

EL CONOCIMIENTO PRIVADO DEL JUEZ COMO CAUSAL DE IMPEDIMENTO Y/O RECUSACIÓN*

Ricardo A. Morales Cano**

RESUMEN

Muy poco se ha escrito sobre el conocimiento privado del juez en materia probatoria y nada se ha reflexionado sobre los efectos prácticos que ese conocimiento privado pueda tener frente a las causales que imponen la separación del funcionario en materia de impedimentos y recusaciones.

La imparcialidad del juez es una garantía procesal que apunta a que un funcionario equidistante de los extremos en *litis* sea quien dirima el asunto y conceda la razón a quien haya podido probar con más éxito sus pretensiones. Eso es cierto, como también lo es, que este debe separarse en aquellos eventos en que su imparcialidad se ve comprometida por familiaridad, amistad íntima o enemistad, principalmente. No obstante, la pregunta sin responder es qué sucede cuando el juez mismo es un conocedor de los hechos, no porque estos sean notorios, ni por razones de reglas de experiencia y afines, sino cuando el mismo funcionario es testigo presencial, conocedor directo del hecho a juzgar; ¿será que en

Recibido: abril 13 de 2015 - Aceptado: junio 24 de 2015

* Artículo inédito.

** Abogado Penalista. Conjuez Sala Penal del Tribunal de Cartagena desde hace 15 años. Graduado en la Universidad de Cartagena en el año de 1987. Con especialización en esta misma universidad en convenio con la Universidad Externado de Colombia en el año de 1995. Asistente a curso sobre la praxis del sistema acusatorio en Washington dictado por Latin American Bar Association, 2012. Con experiencia de 28 años en el ejercicio de la profesión en el área penal. Autor de diversas obras jurídicas. Asesor de diferentes empresas de la ciudad de Cartagena. Columnista del periódico *El Universal* de esta misma ciudad. Seleccionado como abogado en ejercicio por el periódico *Ámbito Jurídico*, en el cual ha colaborado con diferentes publicaciones.

RICARDO A. MORALES CANO

fically regulated and judge private knowledge, as it has been treated in doctrine and jurisprudence.

Key words: Demeanor, beyond the reasonable doubt, background.

1. CONSIDERACIONES GENERALES.

Entre las funciones más gloriosas de los hombres está la de cumplir con el sublime cometido de establecer la justicia entre sus congéneres. Esta es una función de ángeles atrapada en pies de barro, un rayo divino de luz que se cuele por las rendijas de las debilidades humanas. Su misión: descifrar el lenguaje judicial de las sombras. "Un problema de fe para el hombre, arrancando un pedazo de eternidad para pegarlo al tiempo", nos dirá el maestro Carnelutti recordando a Unamuno¹.

El juez llamado a resolver un asunto procesal llega asistido de muchas herramientas sin las que le sería imposible acometer cabalmente su función. La ciencia que le acompaña proviene de muchas y variadas fuentes: como persona, como abogado y como hombre de estudio en distintas disciplinas alternas; todo lo cual el tiempo perfecciona para prepararlo a mayores desafíos jerárquicos. Como hombre, conocerá del sentido común, de las reglas de experiencia y de la psicología general en la interacción humana embudada en su condición social y económica. Como abogado, le serán propias las normas y los principios que gobiernan la lógica de las evidencias. Como hombre de saber, llevado por sus gustos y pasatiempos, tendrá una infinita gama de conocimientos paralelos, que en algún momento pueden resultarle útiles a sus funciones judiciales. En fin, su vasta posibilidad de conocimientos se extiende al infinito. Cuando juzga "acuden a la mente del juez una masa tal de conocimientos que, si pretendiese darse cuenta de todos, no acabaría nunca. Juzga, sin duda, según los datos que se le ofrecen; pero no de todos tiene y se exige la prueba. Algunos se reputan por él como probados en virtud de un supuesto de su certidumbre, sin que ni a sí propio ni a otros explique el motivo"².

De igual manera, paralelo a ese piélago de conocimientos generales, bien podría acontecer que el mismo juez sea testigo directo de los hechos que luego le son asignados para su juzgamiento, todo lo cual, sin proponérselo ni quererlo, impactará gravemente en su propósito de imparcialidad. La pérdida de esta,

¹ CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961. p. 189.

² ELLERO, Pietro. *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal*. Sexta edición. Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y extranjeros, 1968. p. 28

tales eventos, deberá separarse imperativamente del proceso? Al pensar en un accidente de tránsito ocurrido exactamente al frente del vehículo que conducía el juez, que luego es llamado a conocer del proceso y que sabe a ciencia cierta que el accidente se produjo por la actividad suicida del peatón, a quien él vio raudo lanzarse a la calle; ¿será que existe fórmula procesal que permita al juez en un asunto como este separarse del proceso y alegar su conocimiento privado de los hechos? Ese y otros eventos nada extraños son los que jalonen estas reflexiones, que apuntan a una respuesta afirmativa. Compartiremos algunos principios probatorios afines a la labor del juez y sus limitaciones oficiosas, la carga de la prueba, las causales de impedimento específicamente reguladas y el conocimiento privado del juez, tal y como ha sido tratado en doctrina y jurisprudencia.

Palabras clave: Comportamiento del testigo, más allá de duda razonable, antecedentes.

ABSTRACT

Very little has been written about judges private knowledge regarding evidentiary law and nothing has been thought about the practical effects that private knowledge may have to the causes that impose the separation of officials in impediments and recusals matter.

The impartiality of the judge is a procedural warranty pointing that an official equidistant from the extremes in litigation should be the one to grant reason to those who have been more successful in proving their claims. Also it is true, that the Judge must withdraw when his impartiality is compromised for reasons of familiarity, intimate friendship or enmity, principally. However, the question without answer is, what happens when the facts at issue are known by the judge himself? For being an eyewitness with personal knowledge of the case, rather than for notorious facts or rules of experience reasons. In such event, could it be that he must imperatively withdraw from the case? Think for one moment in a car accident that occurred exactly in front of a vehicle driven by a judge, who is called later to hear that case in court, and he knows with certainty that the accident was caused by the suicidal activity of the pedestrian that the judge saw jumping into the middle of the street; Will there be a procedural formula that allows the judge in a case like this, withdraw from the case and argue his personal knowledge of the facts?. This and other regular situations are what motivate these arguments that point to an affirmative answer. We will share some probative principles common to the judge labor and their official constraints, the burden of proof, impediments causes speci-

EL CONOCIMIENTO PRIVADO DEL JUEZ

es tema que el legislador está llamado a prever y resolver de la mejor manera, si es que en verdad desea hacer cumplir los caros principios angulares de un nuevo sistema que clama por modificar los tratamientos que tradicionalmente respondían a un sistema inquisitivo en vías de reemplazo.

Ciertamente, bajo la égida del sistema inquisitivo, que habilitaba al juez a ser protagonista de las direcciones probatorias del proceso a su encargo, estas situaciones no tenían por qué llamar la atención. Al juez se le permitía decretar pruebas de oficio y abanderar su propia teoría del caso. El advenimiento del sistema acusatorio, en cambio, varió esas reglas de juego, pero en el tema de los impedimentos y recusaciones no se han introducido inadvertidamente las modificaciones legales que estos cambios demandan.

No es un tema fácil de abordar. El juez, que en razón a su conocimiento privado ha perdido su imparcialidad, sabe que no podría motivar su sentencia basado en sus especiales y privados conocimientos, pero igual sabe que esa prueba mendaz que se le ha ofrecido, por ejemplo, no le convence porque entre lo que le proponen y lo que él conoce puede haber un abismo de diferencia. Si decide a favor de la mentira propuesta, en su afán de negar su verdad privada y sujetarse a las reglas artificiales de juzgar solo con las pruebas practicadas, traicionaría sus personales convicciones; y si por el contrario decide a favor de estas, sorprendería al sujeto procesal vencido y lo sometería sin posibilidad de réplica defensiva.

2. LA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ ES INNEGOCIABLE EN EL SISTEMA ACUSATORIO.

Como expresábamos, el sistema acusatorio no puede subsistir si le sustraemos su principal característica: la imparcialidad del juez equidistante al ente acusador y a la defensa. Esta verdad está registrada en el artículo quinto de los principios rectores de la 906 de 2004, con lo que demuestra que no se trata de una característica insustancial del nuevo procedimiento. Dice la norma: "**Imparcialidad.** En ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia". Como fácil se observa, solo se menciona la imparcialidad del juez, no la del fiscal. La fuerza de la norma no solo viene dada por su contundente redacción, sino porque hace parte de los primeros cinco artículos dentro del título preliminar reservado a los "principios rectores". Llama la atención que ya no se trata de simples normas rectoras, sino de "principios" cardinales, que priorizan cualquier interpretación normativa enfrentada a cualquier otro artículo al interior del código. Esta característica implica una carga importante en su trascendencia constitucional y dogmática. Así lo

explica la doctrina: "ninguna norma o institución del sistema puede estar en contradicción con los postulados expuestos en los principios. De aquí se deriva el hecho de que toda la discrecionalidad otorgada a los órganos y creadores del derecho debe estar fundada a partir del hilo conductor de los principios.³ Son pues, prevalentes, condicionantes, primarios y, principales"⁴. Esta verdad del sistema acusatorio implementado en nuestro país ha sido reconocida de manera fehaciente por la Corte Suprema de Justicia. Así, por ejemplo, podríamos recordar, para no hacernos interminables, la decisión del 4 de febrero de 2009: "La separación de juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás"⁵ -subrayas fuera de texto-.

Con la exigencia de la imparcialidad del juez, sucede lo que aplicaba para la fidelidad de la mujer del emperador César, no solo debía ser fiel, sino parecerlo. La dimensión subjetiva de neutralidad en el fuero interno del funcionario no basta, igual debe alejarse de toda actuación que haga dudar de su equidistancia procesal. "En este segundo aspecto, ha insistido la Corte Europea. Incluso las apariencias pueden llegar a ser importantes, pues no solo el tribunal debe ser imparcial sino que debe parecerle así al procesado, pues de ello depende la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables, comenzando, en materia penal, por los inculpados"⁶.

Debemos advertir finalmente, que en el sistema inquisitivo de la Ley 600 de 2000 no existe norma rectora referida a la imparcialidad del juez. Luego, el hecho de que el sistema acusatorio reproduzca unos patrones diferentes en cuanto a la imparcialidad innegociada del juzgador bajo una dinámica distinta de la prueba frente a las causales de impedimento y recusación, ya es un motivo de alerta para concluir que algo debe cambiar, que tales causales no pueden seguir siendo las mismas.

3. PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD DE LAS CAUSALES DE IMPEDIMENTO Y/O RECUSACIÓN.

El principio jurisprudencial es que las causales de impedimento y/o recusación son taxativas. Así lo reitera sin ambages la nutrida jurisprudencia. De suerte

³ GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis. *Sistema de juzgamiento penal acusatorio*. Primera edición. Editorial Leyer, 2005. p. 135.

⁴ BASTIDAS DE RAMÍREZ, Raquel, RAMÍREZ BASTIDAS, Yesid. *Principialística procesal penal*. Segunda Edición. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda, 2004. p. 56.

⁵ Proceso No 29415. Cuatro (4) de febrero de dos mil nueve (2009). M.P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca.

⁶ Sentencia de Cubber contra Bélgica del 16 d octubre de 1984.

4.1 CONOCIMIENTOS HABILITANTES DEL JUEZ.

Estos son todos aquellos conocimientos previos que le brindan su solvencia intelectual y jurídica para descifrar los hechos, sus connotaciones procesales y la fuerza vinculante de las pruebas, así como también para resolver las peticiones de las partes en contienda y la interpretación de las normas pertinentes. Todo a modo de una lupa que en manos expertas le ayuda a descubrir los contornos inciertos del hecho en estudio. Principalmente, estos han sido llamados como el método de la sana crítica. Encontramos, entonces, las reglas de la experiencia, el sentido común, los principios de la lógica y los principios de la ciencia o técnica. Este método se mantiene hoy vigente como lo ha expresado la Honorable Corte Suprema. "Lo anterior significa que hay libertad reglada, no se puede ir en esa valoración en contra de las reglas de la experiencia, las reglas de la lógica, las reglas de la técnica. Eso es precisamente lo que hay que entender por reglas de la sana crítica"⁷. Son principios que no pueden ser arbitrarios, ya que de apartarse de los mismos, permiten demandar en casación por las vías de la violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho derivado de falso raciocinio.

4.1.1 De las reglas de la experiencia y sentido común.

Un juez no puede ser ajeno a las reglas de la experiencia, aquellas por las que en su vida se graban los hechos que suceden a su alrededor. La experiencia conecta su presente con hechos similares. No siempre es fácil obtener una verdad absoluta de la razón por la que entendemos algo de una u otra forma, pero el asunto es que a la inteligencia llegan esas verdades sin posibilidad de refutación. Sabemos lo difícil que es responder a las inquietudes del profesor Taruffo sobre el particular:

¿De quién es la experiencia relevante para la elaboración de una máxima? ¿La verdad del juez? Pero, entonces, ¿cuántos casos debe haber visto y decidido el juez para formarse esa experiencia? ¿Pero cómo ha decidido esos casos en momentos en que su experiencia no se había formado aún? Si los ha decidido en función de criterios diversos, de caso en caso, ¿cómo hace para formular la máxima? O, en cambio, ¿se trata de la experiencia de un ambiente social o cultural? ¿Cuál? ¿Cuán amplio? ¿Cuán homogéneo? ¿Cuánto tiempo ha sido necesario para que la experiencia de un grupo social se haya consolidado en una regla general? ¿Años, siglos? Más aún, ¿quién esta legitimado para formular la máxima, condensando en una aserción la experiencia de variadas y numerosas circunstancias específicas vividas por algunos sujetos o por millones de personas? ¿Es el juez quien se hace intérprete del sentir social

⁸ PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de derecho probatorio*. XVI Edición. Librería Ediciones del profesional Ltda, 2007. p. 715.

que no es dable que se adosen fórmulas por fuera del listado expreso de las quince (15) causales regladas del artículo 56 del actual Código de Procedimiento Penal. "Solo constituye motivo de excusa o de recusación aquel que de manera expresa se señala en la ley, lo que hace exclusión de la analogía, además que a los jueces les está vedado separarse por su propia voluntad de sus funciones jurisdiccionales y a los sujetos procesales no les está permitido escoger a su arbitrio la persona del juez, de manera que las causas que dan lugar a separar del conocimiento de un determinado asunto a un funcionario judicial no pueden deducirse por similitud ni ser objeto de interpretaciones subjetivas, en tanto que se trata de reglas de garantía de la independencia judicial y de vigencia del principio de imparcialidad del juez"⁹ -subrayas del suscrito-.

En consecuencia, a partir de esta interpretación rígida, debemos concluir que ni el legislador ni la jurisprudencia tienen prevista, como causal de separación, por ejemplo, entre otras opciones, el conocimiento privado del juez cuando él mismo haya tenido ocasión de conocer de manera directa los hechos que se le presentan para su estudio y juzgamiento o se enfrente a situaciones posteriores de igual guiza. En estos eventos, la tensión del funcionario no puede ser más evidente: por un lado, la Honorable Corte sostiene que si esta situación no está contenida en ninguna de las causales es su deber continuar y, por otro, este sabe, es consciente de que ese conocimiento personal le acerca más a la calidad de testigo que a la de juez, por lo que su imparcialidad queda desde el inicio minada, sin que cuente en su auxilio, ni para él ni para las partes, con una causal que supere aquella taxatividad rígida de los precedentes jurisprudenciales que igual está llamado a obedecer.

4. CONOCIMIENTOS DEL JUEZ ANTES DEL PROCESO.

Como ya vimos, el juez cuenta con un abánico de conocimientos con los que se enfrenta a los retos del proceso, algunos que lo cualifican para comprenderlos y juzgarlos con acierto y otros, que bien pueden exigir de antemano su separación judicial. Frente a esta realidad, sugerimos diferenciar cada situación de la siguiente manera.

⁷ Otras decisiones, entre muchas: la del 20 de agosto de 1992, Rad. 5044; 23 de marzo de 2000, Rad. 14536; 8 de noviembre de 2000, Rad. 14078; 7 de mayo de 2002, Rad. 19300; 18 de febrero de 2004, Rad. 21921; 16 de marzo de 2005, Rad. 23374; 30 de noviembre de 2006, Rad. 26453; Auto del 29 de agosto de 2006, Rad. 25775; Auto del 19 de octubre de 2006, Rad. 26243; autos del 28 de febrero de 2007, Rad. 26734 y del 18 de julio siguiente, Rad. 27856. Del 12 de septiembre de 2007, Rad. 28306, entre otras de igual sentido.

y crea *ad hoc* la máxima de experiencia? ¿O bien, hay otros intérpretes del sentido común legitimados para decir en que consiste la experiencia de determinados hechos? ¿Son, quizás, los "todólogos" o los "tertulianos" televisivos, o existen "expertos" de la experiencia social?⁹

Es cierto que no siempre será posible conocer los orígenes de las máximas de experiencia, pero no dejan de ser palpables, lógicas, comprensivas y útiles.

Nuestra legislación concede al juez la facultad de hacer valer su conocimiento sin preguntar por el origen de este y, por ello, se ha probado ya al comienzo de este párrafo que la fuente de su saber es irrelevante y que, en consecuencia, es indiferente si el juez había usado como tal anteriormente la máxima de la experiencia o si la conoció como particular o si la construyó en el momento mediante el recuerdo o la consideración de casos vividos o conocidos anteriormente. En este último supuesto, se trata de la actividad del llamado sentido común. De lo anterior se desprende que, en lo concerniente a la necesidad de la prueba, lo decisivo es si el juez conoce la máxima o no, siendo irrelevante el modo por el que llegó a su conocimiento¹⁰.

"La importancia de las reglas de experiencia viene dada por ser una herramienta que le sirve al juez para valorar todos los medios probatorios, por lo que su aplicación y su ayuda es absolutamente innegable"¹¹. Las reglas de experiencia requieren siempre requisitos de universalidad, permanencia y reiteración, porque de otro modo serían, o especulaciones y arbitrariedades, o datos personales sin modo de comprobación. "Así las cosas, las reglas de la experiencia corresponden al postulado 'siempre o casi siempre que se presenta A, entonces, sucede B, motivo por el cual permiten efectuar pronósticos y diagnósticos. Los primeros, referidos a predecir el acontecer que sobrevendrá a la ocurrencia de una causa específica (prospección) y los segundos, predicables de la posibilidad de establecer a partir de la observación de un suceso final su causa eficiente (retrospección)"¹². Las reglas de experiencia no se diferencian significativamente del sentido común, por lo que no se justifica su inclusión separada¹³.

⁹ TARUFFO, Michele. *La prueba*. Barcelona: Editorial MARCIAL PONS, 2008. p. 269.

¹⁰ STEIN, Friedrich. *El Conocimiento privado del juez*. Segunda Edición. Bogotá: Editorial Temis, 1988. p. 104.

¹¹ PARRA QUIJANO, Jairo. *Tratado de la prueba judicial. Indicios y presunciones*. Tomo IV. Primera Edición. Ediciones Librería del Profesional, p. 21

¹² AP095-2015. Radicado 42233 21 de enero de 2015. Magistrado Ponente: Dr. Luis Guillermo Salazar Otero.

¹³ ELLERO. Op. cit. p. 225.

4.1.2 De los principios de la lógica.

Hablar y escribir con lógica no es atributo exclusivo de los abogados, sean jueces o no. Esta es una habilidad necesaria y útil para la buena comunicación humana. No interesa exactamente el nombre con el que técnicamente la filosofía bautice a cada fórmula, pero lo cierto es que el juez debe estar atento a conocer las construcciones básicas. Así, tenemos básicamente el principio del "tercero excluido", el de "no contradicción", el de "razón suficiente", el principio de identidad, etc. Cuando se maltrata la lógica, la decisión es sofisticada y/o absurda. Un juez que sepa argumentar con lógica, por el contrario, es un juez ideal para resolver un asunto jurídico.

4.1.3 De las leyes de la técnica o de la ciencia.

Se entiende por dichas leyes, el "conjunto de conocimientos obtenidos mediante la observación y el razonamiento, sistemáticamente estructurados y de los que se deducen principios y leyes generales, por cuya razón, como ha tenido oportunidad de señalarlo la Corte, para que el sistema de conocimientos en un área de la ciencia deduzca una ley o un principio con carácter universal, requiere que los métodos cognoscitivos dirigidos a ese fin encuentren fundamento en conceptos exactos, cuya veracidad sea comprobable y demostrable a través de la práctica social o científica"¹⁴. Regresaremos a estas opciones cuando reflexionemos en la práctica los casos problemáticos para intentar resolver las situaciones en los que, hoy por hoy, el juez se enfrenta a hechos dramáticos.

4.1.5 Excepciones probatorias.

La ley igualmente auxilia al juez para que válidamente ingrese al proceso con conocimientos ciertos que no tiene por qué preocuparse en probar, es el caso de los hechos notorios y las presunciones. El juez incertado en su vida pública debe saber, por lo menos, lo que todas las demás personas que le son contemporáneas conocen como hechos importantes y, además, como estudio del derecho, debe saber que hay hechos, que por mandato de la ley él debe tener por ciertos, a menos claro, que las puebas le indiquen lo contrario en aquellos eventos en que ello sea posible.

4.1.6 Hechos notorios.

Los hechos notorios no precisan de pruebas porque todos los tienen como probados y sobre ellos no hay disputa alguna. "Hecho notorio es aquel conocido

¹⁴ AP913-2015. Radicación: 44772. 25 de febrero de 2015. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Alberto Castro Caballero.

Procusto no se administra justicia, ni puede encomendarse la suerte de los ciudadanos a la conciencia de los jueces, imponiéndoles a un mismo tiempo que renieguen de su propia conciencia"¹⁵. Se alude siempre a la presunción de inocencia que técnicamente no es una presunción probatoria, pues no responde a la dinámica de estas. Es solo una manera de resolver la ausencia de prueba en contra, dado que es y será siempre preferible absolver a un responsable que condenar a un inocente.

Finalmente, no es aceptable sostener que un juez capacitado en todo este plegado de conocimientos, preparado por su edad, experiencia y estudios cualificados, sea una amenaza para la imparcialidad. Al contrario, estas condiciones le habilitarán en mejor grado para ser impermeable a la mentira y decidir con mayor acierto.

En cualquier caso, no hay duda de que el juzgador tiene que basarse en su background de conocimientos y en nociones de sentido común para poder establecer una conexión significativa entre el *factum probans* y el *factum probandum*. Algunas veces, cuando se dispone de ellas, puede recurrir a leyes y generalizaciones científicas, en cuyo caso sus interferencias serán generales o cuasigenerales; en la mayoría de los casos, sin embargo, las inferencias se basan en generalizaciones aproximadas, nociones vagas y máximas extraídas del sentido común y de la cultura media¹⁶.

4.2 CONOCIMIENTOS INHABILITANTES DEL JUEZ ANTES DEL PROCESO.

Trataremos ahora aquellos conocimientos que antes del juicio, si que pueden justificar la separación del juez, aún al ser situaciones no previstas en la ley, como causales de impedimento o recusación.

4.2.1 El juez, testigo de los hechos que se juzgan.

Normalmente, esta es la circunstancia a la que se refiere la doctrina cuando alude al conocimiento privado del juez. "El conocimiento privado del juez puede ser definido como aquel conocimiento de hechos que interesan al proceso, adquiridos por medios no reportados a este y por tanto no controlados en él"¹⁷. Ciertamente, el juez como ser humano puede ser testigo presencial de un acto delictivo. Piénsese por ejemplo, que se encuentra en una joyería cuando se comete el hurto flagrante a sus ojos. Una vez que le llega el mismo hecho a su

¹⁹ CARRARA, Francesco. *Lineamientos de práctica legislativa penal*. Bogotá: Editorial Temis, 1988. p. 331.

²⁰ TARUFFO. Op. cit. p. 106.

²¹ PARRA QUIJANO. Op. cit. p. 74.

por personas de mediana cultura, dentro de un determinado conglomerado social, en el tiempo que se produce la decisión y que es conocido por el juez"¹⁵. No interesa de qué manera y cuándo fueron conocidos, es claro que estos son del conocimiento del juez y las partes. "Los hechos notorios incluyen tanto los que forman parte del conocimiento privado del juez, como los que él conoce por su función, como los ocurridos en el curso del proceso"¹⁶.

No tendría sentido ante a un hecho notorio suponer la utilidad de remover al juez por otro, pues el conocimiento de lo que es generalizado, en modo alguno, podría pesar para temas de imparcialidad frente al hecho de que todos los jueces estarían en igualdad de saberes.

4.1.7 Presunciones.

Concordamos con el Profesor Jairo Parra en que las presunciones en verdad no son medios de prueba, sino situaciones en las que la prueba no es necesaria.

(...) las presunciones no son medios de prueba, ya que una de las funciones que cumplen es eximir de prueba. El poseedor es reputado dueño, es decir, que sin demostrar que es dueño, tiene esa calidad, para poder ser comparada, si es el caso, con la de otras personas que dicen tenerla"¹⁷. En el caso de la presunción no es el juez quien determina la conclusión, sino que lo hace por él de manera anticipada el propio legislador. "En la presunción no es el juez quien de los hechos iniciales extrae la conclusión respecto del hecho presunto, sino que lo ha hecho la ley. El juez basa en él su sentencia, no porque se trata de un hecho probado, sino precisamente, lo hace sin prueba"¹⁸.

El proceso penal no es escenario para presunciones. La única presunción de derecho, o *iure et de iure*, es la contenida en los artículos 208 y 209 de la Ley 599 de 2000, en cuanto a que los menores de catorce años no están en condiciones de consentir relaciones sexuales. El derecho penal sabe que debe sacudirse de este tipo de presunciones. "Nunca, pues, en lo penal, deben existir presunciones *iuris et de iure*. Nunca debe haber presunciones autocráticamente impuestas por el legislador, que obliguen al juez a declarar verdadero lo que la más palpable evidencia demuestra que es falso. Sobre el lecho de

¹⁵ PARRA QUIJANO, Jairo. "Tratado de la prueba judicial. Indicios y presunciones". En: XXXV Congreso colombiano de derecho procesal (sep de 2014). Tomo IV. Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Universidad libre. Primera Edición. Ediciones Librería del Profesional. p. 144.

¹⁶ TARUFFO. Op. cit. p. 144.

¹⁷ PARRA QUIJANO. Op. cit. p. 76.

¹⁸ ROSENBERG, Leo. *La carga de la Prueba*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956. p. 197.

despacho en calidad de juez y se reconoce testigo del mismo, el dilema ya se ha referido frente a, si acatar la ley con la jurisprudencia de taxatividad ya vista o declararse impedido. Estas situaciones no han sido resueltas por la Honorable Corte y han recibido por la doctrina variados tratamientos. Algunos sostienen que el juez puede continuar, solo que deberá procurar decretar pruebas de oficio para evitar sustentar su sentencia en lo que por conocimiento privado conoce. Tal parece, es la respetable postura del profesor Jairo Parra, "Al juez le está prohibido basarse en su propia experiencia para dictar sentencia; esta le puede servir para decretar pruebas de oficio y, entonces, su decisión se basará en pruebas oportuna y legalmente recaudadas. Lo que no está en el mundo del proceso, recaudado por los medios probatorios, no existe en el mundo para el juez"²². Para Taruffo, tampoco es causal de impedimento. Sin embargo, hay excepciones a este principio, ya que, en algunos casos, al juez se le permite tomar en cuenta hechos que no fueron probados y obtener conocimiento de esos hechos a partir de su cultura personal²³. En cambio, para el profesor Manzini las cosas son más radicales, para imponer la separación del juez.

Pero si para introducir legítimamente en el proceso la ciencia privada del juez fuera necesario tomar al informado en calidad de testigo, se le excluiría necesariamente de la función de juez, ya que es evidente que nadie puede ser testigo y juez en el mismo procedimiento. No hay que temer por el interés de la represión penal; pues el juez informado de los hechos tiene el deber moral de hacerse recibir como testigo, previniendo así también la ocasión de tener que abstenerse de juzgar por graves razones de conveniencia²⁴.

Criterio que comparte Framarino contundentemente:

Como debemos siempre aspirar a que el convencimiento judicial tenga la calidad de social, y como en orden a la culpabilidad del acusado también debe existir indefectiblemente ese requisito, siguese de ello, que el juez no debe nunca fundar sus persuasiones en lo que él conoce en su condición de individuo particular. En cuanto a su conciencia, nada más cierto que lo que ha percibido directamente, pero no es lo mismo en cuanto a la conciencia social. Si el juez ha tenido conocimiento privado del hecho criminoso, o de los hechos que prueban la inocencia, debe hacer de lado su condición de juez y presentarse como testigo; entonces su testimonio será examinado y apreciado no solo por el juez que conoce del asunto, sino por la sociedad²⁵.

²² PARRA QUIJANO. Op. cit. p. 73.

²³ TARUFFO. Op. cit. p. 143.

²⁴ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo III. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952. p. 228.

²⁵ DEI MALATESTA, Framarino. *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Vol., II Cuarta edición. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1988. p. 57.

Stein al sumarse a este último criterio, desarrolla las razones para el impedimento.

La verdadera causa de la referida prohibición, la razón que hace que siga siendo necesaria en nuestros días, con independencia de los motivos de su génesis, radica primeramente en la imposibilidad psicológica de enjuiciar imparcialmente la propia testificación, en la incapacidad del hombre para salir de sí mismo, aunque solo sea con objetividad aproximada, juzgar el valor o la carencia de valor de la propia percepción de la misma forma en que el juez ha de valorar las declaraciones de los testigos teniendo en cuenta el hecho experimental de que al testificar se toma partido inconscientemente. (...) Indudablemente hay casos en que el objeto de la percepción es tan simple que el peligro de error es pequeño, pero precisamente en el caso de que fuera el propio juez quien hubiera de determinar los límites, residiría en él la decisión sobre su propio testimonio, que es justamente lo que debe evitarse: el juez tendría tendencia a considerar comprendido en el campo de los casos sencillos, todo aquel sobre el que estuviera firmemente convencido²⁶.

Interesante resulta el criterio del eterno profesor Francesco Carrara, quien acostumbrado a las distinciones, como la forma más pulcra de resolver las encrucijadas del derecho sostuvo una solución más original: que el conocimiento privado sirviera solo para absolver. Así lo expresó:

Hay que tener por cierta la distinción entre juez que absuelve y juez que condena; el primero tiene que obedecer los principios legales y decidir de acuerdo con lo que sabe qué es verdadero, aunque no conste en los autos; el segundo no, pues respecto a lo que conoce fuera de los autos, ni ha habido intimación ni se ha dado oportunidad para la defensa. El juez podrá absolver basado en su certeza privada, a pesar de todas las pruebas procesales que le conste que son erróneas, pero sin poder condenar a aquel cuya culpabilidad no ha sido probada en el proceso, aun cuando, como persona particular, tenga certeza de que ese reo es culpable, es decir, aun cuando por sí mismo lo haya visto cometiendo el delito. Yo formularía así esta conclusión: se debe absolver según la verdad sustancial, mas para condenar se necesitan verdad sustancial y formal a un mismo tiempo²⁷.

4.2.2 Nuestro criterio.

No creemos que pueda conciliarse la condición de testigo con la calidad de juez imparcial. Nadie puede ser juez de su propia verdad. De otro lado, forzar

²⁶ STEIN. Op. cit. pp. 4-5.

²⁷ CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal*. Cuarta edición. Parte General Vol II y IV. Bogotá: Editorial Temis, 1985. pp. 385 y 387.

desvirtue, fue hollada por los medios masivos de comunicación. La justicia es humildad y no espectáculo²⁸.

Nos preguntamos entonces, si también en estos casos, ¿esa contaminación de la imparcialidad que llega hasta los jueces irremediamente, puede en algún momento también justificar el impedimento o la recusación del funcionario? En principio, la respuesta podría ser afirmativa, pero hay razones poderosas para contrariar esa conclusión. Lo primero, que no se trataría de asuntos de conocimiento privado, en la medida en que nada de privado puede tener un conocimiento público que se comparte en términos tan generales. Lo segundo, porque no es lo mismo presenciar los hechos que conocerlos mediante un programa radial o televisivo, que interponer a terceros y a opciones de edición. Por lo demás, no tendría razón de ser permitir la separación de un juez por un motivo que igual será idéntico para todos los otros jueces.

5. CONOCIMIENTO PRIVADO DEL JUEZ DENTRO DEL PROCESO.

Si antes habíamos analizado toda la fuente de posibilidades del conocimiento del juez previo a sus funciones, ya dentro del proceso puede ocurrir otro tanto para justificar la separación del mismo. Nos ocuparemos de un breve acercamiento a estas situaciones, por lo menos, de las que nos resultan más trascendentes.

5.1 CONOCIMIENTO PRIVADO FRENTE A LAS REGLAS DE EXCLUSIÓN.

La prueba ilícita y la prueba ilegal deben ser excluidas en aplicación al principio constitucional del debido proceso (art. 29 de la Carta) y en desarrollo del artículo 23 perteneciente a los principios rectores del C.P.P. El concepto de exclusión excede a lo que sucedía en el sistema inquisitivo, en el que la prueba decretada ilegal o ilícita, no obstante, seguía engrosando el expediente de entonces. Hoy, el mensaje normativo es que la aludida prueba sea separada, expulsada de la carpeta, con el fin de que no siga contaminando con su presencia a los actores del proceso. Así planteado el asunto, no parece generar mayores complicaciones, pero basta recorrer unos metros en la práctica y encontraremos a la vuelta de la esquina situaciones que imponen soluciones inadvertidas y difíciles de resolver. Piénsese, por ejemplo, en una "confesión" obtenida sin la presencia del abogado defensor, en razón de una invasión inconstitucional en la residencia del indiciado,

²⁸ PARRA QUIJANO, Jairo. "Presunción de inocencia". *Revista derecho penal y criminología*. No. 54-55 año 1995. Universidad Externado de Colombia. p. 30.

al juez a lo imposible para que traicione su propia convicción, resulta un vano esfuerzo por jalonar las simples apariencias que reemplaza la honradez y la lealtad de la toga con el telón escénico mas propio de un pobre espectáculo de habilidosos ilusionistas. No empece que no exista una causal que habilite abiertamente el impedimento, razones constitucionales que le exigen amparar su imparcialidad demandan al juez que una vez advierta que él mismo es testigo de los hechos, debe declararse impedido sin tardanza. Quienes sostienen que todo puede resolverse echando mano a las facultades probatorias que ofiosas y excepcionalmente pudiera acometer el juez en procura de una sentencia materialmente justa, a nuestro modo de ver, sufren de dos inconsistencias: por un lado, olvidan el cambio estructural del sistema acusatorio, toda vez que, así como no le es posible a las partes, tampoco el juez podrá esquivar las exigencias de publicidad y motivación en cuanto a la justificación de pertinencia y conducencia de la prueba, por lo que es menester siempre anticipar de algún modo los resultados probatorios que se pretenden. Recuérdese que a nadie se le ocurriría pedir una prueba para especular cuál será el resultado de la misma. Por otro lado, que la exigua posibilidad de pruebas de oficio, que si bien recibió carta de bautismo constitucional, trata de opciones tan excepcionales que en modo alguno habilitarían al juez para perseguir como misión lo que nace de su propio conocimiento privado. No tiene lógica alguna que el mismo juez busque autoconvencerse de lo que ya conoce privadamente cuando es tarea, se insiste, de las partes en conflicto.

4.2.3 Caso problemático y nuestra opinión.

De un tiempo para acá se ha hecho costumbre por radio y televisión escuchar o presenciar distintos audios y videos que registran el contenido de las conversaciones comprometedoras o de los episodios flagrantes de la comisión de diferentes delitos, de tal manera que no es extraño que el juez llamado a resolver estos asuntos judiciales ya de antemano los conozca en detalle. Esta realidad es de tanta trascendencia, que los vecinos del norte, desde donde básicamente llegaron los efluvios del sistema acusatorio, han establecido controles estrictos para separar a sus jurados de conciencia de estas amenazas. Pertinente resulta recordar las reflexiones del profesor Jairo Parra sobre la incidencia de los medios de comunicación masiva:

Cada vez que los medios masivos de comunicación "contaminan" los procesos, se viola la presunción de inocencia y el hombre aun absuelto fue condenado. La verdadera condena para un hombre de bien, se cumple fuera de la cárcel, cuando ya no puede exhibir su talento o autoestima, o cuando a pesar de hacerlo, sabe que no es creído por la "opinión pública". La inocencia tiene autoridad, que se pierde cuando a pesar de no existir prueba que la

que dió pávulo a todo tipo de excesos de parte de los investigadores judiciales. El video, la grabación es presentada y escuchada por el juez, quien advertido por la defensa y las evidencias de la mala praxis sin vacilación decide excluirla. ¿será que ese juez ya sabido personalmente de la admisión de culpa voluntariamente asumida por el indiciado, estará luego en condiciones de tenerlo como inocente, de creerle como ajeno a los hechos y de absolverlo? Honestamente no lo creemos. La imparcialidad del juez queda seriamente agrietada, pues no podrá ver, ni aunque lo desee, al indiciado como una persona inocente. Al seguir los nortes de la imparcialidad objetiva y subjetiva ya recordados, lo lógico, lo coherente, es separar tanto la evidencia como al juez, para que otro funcionario distante de este vórtice venenoso continúe el asunto.

5.2 CONOCIMIENTO PRIVADO FRENTE AL FRACASO DE LOS ALLANAMIENTOS Y PREACUERDOS.

De igual forma la nueva estructura del Código de Procedimiento Penal establece algunos fenómenos por los que el indiciado admite su culpa de manera formal. No obstante que, en principio, no se permiten retractaciones, la jurisprudencia ha considerado situaciones en las que si es posible que el juez de conocimiento o el de segunda instancia anulen unos y otros. No hay causal que impida que el juez que ya conoció de estas manifestaciones inculpatorias del procesado, se declare coherentemente impedido por el quiebre evidente que sufre su condición de juez imparcial. Por iguales motivos, huelga que situaciones de esta guisa habiliten al juez a su separación y a las partes para que en caso de no hacerlo, puedan presentar formales recusaciones, jaladas por principios constitucionales que en modo alguno pueden ser negados.

Obsérvese cómo en la Ley 600 de 2000 estos reparos no solo no tienen ocurrencia, sino que existía el principio opuesto, porque se procuraba más bien que el proceso anulado regresara al mismo juez por el beneficio de ya conocer del asunto. Como las circunstancias han variado, deben también variar las respuestas judiciales, pues donde "no existen las mismas razones tampoco deben existir las mismas disposiciones".

5.3 CONOCIMIENTO FRENTE A LAS NULIDADES PROCESALES.

Ocurre que no es nada infrecuente que la segunda instancia anule, por la razón que bien estime, todo el proceso ya terminado, dentro del cual el juez de primera instancia, por ende, ya emitió su sentencia. Esta declaración de inocencia o de responsabilidad quedó grabada en su mente y en sus convicciones con letras de molde. Al repetir el proceso y retomar las oportunidades procesales en las

intervenciones de las partes que se habían negado, ¿será que podríamos seriamente esperar que el resultado en la convicción del juzgador pueda ser diferente?

Para asuntos como estos, en vano los jueces han pretendido separarse del proceso, dado que no solo no hay causal que así lo justifique, sino que, contrariamente, lo que estos encuentran es una nutrida muralla jurisprudencial que les impone seguir atendiendo el asunto en tanto que los pronunciamientos que han de separarlo del mismo son solo aquellos que provienen de declaraciones extraprocesales, no los que les ha correspondido atender dentro del decurso normal de sus funciones. "Ha sido posición recurrente de la Sala señalar que, no toda opinión o concepto sobre el objeto del proceso origina causal impeditiva, pues la que adquiere relevancia jurídica en esta materia es la emitida por fuera del proceso y de tal entidad o naturaleza que vincule al funcionario sobre el aspecto que ha de ser objeto de decisión. No es aquella opinión expresada por el juez en ejercicio de sus funciones"²⁹ –subrayas ajenas al texto–.

Por fortuna, la misma Honorable Corte, y hay que reconocerlo, viene abriendo un camino que poco a poco va haciendo grieta en el criterio rígido de las taxativas causales de impedimento y recusaciones. Esto lo aseguramos a juzgar por un pronunciamiento reciente en el que, habiéndose decretado la nulidad, la propia Alta Corporación de Justicia decidió devolver la carpeta pero con la advertencia de que debía retomar la repetición del juicio a un juez diferente al que había dado margen a las irregularidades detectadas. Se trataba de resolver reveladores actos de parcialidad que había registrado el juez de conocimiento cuando al socaire de "repreguntas complementarias" había excedido sus funciones y se mostraba contrario a la presunción de inocencia. Este pronunciamiento, pese a que no presenta ninguna de las causales de separación de las contenidas en la lista cerrada del artículo 56 del C.P.P., decidió amparar las garantías al debido proceso de cara al derecho fundamental del indiciado de contar con un juez imparcial. Así fue expresado: "Con base en lo normado en el artículo 457 de la Ley 906 de 2004, como la Sala advierte que se desconoció la garantía fundamental del juez imparcial, es claro que de conformidad con su función constitucional y legal (art. 181 ídem) está obligada a pronunciarse ordenando la nulidad de la audiencia de juicio oral, con el fin de que la misma se repita en su integridad ante un funcionario diferente"³⁰.

²⁹ COLOMBIA. CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Sala de Casación Penal. Autos de 19 de diciembre de 2000, 25 de junio de 2002, Rad. 19.587, y 3 de septiembre de 2002, Rad. 19.756, Rad. 41938. 6 de agosto de 2013. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Alberto Castro Caballero, entre otras.

³⁰ Proceso No 29415. 4 de febrero de 2009. Magistrado Ponente: Dr. Julio Enrique Socha Salamanca.

hacer cuando descubre, por sus conocimientos personales sobre armas, dado que es un miembro activo de un club de caza y tiro, que el testigo miente al afirmar que el revólver al caer se disparó solo, aún al saber que ello no es posible y observa que la contraparte desatiende estas falencias? Así podríamos seguir con situaciones nada extrañas en donde el conocimiento personal del juez le pone a salvo como único indemne de las deficiencias e inexactitudes de buena o mala fe de la prueba que desfila ante sus ojos.

Hace poco, ante la Honorable Corte Suprema se dió un caso muy particular. El fiscal demandaba en casación que el Tribunal de segunda instancia había errado al revocar la condena y permitirle al procesado sostener un error de tipo, ante la supuesta creencia invencible de que la menor víctima de sus desvarios sexuales era mayor de catorce años, cuando en audiencia la misma condición física, la presentación de la menor, evidenciaba, como lo hizo notar la primera instancia, que era una niña apenas en formación. La Corte no casó el fallo y no lo hizo en razón a que, en su criterio, respetable desde luego, las percepciones de esta naturaleza no pueden generar sino un conocimiento privado del juez y por tanto no podrían ser la base de la sentencia. Era preciso que el fiscal hubiese hecho notar tales circunstancias por medio de una peritación para habilitarla como fundamento de la sentencia. Así lo expuso *in extenso*:

De otro lado, tampoco pueden aceptarse las alegaciones sobre errores probatorios fundados en el desconocimiento de la realidad percibida por el juez de primera instancia, con base en la intermediación de la prueba, sobre las características físicas de la menor ofendida, pues deja de lado la censura que el principio de intermediación está instituido para verificar la credibilidad del testigo conforme a su comportamiento procesal, pero no para realizar apreciaciones subjetivas que concluyen la edad a partir del aspecto físico de la persona, destinadas necesariamente a profesionales en la materia. La apreciación subjetiva que hizo el juez *a quo* sobre el aspecto físico de la menor ofendida, equivale a la inclusión ilegal de una prueba, no solo porque atenta contra el principio de imparcialidad, sino además porque esa valoración del juez no fue sometida al respectivo contradictorio en el juicio oral, ya que ella se expresó al culminar este, en el fallo de primera instancia. Sobre este específico tema, ya la Sala tiene un criterio jurisprudencial claro, del siguiente tenor: "Se actualiza en condiciones semejantes el tema referido a la ciencia privada del juez, esto es, al conocimiento directo que el servidor judicial puede haber tenido de hechos sometidos a su saber y definición y en particular a la significación que a dicha percepción podría otorgársele. La respuesta resulta siempre contundente, partiendo del supuesto según el cual no es admisible que el juez ostente una doble condición de juzgador y testigo, por lo que cuando se habla de observación inmediata o directa por parte del juez, se entiende que se está hablando de percepción judicial o procesal, debiendo

5.4 CASOS PROBLEMÁTICOS Y NUESTRA OPINIÓN.

Llegamos ahora al epicentro mismo del debate procesal, lo que ocurre en la sala de audiencias en donde desfilan las pruebas frente al juez, punto de gravedad insoslayable de todo el sistema acusatorio, que es el que de lleno nos introduce en el tema de la importancia y utilidad del principio de intermediación de la prueba (C.P.P., art. 16), cuya razón de ser, es precisamente que el juez pueda tener contacto y percibir la prueba de manera directa y personal. Cuestión difícil es resolver situaciones concretas en las que se trata de aplicar reglas de experiencia que solo son accesibles a un conjunto de estudiosos especializados, entre los que, coincidentalmente, se encuentra el mismo juez, y cuyas reglas o se desconocen o se contradijeron en el juicio en tratándose de testigos o peritos. Entre dichas situaciones encontramos, por ejemplo, una en la que el perito de la defensa sostenga que los hechos no permiten censura penal alguna porque después de un año de estar guardadas las botellas de tal específico vino, este ya se hace inservible y por tanto su destrucción por parte del procesado no fue en modo alguno antijurídico. El juez que escucha con perplejidad al perito, que así lo afirma contra el conocimiento privado que él mismo posee por pertenecer a una familia vinícola, por ejemplo, y que observa el desconocimiento del fiscal en punto tan trascendente, ¿será que está conminado a decidir de acuerdo a esas afirmaciones inexactas? La jurisprudencia reconoce que las reglas de experiencia pueden ser reducidas también a un círculo cerrado de estudiosos, como en este caso. "Dentro del universo de las máximas de experiencia se incluyen también, las que 'solo son conocidas en círculos reducidos gracias a conocimientos técnicos específicos en cuanto a principios de un arte o ciencia', de donde se traduce que por la circunstancia de tratarse de unos órdenes de saber altamente especializados, el juez recurre a la prueba pericial para que sean evaluadas en el caso concreto de que se trate y a partir de los dictámenes proceder a efectuar las inferencias que correspondan"³¹. Calificar de alto, mediano o bajo el conocimiento especializado para saber cuándo se requiere del experto y cuándo basta la literatura general al alcance de todos, no es tema fácil.

Pensemos ahora en un testigo que por ser vecino del juez, le permite a este conocer de su mala reputación como persona mendaz. ¿Será que este conocimiento privado del juez podrá servirle para desechar la prueba y decidir prontamente a la misma?; ¿qué hacer cuando en pleno escenario del juicio se percata que el perito traductor en el idioma que el juez personalmente domina, desacierta sustancialmente en su labor sin que la contraparte lo advierta? ¿Qué

³¹ AP868-2015. Rad. 45250 25 de febrero de 2015. Magistrado Ponente: Dr. José Luis Barceló Camacho.

quedar al margen del proceso cualquier otro conocimiento en tanto no se introduzca a este a través de los diversos medios reglados por la ley³².

Todos estos sensibles problemas se hacen de difícil solución porque nos hace falta aplicar con más apego la dinámica probatoria que nos ha traído el nuevo sistema acusatorio, al que se suman deficiencias logísticas para su cabal funcionamiento. En efecto, en materia probatoria el legislador cambió la estructura tradicional del sistema inquisitivo. Como ya vimos, el código se ocupó de suministrarle herramientas regladas para que el juez las aplicase en concreto frente a cada medio de prueba, lo que inclusive lo deja registrado y le anticipa una norma que así se lo advierte: "ART. 380. **Criterios de valoración.** Los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, se apreciarán en conjunto. Los criterios para apreciar cada uno de ellos serán señalados en el respectivo capítulo". Es así como el juez, en su deber de aplicar los principios de la sana crítica y del método científico, encontrará que para valorar el testimonio le suministra el artículo 404; para valorar la prueba pericial, le entrega el artículo 420; y para la valoración documental, le proporciona el artículo 432. Si revisamos estas normas encontraremos como común denominador, que estas llaman al juez para que aplique aquellos principios técnico-científicos y de sana crítica, que no son más que reglas de la ciencia que le es dable aprender y manejar dentro de sus conocimientos y estudios personales. Estas, en la epidermis de la situación, pueden ser aprendidas y aplicadas como las aplica en su vida corriente, tal como sucede con las ayudas que la sana crítica le proporciona. No tendría sentido silenciar estos conocimientos para imponerle al juez que solo pueda aplicarlos cuando aparezca un segundo perito que así se los manifieste. Dicha peritación esta estaría igualmente sometida y expuesta a otro examen pericial y así interminablemente. Ha expresado la Corte: "No puede, pues impedirle al fallador el que ejerza su papel, no de perito de peritos, sino de crítico de peritos y que ejerciendo una sana crítica de la prueba, llegue a las conclusiones más procedentes y sensatas"³³. Las reglas de la experiencia y los principios del sentido común indican que una menor que habla como niña, que tiene la estatura de una niña, el peso y apariencia de una niña es y debe ser una niña. Son datos que no solo hacen parte de sus generales, que pueden registrarse en acta, sino que, además, deberían quedar fijados en el video de la audiencia correspondiente. He allí el segundo problema que anticipaba referido a la logística del sistema.

Cuando de la prueba testimonial se trata, los cuidados deben ser especiales, por ser esta la prueba preponderante del sistema acusatorio. No en vano, el artículo 404, ya aludido, le señala al juzgador que valore esta prueba también teniendo en

³² Proceso n° 36327. 8 de junio de 2011. Magistrado Ponente: Dr. Sigifredo Espinosa Pérez.

³³ Casación Penal. Abril 23 de 1994. G.J. No. 2463 t CCXXIV, p. 676.

consideración "el comportamiento del testigo durante el interrogatorio", lo que la justicia americana conoce como el "demeanor", que es lo que el juez percibe de quien declara. Sobre el particular explica el profesor Chiesa Aponte: "Un testigo se autoimpugna con una mala actuación en la silla de los testigos: inseguridad, nerviosismo, etc."³⁴. Este es el alcance del principio de intermediación: habilitar al juez para que él al percibir la prueba esté en condiciones de aplicar aquellos principios técnico-científicos que le son accesibles a la altura de la sana crítica, como un ser humano afín a estos estudios. Pero el juez de segunda instancia no podrá aplicar estos parámetros si escasamente le llegan grabaciones solo en audio y, a veces, difícilmente audibles.

En verdad, hoy por hoy, la gran mayoría de las salas de audiencia en nuestro país no está equipada del sistema de video, sin que se tenga explicación de por qué se ha descuidado una herramienta de tan poco costo y de tan decisivos beneficios. Personalmente, hace dos años presenté acción de tutela en contra de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura de Cartagena, con el objeto de que se tutelaran mis derechos y los de todos los abogados penalistas, por lo menos en esta ciudad, y así obtener la complementación de los equipos de grabación. La misma no prosperó, ni en primera ni en segunda instancia, porque se me exigía una sentencia de segundo turno que testimoniara mi perjuicio en concreto y porque, además, la entidad accionada para la corrección de estas deficiencias debía previamente recibir informe de servicio de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial. En todo caso, me noticiaban que para el 10 de diciembre de 2013 se harían las respectivas dotaciones a todas las salas de audiencia. Hecho que, dos años después, aún no se ha cumplido.

6. CONCLUSIONES.

De estas breves reflexiones, intentaremos extraer las conclusiones que sugieren frente a tan sensible y polémico asunto.

6.1 Cuando el conocimiento privado del juez proviene del hecho de que él mismo haya sido testigo de los hechos, está en el deber de separarse del asunto, pues no podría ser testigo y juez al mismo tiempo.

6.2 Cuando el conocimiento privado del juez es adquirido dentro del proceso, por fenómenos como prueba ilícita, allanamientos, preacuerdos o similares o adopte decisión final, debe reconocer igualmente que pierde su imparcialidad. Deberá separarse del proceso.

³⁴ CHIESA APONTE, Ernesto. *Derecho procesal penal de Puerto Rico y de Estados Unidos*. Volumen III. Editorial Forum, 1995.

----- "Presunción de inocencia". *Revista derecho penal y criminología*. No. 54-55 año 1995. Universidad Externado de Colombia.

----- "Tratado de la prueba judicial. Indicios y presunciones". En: *XXXV Congreso colombiano de derecho procesal* (sep de 2014). Tomo IV. Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Universidad libre. Primera Edición. Ediciones Librería del Profesional.

PICO IJUNOY, Juan. *El juez y la prueba*. Primera edición. España: Editorial Bosh Procesal, 2007.

REYES ALVARADO, Yesid. "El control de la prueba en el proceso penal adversarial". *Revista Internacional Derecho Penal Contemporáneo*. No. 16. Editorial Legis.

ROSENBERG, Leo, *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956.

STEIN Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Segunda Edición. Bogotá: Editorial Temis, 1988.

TARUFFO, Michele. *La prueba*. Barcelona: Editorial Marcial Pons, 2008.

----- *Ideologías y teorías de la justicia civil. Proceso judicial y cultura, una mirada global*. Universidad de Medellín. 2013.

6.3 Cuando el conocimiento privado del juez proviene de sus conocimientos generales de la sana crítica o de sus conocimientos personales técnico-científicos, no tiene por qué separarse del proceso. Deberá servirse de ellos y echar mano a la literatura científica comúnmente aceptada, para motivar y sustentar su propia convicción, iluminado siempre por lo que fueran sus percepciones en la sala de audiencia. Ninguna ley podrá prohibirle que se aparte del testimonio o de la peritación que no le convencieron, por cualquiera de las múltiples causas que delataron sus desaciertos o sus mendacidades. "No hay aventura como la del proceso que mejor demuestre que la libertad, especialmente la del juez, termina por ser valentía"³⁵.

La polémica está servida. En todo caso, como lo enseñó Soren Kierkegaard: Hay dos maneras de dejarse engañar: una, es creer lo que no es cierto; la otra, negarse a creer lo que es verdad.

REFERENCIAS.

BASTIDAS DE RAMÍREZ, Raquel, RAMÍREZ BASTIDAS, Yesid. *Principialística procesal penal*. Segunda Edición. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2004.

BRICHETTI, GIOVANNI. *La evidencia en el derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- América, 1973.

CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

CARRARA, Francesco. *Lineamientos de práctica legislativa penal*. Bogotá: Editorial Temis, 1988.

CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal*. Cuarta edición. Parte General Vol II y IV. Bogotá: Editorial Temis, 1985.

CHIESA APONTE, Ernesto. *Derecho procesal penal de Puerto Rico y de Estados Unidos*. Volumen II y III. Editorial Forum, 1995.

DEI MALATESTA, Framarino. *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Vol.I y II Cuarta edición. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1988.

ELLERO, Pietro. *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal*. Sexta edición. Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros. 1968.

GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis. *Sistema de juzgamiento penal acusatorio*. Primera edición. Editorial Leyer. 2005.

GORPHE, Francois. *Apreciación judicial de las pruebas*. Bogotá: Librería Temis, 1985.

MANZINI, Vicenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo III 1952. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- América, p. 228.

PARRA QUIJANO, Jairo. "Tratado de la prueba judicial. Indicios y presunciones". Tomo IV. Primera Edición. Ediciones Librería del Profesional.

³⁵ CARNELUTTI. Op. cit. p. 205.