

Los presupuestos de la sana crítica ¿Están nuestros jueces preparados para la sana crítica?

Juan Pablo Domínguez Angulo³⁸
Pontificia Universidad Javeriana de Cali
juanp.dominguez@javerianacali.edu.co

Fecha de recibido: 05 de julio de 2016 / Fecha de aprobación: 12 de julio de 2016

Resumen

Los objetivos de este artículo son el denunciar las falencias cometidas por los jueces en materia probatoria y cómo estas riñen con los fundamentos teóricos de dicha especialidad. El método utilizado esencialmente es la observación crítica de algunas actuaciones judiciales relevantes, deduciendo de ellas conclusiones abstractas y generales. La principal conclusión del artículo es la denuncia de la grave situación que presenta la administración de justicia al respecto del tema probatorio, que vulnera principios como la Necesidad de la Prueba y la misma justificación del establecimiento de la Sana Crítica, y la necesidad de proveer soluciones urgentes a esta problemática.

Palabras Clave

Derecho Probatorio / Sana Crítica / Necesidad de la Prueba

Abstract

The objectives of this article are denouncing the mistakes made by the judges in probatory matter and how these situation quarrel with the theoretical basicses of this specialty. The method used essentially, is the critical observation of a number of judicial performances interesting, and deducing of them abstract and general conclusions. The main idea of the article, is the accusation of the serious situation that presents the administration of justice on the probatory topic that harms principles like the Necessity of the Evidence and the justification of the Rational Critic's establishment, and the necessity of providing urgent solutions to this problem.

³⁸ Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Procesal Civil y Magister en Derecho con énfasis en Responsabilidad Contractual y Extracontractual, Civil y del Estado, y estudiante del Doctorado en Derecho (2014-presente), todos postgrados de la Universidad Externado de Colombia, además, con cursos doctorales en la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Director del Área de Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali.

Key Words

Probatory Right / Rational Critic/ Necessity of the Evidence.

Tabla de contenido

I. Viáticos de nuestro análisis, conceptos básicos 1.1 Qué es el proceso 1.2 Fin de la prueba 1.3 Principio de la necesidad de la prueba y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos 1.4 ¿Cómo se halla la verdad? Sistemas 1.5 “Las formalidades procesales para la validez de la prueba no son limitaciones al sistema de la libre apreciación.” (Devis Echandía, 2006; Número 27, literal b) **2. Problemática Concreta** 2.1 Cómo están actuando nuestros jueces 2.2 Ejemplos prácticos de la problemática expuesta 2.2.1 Interrogatorio de parte 2.2.2 Práctica de los testimonios y su valoración 2.2.3 La Espontaneidad 2.2.4 Prueba pericial 2.2.5 Valoración probatoria **3. Ejemplo paradigmático: la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la comunidad Mayangna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua** **4. Conclusiones. Después de todo, ¿Estamos preparados para la sana crítica?** **5. Bibliografía**

I. Viáticos de nuestro análisis. Conceptos básicos**1.1. Qué es el proceso**

Acerca de este básico concepto múltiples son las acepciones que podemos encontrar, como lo menciona el Profesor López Blanco (2007; p. 286). El diccionario de la lengua española afirma que significa paso del tiempo, algo que nos aterroriza pero que, como todo proceso, es inherente a él. También puede significar un expediente, lo cual es una visión demasiado obtusa y totémica del tema. Puede significar ordenamiento progresivo de actos en busca de un fin (la sentencia), que debido a la importancia de la resolución definitiva de los litigios para una sociedad, es una buena expresión. El Profesor López Blanco afirma que es: “una relación jurídica que busca, mediante una serie de actos preordenados por el legislador, resolver las peticiones (pretensiones o excepciones), que en el ejercicio del derecho de acción someten los sujetos de derecho a la consideración del aparato jurisdiccional del Estado” (López Blanco, 2007; p. 286). Por mi parte, destacando uno de los más importantes aspectos del Derecho Procesal, me gusta ver al proceso simplemente como una *garantía*, ello, constantemente, es lo que hay que recordarles a quienes no gustan de este tema, para explicarles que atrás de cada norma procesal están en juego múltiples garantías que algunos resumen como el Debido Proceso.

Sin embargo, hay una acepción que llama profundamente la atención, que me parece extremadamente práctica y veraz, y que destaca un fundamental concepto del Derecho Procesal y del Derecho Probatorio. Una norma jurídica está compuesta de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, de ahí que se dijese “*dame los hechos y te diré el derecho*”; esa división también fue el origen de la definición precisa de Carga de la Prueba que hoy gozamos, que fue desarrollada primero por Rosemberg y después por Micheli, y que está consagrada en nuestro Código General del Proceso así: “*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.*”

Es decir, de esta definición de Norma Jurídica y de la consecuente precisión del concepto de Carga de la Prueba, despunta como fundamental para la definición de proceso ya que ello devela que este, como primordial fin, tiene a la averiguación de la verdad, en otras palabras, su fin es la averiguación de los hechos (que son el supuesto de la norma). Así, la acepción que estoy

buscando, que sabiamente algunos juristas usan reconociendo que lo fundamental en un proceso es la investigación de los hechos, es la definición del proceso como método de averiguación de la verdad.

1.2. Fin de la prueba

Sin embargo, de la averiguación de la verdad existe una gran discusión sobre la cual no puedo dejar de referirme. Se afirma por el Profesor Parra Quijano (2011; p. 156), que el fin de la prueba judicial es la verdad, absoluta creo entender ya que de las críticas que hace, sobre todo a quienes afirman la imposibilidad de conseguir la verdad, entendemos que eso es lo que asevera.

No obstante, al respecto no podemos estar de acuerdo. La verdad es casi un imposible para el humano, el humano, antropológicamente analizado³⁹, vive en nociones de realidad, la realidad para el humano no es simplemente una captura o aprehensión, lograda por los sentidos o la razón, es una re-creación o re-presentación, es un ingreso de información a través de los sentidos, que después de pasar por el tamiz cultural del receptor, es re-creada o re-presentada de manera repertoriada u organizada, de acuerdo al sustrato cultural de quien percibió originalmente, es decir, el juez para nuestro caso.⁴⁰

El humano existe en una realidad donde todo está explicado de antemano, cuando los objetos ingresan por los sentidos, así sean profundamente novedosos, deben encajar en la lógica humana que todo lo explica, de allí que las percepciones de los sujetos, sujetos a la lógica, y las percepciones de los jueces, estén constantemente en tensión con la lógica que los funda como individuos. El objeto percibido entonces debe encajar dentro de la lógica, dentro de la ideología del receptor, y es más, siempre encajará⁴¹ a pesar de lo divergente que el hecho pueda ser. De allí que la visión objetiva resulte un imposible ya que el humano vive en *nociones-de-realidad*, realidad dicha o asegurada en la palabra⁴², es decir, vive en la ideología.

Y ni siquiera en el evento de lograr aislar esta problemática, problemática intrínseca del humano, es válido decir que el humano, en cualquier ámbito, debe hallar la verdad. Así, Popper⁴³ nos recuerda que ni siquiera en el método científico, el de las ciencias que pueden decir “no sé” y tener paciencia igual a milenios, se afirman verdades. En el método científico, afirma, se expresan hipótesis y jamás verdades, se expresan hipótesis validas temporalmente y con las pruebas presentes, pero nunca verdades definitivas. De esta manera, sin más, no puedo menos que estar totalmente de acuerdo con el Maestro Devis Echandía: “Estas irrefutables consideraciones conducen a asignarle a la prueba el fin de producir la convicción o certeza en el juez, esto es, la creencia de que conoce la verdad gracias a ella...” (Devis Echandía, 2006; p. 240), el humano vive en nociones de realidad, en creencias, la misma sentencia es una creencia, ya que como afirmara Carrara: “la certeza está en nosotros, la verdad en los hechos” (Devis Echandía, 2006; p. 232).

³⁹ Cfr. (Lorite Mena, 1982)

⁴⁰ “El hombre no pertenece a un mundo de cosas, sino que existe en una *noCIÓN-de-realidad*, en una realidad *noCIONADA*, refleja –para lo cual ha sido preparado por el distanciamiento *re-presentativo* hacia el que le empuja su evolución biológica. El hombre existe en un mundo de posibles repertoriados en realidad por medio de símbolos que canalizan su interpretación consiente.” (Lorite Mena, 1982; pp. 12-13)

⁴¹ “*Todo* está dado por anticipado en el gesto, cósmico o verbal, primordial; si algo no es conocido es porque no ha sido explicitado, pero, virtualmente, su explicación ya está contenida es ese *todo* al que nada escapa. La solución consiste en replegarse hacia el origen, hacia el modelo, e *interpretar*.” (Lorite Mena, 1982; p. 58)

⁴² De allí que acertadamente se diga que “Jesús es el camino la verdad y la vida”, su palabra es el camino, la verdad y la vida, o que se diga también que “para hacerte saber que no sólo de pan vivirá el hombre, mas de todo lo que sale de la boca de Jehová vivirá el hombre”. Vivimos en las palabras, las palabras nos fundan y estructuran, nos alimentan, eso es lo que acertadamente denuncian aquellas sentencias (creo sin quererlo), a pesar de lo que cada cual pueda pensar o *creer* al respecto.

⁴³ Cfr. (Popper, 1967)

Sin embargo, a pesar de lo pesimistas que podamos ser, de lo desilusionados que podamos aparecer (como diría el Maestro Parra, “perfeccionistas desilusionados”), podemos comprender la necesidad que el humano tiene por la sentencia. La resolución de conflictos interindividuales, la paz social, la armonía que trae la administración o suministro de justicia a la forma de existir humanamente, en grupos, es esencial para su supervivencia.

Sin embargo, a pesar de las gigantescas exigencias epistémicas que hace la verdad, creo que esto no nos debe llevar a la desilusión como lo califica el profesor Parra Quijano. Como lo explicamos, también para el método científico la verdad no es un fin, la proposición de hipótesis válidas temporalmente es a lo que humilde y sensatamente se aspira en él. Análogamente, el juez también debe aspirar a su convicción, aunque esta, por supuesto, deba ser social y comprobable por el grupo en donde se inscribe y en ese sentido verdad, como afirmaba el Maestro Devis Echandía, es decir, debe ser verdad social.

En conclusión, como vemos, la diferencia con el método científico, si comprendemos que este no busca la verdad tampoco, no es demasiada a la del método jurídico de averiguación de la verdad llamado proceso, y sus principales diferencias residen en que en el proceso no se puede tener la paciencia infinita que deben tener los investigadores del método científico, ni en el proceso se pueden revisar constantemente las conclusiones, pues es de su esencia resolver definitivamente conflictos.⁴⁴

1.3. “Principio de la necesidad de la prueba y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos.”⁴⁵

Como sabemos, y gracias a ello no tendré que extenderme mucho, un principio fundamental incluido dentro del Debido Proceso, fundamental para desarrollar aquello de tener el derecho a ser oído y vencido en juicio, es que el juez, para poder fallar, precisamente debe fallar con base en elementos que estén dentro del juicio, si no lo hace así, si falla con elementos externos, como lo es su conocimiento privado, está fallando sin haber oído y vencido en juicio al implicado.

Así, este principio pide que para poder fallar el juez, sin usar el sucedáneo de la Carga de la Prueba, debe hacerlo con base en pruebas oportuna y regularmente ingresadas al proceso. Es decir, cuando se falla sin pruebas oportuna y regularmente ingresadas al proceso se está faltando a este principio; en otras palabras, como lo afirma Parra Quijano (2011; p. 68), “*cuando hay necesidad no hay libertad*”. No hay por tanto libertad para el juez de apartarse de este principio, ni hay libertad de obtener pruebas de la manera que se quiera, deben ser oportuna y regularmente aportadas para que se cumpla con este principio y se cumpla con los principios fundantes del Derecho Probatorio, como son la publicidad y la contradicción.

En fin, “*Este principio representa una inapreciable garantía para la libertad y los derechos del individuo, que de otra manera estarían en manos de jueces parciales y a merced de decisiones que no podrían ser revisadas por el superior.*” (Devis Echandía, 2006; p. 108), no habría, cabalmente, respeto por el derecho a ser oídos y vencidos en juicio o por el principio de audiencia, como también suelen llamarlo.

⁴⁴ En definitiva, lo que creo molesta al profesor Parra Quijano, es aquella sentencia que dice que en el proceso se halla la verdad formal y no la material, lo cual es un claro desacierto, pero esto no nos puede conducir al extremo de afirmar que en el proceso se averigua la verdad absoluta, pues ese no es ni siquiera un fin de ciencias que pueden tener la paciencia de lograrlo, y ni siquiera es un fin realista para las capacidades humanas.

⁴⁵ Cfr. (Devis Echandía, 2006; Número 31, Literal a)

1.4. ¿Cómo se halla la verdad?, sistemas

En la evolución de los sistemas usados para averiguar la verdad en un proceso, siguiendo al Maestro Devis Echandía⁴⁶, podemos recordar varias fases históricas.

Primero, podemos mencionar a la fase étnica o primitiva. Esta se da de manera posterior a la caída del Imperio Romano, donde hubo muchos grupos étnicos que no habían bebido ni del influjo Romano ni del cristianismo, por lo cual se le denomina a esta fase étnica, ya que cada grupo pudo tener sus particularidades especiales.

Posteriormente, se presenta la que se ha denominado fase religiosa o mística, principalmente asociada al antiguo derecho germano, que en contraposición al Derecho Romano, donde se podía valorar con libertad la prueba, imperó la fijación formal del convencimiento pero, agravada la situación, por su obtención de maneras absurdas, basadas principalmente en la creencia de la intervención de las divinidades. De esta manera, surgieron las ordalías o los juicios de Dios, o las pruebas del agua o del fuego, que otorgaban la victoria sin ningún debate jurídico sobre las pruebas, sino a través de la designación divina del vencedor. Así, la razón en el juicio era otorgada a través de rituales, de concursos de destreza o fuerza, sin que en absoluto se analizaran pruebas.

Luego, y es algo sobre lo que quiero se conserve la atención, surge la fase denominada fase legal o sistema de Tarifa Legal. Esta, debido a su antecedente, implicó un avance monumental hacia lo que hoy conocemos como prueba judicial. Así, para superar aquellos medios artificiales y absurdos, pero consientes de las limitaciones que había en cuanto a personal debidamente preparado para valorar de manera crítica y racional las pruebas, surge el sistema de Tarifa Legal, que a pesar que hoy nos parezca anacrónico, fue fundamental para superar la anterior fase.

El sistema de Tarifa Legal, para dotar de herramientas esenciales a los jueces inexpertos en una cabal investigación de los hechos y comprensión de las pruebas, propuso reglas abstractas, construidas a partir de los textos romanos como anota Micheli, para que los jueces guiaran su actuación *atándolos*, no obstante, así proporcionándoles un camino y seguridad que antes de ello no existía. Se pasó de esta manera de juicios absurdos a un sistema de valoración que buscaba la verdad material (así no lo lograra), asistido de reglas rígidas, pero necesarias, debido a la poca preparación judicial para lograr una buena investigación de manera libre.

Seguido de ello, vino la fase sentimental o de convicción moral, que considero es un lapsus en esta evolución. Ésta reaccionó en contra de las rígidas normas de la Tarifa Legal, se originó en la Revolución Francesa, y se fundamentó en la creencia de que la convicción íntima es el mejor método de averiguar la verdad pues está basada en la creencia exagerada (por abusos racionalistas como los de Aristóteles y Hegel) en la infalibilidad de la razón humana y el instinto natural. Ello, anotamos recordando a Devis Echandía, es uno de los fundamentos del sistema obsoleto de jurados, que increíblemente se implantó de nuevo en Colombia. Este fundamenta su razón de ser en la buena fe de los miembros de un jurado pero sin preocuparse por la indispensable preparación que tiene que tener un juzgador para poder apreciar en debida forma el material probatorio, es decir, volver al sistema de jurados es devolver la evolución que al respecto hemos logrado.

Pero dejando de lado este lapsus, viene la fase que se ha denominado científica. Esta, basada en técnicas como la sicología o la lógica, deja en libertad al juez para valorar las pruebas. Sin más, significa una evolución necesaria de la Tarifa Legal pues esta última, a pesar que significó un avance ya que le entregó a los jueces inexpertos un método claro pero rígido de hacer su trabajo,

⁴⁶ Cfr. (Devis Echandía, 2006; Número 17).

es un sistema inadecuado para llegar a conocer la verdad de manera cabal, pues a dicha rigidez escapa la complicada realidad humana.

Así, acerca de la Tarifa Legal y la Sana Crítica, sistemas de averiguación de la verdad o de actuación de los jueces, una idea los ata y determina a la una o a la otra: *la necesidad de jueces preparados*. Es decir, la Tarifa Legal cuando surgió, fue obviamente un avance que dispuso como necesidad la averiguación de la verdad material en lugar de acudir a las divinidades, pero debido a la poca preparación jurídica de los jueces y a la necesidad de ser enfáticos en la obligación del uso de las pruebas como argumento judicial, se convirtió en un corsé (como lo llama magistralmente el Profesor Parra Quijano), necesario para guiar la conducta de los jueces pero que sin embargo limitante de la efectiva averiguación de esa verdad.

La Sana Crítica, por su parte, es un avance ya que deja en la necesaria libertad al juez para que pueda averiguar y valorar lo necesario para fallar según la realidad, claro, sin que esto signifique arbitrariedad, pues está atado a las reglas de la lógica, la sicología, la técnica y las reglas de la experiencia y, además, debe motivar su fallo. Sin embargo, un verdadero supuesto, un *presupuesto* de la Sana Crítica, debido a que los jueces ya no estarán más asistidos de las reglas de la Tarifa Legal, es que existan jueces lo suficientemente preparados para ejercer en debida forma aquello que se ha llamado Sana Crítica.⁴⁷

1.5. “Las formalidades procesales para la validez de la prueba no son limitaciones al sistema de la libre apreciación.” (Devis Echandía, 2006; Número 27, literal b)

Por último, nos resta analizar previamente a lo que queremos exponer una última aclaración que es indispensable pues puede llevar a equívocos. La Sana Crítica, a pesar que es un sistema que propende por la libertad valorativa del juzgador, no implica libertad absoluta respecto de la prueba. La prueba, para existir, para ser válida y para poder ser tenida en cuenta, debe ser oportuna y regularmente aportada al proceso, en ello se ven involucradas importantísimas garantías individuales como el Debido Proceso y la existencia, validez, y la misma eficacia probatoria (o capacidad de persuasión) de las pruebas.

Así, la sana crítica, la libre apreciación, tienen un importantísimo límite que excluye la arbitrariedad, es decir, la necesidad de que las pruebas sean regular y oportunamente practicadas, lo cual dejamos ya explicado.

2. Problemática concreta

2.1. Cómo están actuando nuestros jueces

En mi concepto, lo decimos delantadamente, en los juzgados del país acerca del tema probatorio, parafraseando alguna expresión ajena (Corte Constitucional de Colombia), existe un estado de

⁴⁷ De esta manera pues, concluimos este aparte y con un ejemplo resumimos lo que decimos. *Ibíd.* Tomo I. pp. 101-102: “*Pero este sistema exige jueces profesionales con estudios universitarios, resulta un contrasentido conservar el sistema de jurado de conciencia en el proceso penal, compuesto ordinariamente por ciudadanos ignorantes o desprovistos de la cultura mínima indispensable para apreciar adecuadamente las pruebas y, además, eximidos de explicar o motivar la conclusión que adopten. De ahí han surgido las críticas a la libre apreciación (cfr., punto f), cuando la verdad es que, en el sistema del jurado, que representa una deformación histórica de la libre apreciación y un anacronismo incompatible con el derecho moderno, y no en la abolición de la tarifa legal, radican los defectos y peligros que es urgente eliminar. El remedio es muy fácil: suprimir el jurado, por ser una manera antitécnica, injurídica e ilógica y peligrosa de administrar justicia.*” (Devis Echandía, 2006; pp. 101-102)

cosas inconstitucional e ilegal. Así, debido a que contantemente se viola del Derecho de Defensa, pues nada menos puede resultar de practicar irregularmente las pruebas en contra (o incluso a favor de alguien); debido a que se viola, además, el derecho a ser oído y vencido en juicio, el derecho a presentar pruebas y contradecirlas (pues no se cuida de las normas legales y criterios doctrinales que vigilan la existencia, validez y eficacia de las pruebas); debido a que no se cuida de la necesaria motivación de las sentencias, además de otras irregularidades, es que afirmamos que lo que se presenta en los juzgados del país, es una situación inconstitucional e ilegal entorno al asunto probatorio y con ello, sin más, se viola incansablemente el Debido Proceso.

Explicemos nuestra tesis usando los conceptos traídos a colación en el punto primero de este trabajo. Para fallar según la verdad, o más importante, según la Necesidad de la Prueba que protege nuestro derecho a ser oídos y vencidos en juicio, para fallar con base en pruebas regular y oportunamente aducidas al proceso y no según el conocimiento privado del juez (pues como recordamos, los requerimientos formales no son limitaciones a la libre convicción, sino que son necesidad para el proceso), es necesario seguir las formalidades prescritas y decantadas que acerca del recaudo de pruebas se han construido.

Como cualquiera puede notar de la lectura de un formidable libro como el del Maestro Devis Echandía ya citado, las formalidades descritas a lo largo de esa obra, constantemente, se denuncian a sí mismas como eficientes métodos de averiguación de la verdad. Es decir, pareciera que la única preocupación de quienes se ocupan de esta materia, a la hora de sugerir cambios legislativos o doctrinales, es la averiguación de la verdad. En otras palabras, las formalidades descritas no vienen a nuestra mente simplemente como tales, después de tan formidable explicación, la conclusión que al respecto resulta obvia es que el desarrollo de la materia del Derecho Probatorio, a lo largo de los siglos, ha enfocado su preocupación en la averiguación de la verdad, claro, respetando los derechos de las partes involucradas.

Eso es lo que expresa a las claras el principio de Necesidad de la Prueba. Esta Necesidad lo que expresa es que el proceso es un eficiente artefacto para averiguar la verdad, pero respetando el Debido Proceso y las garantías individuales. Diciéndolo de otro modo o enfatizando, las formalidades están para garantizar el averiguamiento de la verdad, claro, sin que por ello se sobrepase los límites que en ello tiene un Estado liberal y democrático.

Esto también es lo que significa el principio de audiencia o el derecho a ser oído y vencido en juicio. Para poder ser condenado, para poderse proferir una sentencia, es necesario agotar las formalidades probatorias, es necesario recaudar las pruebas legal y oportunamente, esta exigencia lo que indica es que es necesario que exista evidencia dentro de un proceso⁴⁸ para que pueda ser controvertida, por lo cual es impertinente que un juez sustente su motivación en el conocimiento privado que pueda tener, por más verás que este sea.

La exigencia de evidencias aducidas legalmente al proceso, la proscripción de usar los conocimientos que sobre los hechos pueda tener el juez (diferentes a los que obtiene a través de los medios probatorios), es la garantía fundamental que tienen los ciudadanos de controlar que dicho conocimiento por parte del juez sea en realidad tal, y no un producto de su imaginación o prejuicios; de la garantía de que el juez sólo pueda fallar con base en pruebas legalmente practicadas depende la misma garantía democrática de controlar cuáles fueron los fundamentos de una sentencia judicial, de lo contrario, cualquier afirmación del funcionario, cualquier imagen o imaginación, cualquier afirmación tendenciosa, entraría al proceso sin ningún control, lo que contraría los más elementales principios democráticos y probatorios.

⁴⁸ Y la única manera que ingresa a él, es según los dictados de las formalidades legales.

De esta manera, como lo vimos, las formalidades procesales en el tema probatorio no son una limitación al sistema de la Sana Crítica, de la libre valoración, es decir, no son una limitación al averiguamiento de la verdad sino que son un límite a los poderes de un funcionario judicial, y por el contrario, son una garantía para la averiguación de la realidad debido a que las partes pueden contralar la argumentación del juez, ya que si se sustentara en su conocimiento privado, dicho control, por otra parte democrático, resultaría imposible.

Este es pues, sin más, el principio de evidencia o de demostración que emplean las ciencias exactas, que el Derecho igualmente usa. En estos campos del saber, indefectiblemente, se debe comprobar las hipótesis planteadas, con argumentos y demostraciones practicadas según formalidades, todas desarrolladas con el único fin de averiguar la verdad para sustentar una hipótesis como válida, de lo contrario, ningún valor tendrá la hipótesis propuesta como solución al problema planteado.

Entonces, dos son las grandes razones por las cuales las formalidades procesales son importantes para la práctica de pruebas. Primero, porque son una garantía para los sometidos a la decisión, garantía para sus libertades, para su dignidad, y segundo, porque, del desarrollo doctrinario del tema se nota, son una garantía de averiguación de la verdad, esa, sin más, pareciera ser la única preocupación, a lo largo de la historia, en los autores que acerca del tema se ocupan.

El proceso ordenado según estos dos grandes fines, prescribe métodos, recetas que buscan su logro, prescribe recetas para practicar cada prueba, prescribe métodos para valorarlas, métodos para valorarlas todas global e individualmente (pues así lo obliga el método analítico⁴⁹). Pero, lo que sucede en la realidad, en este estado de cosas inconstitucional e ilegal, es que constantemente los jueces violan los requisitos indispensables para la existencia, validez y eficacia probatoria de cada medio de prueba, y posteriormente, no aplican ningún método en su valoración, tanto individualmente, el “Método Analítico” referido ya⁵⁰, como en su conjunto. De esta manera, lo veremos con los ejemplos que expondremos en el siguiente numeral, constantemente vulneran los jueces los decantados principios probatorios que propenden por averiguar la verdad de forma constitucional y democrática.

Así, recordando que la principal finalidad de los métodos probatorios es la averiguación de la verdad, es que afirmamos que al ignorar, de hecho, todas estas prescripciones probatorias, estas recetas para el éxito del proceso, simple y llanamente se está fallando según el conocimiento privado del juez. Repitiendo para mayor claridad, si se vulneran estas metodologías se está fallando con el conocimiento privado de los jueces pues, las pruebas así recaudadas, no les pueden llevar más que intuiciones o sensaciones de verdad, ocasionadas por pruebas mal practicadas, pero nunca a una convicción fundada en evidencias metodológicamente recaudadas, meticulosamente valoradas, y que por ello se les pueda tener confianza como verdad.

En conclusión, este estado inconstitucional e ilegal trae como consecuencia que, primero, se vulneren ingentes garantías a los justiciables, y segundo, una conclusión lógica de lo que hemos

⁴⁹ “Los artículos 187 del C.P.C., el artículo 238 del C. de P.P. y los artículos 60 y 61 del C de P. Laboral consagran el método analítico y finalmente la apreciación en conjunto de la prueba.” (Parra Quijano, 2011; p. 6). Hoy, el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil es reemplazado, pero con el mismo tenor, por el artículo 176 del Código General del Proceso.

⁵⁰ “Cuando se regla que el juez (el funcionario) expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba, no cabe duda que se consagra el método analítico, es decir, el estudio individualizado de cada medio probatorio, las inferencias que se hacen y las reglas de la experiencia que se aplican. Este método de estudio explicado en la providencia, muestra al justiciable y a la sociedad la manera ponderada y cuidadosa cómo el funcionario estudia las pruebas. Permite igualmente a las partes observar qué medio de prueba fue mal evaluado, para poder utilizar los recursos. Una vez que se hace el estudio anterior se procede a evaluar las pruebas en conjunto, haciendo una unión intrínseca.” (Parra Quijano, 2011; p. 7)

venido exponiendo, no se esté fallando, no se pueda fallar, según la verdad, pues sino se la averigua con método, esto resulta un imposible.

2.2. Ejemplos prácticos de la problemática expuesta

En este punto quisiéramos desarrollar algunos ejemplos de lo expuesto. Por supuesto, esta no será una lista taxativa de errores judiciales ya que, quienes estamos involucrados en el tema judicial, podremos aportar muchos más ejemplos si somos preguntados, en este punto simplemente queremos hacer una enunciación, que a manera de evidencia, quiere comprobar nuestras aseveraciones.

2.2.1. Interrogatorio de parte

Como resulta claro (la exigencia expresa que hace la ley 1395 de 2010 de desarrollar exhaustivamente el interrogatorio es expresión de ello, lo cual fue corroborado por el Código General del Proceso), los jueces, tradicionalmente, se han negado intransigentemente a desarrollar la oportunidad de interrogar a las partes⁵¹ no solo para resumir el litigio delimitándolo, sino para averiguar la verdad de una fuente inmejorable como lo son sus protagonistas. Así, la mencionada ley tuvo que salir al paso de esta situación y como es costumbre, tuvo que hacer innecesarias claridades (como en muchos otros aspectos ha tenido que hacerlo la ley), para que los jueces procedan a practicar, minuciosa y previamente, los interrogatorios a las partes, para lograr las finalidades referidas.

Como el Maestro Devis Echandía explica claramente, aquello de que las aseveraciones de las partes no hacen prueba en favor de quien las hace, es una completa falsedad, ello, dentro del sistema de la Sana Crítica, no puede ser algo más que errado. Como sabemos, la Sana Crítica deja en libertad, generalmente, al juez de valorar todas las pruebas, por ello, limitar totalmente el valor de la declaración de parte, así sea favorable a quien la hace, resulta contradictorio con ese sistema. Como es obvio, de la declaración de parte se debe tener mayor sospecha, más si es favorable a quien la hace, pero, ello no significa que sea imposible obtener algún grado de convicción de ella, no quiere decir que sea irrelevante oír a las partes como actores del conflicto, obviamente, estas están mejor informadas que cualquier persona, y si su declaración está apoyada en otros medios de prueba, no puede existir ninguna razón valedera para negarle eficacia probatoria.⁵²

⁵¹ Y a pesar de lo optimistas que podamos ser con el cambio legislativo, me temo que lo seguirán haciendo.

⁵² “En el moderno proceso civil, considerado como instrumento para la paz y armonía sociales, con un fin de interés general y solo secundariamente de tutela de los derechos e intereses individuales, esas restricciones al empleo del interrogatorio de las partes por el juez y por el adversario, resultan ilógicas e inconvenientes.

Al respecto observa atinadamente CAPPELLETTI, que la parte es el sujeto mejor informado del caso concreto que en el proceso se debe examinar. ‘De ahí la inderogable necesidad, que en todos los ordenamientos civiles existe, de utilizar a la parte como fuente de prueba’. Puede decirse que en este punto existe un acuerdo general en la doctrina jurídica moderna. El mismo profesor italiano manifiesta, un poco más adelante, que es indispensable transformar el libre interrogatorio de las partes en el proceso civil, de instituto ignorado o prohibido, en el instituto principal de la instrucción probatoria, o cuando menos en uno de los principales, para utilizar adecuadamente el saber de las partes en la formación del convencimiento del juez. En otro lugar lo califica como la conquista más importante del moderno proceso civil. En el mismo sentido advierte SILVA MELERO que en el derecho contemporáneo existe la tendencia muy importante a sustituir la confesión formal por el interrogatorio libre de las partes, valorado libremente por el juez. De igual opinión es VITTORIO DENTI, y en Perú, MARIO ALZAMORA VALDEZ.” (Devis Echandía, 2006; pp. 544-545)

Incluso, la Corte Suprema de Justicia colombiana comete este error debido a que, claramente, confunde la declaración de parte con la confesión, y por ello, confunde al artículo 191 del Código General del Proceso (195 del Código de Procedimiento Civil Colombiano), como requisito de la declaración de parte, cuando solo lo es de la confesión. De esta manera, el numeral dos de ese artículo que dice: “*Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria*”, solo es requisito de la confesión y no de la declaración de las partes pues, aunque no es necesario recordarlo y es un comentario exegético pero claro, el artículo empieza así: “*La confesión requiere:...*”

“En cuanto a la declaración de parte del representante legal de GDS INGENIEROS LTDA., ha de señalarse que, a términos del artículo 195 del Código de Procedimiento Civil, ella solamente podría ser apreciada en los hechos que produjeran consecuencias jurídicas adversas a quien la rindió, o que favorecieran a la parte contraria - contra se - (cfr. sentencias de 28 de marzo de 2003, exp. 6709, y de 5 de octubre de 2006, exp. 12680-01, no publicadas aún oficialmente).”⁵³

De esta manera, el error en la Corte y en muchos de nuestros jueces proviene, sin más, de una inadecuada asimilación entre confesión y declaración de parte, algo que, por otra parte, claramente ha sido revaluado y expuesto, técnica y “científicamente”, por uno de los redactores del Código referido, el Maestro Devis Echandía, por lo cual, incluso, no debería haber dudas acerca de la intención del legislador.

Así, no solo como delimitación del proceso, de la litis, como una manera de resumirla, es importante el interrogatorio a las partes. De lo expuesto, por razones lógicas y prácticamente autoevidentes, el interrogatorio de las partes es fundamental para la averiguación de la verdad en un proceso. Además de ello, es fundamental que el juez realice este interrogatorio siguiendo los decantados principios, psicológicos, lógicos, que al respeto de los testimonios (pues como lo afirma bien el Maestro antes citado, hace parte del género testimonio) debe desarrollar, de lo contrario, la verdad, a cada paso, se alejará más de la mente del juez.

Sin embargo, a pesar de esta protuberante evidencia, tuvo que intervenir la ley 1395 para decir obviedades, lo mismo el Código General del Proceso (como que se tiene que practicar previamente a otras pruebas, y exhaustivamente), todo, por la situación inconstitucional e ilegal que se presenta, ya que los jueces, seguramente influenciados por concepciones revaluadas, nulo es el valor o estima que le tienen al interrogatorio de parte y con ello, inevitablemente, están alejándose de la verdad, ya que se alejan del método decantado, y están fallando según concepciones de verdad alejadas de ella, pues de un deficiente método, nada más se puede esperar.

2.2.2. Práctica de los testimonios y su valoración

Al respecto del tema, la situación no puede ser menos que crítica, sobre el tema, innumerables, inconmensurables o protuberantes errores son los que se comenten en su recaudo o recepción, y valoración, cotidianamente. Como bien lo expone el Maestro Devis Echandía, al respecto de la prueba testimonial tradicionalmente, se ha tenido recelo debido a los múltiples peligros a los que está expuesta.⁵⁴ Está expuesta a la falibilidad de la memoria humana, al paso del tiempo que deteriora los recuerdos, a las complejidades personales del testigo que re-crea una situación

⁵³ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación del trece de mayo de 2008. Magistrado Ponente: César Julio Valencia Copete. Expediente: 11001-3103-006-1997-09327-01.

⁵⁴ De ahí el origen de la limitación impuesta en el artículo 232 del Código de Procedimiento Civil. Cfr. Colombia. Código General del Proceso. Artículo 232.

para el juez, está expuesta a las influencias que se puedan ejercer sobre los testigos, a su tendencia o cariño, que en algunos casos se puede presentar, por mentir, por las partes, por el dinero, pero, principalmente, está expuesta a la falibilidad de los jueces en su recaudo, este, sin par, es el mayor peligro al que está sometida en la situación que se describe.

Así, lo expone el Maestro, sobre la prueba testimonial se pueden tener muchos reparos, de allí que la documental durante mucho tiempo casi la haya eclipsado, sin embargo, debido a avances en las técnicas, sobre todo en la psicológica, a la preparación de los jueces en esas técnicas, el surgimiento de la Sana Crítica como regla primordial, afirma el Maestro, son todas razones que obligan a abandonar el temor a esta prueba. Si los testimonios son practicados y valorados en debida forma, de ellos se puede obtener sustento para una sentencia basada en la verdad.

Ello, por supuesto, es bastante correcto, sin embargo, la situación inconstitucional e ilegal que venimos tratando, en la cual no se respetan ni los requisitos de existencia, ni los de validez, ni los de eficacia de un testimonio, da lugar a que acerca del testimonio, quienes leemos expedientes o los funcionarios de segunda instancia, no podamos menos que albergar profundas dudas debido a que, dichos requisitos, que primordialmente están dirigidos a “purificar” el testimonio, a sustentar su credibilidad, generalmente no están presentes, y si no lo están, es pasmosa la sensación de vacío que se puede sentir. Es decir, si no están presentes, el juez está basando la sentencia en su conocimiento privado, no puede surgir de un testimonio, que por defectuoso no se le puede dar crédito, más que sensaciones o intuiciones de verdad, nunca un acercamiento real a la verdad. Veamos entonces algunos ejemplos de esta situación:

“Es necesario que la declaración verse sobre hechos” (Devis Echandía, 2006; p. 87), este es un requisito de existencia del testimonio, si se vulnera, si los testimonios se limitan a describir conceptos u opiniones, simplemente el testimonio no existe. Sin embargo, todos lo hemos visto muchos testimonios (o declaraciones de parte, que también son testimonios), que no contienen más que opiniones, concepciones o rumores, pero nunca hechos presenciados que estén siendo representados verbalmente para el juez, y aunque los abogados pueden y deben intervenir en esta situación irregular, es al juez al que más debería preocuparle dicha situación (por su deber de fallar según la realidad). Los fundamentos de la sentencia que está construyendo están allí, si no exige que le narren hechos, ningún hecho podrá ser tenido como supuesto de hecho de alguna norma que quiera aplicar.

La limitación a los hechos es un requisito importantísimo, tanto que causa la inexistencia de un testimonio. Como lo ha estudiado la antropología (Lorite Mena; 1982) o la psicología, el humano vive en nociones de realidad, y cuando presencia y narra un hecho, no lo hace simplemente como una máquina, como una cámara que representa fielmente y con muchos detalles la escena. Lo hace, primero, recepcionando el mensaje, a través de la relativa capacidad que puedan tener sus sentidos, después, pasa aquella información por el tamiz de su realidad, de su cultura, de su noción de realidad, para después declarar, re-crear lo presenciado, pero ineludiblemente influenciado por lo que como humano cree. De esta manera, si se le permite al testigo presentar sin límites conceptos, opiniones, colorea, de forma alarmante, lo que presenció inevitablemente con sus nociones o concepciones de realidad.

Es pues ya difícil separar al testigo de sus concepciones para que re-presente los hechos, pero si se le permite incluir sin medida, innecesariamente opiniones, este peligro se potencia y la realidad presenciada se deformará aún más. Afirmar que “la parte X posee tal cualidad”, hace indispensables preguntas como por qué, qué comportamientos conoce, qué hechos conoce al respecto; son preguntas que muchas veces vemos no se hacen, y si un juez no está atento a ello, si no le explica al testigo que esos calificativos los va a juzgar él basado en los hechos que le pueda narrar, y no lo limita a los hechos, el testigo coloreará cualquier percepción que tenga acerca de verdaderos hechos y los deformará sin remedio ya que su mente, consciente o inconscientemente, tenderá a hacer compatibles los hechos con la cualidad deseada. Así, el

testimonio “*debe tratarse de una declaración representativa*” (Devis Echandía, 2006; p. 88), y si nada representa, si no re-presenta hechos, no existe como testimonio, y por supuesto, no puede fundamentar una sentencia.

Otro requisito es que “*La recepción del testimonio por el funcionario legitimado para ello*” (Devis Echandía, 2006; p. 90). Este es un requisito para la validez de un testimonio, pero, como vemos, el Maestro Devis Echandía se refiere al “funcionario”, y haciendo extenso ese aserto, firmemente creo que no es indispensable que el juez sea quien recepcione el testimonio. La tan mencionada intermediación, vemos múltiples veces, no se desarrolla en lo absoluto sino que son subalternos del juez los que recepcionan los testimonios. Así, como lo plantea el Maestro López Blanco, vale la pena repensar acerca de los principios y las reglas técnicas para darnos cuenta, que acerca de las reglas técnicas, como lo es la intermediación, no debemos tener una actitud intransigente, sino que, por ejemplo, se la puede combinar con su némesis, precisamente por no ser un principio, y así se obtendrán mejores resultados.

Sin embargo, dejando de lado el anterior comentario, lo que para mí significa este requisito de validez es que, primero, obviamente, quien recepcione el testimonio debe ser un funcionario legitimado para ello, que según la ley hoy vigente sería el juez, pero segundo, y más importante, que quien esté legitimado haya sido investido de esa facultad, precisamente, porque conoce las técnicas judiciales y psicológicas que son indispensables para la práctica de testimonios. Es a eso, considero, a lo que se refiere primordialmente ese requisito. Es decir, solo si el testimonio es recibido por alguien que conoce la técnica de su recepción, podemos tener confianza en él como argumento de verdad.

El testimonio, por su parte, además de ser recibido por el funcionario competente, que conozca las técnicas necesarias para ello, debe ser oral, directo entre aquellos dos sujetos. Por lo tanto, no se puede llamar testimonio a lo que en otros países, en tribunales de arbitraje, o en la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, hacen, pues en esas instancias consideran posible que los testimonios sean rendidos a través de documentos⁵⁵, lo cual es impropio para la técnica probatoria. En el testimonio, precisamente su riqueza en frente de otros medios de prueba, la ventaja es que se tiene al testigo en frente, se le puede repreguntar, puede el juez devolverse en el tiempo, adelantarse, hacer experimentos acerca de la capacidad sensorial del testigo, profundizar donde la situación y la narración lo amerite, puede compelerlo a determinada conducta donde no la presente, puede investigar en mayor medida la ciencia de su dicho, por qué conoció, cuándo y cómo, o puede preguntar de mejor manera las circunstancias del hecho, cómo, cuándo y dónde sucedió, puede adelantarse a la influencia de las partes preguntando primero él. En fin, puede reaccionar a los desvíos, a los errores que pueden surgir a lo largo de un relato y así, lo resaltamos, acercarse realmente a la verdad.

Pero como lo expusimos, para mí este requisito más que una habilitación legal, debe ser una habilitación moral, técnica, subjetiva. El funcionario competente para ello debe haber sido alguien entrenado en recibir testimonios en debida forma, entrenado en las técnicas psicológicas, judiciales, que permiten en mejor medida acercarse a la verdad. En realidad no importa que sea el juez, lo que en verdad importa es que tenga las capacidades para ello, así, podríamos adelantar nuestras conclusiones preguntando de nuevo: ¿en verdad estamos, nuestros funcionarios, preparados para la Sana Crítica?

De esta manera, para resumir, los errores que al respecto notamos, más que de nuestros funcionarios o de la misma administración de justicia, son, primero, la deficiente división del trabajo, que en la práctica, lleva a que funcionarios diferentes al juez, al que está legitimado para

⁵⁵ Si ello fuera así, los documentos no serían un medio de prueba autónomo, serían una especie de testimonios, pero claramente tienen naturaleza propia.

ello, reciba los testimonios, y segundo, la deficiente preparación, tanto de los unos como de los otros, para desarrollar el cargo de investigador, lo que afecta la cabal averiguación de la verdad.

También es necesario “*Que el testigo no adolezca de falta total o de defectos del órgano de percepción que debía utilizar para el conocimiento del hecho objeto de su testimonio.*” (Devis Echandía, 2006; p. 110). Este requisito afecta, positiva o negativamente, la credibilidad de un testimonio, afecta su eficacia, de esta manera, es imprescindible que el funcionario se preocupe por establecer estas falencias en un testigo. Por ello, el funcionario no solo está facultado, está obligado, por su deber de averiguar la verdad, de acercarse a ella, a indagar cuáles son las circunstancias que al respecto presenta el testigo, está facultado, por la doctrina, por la ley, por la lógica, a hacer todo tipo de averiguaciones, experimentos si se quiere, al respecto, así:

“Para precisar si existe o no este motivo de ineficacia del testimonio, debe relacionarse el defecto sensorial que sufra el testigo, con la razón del dicho que exponga y con el hecho sobre el cual declara, pues si este era susceptible de percepción mediante otro de sus sentidos que no adolecen de defectos y tal es la explicación que aquel da, ese defecto no puede perjudicar la credibilidad de su narración... es indispensable, además, examinar cuidadosamente las circunstancias en que según el testigo ocurrió su percepción, porque la sanidad del órgano respectivo no es suficiente para que, en todos los casos, esa percepción haya sido verosímil, entran en juego, para este fin, las circunstancias de tiempo, modo y lugar que el testigo debe explicar espontáneamente o por requerimiento oficioso del juez o de una de las partes, por ejemplo: la distancia que había entre el lugar donde se encontraba el testigo y en el que ocurrió el hecho, la hora, la luz y demás circunstancias de visibilidad, el tamaño del objeto que debía percibirse, la intensidad con que se hablaba o el ruido que debió producirse, etc., determinan la credibilidad de la percepción visual o auditiva que el testigo dice haber tenido.” (Devis Echandía, 2006; p. 244)

Todas estas averiguaciones deben ser hechas por el juez, de lo contrario la credibilidad, la eficacia del testimonio se ve mermada, y no porque necesariamente el testigo haya querido mentir, sino por las deficiencias del interrogador a la hora recibir el testimonio. Incluso, se puede, se debe, si se quiere ir tras la verdad, ir más allá:

“GORPHE... presenta como una prudente costumbre la que GROSS practicaba cuando era juez de instrucción, de someter a los testigos a pequeños experimentos, a fin de medir su capacidad para calcular distancias o el tiempo o para reconocer personas y describirlas; por ejemplo, les preguntaba la distancia que había desde donde se encontraban hasta un punto determinado que se distinguía desde la ventana de su despacho y el tiempo que había transcurrido mientras estaban dedicados a esa operación; les solicitaba que describieran una persona que había entrado a su despacho y luego salido o les pedía que la reconocieran entre otras.” (Devis Echandía, 2006; p. 245-246)

Estas circunstancias deben ser averiguadas, de lo contrario no se está fallando según la verdad sino según un prejuicio, pues nada más puede surgir de un interrogatorio mal practicado.

2.2.3. La Espontaneidad

Según ella se debe, también, aprovechar la *espontaneidad* del testigo. Por ello, primero le debe preguntar el funcionario, además, dejando que haga un relato libre de lo que sabe, esta técnica, comprobada por áreas como la medicina, es la más adecuada. “*En el mismo sentido se pronuncia Erico Altavilla. La experiencia procesal ha dado como resultado un criterio cierto: que la exposición espontánea es menos extensa que la que se hace en virtud de preguntas, pero en todo caso es mucho más fiel. El interrogador es un estímulo amnésico...*” (Parra Quijano, 2011; p. 335)

Pero lo que vemos, es que nuestros funcionarios no se esfuerzan por obtener de los testigos el mayor provecho, por el contrario, se limitan a un escueto interrogatorio dejando, según su parecer, “el trabajo a las partes”. Sin embargo, este actuar no puede ser menos que perverso. Como vimos, el interrogador es un estímulo nefasto para el testigo, a través de un interrogatorio interesado, al testigo se lo llevará por caminos que sirven a las partes pero no al proceso, y lo más crítico de todo, es que es un error irrecuperable. Después de obtenida una declaración de esta manera, en el testigo se cristalizará lo dicho y, o por temor a ser tomado por perjurio, o porque una evocación así cambie sus recuerdos imperceptiblemente, o por simple amor a sus palabras, ya no querrá, o no podrá incluso, recordar lo que presenció.

De esta manera, otra vez pues vemos un atentado enorme en contra de la averiguación de la verdad en un proceso, por cuenta de la vulneración de las normas, doctrinarias y legales, para practicar las pruebas.

Por último, para no alargarnos más al respecto, es simplemente aterrador cómo muchas veces vemos, venidos de juzgados de primera instancia primordialmente⁵⁶, testimonios desnudos, simplemente afirmaciones sobre hechos, sin que nada al respecto de la ciencia del dicho o razón del dicho, se haya aclarado. Notoriamente, la mayor razón para poderle dar credibilidad, para analizar la eficacia probatoria de un testimonio, es el poder analizar las circunstancias tanto de cómo se presenció el hecho, como las circunstancias de cómo sucedió el mismo.

De la razón del dicho depende enormemente la credibilidad del testimonio, por ello, una de las exigencias para la eficacia probatoria es: “*Que el testimonio contenga la llamada ‘razón del dicho’, es decir, del fundamento de la ciencia del testigo.*” (Devis Echandía, 2006; p. 114). De este requisito, considero incluso, dependen otros requisitos de eficacia del testimonio como “*Que no existan otras circunstancias subjetivas u objetivas que puedan haber alterado la fidelidad de sus percepciones o de su memoria.*” (Devis Echandía, 2006; p. 111), como el histerismo o graves alteraciones emocionales, pues de la ciencia del dicho se obtiene conocimiento de esas circunstancias. De la ciencia del dicho, por la misma razón, depende también el análisis de la “*Capacidad mental en el momento de la percepción de los hechos sobre los cuales versa el testimonio*” (Devis Echandía, 2006; p. 108). Depende asimismo el análisis de la “*Ausencia de perturbaciones psicológicas o de otro orden, que aun cuando no alcancen a producir incapacidad mental, sí pueden afectar la veracidad o fidelidad del testimonio.*” (Devis Echandía, 2006; p. 109). De la ciencia del dicho depende, por supuesto, el análisis de “*Que no aparezca improbable la ocurrencia del hecho en esas circunstancias de tiempo, modo y lugar que el testigo expone.*” (Devis Echandía, 2006; p. 117), depende el análisis de “*Que el conocimiento del testigo esté de acuerdo con esa razón de su dicho.*” (Devis Echandía, 2006; p. 118). De obtener la ciencia o razón del dicho depende el saber o no “*Que el hecho narrado y la razón del dicho no estén en contradicción con máximas generales de la experiencia.*” (Devis Echandía, 2006; p. 126)

La ciencia o razón del dicho resulta, por tanto, fundamental para tener, o no, confianza en lo que narra un testigo. A través de él se conocen todas estas circunstancias que son imprescindibles para saber que grado de credibilidad tiene una declaración. Por ello resulta asombroso que veamos en muchas ocasiones que algunos testimonios han venido, se ha fallado con base en ellos, sin obtener ninguna ciencia de lo que dicen los testigos, incluso, resulta también alarmante que los jueces en segunda instancia, viendo esta situación, no se rehúsen a tener en cuenta la

⁵⁶ Y me refiero a ellos, principalmente en este artículo, pues es ese el escenario dónde los errores son más peligrosos y es dónde más frecuentemente se dan, claro, debido a que allí principalmente se desarrolla la fase probatoria. Por ejemplo, hablando de peligrosidad, un testimonio recaudado con falencias, inevitablemente, será incorregible, un testimonio así recogido, en primera instancia, será muy difícil de cambiar y se cristalizará sin remedio, como incesantemente lo repite en todos sus textos, con absoluta razón, el profesor Parra Quijano.

declaración, no le resten cualquier eficacia probatoria, sino que simplemente la tomen así. Estas actuaciones vulneran la Necesidad de la Prueba pues si se falla con sustento en esas declaraciones, simplemente, se está fallando sin ningún sustento.

Los jueces que fallan así entonces, están fallando según su propio conocimiento, una prueba de este estilo no puede ser considerada como tal, es decir, no hay prueba o evidencia. Una prueba de este estilo lo único que trae al juez son rumores, prejuicios, jamás hechos, por ello, simplemente no deberían ser considerados testimonios, y aunque estos requisitos se los tenga como de eficacia probatoria y no de existencia, considero que en esta situación esas declaraciones no deberían ser tenidas por testimonios, pues de esa manera, prácticamente, la declaración no está versando sobre hechos, pues así narrados, no están suficientemente descritos.

2.2.4. Prueba pericial

Acerca de esta prueba también podemos observar muchas carencias, sin embargo, quiero destacar una que con su sola presencia puede englobar de cierta manera a todas: la escasa o nula valoración que se hace de este medio de prueba. De esta manera, sin más, pareciera que el funcionario cuando decreta esta prueba creyera que con ello está descargando su trabajo, que al decretarla simplemente lo que tiene que hacer es esperarla y acoger las conclusiones del perito. No obstante, el trabajo del juez sobre este medio probatorio es arduo e importantísimo. Debe comprobar los requisitos para su existencia, como ser consecuencia del encargo que se le dio al perito y dentro de sus límites, además ser un dictamen personal. Debe comprobar sus requisitos de validez, como la capacidad jurídica del perito. Debe revisar los requisitos de su eficacia, como que esté debidamente fundamentado, que sea convincente y no aparezca improbable, además debe revisar la competencia y experiencia del perito. Todo ello debe aparecer en la motivación de la sentencia (sin embargo casi siempre se lo extraña), para no fallar con base en prejuicios (como la apariencia personal del perito o su elocuencia) o en el conocimiento privado del juez, sino en pruebas legal y oportunamente aducidas al proceso.⁵⁷

2.2.5. Valoración probatoria

Por último, quisiera referirme a la valoración del acervo probatorio, otro escenario donde se cometen constantes atentados en contra de la averiguación de la verdad y en contra de la Necesidad de la Prueba ya que, como lo hemos filtrado innumerables veces, los errores en el tema probatorio hacen que se falle sin fundamento, vulnerando ese principio.

Al respecto del tema de la valoración de las pruebas⁵⁸, ese medio u “*operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido*” (Devis Echandía, 2006; p. 273), dos nos parece son los principales fundamentos de ese acto racional del juez.

⁵⁷ Para estos fines, en mi opinión, grande es el acierto traído por la ley 1395 de 2010, lo cual corroboró el Código General del Proceso, al obligar al perito a rendir informe en audiencia, allí, verdaderamente se podrá comprobar si el dictamen es un dictamen personal del auxiliar o si alguien más lo ha hecho por él, se podrá revisar si es convincente, si es claro y firme, todo trabajo mayormente del juez, que sin embargo, debido a la situación que describimos, grande es nuestro pesimismo acerca de que se haga en debida forma. Por ello es que no nos hallamos de acuerdo con quienes critican esta reforma, que incluso acusan de inconstitucional, primero, porque no es novedosa, el maestro Devis Echandía ya la describía en su magnífica obra, y segundo, no creemos que afecte ningún derecho, como el de defensa, o traiga confusión, esta forma de practicar este medio probatorio es ideal, no conculca el derecho de defensa pues su contradicción por errores graveo o leves se hará en audiencia, lo que por otra parte obliga tanto a las partes y al juez, pero sobre todo al perito, a estar preparados y solventar sus conceptos y opiniones en público y claramente.

⁵⁸ Al respecto, a pesar del verdadero afecto que siento por al obra del Maestro Devis Echandía, no puedo dejar de recomendar la fantástica obra del profesor Dellepiane, que, en realidad siento decirlo,

El primero es el uso de las herramientas que la técnica procesal moderna, que la ley pone en manos del juez para acercarse al acervo probatorio, es decir: “*La fundamental función de la lógica*” (Devis Echandía, 2006; p. 278), “*Pero al lado de la razón y la lógica, actúan la imaginación, la psicología y la sociología, además de otros conocimientos científicos y técnicos*” (Devis Echandía, 2006; p. 281), lo que podríamos resumir como el uso racional de las reglas de la experiencia, tanto científicas, como técnicas y comunes, o uso de la Sana Crítica.

Y por el otro lado, el segundo fundamento de la valoración de las pruebas, es el acto donde se expresa y se hace realidad el desarrollo del principio de la Necesidad de la Prueba, es decir, la argumentación o motivación del fallo. En resumidas cuentas, de la motivación expresa de las razones que llevaron al juez a tomar una decisión, se hace explícito el principio de la Necesidad de la Prueba. A través de la motivación el juez cumple con su obligación de fallar con base en pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso, ya que si resultara que obtiene pruebas de forma legal, pero no las usa como fundamento racional de su fallo, haciéndolo explícito a través de la motivación, en la práctica sería lo mismo que si fallara sin sustento en pruebas, vulnerando el principio de la Necesidad de la Prueba y fallando con su conocimiento privado.

Así, múltiples son las comprobaciones que debe hacer el juez, racional y razonadamente, acerca del acervo probatorio. Debe, por ejemplo, analizar cada medio de prueba individualmente, como lo vimos, para determinar su existencia, validez, y su mérito u eficacia probatoria, después, debe realizar un análisis en conjunto de esos medios de prueba, para que acompañado de la lógica y las reglas de la experiencia, pueda saber, por ejemplo, que los hechos expresados por esos medios de prueba no son contradictorios, no son imposibles, no son improbables, no son contrarios a algunos hechos notorios, o como lo propone Dellepiane, puede realizar algunos experimentos mentales para saber, de las tres únicas explicaciones posibles para una prueba⁵⁹, cuál es la verdadera, para lo cual el análisis en conjunto de las pruebas resulta esencial.

De esta manera, para que las conclusiones del juez no aparezcan sorpresivamente, para que no se vulnere el principio de la Necesidad de la Prueba y no se falle según el conocimiento privado del juez, es necesario que los razonamientos de este aparezcan explícitamente y apegados a la lógica, de lo contrario, dichos principios son irremediablemente vulnerados.

Pero, como todos sabemos, nuestros jueces, a pesar de lo mucho que se esfuerzan por presentar sentencias extremadamente largas, cuando ellas se analizan, encontramos que la extensión se debe mayormente a profusas citas de autores renombrados o de sentencias de las altas Cortes exclusivamente sobre el derecho sustancial, sin que en realidad, en lo fundamental (el análisis de los hechos), hagan alguna mención. Sin embargo, por lo común de esta práctica, por ser casi un hecho notorio y para no extenderme más en ello, no haré más comentarios y mejor dejaré la tarea de sustentar mis palabras al siguiente numeral, pues en el expondré un ejemplo de lo que digo, que por lo elocuente, no creo necesitemos más explicaciones.

es muy superior en cuanto a este específico tema; aunque, también vale decirlo, es en realidad el único tema que trata, así no se diga ello expresamente es el Índice. Cfr. (Dellepiane, 2009)

⁵⁹ El hecho narrado por un testigo, por ejemplo, puede tener solo tres explicaciones: o puede que el testigo esté mintiendo; o puede que el azar le haya llevado a decir o percibir lo que dijo como lo dijo, pero siendo en realidad errada la narración; o puede, por supuesto, que simplemente esté diciendo la verdad y el relato se apegue a los hechos. Cfr. (Dellepiane, 2009).

3. Ejemplo paradigmático: la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la comunidad Mayangna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua

Aunque acerca de este punto quisiera desarrollar un artículo mucho más extenso y meticuloso, traigo a colación un protuberante ejemplo de lo que sostengo, además que me parece pertinente pues a esta Corte la podemos considerar como parte de “nuestros jueces”, y por ello puede ser un buen testafiero de estos, para que debido a su espectacularidad, a todos nos quede clara la idea que denuncio.

Para dar por demostrado el *número de habitantes* de la comunidad Mayangna (Sumo) Awas Tingni, la mencionada Corte primero empieza por denunciar que para valorar las pruebas tiene absoluta libertad, acudiendo, como es obvio, a la Sana Crítica.

“88. La Corte tiene criterio discrecional para valorar las declaraciones o manifestaciones que se le presenten, tanto en forma escrita como por otros medios. Para ello puede hacer una adecuada valoración de la prueba, según la regla de la “sana crítica”, lo cual permitirá a los jueces llegar a la convicción sobre la verdad de los hechos alegados, tomando en consideración el objeto y fin de la Convención Americana.”⁶⁰

Sin embargo, olvida la Corte que esta libertad no significa, y nunca ha significado, falta de motivación o fundamentos. Así, después de transcribir muchas pruebas practicadas, documentales, periciales y testimoniales, que arrojaban o establecían muchas cifras diferentes (se llegó a mencionar 1016 habitantes, o 407), para la averiguación planteada, llega a la conclusión que: *“VII HECHOS PROBADOS... d. la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni se encuentra conformada por más de seiscientas personas;”⁶¹*

¡Y la explicación, la motivación, el fundamento que da para esta conclusión!, es un pie de página de este tenor:

“cfr. escrito de marzo de 1996 que solicita el “reconocimiento oficial y demarcación de las tierras ancestrales” de la Comunidad Mayagna Awas Tingni dirigido al Consejo Regional de la RAAN; sentencia No. 163 de 14 de octubre de 1998 de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua en relación con el recurso de amparo interpuesto por María Luisa Acosta Castellón, en representación de Benevicto Salomón Mclean, Siriaco Castillo Fenley, Orlando Salomón Felipe y Jotam López Espinoza, en nombre propio y como Síndico, Coordinador, Juez del Pueblo y Responsable del Bosque, respectivamente, de la Comunidad Awas Tingni, en contra de Roberto Stadhagen Vogl, Ministro del MARENA, Roberto Araquistain, Director General del Servicio Forestal Nacional del MARENA, Jorge Brooks Saldaña, Director de la Administración Forestal Estatal del MARENA, y de Efraín Osejo y otros, miembros de la Junta Directiva del Consejo Regional de la RAAN; documento titulado “Awes Tingni. Un Estudio Etnográfico de la Comunidad y su Territorio. Informe 1999”, elaborado por el Proyecto de Demarcación Territorial Awes Tingni, investigador principal: Theodore Macdonald; oficio DSDG-RMS-02-Crono-014-10-98 de 8 de octubre de 1998 de Rosario Meza Soto, Sub Directora General del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC), dirigido a Fernando Robleto Lang, Secretario de la Presidencia; documento titulado “Anexo A Universo de Estudio”; testimonio de Charly Webster Mclean Cornelio rendido ante la Corte Interamericana el 16 de noviembre de 2000; documento de enero de 1994 titulado “Derechos Territoriales de la Comunidad Indígena Awes Tingni” elaborado por la Universidad de Iowa como parte de su

⁶⁰ Cfr. OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Caso de la comunidad Mayangna (Sumo) Awes Tingni Vs. Nicaragua. Punto 88.

⁶¹ *Ibíd.*

“Proyecto de Apoyo para la Comunidad Awás Tingni”; y “Censo General de la Comunidad de Awás Tingni” correspondiente al año 1994.”⁶²

Así, puede que la conclusión sea verdad, o no (que es lo más probable de tan reprochable método), eso en verdad no importa para esta exposición. Lo que queremos decir, haciendo un símil con lo que sucede al interior de Colombia, es que explicaciones como estas no son de ninguna manera suficientes. Es decir, como hemos expuesto, en esta “motivación” no hay ninguna valoración de las pruebas, no se expone el mérito que se le asigna a cada una de ellas, el valor que tienen en conjunto, las reglas de la lógica y la experiencia que se aplicaron para llegar a semejante conclusión. No se exponen de ninguna manera las inferencias lógicas necesarias para llegar a ese dato, se pierde el tiempo, en otro lugar de la sentencia, en prolongadísimas citas textuales de las pruebas, que ahora citan, que nada dicen acerca de la convicción alcanzada por el juez y el razonamiento utilizado para ello. En fin, se falló sin sustento en las pruebas, pues no explicar, no argumentar la decisión (explicación que tiene un contenido y un método mínimo e indispensable), equivale a ello, y por lo tanto se rompió el principio de Necesidad de la Prueba y la prohibición de fallar según el conocimiento privado del juez.

4. Conclusiones. Después de todo, ¿estamos preparados para la sana crítica?

De esta manera, de todo lo que se ha dicho, de las constantes, protuberantes y profundas irregularidades expuestas que se presentan a diario, que hacen de la situación un estado inconstitucional e ilegal de cosas, nos preguntamos, ¿será que estamos preparados para la Sana Crítica?

Recapitulando, para responder a esa pregunta, vimos que la Tarifa Legal, a pesar que hoy la consideremos un anacronismo jurídico, en su momento significó un gran avance. Dicho sistema fue la reacción a los absurdos métodos probatorios, provenientes del antiguo derecho germánico, que invocaban a las divinidades para que ellas solventaran la prueba y decidieran. Este sistema, el de la Tarifa Legal, excluyó ese anterior y, además, le dio pautas, aunque rígidas, a los jueces para que condujeran su conducta en el quehacer probatorio, les dijo cómo recaudar pero, principalmente, les dijo cómo valorar las pruebas.

Es decir, para traer el pasado al presente, usemos un ejemplo actual: la Tarifa Legal funcionaba de manera similar a como hoy funciona la Tarifa Científica Probatoria. Así, aunque se pueda discutir si la prueba pericial en un proceso de filiación con uso del ADN mitocondrial y del cromosoma Y, por ejemplo, puede ser discutida o no por otras pruebas⁶³, por su alto grado de certeza⁶⁴, con dicha prueba sucede lo que sucedía con la Tarifa Legal. El trabajo del juez es mínimo. La ley en la antigua tarifa, o el peso de las evidencias científicas de la prueba que comentamos, hacían y hacen que el trabajo del juez sea simplemente el de aceptar el veredicto que la ley hacía, *a priori* anteriormente, o hace el perito actualmente. No obstante, dicha comodidad, que es lo que en últimas significa la Tarifa Legal para el funcionario, es una muy rara excepción, solamente justificada por el contexto histórico que vimos, o por el peso de las evidencias científicas que vemos actualmente en este caso.

⁶² *Ibíd.*

⁶³ Muchos afirman que la tarea del juez es tan reducida que dicho tema no debería siquiera ya ser judicial, con lo cual tiendo a estar de acuerdo. No obstante, con ello no afirmamos que el juez no deba sustentar al acogimiento del peritaje, debe, igual que con cualquiera, analizar y valorar sus requisitos, como los que dejamos explicados en el aparte pertinente en este escrito.

⁶⁴ Cfr. (Giacometto Ferrer, 2003); Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación del 22 de Noviembre de 1999. Magistrado Ponente: Nicolás Bechara Simancas; Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación del diez de marzo de 2000. Magistrado Ponente: Jorge Santos Ballesteros.

Así, ese sistema de la Tarifa Legal resulta claramente inconveniente hoy (salvo la excepción comentada). Las complejidades de los procesos y de la misma realidad humana, han mostrado que la rigidez probatoria, a pesar de ser una pauta clara para el funcionario (comodidad) y una garantía de igualdad, deja mucho que desear a la hora de averiguar la verdad y, si como manifiestamente ocurre hoy, el principal objetivo del proceso es averiguar la verdad bajo un escenario de garantías, la Tarifa Legal ha quedado rezagada en ese objetivo y se ha tornado obsoleta.

De esta manera entonces, ha aparecido el sistema de la Sana Crítica entre nosotros, y este es, a su vez, una reacción al sistema de Tarifa Legal. Es reacción a su rigidez, es la adecuada respuesta a las complejidades del quehacer investigativo y las necesidades del proceso moderno. Pero, como ya lo habíamos dicho, hay un *supuesto*, un *pre-supuesto* ineludible para el establecimiento de la Sana Crítica como sistema: *la preparación adecuada de nuestros jueces en el quehacer probatorio*.

Como lo explicamos, la Tarifa Legal tiene de ventajoso para nuestros funcionarios, que pretende ser una guía clara en su actuar, la Tarifa Legal, por haber nacido como control a las actuaciones absurdas de los juzgadores, tiene esa principal característica. La Sana Crítica, por el contrario, propende por la necesaria libertad que deben gozar los investigadores para fallar según la verdad de los hechos, claro, sin que signifique arbitrariedad, pues se sustenta en las reglas de la experiencia, la técnica y la lógica, y el funcionario debe siempre, al fallar, hacer comprobables sus conclusiones, al menos, socialmente, es decir, comprobables para sujetos de mediana cultura en un sitio determinado, o en ese sentido verdad objetiva.

Toda libertad por tanto, su gran mayoría, trae consigo responsabilidades. Ninguna libertad es absoluta como creen muchos de nuestros jueces y la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos. Como ya lo vimos, la Sana Crítica para los funcionarios, para la administración de justicia, para los abogados, para el Estado, para las Universidades, y para la sociedad en general, trae profundas responsabilidades, pero, primordialmente, trae la primerísima responsabilidad de estar preparados para ella.

Pero, todo lo expuesto, esta indiscutible situación inconstitucional por ser ilegal y con ello vulnerar carísimos derechos fundamentales, que no se agota en la sucinta lista de ejemplos que tratamos, para nosotros es un evidente indicio de que aquella responsabilidad mencionada, está siendo ignorada. Nuestros funcionarios, nuestros abogados, nuestra administración de justicia, nuestra educación, han olvidado la centralidad, el principalísimo papel que juega el Derecho Probatorio para el proceso y el Derecho en general.

Como recordamos, un concepto ya por todos aprehendido, la Norma Jurídica⁶⁵ se compone de dos elementos, un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica⁶⁶, y como de ellos resulta evidente, la mitad, podríamos decir, de una norma, son los hechos que componen su supuesto de hecho. Así, haciendo extenso el comentario y exagerándolo (quién sabe en qué medida sea realmente exagerado mencionarlo), *la mitad del Derecho*, de su práctica, está compuesta por los hechos y su prueba, de ahí que se dijera, repitiendo: “*dame los hechos y te daré el Derecho*”.

⁶⁵ “*Toda norma jurídica contiene dos términos: una proposición hipotética y una consecuencia asignada a la realización de tal supuesto. El primer cuerpo es una descripción o juicio condicional: un hecho o conjunto de hechos, dentro de un determinado marco de circunstancias; en cuanto que el segundo es el mandamiento de un efecto o resultado jurídico para el caso de que en la práctica concurren todos los elementos de la hipótesis. Así, cuando el conjunto de hechos y circunstancias que conforman el supuesto se encuentra completo, el juicio deja de ser hipotético para convertirse en imperativo o incondicionado.*” (Hinestrosa, 2002; p. 39)

⁶⁶ De ahí el acierto de Rosemberg y Micheli, de calificar a la Carga de la Prueba como aquella carga que incumbe a las partes de probar el Supuesto de Hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Por ello, al principio, quisimos referirnos a la definición de proceso, para nosotros, una acepción poco conocida pero muy importante y que refleja esto a lo que nos referimos, es su definición como método de averiguación de la verdad. Las pruebas, la actividad probatoria compone su centro, es su esencia, de allí la alta responsabilidad que tenemos respecto a esta materia. Y si no se respeta como es debido esta centralidad, como ya lo vimos, muchos principios fundamentales resultan siendo violados. Si no se *recauda* legal y oportunamente las pruebas se están atentando contra el principio de la Necesidad de la Prueba. Si no se las *valora* en debida forma, se está atentando contra el mismo principio y, en fin, debido a ambas falencias, se está fallando con el conocimiento privado del juez e irrespetando el derecho, en la práctica, a ser oídos y vencidos en juicio. Para respetar este deber por lo tanto, es que nace aquella necesaria libertad otorgada por la Sana Crítica, pero como lo expusimos, dos son los principales requisitos. Primero, estar preparados, y recaudar legal y oportunamente las pruebas, respetando todos sus requisitos de existencia, validez y eficacia, y segundo, se debe estar preparados, y se las debe valorar metódicamente, exponiendo, razonando, motivando, basando en la lógica, las reglas técnicas, científicas y de la experiencia, las conclusiones que con fundamento en ellas se pretende tomar. Pero como vemos de los ejemplos propuestos, muchas veces, nada de ello ocurre.

Así, para el tiempo en que se redactó el Código de Procedimiento Civil colombiano (años 70's), el establecimiento de la Sana Crítica y de la libertad de valoración (cosa que se conserva en el Código General del Proceso) era prometedor. La Tarifa Legal había demostrado sus limitaciones y falencias, y debido al cambio de concepción de lo que era el proceso (ya no como contienda, sino como método de averiguación de la verdad y necesidad de fallar según lo averiguado), la Tarifa Legal se hizo anacrónica. La Sana Crítica se mostraba, como se puede notar de la defensa del Maestro Devis Echandía en su magnífica obra ya citada, casi como un eco del iluminismo o la ilustración, se mostraba como la confianza que se le tiene a la razón, a la razón de nuestros jueces y funcionarios, en que ella lograría, con libertad, hallar la verdad allí donde para la Tarifa Legal se mostraba esquiva.

Sin embargo, qué nos indica entonces la situación descrita, donde no se usa ningún método para la averiguación, donde las técnicas psicológicas, sobre todo en la recepción de testimonios, son absolutamente desconocidas o por lo menos ignoradas, pues incluso creo que muchos de nosotros, como abogados, jamás hemos recibido instrucción al respecto. Qué nos indican aquellas construcciones indiciarias sin ningún método, que todos hemos tenido oportunidad de leer. Qué nos indica la valoración de peritajes sin ninguna valoración, es decir, aceptando llanamente la palabra del perito.

Son preguntas escalofriantes para quienes vivimos, para los que hemos construido nuestra *noción-de-realidad*, con base en el Derecho⁶⁷. Sus mismos fundamentos, su lógica interna, está en entredicho cada vez que leemos una sentencia judicial. Incluso, me atrevería a decir, no hay siquiera un método decantado de valoración probatoria. Como ya lo había indicado, por ejemplo en la obra del Maestro Devis Echandía, no aparece un método claro de valoración, como sí lo intenta Dellepiane, sin embargo, ninguno de los dos resulta ser suficiente. Como vemos de la lectura de los dos grandes Maestros, solamente se hacen constantes referencias a las reglas de la lógica, la psicología y las técnicas en general, pero sin explicarlas o desarrollar un método, sin embargo, es claro que la lógica y las demás técnicas, poseen uno.

Pareciera entonces que la libertad que se pregona en todos los foros, que nos trae la Sana Crítica, fuera el *método*, el ardid mejor decir, para evadir las cuestiones metodológicas imprescindibles

⁶⁷ Es decir, todos los seres humanos, como lo sostengo en mi tesis de grado, pues todos vivimos en *nociones-de-realidad*, en la Ideología, y una especie de ella es el Derecho, donde mayormente nos hemos trasladado a vivir hoy. Cfr. (Domínguez Angulo, 2009)

de esta problemática, y a la manera de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, fuera el pretexto para no mostrar precisamente ningún método. El formidable profesor Edgardo Villamil Portilla, en sus clases acerca de los Recursos Extraordinarios, en especial el de la Casación y su requisito de que el error de hecho debe ser *manifiesto* (para la causal de violación indirecta de una norma sustancial, que es un aspecto eminentemente probatorio), nos recordaba como aquello era expresión del pánico que siente el humano por el tema de la verdad, por revisarla en sede de Casación por lo que en definitiva se deja el tema al prudente arbitrio del juez de instancia. Por ello, haciendo extenso ese comentario y lo que venimos diciendo, acerca del tema de la verdad, de su averiguación, lo que se presenta es una gran cobardía intelectual para afrontar su inmensa problemática, ese es asunto de la “discreta autonomía del juez de instancia”, es el conjuro para evadir muchas veces el problema.

Hemos por tanto, prácticamente, cerrado los ojos a esta realidad. Así, no pareciera que la doctrina, mucho menos los jueces o funcionarios, estén preparados para ejercer la libertad que ofrece la Sana Crítica, por ello preguntamos, de nuevo: después de todo, ¿estamos preparados para la Sana Crítica? Serias dudas he tenido al respecto desde que el Maestro Devis Echandía me explicó, en su hermosa obra, lo que en realidad significa la Sana Crítica y su desarrollo histórico. Serias dudas tengo, no puedo decir más.

Esa es mi conclusión, ahora, si de proponer soluciones se trata, de todo lo dicho y sin querer ser exhaustivo en mi propuesta, creo indispensable, obviamente, la preparación, pero, ante ello, irremediablemente, tenemos un reto enorme. Como dijimos, en el Derecho Probatorio no se ha construido una teoría o método lo suficientemente elaborado, sobre todo en el tema de la valoración de las pruebas⁶⁸. Y no se ha construido un método suficiente porque, inevitablemente, ese es un tema interdisciplinario y, lamentablemente, así no se lo ha tomado hasta ahora.⁶⁹ Por ejemplo, como muchos recordaremos, a pesar del atraso de países como Estados Unidos (pues nada menos que eso es el aún conservar el sistema de jurados), vemos que los bufetes, las Cortes, se preocupan por temas como la asistencia psicológica para recaudar y valorar testimonios, lo cual nos indica en algo la solución.

De esta manera, a lo que creo se debe apuntar es a construir una teoría o método que se sustente interdisciplinariamente, que beba de la psicología, de la sociología (la sociología del conocimiento (Merton, 1977), principalmente, que intenta explicar cómo nosotros, como humanos, producimos conocimiento y sus problemáticas), de la política o la filosofía, y de muchas otras materias pertinentes. De allí debe partir nuestra preparación para después divulgarla, para preparar después a nuestros funcionarios ya que, desafortunadamente, no se puede saltar ese paso.

La *verdad* nunca dejará de ser inalcanzable, nunca dejará de ser una noción, pero ello no nos puede hacer renunciar. Tomando ejemplo de las ciencias de largo aliento que nunca desfallecen, el Derecho debe proponer su método, propio pues no solo responde a la necesidad de asir la verdad, sino que responde también a la necesidad de obtener una sentencia definitiva y con ello

⁶⁸ Ya que en el tema del recaudo y tratamiento de cada medio de prueba, mucho, enorme y magistral, es lo que se ha construido hasta ahora.

⁶⁹ “Establecida esta dependencia entre las normas procesales relativas a la prueba, por una parte, y la filosofía en general y la lógica aplicada en especial, por la otra, es curioso y sensible de notar que el estudio de las citadas normas se verifica en las facultades de derecho desde un punto de vista jurídico y exegético, antes que filosófico; como asimismo que se lleva a cabo el examen aislado de cada uno de los medios de prueba (confesión, testimonio, peritaje, etc.), determinándose las condiciones que para cada uno de ellos haga de por sí plena prueba, pero sin realizar, antes o después de esa investigación, un estudio de conjunto sobre la prueba en general. Ahora bien, el estudio de la prueba, o mejor de las pruebas, en tal forma efectuado, deja en el espíritu lamentables vacíos y confusiones inevitables que el instinto o la razón natural salvan, generalmente después, aunque a costa de grandes esfuerzos y no sin dejar puntos oscuros en la mente.” (Dellepiane, 2009; p. 2)

seguridad, de manera pronta. Sin embargo, como lo afirma el Maestro Devis Echandía, no por ello este método debe dejar de ser objetivo, o al menos socialmente objetivo.

Evocando el sistema de Tarifa Legal pero sin llegar al extremo que representa, se debe dejar en la necesaria libertad al investigador o juzgador para averiguar la verdad, pero a su vez, se le deben establecer pautas que por generales o universales⁷⁰, no irán en contra del mínimo de libertad indispensable, sino que representarán útiles y necesarias guías para el juzgador (a la manera de la Tarifa Legal), que más que legales, serían respetuosas remisiones a normas técnicas o científicas ajenas a lo estrictamente jurídico.

“La tendencia actual, en todas las legislaciones, es en el sentido de la libertad dejada al juez para la apreciación del valor o fuerza de la prueba. Hay quien opina que la libertad debe ser absoluta. En esto, como en todas las cosas, lo prudente y sabio es, sin duda, colocarse en un término medio razonable. Entre sofocar la conciencia del juez bajo una multitud de reglas, muchas de ellas de dudoso resultado, y dejarlo en absoluto librado a su propia inspiración y criterio, hay, evidentemente, un término medio racional: el que consiste en preceptuar ciertos principios, universalmente aceptados por su carácter de fijeza y por la posibilidad de su demostración científica, dejando, sin embargo, en definitiva al magistrado el derecho para formarse su propia convicción. Comoquiera que sea, ya se adopte una u otra opinión, resulta de lo expuesto la incontestable importancia que tiene el estudio filosófico de la prueba a fin de ilustrar la conciencia del juez, en forma que sobre puntos tan delicados como estos su espíritu no pueda ser presa de vacilaciones ni dudas y que sus fallos revistan una exactitud rigurosa.”(Dellepiane, 2009; pp. 34-35)

En fin, lo que en definitiva está al fondo de mi propuesta, es dejar de lado el pretexto de la *libertad* para no esforzarnos por un método, ya es hora, en estos tiempos que vivimos, de dejar de mentirnos, hemos dejado con indiferencia en los hombros del juez, a través de la *libertad*, la responsabilidad del método (sin método hasta hoy), pues para mí la *libertad*, en gran medida, ha significado para nosotros el *procedimiento* para evadir la complicadísima tarea de pensar acerca de la *verdad*. Es una obra monumental, interdisciplinaria, pero de su desarrollo, y de la preparación en ella a nuestros funcionarios, creo, depende el mismo sustento de nuestro mundo-realidad, depende el sustento de nuestra *noción-de-realidad*, en donde habitamos, creada en la palabra, en el lenguaje, es decir, el Derecho.

Bibliografía

- Dellepiane, A. (2009). *Nueva teoría de la prueba*. Bogotá: Temis.
- Devis Echandía, H. (2006). *Teoría general de la prueba judicial. Tomo primero*. Bogotá: Temis.
- Domínguez Angulo, J. P. (2009). *La ideología y la adaptación en la base del derecho* (Tesis Abogado). Universidad Externado de Colombia.
- Giacometto Ferrer, A. (2003). *Teoría general de la prueba judicial*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- Hinestrosa, F. (2002). *Tratado de las obligaciones I. Concepto, estructura, vicisitudes*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- López Blanco, H. F. (2007). *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano. Tomo I. (Novena)*. Bogotá: Dupré.
- Lorite Mena, J. (1982). *El animal paradójico. Fundamentos de antropología filosófica*. Madrid: Alianza.
- Dellepiane, A. (2009). *Nueva teoría de la prueba*. Bogotá: Temis.
- Merton, R. K. (1977). *La sociología de la ciencia. Investigaciones teóricas y empíricas*. (N. A. Míguez, Trans.). Madrid: Alianza.

⁷⁰ Las cuales se podrían establecer en reglamentaciones de la materia.

Parra Quijano, J. (2011). *Manual de Derecho Probatorio* (Décimo Octava). Bogotá: Librería del Profesional.

Popper, K. (1967). *La sociedad abierta y sus enemigos*. Buenos Aires: Paidós.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación del 22 de Noviembre de 1999. Magistrado Ponente: Nicolás Bechara Simancas

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación del diez de marzo de 2000. Magistrado Ponente: Jorge Santos Ballesteros.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación del trece de mayo de 2008. Magistrado Ponente: César Julio Valencia Copete.

OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Caso de la comunidad Mayangna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua.