

## **PAPEL DEL AZAR EN LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS**

**DR. JIMMY ROJAS SUÁREZ**

*Profesor de Derecho Probatorio y Procesal Civil  
de la Universidad Externado de Colombia.*

### **INTRODUCCIÓN:**

Hemos insistido fehacientemente en la importancia de un bagaje probatorio rico, nutrido, diciente y plural, esto es, que ni los sujetos procesales, ni el propio juez, pueden conformarse con recaudar una sola prueba para soportar el fallo, salvo que se trate de un indicio necesario u obligatorio, pero como sabemos, encontrar uno en el plano práctico y real de un expediente judicial es muy difícil, por eso se habla de ese acervo que hace tránsito a plena prueba, como un conjunto, eso es, un conjunto de pruebas, que con base en las reglas de la sana crítica, compuestas por sentido común, reglas de la experiencia y el conocimiento básico de los principios orientadores de las ciencias, técnicas y artes que se relacionan con el área jurídica en que trabaja dicho juez.

Pero no basta tener varias pruebas legal y oportunamente aportadas al proceso, que estas hayan podido ser controvertidas por las partes y que luego el juez esgrima con su inteligencia lo que sabe de sana crítica, es necesario que dichas pruebas sean analizadas en su conjunto, esto es en su contexto general, primero una a una, extrayéndole los elementos de convergencia y los de divergencia, para luego hacer sumatorias de unos y otros, pero no contento con esto, el operador jurídico debe mirar los vasos comunicantes existentes entre cada uno de esos elementos de convergencia y a su turno los de divergencia, con ello, está proyectando la parte considerativa o de soporte que debe tener el fallo, esta valoración, que habrá de desatar la litis debe estar totalmente impregnada de inmediación, esto es, solo el juez y nadie más que el juez de la causa, está llamado a la ponderación, como una función totalmente indelegable.

Sabemos como, en muchas ocasiones la ley permite que el decreto y la práctica de las pruebas puedan realizarse por sustitutos del juez, o en el peor de los casos, el propio juez sea el que hace la delegación, en actitud prevaricadora; pero lo que si no podemos entender, ni siquiera por vía normativa, es que el juez singular o plural que debe tomar la decisión de fondo que pone fin al proceso, delegue en terceros la valoración del bagaje probatorio. Lo anterior tiene una explicación lógica y jurídica básica, y es, que la del juez es la tercera versión en el expediente; en efecto, en un esquema procesal normal, demandante aporta su versión de los hechos, con el libelo demandatorio, lo propio hace el demandado en su replica a la demanda, teniendo el operador jurídico que soportar la suya única y exclusivamente en las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso.

Hoy día sabemos que la ciencia y las técnicas han cambiado por completo la condición del ser humano; pero de las iniciales preocupaciones que tenían nuestros antepasados, algunas como las matemáticas, la alquimia o la medicina se han superado ampliamente al punto que trabajamos sobre la base del llamado desarrollo sostenible, es una carrera loca, por superar barreras físicas y lograr "bienestar", otras ciencias de carácter más filosófico han sufrido terribles estancamientos, parecen no ser tan importantes para el logro de ese desarrollo sostenible que experimenta la humanidad desde el siglo pasado; sin embargo hace un par de décadas los científicos modernos les preocupan mucho más por saber qué papel juega en la creación de ciencia de punta, el caos y el azar, sobre el particular, el autor anglosajón David Ruelle<sup>1</sup> nos ilustra de la siguiente manera: *"El destino de la ciencia ha sido diferente de el de otros dominios de la curiosidad humana, no porque la curiosidad fuera de otra naturaleza sino porque los objetos y los conceptos manejados eran diferentes. Ha resultado más provechoso el análisis de las propiedades de los triángulos que la interpretación de los sueños. El estudio del movimiento del péndulo se ha mostrado más fructífero que el estudio de la naturaleza de la conciencia. A veces la ciencia ilumina los viejos problemas filosóficos, y a veces se ve subvertida por ellos. Pero con frecuencia las cuestiones que sugiere la introspección quedan sin respuesta o, si las respuestas llegan, son intelectualmente convincentes antes que psicológicamente satisfactorias.*

El azar no parecía ser a priori un tema muy prometedor para un estudio preciso, y muchos científicos lo han menospreciado en otros tiempos.

<sup>1</sup> Ruelle David, Azar y Caos Alianza Universidad, Madrid, 1993.

Ahora, sin embargo, desempeña un papel central en nuestra comprensión de la naturaleza de las cosas. El objetivo del presente libro es dar una idea de este papel. Hemos visto cómo, mediante las teorías físicas, podemos idealizar el mundo que nos rodea, y cómo el caos limita el control intelectual que tenemos de dicho mundo. Hemos visto que una evaluación correcta del azar y de la predecibilidad son importantes, tanto en el nivel de la vida cotidiana como en el nivel de la historia. Hemos introducido la entropía que mide la cantidad de azar debida al caos molecular en un litro de agua. Hemos echado una ojeada a los problemas de la complejidad, y hemos visto que la información útil puede ser muy difícil de obtener. Y hemos encontrado azar incluso en las propiedades de los números enteros 1, 2, 3,..."

Hasta aquí todo es elemental y hasta repetitivo, en ocasiones cuando se inaugura un nuevo curso de Derecho Probatorio, uno siente que los discentes pueden pensar que todo ya está dicho y que cuando uno trata de explicar la importancia mayúscula de la prueba dentro del proceso, el tema es un presupuesto básico que todos los alumnos ya saben y que no necesitan que se lo estén repitiendo. Sin embargo, una verdad tan grande como la que nos ilustra que la prueba es la columna vertebral del proceso y lo único imprescindible en este, no es tan conocida, ni es un presupuesto básico que no necesite ser repetido y muy bien explicado; por eso partir ilustrando sobre la necesidad de la prueba, la prohibición de la utilización del conocimiento privado del juez en la proyección del fallo, de la unidad y la sana crítica, no es inapropiado.

Pero también, es muy importante advertirle al jurista moderno, que cuando tenga que asumir el rol de juez o árbitro, no basta adiestrarse en la disciplina valorativa desde la óptica de la sana crítica, sus reglas y elementos, tampoco que se conforme con analizar en conjunto el acervo, y busque la comunicación entre los distintos elementos, sino que debe formarse como un pensador, esto es con una mente, capaz de crear y recrear hipótesis variadas pero factibles, frente a lo que pudo haber ocurrido en la realidad, frente al caso que investiga y tiene que fallar. Además la tarea no es exclusiva para quien aspira a la judicatura, el litigante nato, también debe tener esas fortalezas y destrezas, para que su misión en los alegatos sea advertirle al juez sobre los laberintos fácticos que haya tejido la contraparte, para lograr que la certeza o versión de ese juez coincida con la de aquel; por eso lo primero que debe aprender el aspirante a juez, el que ya lo es, e incluso cualquier abogado, es que las apariencias mienten,

que lo impactante pero primitivo de nuestros sentidos en ocasiones logra engañarnos, en otras palabras a no pasar sin masticar en debida forma las evidencias primarias de los hechos.

La certeza frente a los hechos de un juicio, es siempre un estado subjetivo de la mente, es la seguridad que ostenta el juez de haber llegado y capturado la verdad de lo ocurrido, y muchas veces adquirimos certeza y convencimiento, pero estos distan mucho de la verdad real, todo porque nos basamos en evidencias engañosas, o interiormente queremos que las cosas sean de determinada manera, porque definitivamente no siempre el oro brilla como quisiéramos.

Lo anterior pasa, en virtud del azar o la casualidad, o en el peor de los casos en virtud de la falsificación de las pruebas; en este ensayo disertaremos sobre el primer aspecto, enfocado a la valoración técnica de las pruebas por parte del juez, apelando a factores filosóficos, físicos y jurídicos, pero sin agotarlos en su integridad; trataremos de demostrar cómo el azar juega un papel que debe siempre tenerse en cuenta, porque es mucho más frecuente de lo que pensamos, porque resulta peligroso y suele ser un enemigo oculto, lo que nos obliga a estudiar la manera como debe descartarse la ocurrencia de hechos o circunstancias nacidas en dicha casualidad de los procesos jurídicos, ora administrativos ora judiciales.

#### **DEFINICIÓN:**

*“Combinación de circunstancias que no se pueden prever ni evitar”,* rezan en síntesis, la mayoría de diccionarios de nuestra lengua, para definir lo que significa casualidad.

No es sencillo definir lo que no sabemos con exactitud cómo sucede, sin embargo pensemos en que azar se da, cuando dos fenómenos, hechos o circunstancias de la vida, coexisten en planos paralelos, pero distintos, como los rieles del ferrocarril, por lo tanto, no tienen porque llegar a encontrarse, no se prevé su encuentro, pero sucede, algún día se encuentran y ese choque produce el azar.

Es lógico entender que entre más distantes se encuentren esos fenómenos, menor es la posibilidad de choque, así la posibilidad de que nuestro natural satélite se salga de órbita y se estrelle contra la tierra es poco factible pero probable, en tanto que uno de los doce satélites de Júpiter enloquezca y termine atropellando nuestro planeta, es poco factible y muy

poco probable, mas no imposible, pero que una pequeña luna de un distante planeta de otro sistema solar de una galaxia ubicada a miles de millones de años luz de la nuestra, venga a embestir nuestro mundo es sencillamente imposible.

El entendimiento científico del significado del azar comienza por el acercamiento al problema y el cálculo de las "*probabilidades*". Como siempre que se quiere reglar una solución, aquí es necesario hacer gala del buen ingenio, pero sin salirnos de la realidad y la posibilidad de los hechos reales; por ejemplo cuando existen noventa posibilidades de que alguien pase por un lugar determinado a determinada hora del día, ocurra frente a diez de que no pase, todo en una escala de uno a cien. La probabilidad de que dicha persona pase por ese lugar se estima en 90/100, lo que me hará tomar la decisión de esperarla para saludarla o irme para no perder el tiempo.

Aquí, el punto de las probabilidades es decisivo, como vemos, ellas son cuantificables; las probabilidades se miden de cero a cien por cien, La probabilidad 0% (cero por ciento) corresponde a un suceso imposible, y la probabilidad 100% (cien por ciento) a un acontecimiento necesario o seguro. Una probabilidad que no es ni 0 ni 100 corresponde a un suceso incierto pero para el que nuestra ignorancia no es total.

El juez debe catalogar los hechos, clasificarlos y darles un coeficiente de probabilidad, donde ellos oscilan entre lo absurdo, lo imposible, lo improbable, lo poco frecuente, lo probable, lo frecuente, lo muy frecuente y lo necesario u obligatorio.

Poder triunfar, para no estrellarnos con la casualidad de los hechos depende de varias circunstancias, algunas de las cuales están aseguradas y otras son aleatorias. Es importante estimar correctamente esas circunstancias, y así elaborar una regla de las probabilidades, que nos facilite la tarea al valorar la prueba y que se implemente de tal manera que nunca se olvide u opere automáticamente, como los vehículos automotores que no arrancan sino se tiene abrochado el cinturón de seguridad.

El pasar del tiempo y su medición, son puntos de partida de nuestra percepción ahora debemos examinar que el *azar* es otro aspecto esencial de nuestra cotidianidad; en realidad de verdad el azar no es tan extraño, por el contrario es inusitadamente frecuente; se presenta en casi todo lo que hacemos, vivimos junto a él y no nos percatamos, se parece a los microbios y virus que nos invaden y solo hasta cuando nos enferman sabemos de su existencia; ahora cabe preguntarnos ¿Cómo articular el

aspecto temporal y el azar? Antes de hacer una apuesta de cuál será el lado en que un dado decide caer, debo pensar que las probabilidades de acertar es una entre seis; luego lanzo el dado y cae en la cara marcada con cinco puntos y entonces nos preguntamos ¿por qué salió cinco y no otro número de los seis? la respuesta no es nada fácil: nos encontramos ante una realidad y nada más, pero es necesario que yo piense qué hubiera ocurrido si sale otro número, ¿quién hubiera ganado la apuesta? ¿qué hubiera pasado si el dado se lanza unos segundos más tarde?, ¿o lo lanzo más fuerte o menos fuerte?, todas esas hipótesis debe formularse el juez al llegar a lo que cree una deducción forzosa o una realidad inmodificable. Pero volviendo al punto de las probabilidades y el coeficiente de posibilidad de los hechos, debo pensar, que si en lugar de jugar al dado decido jugar a cara y sello de una moneda, mis posibilidades de ganar, se extienden muchísimo ahora de una entre dos, con la diferencia de tener menos contrincantes. El azar es impredecible por naturaleza, pero el tiempo que lo rodea y otras circunstancias no lo son; veamos, si en el tema del dado este aparece cargado por sobrepeso o la textura sobre la que rueda está inclinada, debemos analizar dichos aspectos desde la exactitud de las matemáticas y la física, así será la misión del juzgador en un proceso, cuando el material probatorio en un expediente demuestra un suicidio, el fallador debe ser acucioso e indagar si realmente el occiso tenía motivos para quitarse la vida, si tenía enemigos, si era querido por su familia, si lo atormentaban problemas sentimentales o económicos, si existen antecedentes de suicidio en su familia o entorno, o si simplemente se trató de un accidente, porque al requerirse e indagar sobre estos tópicos puede llegar a concluir que las circunstancias demostrativas del caudal probatorio recogido hasta ahora, solo son producto de la casualidad y que en realidad se encuentra frente a un caso de un homicidio.

En otras ocasiones el tema de las posibilidades no una simple cuestión de simples operaciones matemáticas, por ejemplo en la final de la copa mundial de fútbol, fácilmente se podría pensar que la posibilidad de que uno de los dos equipos gane, es de una entre dos o de cincuenta por ciento, igual que al lanzar la moneda al aire, pero resulta que en el caso de la final de fútbol es distinto, pues los factores que influyen en el resultado son enormes, por ejemplo quien juega de local, el favoritismo de uno de los equipos en general y de algunos jugadores en particular, el clima y la altura del sitio donde se juega, pero de todas formas, existe la posibilidad de que el equipo aparentemente débil y foráneo saque la ventaja, siendo un típico caso de casualidad.

Por ahora la humanidad no cuenta con una teoría unificada que resuelva todos los cuestionamientos del mundo físico, químico o psíquico, la esperanza de todo científico es ver un día una teoría absoluta e infalible en acción, pero no hemos llegado a eso en todas esas ciencias, tan solo en algunas como las contables, la de sistemas computables o en genética con las pruebas de ADN, pero cada día avanzamos en muy buena dirección, al grado que alcanzaremos la llamada tarifa científica probatoria y llegará la era de la prueba pericial, como la reina genérica de todas las pruebas. Pero mientras llega ese reinado, los funcionarios y jueces, al valorar unas pruebas ya plenas dentro de un expediente, deben seguir acudiendo a su ingenio y laboriosidad, creando, recreando hipótesis y posibilidades, para ir descartándolas, hasta quedarse con una sola, ya no como hipótesis, sino como su certeza, que habrá de llamar verdad procesal, en el entendido que la certeza y la tranquilidad le dirán que todo ese resultado es igual a lo que pasó en el mundo real.

#### **LA PRUEBA JUDICIAL, EL AZAR Y COMO DESCARTARLO:**

El tema de la casualidad es normal y frecuente, frente a todos los medios probatorios conocidos y permitidos por la ley, pero donde más relación presenta es frente al llamado mecanismo lógico indiciario, o sencillamente indicio.

Para poder mostrar las íntimas conexiones entre lo impredecible del azar y lo aleatorio de los indicios, es importante primero dejar claro cómo opera dicho medio probatorio entre nosotros.

El indicio es de los más antiguos medios de prueba que han estilado en la humanidad, pero a pesar de esto, de los menos utilizados, quizá por temor al error, quizá por desconocimiento de abogados y jueces, lo realmente importante está en que sus tres elementos esenciales tienen que estar presentes, por eso lo apropiado es hablar de mecanismo y no simplemente de indicio, ya que los doctrinantes tanto nacionales como extranjeros no se han puesto de acuerdo, para establecer con claridad que el indicio no es por separado el *hecho indicador*, de la *inferencia lógica*, y del resultado o *hecho indicado*, que sin lugar a dudas recogen el llamado mecanismo.

En primer término un hecho indicador, conocido, pero por sobre todo debidamente comprobado dentro del proceso, el cual para poder tener validez y eficacia demostrativa, debe estar respaldado y fundado en pruebas

legal y oportunamente recaudadas, que resulten conducentes, pertinentes y útiles a la instrucción, y además obedezca a un hecho creíble, verosímil y posible, si el juez tiene certeza comprobada dentro del proceso de un hecho con estas características, está listo para el camino indiciario.

Un nexa lógico, una reflexión inductiva o deductiva, con fundamento en las reglas de la experiencia tanto propias del juez como las de la colectividad, más el sentido común y su creativa pero apuntalada imaginación frente a las ciencias, son los lazos de *causa-efecto* que existen en el mundo de la realidad y que se pueden predicar no solo de las Leyes de la naturaleza, sino incluso de la psiquis humana, como reacciones del comportamiento frente a distintas circunstancias que sobrevienen en más de las veces de manera inesperada, otras con pleno conocimiento de lo que está por suceder. La reflexión lógica que ata en el indicio no requiere de grandes esfuerzos, no puede ser algo forzado, ni propia de genios o personas con coeficientes intelectuales por encima del promedio, por el contrario, dicha reflexión, puede ser realizada por cualquier persona de cultura e inteligencia normales, o que por lo menos que al explicársela la pueda comprender.

A pesar de que la inferencia lógica esté basada en reglas de la experiencia colectivas e individuales del juez, su razonamiento deberá ser objetivo, al fin de cuentas, el fallo a pesar de generar inmediatamente efectos inter-partes, de manera mediata se dirige a toda la sociedad.

Por último lo esperado, lo buscado o indagado, el resultado, el hecho indicado, que igualmente debe resultar conducente, pertinente y útil, pero también real y posible física, moral y jurídicamente.

Dentro de esa clasificación clásica de los indicios donde se habla de necesarios u obligatorios, y contingentes, que a su turno se desglosan en graves, leves y levísimos, el juez debe efectuar la graduación, como si se tratara del armado de un reloj suizo, con delicadeza, micrometría y cierta desconfianza, es decir, sin dejar de pensar que lo impredecible y oculto puede estar allí, o que mano subrepticia haya tergiversado las probanzas; sobre el punto, cabe destacar el trabajo realizado por el profesor argentino Antonio Dellepiane<sup>2</sup> en su obra, que dedica casi de manera exclusiva al tema indiciario, de donde rescatamos: "*Al presentar*

<sup>2</sup> Dellepiane Antonio, Nueva Teoría de la Prueba, capítulo XIV, Tercera Reimpresión de la Novena Edición, Editorial Temis, Bogotá D.C

*las consideraciones que acaban de leer no nos guía un espíritu de crítica negativa, sino el propósito de hacer ver que el juez no se encuentra inerme y sin recursos en presencia de un grupo de indicios que a primera vista, llevan a una conclusión tal vez falsa. Sometidos los aparentes hechos indicadores a un análisis crítico de la índole del que dejamos descrito, es difícil, por no decir imposible, que los indicios falsificados, o aquellos cuya existencia es solo debida a la acción del azar, no queden destruidos –como indicios, se entiende– por la acción de algún contraindicio, o no salgan, por lo menos, del crisol del análisis, con un peso tan exiguo, con un valor tan feble, que, al entrar en el pesaje de las probabilidades de culpabilidad e inculpabilidad, resulten ineficaces para inclinar el fiel de la balanza del lado de las primeras”.*

Con base en lo anterior, el juez graduará la contingencia de los indicios en graves, leves o levísimos, de varias maneras, primero basado en las mismas reglas de la experiencia, si generalmente un nexo causal presenta muy pocas excepciones o visto de otra manera muy pocos resultados probables, como por ejemplo, que una persona sobreviva al caer al pavimento desde un décimo piso, después de ser empujada deliberadamente desde allí, la gravedad de lo indicado es muy alta, pero además, el juez deberá examinar qué le dicen los otros medios de prueba, como por ejemplo, que la persona era un actor atleta doble de cine, o que los bomberos habían colocado protección sobre la calle, o que la persona se encontraba dotada de un paracaídas, pues en estos casos la posibilidad de muerte se reduce ostensiblemente. Pero, en este ejemplo ¿qué pasa con el azar?, la verdad es que la gama de otras hipótesis válidas, distintas a la muerte de la persona por el impacto contra el pavimento se pueden dar y el funcionario está obligado a pensarlas y descartarlas como lo anunciamos arriba; ejemplo, pensar que instantes antes de ser empujada por la ventana del décimo piso, la persona ya hubiera muerto, y uno y otro hecho prácticamente en un mismo tiempo; o pensar que la persona salió ilesa de la caída gracias a la protección de los bomberos o a su paracaídas pero falleció momentos después por causas naturales, hechos que a todas luces serían coincidentes.

*Por lo anterior es que insistimos en la obligación del juez de descartar el azar, de no dejar un alfiler de duda frente a su fallo, de cerrar otras alternativas frente al desenlace de los hechos, porque de lo contrario estaría faltando a su más grave obligación, que es la de fallar el caso, teniendo certeza.*

Dijimos que en este ensayo no tocaríamos el tema de la "*prueba falsificada*", y lo vamos a cumplir, porque el tema es bien arduo, y complejo, pero no podemos dejar de hacer referencia a ella y sus nexos y semejanzas con el azar. En efecto, los rastros, vestigios y huellas que conforman el material probatorio, son a menudo manipulados, contaminados y destruidos por personas inescrupulosas, generalmente los autores y partícipes de los hechos que se investigan, en otras ocasiones por inocentes que ven cómo los indicios apuntan a ellos y pueden terminar incriminándolos sin tener ninguna responsabilidad, cuando esto sucede ya no es por culpa del caos o del azar, sin embargo el tratamiento que el juez debe darle es exactamente el mismo al ya explicado arriba, es decir crear hipótesis fácticamente posibles empezar a descartarlas hasta casarse con una como la única, equivalente de su certeza.

En otras palabras, el operador jurídico, nunca podrá perder de vista que la parte que aparentemente miente en el proceso, puede haberlo hecho por artificios u obra de la contraparte o terceras personas que distorsionaron o disfrazaron los hechos, dándole una apariencia que no se compadece con la realidad, con el único propósito de engañar a la autoridad. Por lo anterior volvemos a insistir en la importancia que juega en estos asuntos la imaginación del Juez.

Por ejemplo, será prueba falsificada y no azar, cuando alguien lava con un fuerte detergente sus manos después de disparar un arma de fuego contra un ser humano, pero será azar que las lave después de manipular pólvora en navidad y la policía lo capture bajo sospecha de homicidio con arma de fuego y la prueba de aspersión atómica le salga positiva y además demuestre que trató de borrar la evidencia con el fuerte detergente.

Ahora bien, no es de descartar que en un mismo proceso, frente a un único objeto litigioso se combinen las dos posibilidades, es decir la presencia del azar y al mismo tiempo la de pruebas falsificadas.

Lo anterior se entiende perfectamente en las enseñanzas del principio de "*inmaculación de la prueba*", que nos dice que la prueba debe ser aportada por las partes sin contaminar, sin manchas ni impurezas; sabemos que el principal enemigo de las pruebas es el paso del tiempo, entre más tiempo se deje pasar en el recaudo, embalaje y cristalización de la prueba, sus posibilidades de demostración se pierden, se agotan se tergiversan, por eso el fiscal o juez deben llegar lo más rápido que puedan a la escena criminal, porque agentes como el clima, animales u otras personas pueden

desdibujar la prueba o simplemente falsificarla, en el campo civil, las pruebas anticipadas o extraproceso, son una alternativa excelente para garantizar la pureza de esos rastros, versiones o exámenes. De ahí, la rapidez y eficacia en el recaudo de la prueba, esto garantiza la implementación del principio y asegura la verdad para los procesos.

En uno y otro caso, es decir en el azar y la prueba falsificada, el papel del decreto oficioso de pruebas que le asiste al juez es de vital importancia, porque sus dudas serán resueltas mediante este mecanismo, recordemos que es frecuente que el operador jurídico caiga en limbos intelectuales, o en atolladeros mentales de los que es difícil salir, cree tener opiniones claras frente al tema, pero a la hora de valorar las pruebas plenas, no logra saltar a la certeza, sino que se devuelve a estados dubitativos; hemos resaltado frecuentemente que para el juez, el decreto oficioso de pruebas es una cuestión obligatoria, aquí su discrecionalidad se ve afectada, cuando le asisten dudas y el acervo probatorio ya recaudado no se las despeja, será necesario el decreto oficioso, hasta encontrar la luz. Esas pruebas así, decretadas de oficio, le pueden vislumbrar claramente la presencia de azar o de pruebas falsas dentro del expediente y sus hechos.

