinadas a lo preceptuado y regulado previamente en la Constitución y las leyes".
La Corte ha sostenido que este principio puede concretarse en dos aspectos, a saber: que exista una ley previa que prevea la hipótesis o situación de que se trate, y que tal tipificación sea precisa en la determinación y consecuencia de dicha situación o conducta, aspectos que buscan limitar al máximo la facultad discrecional de la administración en ejercicio de sus prerrogativas.
Sin duda alguna este es el principio que todos los expositores anuncian como el pilar fundamental del derecho sancionatorio del Estado no solo histórica, sino jurídicamente (Ossa, 2009, p. 187).
24 "Ante la presencia de una infracción, el primer damnificado es la administración, a quien se le ha vulnerado el orden jurídico preestablecido. Viene luego la operación de la misma administración dirigida a evitar que el mal siga causando problemas y, finalmente, la acción del titular del poder sancionatorio es el propio Estado.
Como puede observarse no se cubre el mismo interés jurídico con la acción de la administración y tampoco se vulnera el postulado del nom bis in ídem.
Es posible que la responsabilidad civil se bifurque entre el Estado y un particular que también resulte damnificado con la infracción.
La sanción es la reacción de la administración por el quebrantamiento de la normatividad, la medida policiva es la adopción consecuencial de la regularización normativa y la responsabilidad civil es el corolario de los daños y perjuicios que con el obrar ilícito se causaron. No ha existido sino una sola sanción". (Ossa, 2009, p. 50).
25"En una concepción bien elemental se dice que es responsable el que está comprometido a asumir determinada conducta o quien debe sufrir las consecuencias del incumplimiento de una obligación determinada.
Pero subiendo el tono de la precisión y acercándose a la estrictez del rigorismo jurídico, especialistas como Rafael Caballero Sánchez, quien en cita de Noelia Ayala muñoz, sobre el principio de responsabilidad, expresa que ella es "el reverso de la libertad, el deber de todo sujeto jurídico de asumir las consecuencias jurídicas que comporte su conducta, en los términos que establezca el ordenamiento" (Ossa, 2009, p. 52).

2. Infracciones aduaneras concretas más recurrentes en la legislación y su clasificación legislativa (derecho comparado)

Declaración inexacta

Debe advertirse que uno de los asuntos que más ha ocupado la doctrina aduanera es el que se relaciona con la declaración inexacta de la mercancía, siendo la declaración de la mercancía la obligación que pueda llamarse Prima Facie en el derecho aduanero, ya que sobre ella se establece la función de control aduanero, la obligación aduanera respecto de la mercancía.

Declarar la mercancía no es otra cosa que informar y suscribir las condiciones técnicas y jurídicas del bien objeto de importación, así como las operaciones comerciales, civiles y tributarias que sobre ella recaen. Aparecen entonces dos principios: el de veracidad y el de identidad, titularidad o coincidencia.

De la *veracidad* se predica, como su fin exclusivo, el de probar la realidad, integridad y legalidad de la operación de comercio exterior realizada, la que ha quedado completamente informada en la declaración aduanera. Se pide de ella que recoja y que contenga la verdad del negocio, del hecho económico que se está acreditando ante la aduana de ingreso, de tránsito o de salida. La veracidad implica:

1. El reconocimiento del consignante y consignatario de la mercancía
2. La correcta descripción de la mercancía
3. La correcta clasificación arancelaria de la mercancía
4. La correcta declaración en aduana del valor de la mercancía
5. La integración en derecho de la base gravable
6. El reconocimiento de requisitos administrativos o de origen de la mercancía
7. El correcto acogimiento al régimen aduanero
8. El debido relacionamiento y originalidad de los documentos que soportan la operación de comercio exterior

Del principio de *identidad, titularidad o coincidencia* se desarrolla la obligación que cada sujeto debe asumir respecto del estado de la mercancía, los documentos aportados y quienes se presumen como propietarios, responsables de la obligación de declarar y pagar los derechos o impuestos aduaneros. Esto es, la debida acreditación del importador, exportador, transportador, agente de aduana y demás, con respecto a los cuales la aduana

deba confrontar la información contenida en la declaración aduanera y en los servicios informáticos electrónicos, con aquella que se contiene en la operación comercial (factura de compraventa, documentos de viaje, documentos que certifican origen, etc.).

Ambos principios buscan cumplir con las condiciones de veracidad, autenticidad y legalidad de la circulación de la mercancía, con el debido cumplimiento por parte de la autoridad aduanera, a fin de que se pueda constatar la completa acreditación y confianza de la permanencia de la mercancía en el territorio nacional.

Tal como lo dice el profesor Juan Patricio Cotter (2007):

> Esta declaración aduanera debe ser veraz y exacta, y corresponde al declarante individualizar la totalidad de los elementos necesarios que deben ser tenidos en cuenta por el servicio aduanero para la correcta clasificación y valoración de la mercadería, así como para ejercer debidamente todas las funciones de control que se encuentren a su cargo.

En suma, lo que busca proteger la debida declaración aduanera de las mercancías es: i) La identidad de la operación (verdad de los hechos declarados); ii) La correcta determinación de las bases gravables (derechos o impuestos al comercio); iii) Restricciones administrativas (prohibiciones, origen, propiedad intelectual); iv) Mercancía diferente.

De allí que, al momento de realizar el análisis de la responsabilidad aduanera respecto de la declaración de la mercancía, no puede válidamente equipararse declaración inexacta a declaración incompleta: de la primera se predica la ausencia de alguno de los elementos que permitan acreditar legalmente la operación de comercio exterior declarada, y con relación a la segunda, se está ante la ausencia de uno de los tantos requisitos de forma que no necesariamente afectan la legalidad de la operación.

Para el caso de Colombia, por ejemplo, por muchos años se ha tenido la aplicación del requisito de descripción mínima de mercancía, donde el legislador establece un listado de características que por subpartidas arancelarias deben acreditarse en la declaración de aduanas para entender que la mercancía se encuentra plenamente individualizada, es decir, la norma lista una serie de elementos tales como: marca, referencia, composición, producto, origen, etiquetado, etc., con el fin de que sirvan de "referencia", ya que su finalidad es enunciativa y de unificación, mas no restrictiva, buscando que la autoridad aduanera no exija características adicionales.

A pesar de su origen garantista, existen desviaciones en su aplicación, puesto que dentro de la administración de aduanas se han expedido circulares internas (memorandos) donde se equiparan errores e

inexactitudes que impiden la individualización de la mercancía, con cualquier error u omisión en su descripción mínima, entendiendo que no necesariamente una omisión en la declaración aduanera de una de las características enunciadas en la norma conlleve una declaración inexacta (mercancía diferente), lo cual genera múltiples situaciones que llevan a aplicar el decomiso de la mercancía o sanciones administrativas en el proceso de control simultáneo.

Es posible asegurar que mediante las nuevas condiciones de tráfico seguro, lo que pudiera ser común al tráfico aduanero es la observancia de una conducta que busque cumplir con las condiciones de confianza, y en lo relativo a la declaración aduanera, un documento que en su contenido no transgreda o afecte de manera alguna el fisco nacional, prohibiciones de orden administrativo que busquen, en alguna medida, declarar operaciones de comercio exterior diferente o mercancía diferente; de allí que, al momento de establecer la conducta, el legislador tendrá las condiciones efectivas de daño que conduzcan a vulnerar los principios de veracidad, identidad y exactitud que se predican frente a la obligación de declarar, ya que no cualquier error, o uno meramente formal, podrá considerarse como condición necesaria que afecte el bien jurídico tutelado o, aún más, que cause un daño efectivo a los intereses del Estado, ello en el campo de lo que se considera declaración incompleta o un error que lleve a una discusión en materia de clasificación arancelaria.

En su artículo Juan Patricio Cotter "Infracción de declaración inexacta en las cargas legales", el profesor Juan Patricio Cotter hace mención respecto a lo dicho por la Cámara Nacional en lo contencioso administrativo y señala:

> No existe falsedad punible cuando la descripción de la mercadería en el documento de despacho corresponde a la realidad de la mercancía, lo que permite establecer su naturaleza y tratamiento tributario, […] La infracción de la declaración errónea solo puede referirse a la manifestación de la especie, calidad, valor, origen de la mercadería y otros elementos relevantes de la operación, más ella no queda configurada por la mera aplicación incorrecta de un determinado nivel arancelario".

Para el caso de Colombia, el Tribunal de cierre de lo Contencioso Administrativo, en materia de declaración inexacta y los efectos administrativos, entre otras decisiones, se acoge a los siguientes conceptos:

> 1. La cuestión central del debate consiste en establecer si la mercancía objeto del sub lite está o no relacionada de manera genérica en el manifiesto de carga, pues de ello depende que se deba asumir como presentada o no a las autoridades aduaneras, teniendo en cuenta que para dar como no presentada la mercancía, la DIAN aplicó en este caso la tercera hipótesis prevista en el inciso 2° del artículo 72 del Decreto 1909 de 1992.

A su vez, según el Estatuto Aduanero, el "Manifiesto de carga. Es el documento que contiene la relación de todos los bultos que comprenden la carga, incluida la mercancía a granel, a bordo del medio de transporte y que van a ser cargados o descargados en un puerto o aeropuerto, excepto los efectos correspondientes a pasajeros y tripulantes y que el capitán o conductor de dicho medio debe entregar con su firma a la autoridad aduanera".

Sobre el concepto de "relación" no hay precisión en la normativa aduanera, sino que está delineado por la DIAN mediante los memorandos 1398 de 4 de octubre de 1996 y 0036 de 15 de enero de 1998, en el sentido de que debe ser "Una descripción genérica que permite establecer NATURALEZA, PESO, CANTIDAD Y ESTADO de las mercancías que se pretenden introducir al territorio Nacional", según cita que de los mismos se hace en la resolución Núm. 5917 de 13 de diciembre de 1998, aquí demandada.

Sobre el particular, la Sala, en providencia de 4 de septiembre de 2003, expediente núm. 5976, consejero ponente, doctor Manuel Santiago Urueta Ayola, dejó dicho lo siguiente: "se trata de dos conceptos distintos y por ende de dos requisitos o formalidades diferentes, de suerte que vale decir que del manifiesto de carga se exige que la mercancía esté relacionada y de la declaración de importación, que esté descrita.

Sobre el alcance de la descripción hay instrucciones precisas, que hablan de la indicación de los aspectos relevantes que permitan individualizar la mercancía, tales, por ejemplo, como serie, clase, calidad, cantidad, marca, entre otros, datos que se piden de la declaración de importación debido al papel que ésta cumple en la legalización y amparo de la mercancía en el tráfico o comercio interno.

Para comprender el alcance del concepto "relacionar", previsto para el manifiesto de carga, en el contexto de la norma en comento, se debe tener presente la definición que de este último trae el Estatuto Aduanero, […]

Es claro que esa definición es pertinente cuando se trata de mercancía susceptible de empacar en bultos, lo cual se da usualmente con mercancía genérica, esto es, la no posible de individualización en sus unidades, de modo que tal mercancía se debe entender relacionada cuando se indique en el manifiesto de carga el número de bultos que la contienen, a lo que cabe agregar aspectos como el peso y, obviamente, la clase de mercancía transportada. Al efecto, es procedente considerar como bultos otras formas similares, como. v. gr., rollos y cajas.

El artículo 6 de la Resolución Núm. 371 de 30 de diciembre de 1992 fija los requisitos básicos mínimos de dicho manifiesto, a saber:

* Por ejemplo, el artículo 1° de la Resolución núm. 0362 de 1996 dispone: "… en el diligenciamiento de la casilla correspondiente a descripción mercancía, deberán identificarse las mercancías con los elementos que le caracterizan. Indicando cuando sea del caso según la mercancía de que se trate, marcas, números, referencias, series o cualquier otra especificación y que las tipifiquen y singularicen". (Subrayas son de la sala).

[…] El artículo 3°, como una de las obligaciones del transportador, señala que éste deberá entregar al Grupo de Registro de Documentos de Viaje de la Aduana o puerto, aeropuerto o frontera, los siguientes documentos:

- Tres (3) ejemplares del manifiesto de carga contentivo de toda la mercancía destinada al lugar de arribo, con sus adiciones, modificaciones o explicaciones;

- Tres (3) ejemplares de las guías aéreas, conocimientos de embarque o cartas de porte, según el caso;

- Tres (3) ejemplares del documento consolidador de carga junto con los documentos de transporte que lo conforman, en los eventos en que la carga llegue consolidada;

- Lista de empaque, cuando en un mismo bulto se encuentren mercancías heterogéneas.

Como se observa, la guía aérea, o sus equivalentes (conocimiento de embarque o guía carta de porte), sirven de fundamento al manifiesto de carga y con él constituyen lo que se denomina "documentos de viaje", según la definición que de ese concepto trae el Estatuto Aduanero.

2. En este caso, la mercancía decomisada consiste en 80 computadores personales, COMPAQ PRESARIO, la cual ciertamente no aparece relacionada con esa denominación en la guía aérea ni en el manifiesto de carga, pues en tales documentos la denominación consignada es "COMPUTER PARTS", que según la traducción oficial aportada al proceso significa "PARTES PARA COMPUTADOR" (folio 130), dato que cabe decir no indica la naturaleza de la mercancía, pudiéndose observar que en este aspecto no coincide la relación hecha en esos documentos con la decomisada.

Sin embargo, conviene anotar que, atendiendo el marco antes expuesto, además de la naturaleza genérica, la relación de la mercancía en el manifiesto de carga y el contenido de éste comprenden otros aspectos como son la relación y peso de todos los bultos que la conforman, así como de los documentos ya mencionados. Dicho de otra forma, la relación de la mercancía en el manifiesto de carga, y en la guía aérea, por consiguiente, es mucho más que la indicación de la naturaleza genérica de la misma, sin desconocer que éste es un dato sustancial para el efecto.

Así pues, el tópico en comento conlleva una apreciación integral de los "documentos de viaje", tanto en cuanto al contenido de cada uno como en tanto al cotejo de todos ellos.

Al respecto, se tiene que siguiendo la traducción de la guía aérea que en este caso fue presentada por el transportador, en ella se indica el número de paquetes, forma de empaque, peso, dimensiones, el número de unidades de cada paquete, que están dados en forma de estiba (cajas apiladas en una base o plataforma de madera, cubiertas con una malla para evitar que se caigan o las sustraigan), las cuales son dos, una estiba con 50 unidades y otra con 30 unidades, para un total de 80 unidades, y la referencia de los documentos de embarque para cada paquete o estiba, distinguidos con los números X98777790 y X98777788.

Por consiguiente, esos embarques, denominados también lista de embalaje, hacen parte de dicha guía, y como tales fueron aportadas con ésta. Cuya traducción oficial también se allegó al plenario, y en ellas la mercancía descrita es 30 unidades de computador personal Presario modelo 1230 y 50 unidades de computador personal Presario Modelo 1230, respectivamente (folios 131 y 132).

Los referidos embarques o listas de embalajes a su turno están acompañados de las correspondientes facturas, también traducidas al castellano en este proceso, visibles a folios 133 y 134, en las cuales también se lee que la mercancía es computador personal Presario en cantidades de 30 y 50 unidades.

Si bien los documentos de embarque y las facturas comerciales no son el manifiesto de carga, es claro que le sirven de fundamento de manera indirecta, puesto que son el soporte necesario de la guía aérea, la cual a su turno lo es de aquél, y junto con ambos cabe tenerlos como documentos de viaje, en cuanto éstos son definidos por el Estatuto Aduanero como "e/Manifiesto de Carga, con sus adiciones, modificaciones o explicaciones, las guías aéreas, los conocimientos de embarque o cartas de porte, según corresponda, y el documento consolidador de carga y sus documentos hijos, cuando a ello haya lugar."

En esas circunstancias es claro que la incoherencia entre la mercancía relacionada y la decomisada se circunscribe únicamente al aspecto de la naturaleza, que por cierto no es absoluta por cuanto no se trata de una disparidad o discrepancia total, sino que hay concepto común entre ambas, cual es de computador, todo lo cual permite inferir sin lugar a dudas que esa incoherencia obedeció a un error en la elaboración de la guía aérea por el transportador y en consecuencia del manifiesto de carga en ese sólo (sic) aspecto de la naturaleza.

3. Precisado lo anterior, es menester dejar en claro si ese sólo (sic) error es suficiente para asumir que la mercancía decomisada no fue relacionada en el manifiesto de carga, como lo exige la norma aplicada en el acto acusado, y por tanto que no fue presentada ante las autoridades aduaneras en legal forma al momento de su descargue, pudiéndose decir al respecto que una apreciación razonable y ajustada a los principios que rigen las actuaciones de las autoridades administrativas y las aduaneras en especial, conduce a considerar que no es suficiente, sin perjuicio de las sanciones que al transportador le puede acarrear el comentado error, debiéndose, entonces, tomar la mercancía como declarada en el manifiesto de carga, visto en armonía con los documentos que le sirven de soporte y que como consta en el plenario fueron presentados a las autoridades aduaneras como lo dispone el artículo 3° de la resolución 371 de 1992.

Una situación similar se examinó en fallo de esta Sala de 28 de junio de 2001, expediente núm. 6667, consejero ponente doctor Manuel Santiago Urueta, en la cual se puso de presente:

"[…] no se trató de presentación del manifiesto de carga con posterioridad al descargue de las mercancías, ya que es claro que éste se presentó, aunque con el error comentado, pero con otros datos que permitían establecer la coincidencia de la mercancía descargada con la amparada por el manifiesto: cantidad de paquetes, peso, valor y descripción de la misma en los anexos. A ello se agregan las advertencias oportunas del error con los soportes documentales respectivos, de todo lo cual hizo caso omiso la DIAN".

De otra parte, tampoco cabe deducirle culpa al importador por presunta negligencia suya, toda vez que la información de que disponía, según las probanzas, permite pensar que le daban la confianza suficiente de que todo estaba en orden, luego para él, dada esta situación, lo ocurrido no fue del todo un hecho previsible.

Así las cosas, es evidente que no se está ante un caso de falta de relación o declaración de mercancía en el manifiesto de carga, como de manera forzada y excesivamente rigurosa o formalista ha querido considerarle la Administración, puesto que la mercancía del sub lite efectivamente aparece declarada y el error indicado aparecía contrarrestado por otros documentos e informaciones que avalaban la **realidad de la situación y desvirtuaban cualquier posibilidad de fraude o infracción al régimen aduanero, de donde se concluye que la situación no es subsumible en el artículo 4°** del Decreto 1105 de 1992, norma cuya violación se le endilgó a la actora en el pliego de cargos y en las resoluciones acusadas y, según la cual, las mercancías que ingresen a territorio colombiano y que constituyan la carga de un medio de transporte, deberán estar relacionadas en el manifiesto de carga; como tampoco en los artículos 12 y 72 del Decreto 1909 de 1992, también aplicados en tales actos, y a cuyo tenor, en su orden, el manifiesto de carga y demás documentos serán entregados a la autoridad aduanera antes del descargue de la mercancía; y se entenderá que la mercancía no fue presentada, cuando no se entregaron documentos de transporte a la aduana.

Lo anterior no significa que se afecte la eficacia de las normas y los controles aduaneros, puesto que se debe tener en cuenta que, una vez descargada y presentada, la mercancía queda bajo el control o vigilancia de la aduana junto con los documentos que le fueron presentados y que esa presentación es apenas uno de los pasos previos a la legalización o nacionalización de la mercancía, la cual se sustenta en la declaración de importación, en la que ya no sólo se relaciona sino que se debe describir con los detalles necesarios para la individualización de aquélla, dada la importancia de dicho documento para garantizar y controlar el tráfico de la misma en el territorio nacional.

El aludido control subsiguiente al descargue, que implica la radicación e introducción al sistema del manifiesto de carga y de todos los documentos que lo acompañan, con anotación de las observaciones que a bien tengan hacer los funcionarios que atiendan el asunto, según los artículos 12 y 13 de la precitada resolución 371 de 1992, permite que se le haga seguimiento a la mercancía y a la respectiva documentación, amén de las sanciones administrativas que por error en la elaboración de

los documentos aduaneros prevén las normas de esa materia.[26]

De esta referencia jurisprudencial es posible advertir que el juez se pronuncia con relación a la necesidad de adecuar la declaración inexacta a postulados de falsedad frente a lo pretendido en la declaración ¬y, si efectivamente se configuran conductas tales como la evasión u obtención ilícita de algún beneficio administrativo o tributario.

Es posible entonces concluir que lo que debiera ser común en las diferentes legislaciones aduaneras es catalogar como infracción administrativa aduanera las declaraciones inexactas[27], que tengan como fin vulnerar la confianza o el despacho seguro que pretende ser controlado por la aduana en relación con el ingreso y salida de mercaderías de un territorio.

3. Planteamiento sobre los principios, fundamentos y tipificación de la infracción aduanera genérica o modelo

Lo que se pretende lograr, sin duda alguna, es la correcta armonización entre Obligación Aduanera e Infracción Aduanera. Se entiende la primera como aquella que nace por concurso de la ley y contiene la relación jurídica entre la administración aduanera y los sujetos que de manera directa e indirecta intervienen en las operaciones de comercio exterior, como también lo que tiene que ver con la debida circulación de las mercaderías.

Uno de los principios que enmarca al derecho administrativo sancionador es el de legalidad, el cual busca garantizar que las conductas que serán objeto de revisión y control se encuentren expresa y claramente consagradas en la ley. De ahí que para desarrollar de manera concreta una definición de Infracción, el primer presupuesto sea la condición que se

26 Consejo de estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección primera. C.P.: Dr. Rafael E. Outau de la Font Pianeta. Expediente No. 8952 2004

27 Al respecto Barreira, en un excelente trabajo, distingue tres sistemas de declaración aduanera informativa (o declaración aduanera propiamente dicha), a saber: A) aquella que se limita a los "elementos de hecho" (limitada a informar todos los datos de mercaderías y de la operación que sean conducentes a una correcta clasificación arancelaria y valoración por parte de la aduana), B) aquella que, además de los elementos de hecho, requiere la declaración de los "elementos normativos" (entendiéndose como tales a la clasificación arancelaria y a la valoración de la mercadería, trasladando así la aduana al declarante la delicada fusión técnica de clasificar y valorar en la operación; la que muchas se presta a interpretaciones particulares, o bien decisiones internas de la aduana que el administrado declarante ni siquiera conoce) y C) aquella cuyos "elementos de hecho" y "elementos normativos" debe instrumentarse por vía informática (en estos supuestos la declaración aduanera debe adecuarse y acortarse a las codificaciones informáticas previstas de antemano por el sistema para las descripciones de las mercaderías y de la operación, con el inconveniente de que el sistema en muchísimos casos no contempla determinadas particularidades que el administrado declarante desea manifestar y por cuestiones informáticas no puede hacerlo quedando compelido, de tal suerte, a declarar incorrectamente bajo riesgo de no poder instrumentarse la declaración y paralizarse los trámites de despacho). Pues bien, en el impulso agilizador de las gestiones aduaneras, se ha adoptado el segundo sistema (b) trasladando las funciones técnicas de la aduana de clasificar y valorar las mercaderías a despacho e indicar su tratamiento aduanero a los propios administrados declarantes, más aun, en el caso de la legislación argentina (Vidal Albarracín et al., 2009)

encuentre tipificada de manera inequívoca en el ordenamiento jurídico, sin que de ella pueda predicarse ningún vacío o imprecisión que lleve a limitar el ejercicio de la facultad discrecional del operador jurídico.

Es así que en relación con la obligación aduanera se propone reconocer tres aspectos relevantes:

1. La Responsabilidad Tributaria

2. La Responsabilidad Objetiva Aduanera

3. La Responsabilidad ante el delito

La primera versa sobre la obligación de dar a la administración la contribución que legalmente se cause en la operación de comercio exterior; la segunda es el cumplimiento de la obligación de hacer, soportar, informar y realizar todo lo que el legislador ha establecido como formalidades, trámites, procedimientos y regímenes que soportan el movimiento de las mercancías, y la última son aquellas conductas que contravienen el ordenamiento penal respecto del delito aduanero.

Para efectos de la obligación aduanera, la legalidad parte de la primera condición que busca establecer la circulación y el tráfico nacional e internacional de mercaderías, bajo la calificación de que esa circulación será: i. Adecuada y real (presentación y declaración de la mercancía objeto del tráfico internacional); ii. Cumpla con las condiciones de contribución (la debida conformación de la base legalmente imponible a través del cumplimiento de las normas nacionales e internacionales que fijen los derechos e impuestos al comercio exterior); iii. No vulnere el bien jurídico tutelado por el legislador.

Con relación a las dos primeras obligaciones, se parte de la premisa que, para que se imponga la sanción y se califique la infracción, es preciso que la operación haya sido sometida al control aduanero, en tanto que la primera condición de legalidad es que se califique la conducta como contraria a la ley y que exista una autoridad encargada de verificar, investigar y sancionar al presunto infractor.

La primera propuesta de definición de Infracción Aduanera, que nos lleve a cumplir con el principio de legalidad, es la siguiente: "Son los hechos formales, sustanciales y tributarios que sean contrarios al ordenamiento jurídico que pueden surgir por las operaciones en materia de comercio exterior."

Aunque es claro que en materia administrativa sancionatoria la tipificación no puede particularizarse en detalle, la llamada tipificación genérica no puede entrar en conflicto con lo que establece la ley aduanera (legalidad).

Al respecto, el profesor Alejandro Nieto (1994) afirma:

> Las normas penales no prohíben ni ordenan nada, sino que se limitan a advertir que determinadas conductas llevan aparejada una pena. Los tipos sancionadores administrativos, por el contrario, no son autónomos, sino que se remiten a otra norma en la que se formula una orden o prohibición, cuyo cumplimiento supone cabalmente la infracción. Estas normas sustantivas constituyen, por ende, un pretipo que condiciona y predetermina el tipo de la infracción. Y por ello si se quiere ser riguroso, la descripción literal de un tipo infractor habría de consistir en la reproducción de la orden o prohibición del pretipo con la advertencia añadida de la sanción que lleva aparejada su incumplimiento, es decir, una reproducción de textos en doble tipografía.

En materia administrativa aduanera, el pretipo que proponemos considerar atiende no a los sujetos que intervienen en la operación ni a las conductas o modo de operar del infractor, sino a la consecuencia que produce el incumplimiento del mencionado pretipo:

1. El control como función principal de la aduana
2. El ingreso de la mercancía a un territorio aduanero y su salida de él (regímenes aduaneros).
3. Debida circulación de mercancías.
4. El cumplimiento de las leyes de orden público, en cuanto a las restricciones o prohibiciones establecidas para la circulación de mercaderías en un territorio.
5. El cumplimiento de las leyes tributarias para el establecimiento de los derechos, gravámenes, tasas, contribuciones y demás erogaciones fiscales de naturaleza aduanera.
6. El cumplimiento de las normas penales, respecto de lo que se ha establecido como fraude comercial y aduanero.

Si los administrados aduaneros no se acogen a estos pretipos mencionados se activa la función sancionatoria aduanera, teniendo presente que, de acuerdo con la teoría clásica del derecho administrativo, la finalidad de las sanciones puede ser: retributiva, intimidatoria o compensatoria del daño producido por el acto ilícito.

Para el caso que nos ocupa, es posible plantear la imposición de carácter patrimonial o económico, en tanto lo que se busca en materia administrativa a través de la multa es que se configure una verdadera retribución al daño causado. En relación con este tipo de sanciones puede predicarse una tasación por porcentaje de la operación incumplida: valor de fletes causados, porcentaje de tributos dejados de pagar, porcentaje del valor de la mercancía, unidades de salarios mínimos o valor tributario.

Ahora bien, existe otro modelo orientado a imponer la suspensión, cancelación de la autorización o habilitación del sujeto aduanero, al que le ha sido otorgado una concesión o un permiso administrativos, este tipo de sanciones deben ser aplicadas en relación con el incumplimiento de conductas que involucren tanto prototipos tributarios y administrativos como penales.

La amonestación o el llamado de atención se encuentran establecidos como sanción en algunos ordenamientos jurídicos. En el caso de Colombia, el efecto aflictivo consiste en realizar una primera advertencia administrativa a la omisión en el cumplimiento de la obligación, sin que ello genere la inhabilitación o cancelación (pérdida de un derecho) o la medida pecuniaria de una multa, pero sí un antecedente administrativo negativo ante la calificación del riesgo por parte de la autoridad.

Sumado al tipo de la sanción —pecuniaria, inhabilitante o llamado de atención—, se encuentra el efecto que puede tener la norma sancionatoria por la naturaleza de grave o leve: las graves son las que tienen un efecto represivo o de castigo más significativo desde lo pecuniario y lo moral y las leves, un efecto menor.

Entre unas y otras lo que debe buscarse es elegir un modelo sancionatorio que cumpla el cometido de menguar o desaparecer las prácticas infractoras que atenten contra el debido ejercicio de control de la aduana del tráfico internacional de la mercancía.

4. Planteamiento sobre los principios, fundamentos y tipificación de las infracciones aduaneras concretas o particulares

Una propuesta de unificación, que puede ser relevante y común a las legislaciones, es clasificar las infracciones aduaneras con base en el tipo de consecuencia que producen, en tanto las obligaciones en materia aduanera están dadas en el deber de hacer (cumplir con un requisito o formalidad, calificación o habilitación) y el de dar (pagar la tasa, contribución, derecho o impuesto), y que en ambas se busca un interés común y es el de proteger el control aduanero respecto del tráfico de mercancías (nacional e internacional).

Uno de los aspectos que sin duda contribuye al Principio de Facilitación al Comercio es lograr unificar el ejercicio de valoración de la lesividad de las conductas de los usuarios aduaneros frente a la consagración normativa de las infracciones, por competencia directa del legislador para calificar las conductas que juzga reprochables en materia administrativa aduanera. Este juicio de lesividad proponemos orientarlo a las consecuencias que puede producir el incumplimiento de las obligaciones aduaneras, las cuales consideramos pueden ser:

- Tributarias: que afectan directamente al fisco ante el evento de que la conducta compromete una obligación principal de pagar los derechos, tasas, tributos o la obligación de contribuir.

- Administrativas u objetivas: aquellas que son contrarias al cumplimiento de los regímenes aduaneros, que pueden llamarse objetivas, es decir que no causan daños al fisco y no infringen la norma penal.

- Las que dan lugar a la calificación del delito aduanero.

De este modo, se comparte la clasificación propuesta por el Código Aduanero Uniforme Centroamericano (CAUCA), en tanto se da un reconocimiento unívoco del concepto de obligación aduanera a partir de unas conductas que puedan tener una base jurídica común a las legislaciones, en la imposición de las sanciones últimas que deben aplicarse con criterios de proporcionalidad, razonabilidad y efectividad.

Este modelo permite, según nuestra consideración, un mayor reconocimiento de las necesidades nacionales e internacionales, por cuanto no cuantifica la infracción por su consecuencia económica, sino que busca encuadrarla por el acto de incumplimiento de la obligación.

En cuanto a lo que se entiende por obligación tributaria, extraemos la definición de dos acuerdos internacionales:

Mercosur

> Artículo 160 – Definición. La obligación tributaria aduanera es el vínculo de carácter personal que nace con el hecho generador establecido por este Código y que tiene por objeto el pago de los tributos aduaneros.
>
> Artículo 161 – Responsabilidad. Es responsable por la obligación tributaria aduanera el declarante o quien tenga la disponibilidad jurídica de la mercadería, pudiendo cada Estado Parte extender esa responsabilidad de manera solidaria a quien ejerza la representación de dichos sujetos. (Mercosur, 2010)

Comunidad Andina de Naciones (CAN)

> Tributos Aduaneros: Todos los impuestos, contribuciones y tasas de carácter aduanero. Asimismo, comprende los derechos antidumping o compensatorios, el impuesto sobre las ventas al valor agregado o similares que sean cobrados con ocasión de las operaciones de comercio exterior. (CAN, 2003, Decisión 574)
>
> 1. Es el vínculo jurídico entre el declarante y la administración aduanera en virtud del cual se hace obligatorio el pago de los derechos e impuestos, tasas, recargos y sanciones a las que hubiere lugar, respecto de las mercancías sometidas a la potestad aduanera.

> 2. La obligación aduanera nace con la introducción de las mercancías al territorio aduanero comunitario y se perfecciona en el momento de producirse la aceptación por la administración aduanera de la declaración aduanera de mercancías, o en el momento en que se constate que se generó la misma. (CAN, 2007, Decisión 671)

Entre las conductas que pueden generar incumplimientos a la obligación tributaria se encuentran las siguientes: aquellas orientadas a la sobrevaloración, al acceso a una tasa menor y a la competencia desleal; el indebido tratamiento en el manejo del origen; la subvaluación; la no declaración del ingreso o salida de la mercadería; la simulación de regímenes aduaneros procurando obtener beneficios tributarios que no le corresponden; el contrabando; la introducción irregular de mercancía a un territorio siempre que la misma represente no pagar tributos o un pago menor, y la sustracción de la mercancía del control aduanero.

Todas ellas se encausan a reconocer una deuda aduanera con el fisco, ya que se incumple con algunas de las condiciones, en la ley nacional o supranacional, relacionadas con el correcto y adecuado cumplimiento de la contribución a través del pago de los derechos o impuestos tipificados por la ley.

En este escrito, las llamadas infracciones objetivas o administrativas son aquellas puramente aduaneras vinculadas al cumplimiento de los procedimientos, formalidades y trámites que afecten directamente el tráfico nacional e internacional.

El concepto de obligación aduanera se incluye en algunos acuerdos que buscan en América la integración regional. Veamos:

Comunidad Andina de Naciones (CAN)

> OBLIGACIÓN ADUANERA. Es el vínculo jurídico entre la Administración Aduanera y cualquier persona directa o indirectamente relacionada con cualquier formalidad, régimen, destino u operación aduanera, derivado del cumplimiento de las obligaciones correspondientes a cada una de ellas, quedando las mercancías sometidas a la potestad aduanera y los obligados, al pago de los derechos e impuestos, tasas, recargos y sanciones a que hubiere lugar. (CAN, 2007, Decisión 671)

Código Aduanero Uniforme Centroamericano (CAUCA)

> OBLIGACIONES ADUANERAS. La obligación aduanera está constituida por el conjunto de obligaciones tributarias y no tributarias que surgen entre el Estado y los particulares, como consecuencia del ingreso y salida de mercancías del territorio aduanero.
>
> La obligación tributaria aduanera está constituida por los derechos e impuestos exigibles en la importación o exportación de mercancías.
>
> Las obligaciones no tributarias comprenden las restricciones y regulaciones no arancelarias, cuyo cumplimiento sea legalmente exigible. (CAUCA, 2000)

Entre las conductas que pueden dar lugar a la tipificación de lo que llamamos infracciones objetivas o administrativas, se encuentran las siguientes:

Incumplir la obligación de presentar documentos y declaraciones aduaneras; incumplir con las condiciones de habilitación y calificación de un usuario; no conservar documentos; no mantener y usar el sistema informático; no cumplir con un perfil de riesgo bajo; no cumplir con el ingreso por lugares habilitados o autorizados; las infracciones relacionadas con el control, manejo y seguridad de la carga y de las operaciones de comercio exterior; no cumplir las restricciones o requisitos administrativos (sanitarios, propiedad intelectual, fitosanitarios, etc.); incumplir el destino aduanero; infracciones relacionadas con el correcto diligenciamiento de la declaración aduanera no vinculadas con la valoración; el rompimiento o adulteración de precintos; no obtener las autorizaciones para el transporte y circulación; enajenar mercancía que se encuentre en restringida circulación.

A pesar de la propuesta presentada, algunas legislaciones locales cuentan con clasificaciones orientadas a agrupar la infracción por la gravedad (gravísimas, graves, leves) de acuerdo con la graduación de la sanción, atendiendo al sujeto aduanero por la conducta o el hecho infractor (Rohde Ponce, 2002, pp. 353-354), en consideración a que cuando se analiza la consecuencia que produce el incumplimiento de la obligación aduanera se construye un marco general que no se opone a las infracciones ya mencionadas y se califica, tanto la obligación personal como aquella que recae sobre la operación de comercio o la mercancía, buscando, como se ha mencionado aquí, armonizar la definición de obligación aduanera, reconociendo que la relación que se da entre Estado y ciudadano no es horizontal sino vertical, y con ello la realidad de la imposición unilateral de las obligaciones por parte del Estado.

Se propone una tercera clasificación, la que se considera muy apropiada, en tanto precisa aquellas infracciones que dan lugar a la calificación de un delito, por ello, la infracción aduanera penal se denomina como aquella que se ocupe de proteger el bien jurídico tutelado que, para efectos aduaneros, puede ser el cumplimiento del control aduanero de tráfico de mercancías, esto es, las infracciones que producen una lesión al bien jurídico tutelado: la defraudación del Estado.

Estas conductas pueden partir de verbos rectores tales como: ocultar; sustraer del control aduanero; falsificar; adulterar; sobornar; simular; evadir; no declarar y no presentar la mercancía a la autoridad aduanera.

La inclusión del delito aduanero en el ordenamiento jurídico nacional e internacional busca darle el debido control a lo que, tanto la Organización Mundial de Aduanas como la Organización Mundial de Comercio, han establecido como fraude en materia comercial y aduanera, por ser el fraude[28] una de las principales causas de perturbación a la Facilitación del Comercio.

Como conclusión, una de las medidas de armonización que puede ser necesaria y eficaz en la lucha contra el fraude en materia aduanera es la clasificación de las infracciones aduaneras, por lo que se propone un marco orientado a estudiar las infracciones por el tipo de consecuencia que producen, a saber:

Infracción tributaria (aduanera): el incumplimiento de la obligación de dar o contribuir a través del correcto pago del tributo.

Infracción objetiva o administrativa (aduanera): el incumplimiento de la obligación del debido tráfico internacional de la mercancía.

Infracción penal (aduanera): violación a la función de control de la aduana.

Conclusiones

1. A los operadores de comercio exterior, frente a su función de ser auxiliares en la correcta realización de la operación logística y, por ello, tener la responsabilidad de no defraudar la confianza ante la administración y ante terceros, se les exige un accionar dentro de las buenas prácticas reconocidas en las operaciones que tienen a su cargo, así como una conducta basada en la transparencia en el manejo de su autoridad. Por lo tanto, se propone unificar para ellos la obligación administrativa principal de mantener la calidad del servicio aduanero para el que fueron calificados y habilitados, y que su conducta no implique ser facilitador en la comisión de un *ilícito aduanero*.

2. El establecimiento de infracciones indeterminadas, inexactas, incompletas o en blanco se opone al principio de seguridad jurídica, a fin de evitar conflictos de intereses y de imponer sanciones al sujeto que no corresponda.

3. Las normas que establezcan las infracciones aduaneras deben cumplir con los requisitos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, ya que tanto el

28 "En una acepción amplia, se entiende por fraude aduanero toda violación, o tentativa de violación, de la legislación aduanera o de cualesquiera otras disposiciones cuya aplicación o ejecución es competencia o responsabilidad de las aduanas.
El fraude comercial aduanero comprende todo fraude en este rubro excluyendo aquellos supuestos de ingreso y salida de mercancías del territorio aduanero en los que no se realiza la presentación de la mercancía ante la autoridad aduanera.
[…] el fraude como tal puede ser llevado a cabo en cualesquiera de las etapas de la transacción comercial; […] antes del despacho, durante el despacho y posterior al despacho. En tal sentido corresponde a las Administraciones Aduaneras prever el Control Aduanero en las mismas instancias en que la transacción se pueda cometer.
Existen diversas modalidades de fraude, […] incorrecta declaración del valor, la cantidad, traspaso de mercancías, origen de las mercancías, cambio de subpartida arancelaria, acogimiento a un beneficio indebido de devolución de impuestos, doble registros en libros contables, entre otros" (Garavito Castillo, 2007, pp. 19-20).

Acuerdo de Facilitación (OMC, 2014) como el Convenio de Kioto invitan a determinar conductas en las que se identifique sin equívoco al sujeto destinatario de la sanción, así como evitar conflictos de intereses en la determinación y recaudación de sanciones y derechos y no vulnerar los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la sanción (OMC, 2014, Art. 6, num. 3).

4. Al Decomiso de mercancías, por ser una sanción administrativa, se le debe aplicar la institución jurídica de la caducidad de la acción administrativa, mucho más cuando la sanción para este caso puede tener connotaciones penales, lo cual quiere decir que, para imponerla como medida definitiva por factor de competencia, debe ser atribuida a un juez y no a la Administración Aduanera.

5. En la legislación aduanera, se propone unificar como infracción administrativa aduanera las declaraciones inexactas que tengan como fin vulnerar el debido ingreso de mercaderías de un territorio y su salida, esto es, tanto la función recaudadora o fiscal como la función propiamente administrativa, en cuanto a velar por las condiciones sanitarias, de propiedad intelectual, de origen y demás restricciones administrativas delegadas para control de la autoridad aduanera.[29]

6. Ante la Aparición de la Figura del Operador Económico Autorizado, puede entenderse que surge en el derecho aduanero una nueva obligación y es la de tener que ubicarse en un nivel de confianza que no siempre tiene reglas conocidas, ya que, al decir de algunas legislaciones, la calificación del riesgo es una facultad administrativa propia de su función de inteligencia, con lo que, bajo la llamada Reserva Legal Administrativa, puede serle negada o no validada la condición de usuario de confianza, de allí que ante la obligación de mantener el cumplimiento de los criterios de riesgo establecidos por cada legislación, la pérdida de la calificación se puede entender por sus efectos morales, comerciales y legales como una verdadera sanción administrativa.

7. Se debe evitar la tipificación de infracciones por errores[30] meramente formales, así como incorporar criterios de responsabilidad subjetiva, esto es, analizando la condición volitiva del infractor, donde se sancione la intención de fraude o la grave negligencia en el cumplimiento de las obligaciones.

---

29 4. Norma. "La legislación nacional determinará un período vencido el cual no se podrá llevar a cabo ningún procedimiento relativo a infracciones aduaneras y determinará la fecha a partir de la cual se iniciará el período mencionado". (ALADI, s. f., Anexo Específico H. Capítulo I).

30 24. Norma. "Cuando se proporcione datos falsos en una declaración de mercancías y el declarante pueda demostrar que se tomaron todos los pasos razonables a fin de proporcionar una información correcta y exacta, la Aduana tomará este factor en cuenta cuando considere la eventual imposición de una multa".

25. Norma. "Cuando se cometa una infracción aduanera como consecuencia de un hecho de fuerza mayor o por otras circunstancias fuera del control de la persona interesada y no hubiere fraude o negligencia o intento de fraude de su parte, no se aplicará ninguna multa a condición que los hechos sean debidamente probados a satisfacción de la Aduana. (ALADI, s. f., Anexo Específico H. Capítulo I).

Una de las medidas de armonización que puede ser necesaria y eficaz en la lucha contra el fraude en materia aduanera es la clasificación de las infracciones aduaneras, por medio de un marco orientado a estudiar las infracciones por el tipo de consecuencia que produce, a saber: Infracción tributaria (aduanera); Infracción objetiva o administrativa (aduanera), e Infracción penal (aduanera).

9. En aras de garantizar la seguridad jurídica para el derecho internacional y en especial para el cumplimiento de la facilitación al comercio, con el ejercicio e intervención de los organismos y convenios de naturaleza multilateral, se debe proponer una clasificación uniforme que permita dar a todos los países una directriz para la identificación y clasificación de la infracción administrativa aduanera típica, con el fin de dinamizar la función de control de las aduanas y el cumplimiento voluntario de las obligaciones por parte de los usuarios dedicados al comercio.

Bibliografía

Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). (s. f.). Convenio Internacional para la Simplificación y Armonización de los Regímenes Aduaneros (revisado). Consejo de Cooperación Aduanera. Organización Mundial de Aduanas (OMA).
https://www.dian.gov.co/aduanas/oea/inicio/Documentos%20de%20interes/OMA%20Convenio%20de%20Kyoto.pdf

Código Aduanero Uniforme Centroamericano (CAUCA). (2000). Segundo Protocolo de Modificación al Código Aduanero Uniforme Centroamericano (CAUCA III). **http://www.sice.oas.org/Trade/sica/PDF/CAUCAIII00.pdf**

Comunidad Andina de Naciones (CAN). Sistema de Información sobre Comercio Exterior (SICE). (2003). DECISIÓN 574. Régimen Andino sobre Control Aduanero.
http://www.sice.oas.org/trade/junac/decisiones/dec574s.asp

Comunidad Andina de Naciones (CAN). (2007). Decisión 671. Armonización de Regímenes Aduaneros.
http://www.comunidadandina.org/StaticFiles/DocOf/DEC671.pdf

Cotter, J. P. (2007). Estudios de Derecho Aduanero. Homenaje al Dr. Juan Patricio Cotter Moine. Buenos Aires: Editorial Lexis Nexis.

Cotter, J. P. (s. f.). "Infracción de declaración inexacta en las cargas legales". Revista Jurídica Argentina La Ley.

Garavito Castillo, J. A. (2007). Control Aduanero. Lima, Perú: Secretaría General de la Comunidad Andina, Proyecto de Cooperación UE-CAN, Asistencia Relativa al Comercio I.

Mercado Común del Sur (Mercosur). (2010). Código Aduanero del Mercosur.
http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/49135/Dec._27_10._C%C3%B3digo_Aduanero__46_p._.pdf?sequence=8&isAllowed=y

Nieto García, A. (1994). Derecho Administrativo Sancionador. 2.ª ed. Madrid: Ed. Tecnos.

Organización Mundial del Comercio (OMC). (27 de noviembre de 2014). Protocolo de Enmienda del Acuerdo de Marrakech por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio.
https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=s:/WT/L/940.pdf&Open=True

Ossa Arbeláez, J. (2009). Derecho Administrativo Sancionador. Una aproximación dogmática. 2.ª ed. Bogotá: Editorial Legis.

Ossorio, M. (2006). Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. 33 ed. Buenos Aires: Ed. Heliasta.

Rodríguez, C. (2007). La Decisión Judicial. El debate Hart-Dworkin. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes.

Rohde Ponce, A. (2002). Derecho Aduanero Mexicano. Tomo 2. Regímenes, contribuciones y procedimientos aduaneros. México: Ediciones Fiscales ISEF.

Vidal Albarracín, H. G., Vidal Albarracín, G., y Sluman, J. M. (2009). La responsabilidad del despachante de aduanas. Buenos Aires: Ed. IERA-Guía Práctica.

Esta revista se digitalizó en Medellín, Antioquia,
el 10 de febrero de 2023

Volumen
36

TEMAS PROCESALES

La Revista Temas Procesales es una publicación de divulgación científica, propuesta para servir como plataforma de intercambio de conocimientos entre los investigadores que dedican -actualmente- al estudio del Derecho Procesal y la Justicia. su principal enfoque es convertirse en un importante recurso de investigación tanto para los estudiantes de pregrado como de posgrado relacionados con el Derecho en Colombia; en este sentido, la revista busca ser receptora de artículos elaborados por los más importantes procesalistas a nivel mundial y nacional, al mismo tiempo que pretende ser un espacio en el que los estudiantes de Derecho puedan relacionarse con la creación y publicación de artículos científicos.



Red

Para el Estudio del Proceso y la Justicia