

# **ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LOS PRINCIPIOS DE LA PRUEBA**

## **ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LOS PRINCIPIOS DE LA PRUEBA NACIDAS DE LA LECTURA DEL ACTO LEGISLATIVO N° 3 de 2002, POR EL CUAL SE REFORMA LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA NACIONAL**

**DR.: JAIRO PARRA QUIJANO<sup>1</sup>**

### **1. LA SEPARACIÓN DEL INVESTIGADOR Y DEL JUZGADOR**

Los fiscales, apoyados en una policía judicial técnica y profesionalizada, debe concentrarse completamente en la actividad de investigar, para poder conseguir el sustento serio y leal, que le permita hacer acusaciones serias.

No hay un buen instructor, que a la vez sea buen juez, el “uno mata a otro”. Esa función de averiguar dónde está la información, es decir, de buscar escudriñar, exige que el funcionario sea audaz, imaginativo, casi aventurero. Puede y debe (generalmente) trabajar con hipótesis, diseños. En esa labor muchas veces maneja preconceptos los cuales se estratifican en su memoria como realidades.

Para descubrir la fuente de prueba, como sucede con cualquier acto que implique apuntar a un descubrimiento, es necesario formular hipótesis,

<sup>1</sup> Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Profesor Titular de la Universidad Externado de Colombia. Distinción “PROFESOR EMÉRITO” otorgada por la Universidad Externado de Colombia. Distinción “DOCENCIA EXCEPCIONAL” otorgada por la Universidad Nacional de Colombia en cinco (5) oportunidades: 1992, 1994, 1995, 1997 y 1998. “DOCTOR HONORIS CAUSA” de la Corporación Universitaria Mayor del Desarrollo, Universidad “Simón Bolívar” de Barranquilla y “ORDEN ACADÉMICA SIMÓN BOLÍVAR” otorgada por la misma Universidad en mayo de 2000.

es decir, hacer conjeturas imaginativas acerca de cuál es posiblemente la verdad del asunto.

Una hipótesis es una especie de ley en borrador o de conjetura de cómo puede ser determinado asunto<sup>2</sup>.

La hipótesis del investigador se debe confrontar con la vida real, para saber si es cierta. El experimento, la confrontación referida, puede congeniar con la hipótesis o, por el contrario, puede ser incongruente con ella.

Si el funcionario que busca las fuentes de prueba, que fundamentalmente imagina, fuese quien tuviera que decidir y hacer como consecuencia la valoración de la prueba, no podría casi nunca distinguir entre lo que realmente observó y lo que imaginó para conseguirla.

Se ha dicho:

*"... No es consecuente con esta idea la entrega de ambas –la de requerir y la de decidir–, durante el procedimiento preparatorio, a un inquisidor, a un solo órgano estatal encargo de cumplir las dos tareas verbigracia, el juez de instrucción. Su existencia solo se puede explicar como producto de las contradicciones y compromisos que todo movimiento histórico genera, esto es, de las marchas y contramarchas de un proceso cultural aún no terminado. En efecto, no es susceptible de ser pensado que una misma persona se transforme en un investigador eficiente y, al mismo tiempo, en un guardián celoso de la seguridad jurídica individual; el buen inquisidor mata al buen juez o, por el contrario, el buen juez destierra al inquisidor".*

El trabajo de buscar las fuentes de prueba, si se quiere es un trabajo casi físico, el hombre se compromete con lo que busca y cree lograr, por lo cual no se le puede pedir que enjuicie lo hecho y que tenga la precisión de distinguir entre lo probado y lo simplemente diseñado. Eso es un imposible. Además el talante del investigador y del juez deben ser distintos:

<sup>2</sup> Popper, H. R. *Conjeturas y Reflexiones*. Madrid, Piados Ibérica, 1982. Medawar, Peter. *La amenaza y la Gloria. Reflexiones sobre la ciencia y los científicos*. Gedisa, Barcelona, 1993, pág. 111.

El investigador debe tener una gran imaginación para, como ya se dijo, descubrir la fuente de prueba y aprovecharla. El juez en cambio, como dice G. Bricchetti:

*“... debe hacerse pues, discípulo del hecho; lo debe escrutar y no prevenir, debe buscar sus causas y sus consecuencias, y no imaginarlas según su arbitrio. El estudio del hecho debe ser diligente e inteligente, porque si no lo lleva a cabo con recto criterio, el hecho, por sí mismo, no siempre vale para conducir a la verdad, e incluso puede ser ocasión de error. Sobre todo el juez debe tener presente que no es suficiente ser guiados por la voluntad de la verdad para alcanzarla, sino para posesionarse de la verdad hay que acercarse a ella con la mente libre de intereses y sentimientos perturbadores, y no inclinada a obtener una respuesta con preferencia a otra; porque de otra manera no se siente ya lo que la verdad nos dice, sino lo que deseamos oír...”<sup>3</sup>.*

De acuerdo con lo anterior, parece un logro de nuestro momento cultural que un funcionario sea quien instruya y otro quien juzgue.

De conformidad con el artículo 2 del Acto Legislativo No. 3 de 2002, que reformó el artículo 250 de la C.P., refiriéndose al ejercicio de las funciones de la Fiscalía en el numeral 4, dice:

*“Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio concentrado y con todas las garantías”.*

Lo anterior significa que la prueba se practica en la audiencia de juzgamiento, frente al juez que es quien la valorará. El fiscal presentará su acusación solicitando las pruebas que considere se debe practicar en la audiencia.

Es importante hacer unas precisiones sobre la fuente de prueba, en efecto:

1. La fuente de prueba es el hecho; el medio de prueba es la actividad del juez dentro del proceso.

<sup>3</sup> Bricchetti, Giovanni. *La evidencia en el derecho procesal penal*. Ediciones Jurídicas. 1973, pág. 28.

2. Las fuentes son los elementos que existen en la realidad y los medios están constituidos por la actividad para incorporarlos al proceso.
3. *"Fuente: Es un concepto metajurídico, extrajurídico o ajurídico que corresponde forzosamente a una realidad anterior y extraña al proceso". "La fuente existirá con independencia de que se siga o no el proceso, aunque mientras no se llegue a él su existencia carezca de repercusiones jurídicas, el medio nacerá y se formará en el proceso. El Fiscal buscará las fuentes; y cuando las tenga propondrá los medios, para incorporarlas al proceso"*<sup>4</sup>.

El documento es la prueba preconstituida por excelencia, utilizando los medios adecuados para traerla al proceso, se tendrá como medio probatorio.

El testigo (ser humano) y su conocimiento existen antes del proceso y son fuente de prueba; el testimonio, la declaración, se producen en el proceso y constituyen el medio de prueba.

Lo mismo la confesión: El narrador y su conocimiento de los hechos, constituyen la fuente, su testimonio constituye el medio.

En la prueba pericial, la materia u objeto que se somete a la pericia o peritación constituye la fuente que preexiste al proceso, el trabajo, los recorridos, la conceptualización, constituyen el medio.

En la prueba de informes, los datos o noticias que la entidad informante posea, serán la fuente, la emisión del informe es el medio; y aún en la prueba de reconocimiento judicial, la cosa reconocida es la fuente y la diligencia de reconocimiento es el medio.

Se ha llegado a decir:

*"La búsqueda de las fuentes se ha dicho, no es una actividad probatoria, precisamente porque consiste en buscar, en averiguar, por eso mismo, como se ha señalado, las fuentes representan lo*

<sup>4</sup> Sentis Melendo, Santiago. *La prueba, los grandes temas del derecho probatorio*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires.1978, págs. 147 y ss.

*preprocesal, lo preexistente, lo preconstituido; mientras los medios son lo procesal, aquello que se constituye en el proceso; esto es, la exteriorización de las fuentes o su manifestación en autos. Las fuentes pertenecen a la heurística, los medios a la prueba*<sup>5</sup>.

## **2. LA PRUEBA ANTICIPADA SE DEBE PRACTICAR EN LA MISMA FORMA QUE EN LA AUDIENCIA, NO SE ESTABLECIERON EXCEPCIONES**

Si se establece por el legislador que se pueden adelantar ciertos actos de prueba, tiene que tener en cuenta lo anterior, para que la prueba pueda ser tenida como tal en el juzgamiento.

La ley podrá establecer los casos, como sucedería con el testigo gravemente enfermo, etc.

## **3. PRINCIPIOS DE LA PRUEBA EN LA ETAPA DEL JUICIO**

El numeral 4 de artículo 250 de la C. P. (reformado por el acto legislativo No. 3 de 2002), establece dentro del ejercicio de las funciones de la Fiscalía:

*“Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías”.*

Trataremos de hacer una disección (lenguaje visual), de los principios de la prueba allí contenidos.

### **3.1. Publicidad de la prueba**

Es apenas lógico decirlo, el proceso público, permite, si se me acepta esa cualificación, una mayor publicidad de la prueba.

Esa publicidad no sólo apuntando a los sujetos procesales, sino a la sociedad en general. La prueba debe estar al alcance de cualquier persona, no sólo a los asistentes a la audiencia, sino a toda la sociedad, ya que la prueba cumple una función social. Como bien lo señala Framarino Dei

<sup>5</sup> Sentis Melendo, obra citada pág. 157.

Malatesta, en los siguientes términos y por sobre todo apuntando al convencimiento judicial:

*"... es el de carácter social, con lo que queríamos significar que no debe ser expresión de una creencia subjetiva del juez, sino debe ser tal, que los hechos y las pruebas que han sido sometidas a su criterio, si se pusiesen en consideración de cualquier otro ciudadano desinteresado y razonable, deberían dar por resultado la misma certeza que le produjeron al juez"*<sup>6</sup>.

Igualmente se ha escrito:

*"Todavía más directamente, quien se ha decidido a hablar de la "socialización" de la persuasión judicial como fin específico de la prueba, es Levy Bruhl. Por audaz, por revolucionaria que sea una alegación o un descubrimiento, ella será "probada" si encuentra adhesión del grupo social, restringido o extendido donde ella desee penetrar. Toda prueba, al margen mismo de su función de orden intelectual, que es generalmente el único en el cual se piensa, tiene una función social que consiste en hacer aceptar la tesis que sostiene. Probar es hacer aprobar. "Una proposición probada es una proposición admitida, aceptada, hecha en lo sucesivo, al menos por un tiempo, parte de las verdades oficiales"*<sup>7</sup>.

Ser discutida la prueba en la audiencia, la hace más objetiva, menos expuesta a las subjetividades, menos acartonada y por sobre todo franca.

En efecto: La mayoría de la gente, por no decir todo el mundo, entiende unos hechos, si se explican bien, y la prueba pertenece a la esfera de lo razonable. El hombre se presume racional, por tanto sobre la prueba y por sobre todo con relación a ella, es que se puede hablar de publicidad y de socialización del convencimiento judicial.

La franqueza de la prueba en audiencia pública, tiene que ver con ese fenómeno que observamos, las providencias de los funcionarios suelen

<sup>6</sup> Framarino, Dei Malatesta. *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, 1973, Editorial Temis, pág. 121.

<sup>7</sup> Cabañas García, Juan Carlos. *"Valoración de las pruebas y su control en el proceso civil"*. *Estudio dogmático y jurisprudencial*. Editora Trivium S. A., Madrid, 1992, pág. 19.

estar llenas de citas y de transcripciones, pero raquíticas en la narración y evaluación de los hechos.

Cuando ello ocurre, se viola el principio de la socialización o publicidad de la prueba, porque la sociedad no puede ejercer control sobre lo que no entiende. Podemos afirmar que control es entender. En cambio en la audiencia, como lo hemos repetido, la prueba se muestra y nadie puede negar su objetividad.

### 3.2. Oral

Es mediante la audiencia, o por audiencias, que el proceso oral se muestra en toda su majestad. Todos los elementos probatorios se discuten en ella de viva voz, los principios de inmediatez y concentración se cumplen con ella.

Se puede decir también, que la dignidad del hombre se tutela mejor, permitiéndole al enjuiciado hacer uso de la palabra, y refutar los cargos a través de su apoderado. Los terceros asistentes a la audiencia podrán seguir el recorrido del caso si asisten a la audiencia.

Con la oralidad se logra controlar mejor la decisión del juez, y por ello será más difícil que él ceda ante cualquier halago, para dictar una sentencia en otro sentido, porque quedará en evidencia.

### 3.3. Inmediación

Obsérvese bien cómo funciona este principio al haber sido consagrado constitucionalmente.

El juez sólo puede emitir fallo, con base en pruebas practicadas por él, y en hechos que hayan sido debatidos frente a él.

En la inmediación de la prueba, la percepción del juez, no es de simple registro (pensamiento en situación), sino en acto, es decir, que todas las sensaciones deben quedar "esclavizadas por la atención", para que pueda ir controlando y relacionando lo que el medio va poniendo de presente, y cuando llegue el momento de valorar la prueba, ésta sea el resultado de una actividad preparada y no un acto súbito y apresurado.

La valoración de la prueba se va produciendo a medida que se practican las pruebas. El juez hace sedimentaciones, saca conclusiones, hace

contrastes, hace semejanzas, hace relaciones, que le permiten aceptar y aprovechar las pruebas que enseguida se practican y se puede decir que, llegado el día de plasmar la valoración, ésta surgirá casi naturalmente.

El legislador debe ser muy cuidadoso, para que este principio se cumpla, por imperio constitucional.

### 3.4. Contradictorio

Gracias a la "apropiación" del método de Galileo, por la investigación judicial, se considera que la verdad se debe conseguir como en las ciencias empíricas.

Se concibe la prueba conseguida como un documento de trabajo que debe ser sometido al "experimento" de la contradicción. Escribe Ferrajoli:

*"Por el contrario, la verdad perseguida por el modelo acusatorio, concebida como relativa o formal, se adquiere, como en cualquier investigación empírica, a través del procedimiento por ensayo y error. La principal garantía de su obtención se confía a la máxima exposición de las hipótesis acusatorias a la refutación de la defensa, es decir al libre desarrollo del conflicto entre las dos partes del proceso, portadoras de puntos de vista contrastantes, precisamente porque son titulares de intereses opuestos"*<sup>8</sup>.

### 3.5 Concentrado

La prueba debe ser practicada de corrido, sin interrupciones, la practicada por partes, con interrupciones, la repetida, pone en peligro la averiguación.

Este principio se manifiesta:

- No puede haber suspensión del juicio oral, cuando se hayan practicado pruebas, sino por un tiempo muy corto, porque se pierde el trabajo que ya se venía haciendo con la recepción oral de las pruebas.

<sup>8</sup> Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Editorial Trotta, pág. 610.

- El juez o jueces deben ser los mismos, fundamentalmente pensando, como ya dijimos, en la valoración ponderada y cimentada de la prueba.
- La sentencia debe ser pronunciada inmediatamente terminada la audiencia o en un plazo muy breve posterior, para aprovechar sobre todo la valoración que el juez fue haciendo durante la audiencia, pero que no manifestó ni plasmó en ningún acto procesal, sino hasta la sentencia.

