

Incentivo al arreglo de litigios eventuales desde el derecho probatorio

Incentive to the settlement of eventual disputes from the evidence law

Luis Miguel Falla Zúñiga¹

Resumen

El artículo examina si los ofrecimientos o concesiones que realicen las partes en el trámite de un mecanismo autocompositivo de solución de controversias podrían ser excluidos como pruebas del proceso judicial que inicie luego de resultar fallidas las conversaciones. El análisis toma como punto de partida el ejemplo estadounidense, en donde existe una regla expresa de admisibilidad probatoria aplicable a manifestaciones hechas durante el arreglo de controversias. Luego, al entrar en el derecho colombiano, se plantean comentarios iniciales sobre normas precontractuales de conducta en la formación de un acuerdo de transacción. Más adelante, aborda la nueva dimensión constitucional de la prueba como evolución del ritualismo tradicional colombiano, para finalmente indagar sobre la aplicación de la regla constitucional de exclusión probatoria a la hipótesis inicial, con fundamento en el derecho a la intimidad.

Palabras clave: Exclusión probatoria; mecanismos alternativos de solución de controversias; prueba ilícita; autocomposición; buena fe precontractual.

Abstract

The article discusses if an evidentiary exclusion applies to the offerings or concessions made while settling a dispute. The analysis starts with the example of the United States, wherein a specific evidence rule exists pertaining to the admissibility of assertions made during the settlement of dispute. It further enters the study of Colombian law, with initial comments on precontractual rules of conduct in the context of the construction of a settlement agreement. Other comments follow on the new constitutional dimension of the evidence, as an evolution of the traditional Colombian ritualism. Finally, the discussion focuses on the application of the exclusionary constitutional rule to the initial hypothesis, based upon the fundamental right to intimacy.

Federal Rules of Evidence of the United States, that contain a specific rule regarding the exclusion of evidence

Key words: Evidence exclusionary rule; alternative dispute resolution; inadmissible evidence; good faith principle.

¹ Abogado de la Universidad de los Andes. Especialista en Derecho Procesal y en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario. Magister en Leyes (LL.M.) de Cornell University (Estados Unidos). Abogado litigante en asuntos de derecho administrativo. Ha sido asociado de distintas firmas de abogados en Colombia y se desempeñó como profesional especializado en la Sección Tercera del Consejo de Estado. Actualmente es socio de la firma de abogados Estudios Palacios Lleras. Correo: lfalla@palacioslleras.com

I. Introducción

La congestión de los despachos judiciales es un punto crítico para el diseño y la gestión institucional de la justicia en Colombia. Al respecto, es probable que la búsqueda de soluciones haya trascendido los contornos del propio sistema judicial, el cual parece haberse quedado atascado en reacciones ya saturadas sobre ajustes en sus capacidades funcionales, operativas y presupuestales². Es así como los mecanismos alternativos de solución de controversias han recibido una buena parte de la atención, pues se los ve como válvulas de escape y —acaso— como sustitutos parciales del poder judicial. Es, en lo fundamental, un contexto en el que prevalece el pragmatismo y en el que el tiempo tiene un valor superior. En este orden de ideas, el apoyo que reclama la justicia por la situación que enfrenta, atiende a razones coyunturales y se presenta más como una especie de remiendo que apenas contribuye a contener el colapso total. Esto, pese a que varios mecanismos alternativos podrían ser considerados un pilar adicional de todo el sistema de solución de conflictos, si se les atribuyera una proyección distinta en su vocación de permanencia y su articulación con la justicia ordinaria tuviera otros estímulos de base.

Es razonable sospechar que dicha visión pragmática, a la postre, desenfoca la discusión sobre un propósito legítimo que tiene la promoción de políticas públicas sobre autocomposición de conflictos: propiciar consensos espontáneos alrededor de las diferencias que existen entre personas, mediante el reconocimiento de su capacidad para ocuparse directamente de los asuntos en los que tienen interés y que conocen de primera mano³.

² Ver cifras publicadas por la Corporación Excelencia en la Justicia del Consejo Superior de la Judicatura: “Índice de Congestión de la Rama Judicial en Colombia”; “Productividad por juez en Colombia”; “Evolución del presupuesto del Sector Judicial en Colombia” [En línea] en: <https://cej.org.co/indicadores-de-justicia/efectividad/indice-de-congestion-de-la-rama-judicial-en-colombia-sector-jurisdiccional/>. Ver también: Plan Sectorial de Desarrollo Rama Judicial 2023-2024, Consejo Superior de la Judicatura, disponible en: https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/portalDNP/PND-2023/05022023_Plan-Sectorial-Rama-Judicial-2023-2026.pdf

³ Sobre este asunto, Oscar G. Chase expone: “La explicación más simple respecto a la vuelta a los ADR después de 1975 estima que éstos serían la respuesta racional a un fuerte crecimiento de la litigiosidad en la

En este último escenario, viene bien una discusión de política pública sustantiva y no utilitarista, que brinde protección a la iniciativa de quienes despliegan intentos genuinos encaminados a resolver sus conflictos por su propia cuenta, de manera amistosa y con criterio de equidad⁴. Por ahora, desde el punto de vista de las normas de procedimiento vigentes, el empeño de quienes aspiran a solucionar o acabar sus conflictos de forma anticipada, no parece tener suficiente protección ni impulso desde el derecho positivo colombiano.

Pues bien, un buen acuerdo con el que las partes arreglen sus diferencias y pongan fin al conflicto debería ser el fruto de un diálogo franco y abierto⁵. Pero es apenas comprensible que ellas adecúen su comportamiento al entablar tales conversaciones, en cuanto estimen que es alto el riesgo de que aquello que digan

década anterior, que amenazaba con colapsar el sistema judicial y dilatar la resolución de conflictos. (...) Todos los defensores de los ADR deben haber tenido otros motivos para pensar que son preferibles. Como mínimo, se necesita una mentalidad que consienta este fenómeno específico. La historia anteriormente descrita sobre los ADR ofrece datos sobre una serie de antecedentes técnicos y sobre la legitimación de sus precedentes. Sin embargo, flotaba en el aire de la tardía modernidad un conjunto de mentalidades que se han generalizado lo suficiente como para considerarse parte de la cultura tal y como la he definido. Dos de esas cuestiones destacan. Me estoy refiriendo a ellas como la 'contracultura' y la 'crítica del hiperlegalismo'. (...) [Sobre 'CONTRACULTURA Y ADR'] El poder constructivo de la mediación está basado en su informalidad y carácter consensual, siendo ambos los que 'permiten a las partes definir sus problemas y sus objetivos en sus propios términos y condiciones, con lo cual verifican la importancia de esos problemas y objetivos respecto a sus propias vidas'. De acuerdo con BUSH Y FOLGER, la transformación individual que acompañará a la autodefinición de problemas y objetivos se compone de dos elementos: el empoderamiento y el reconocimiento". CHASE, Oscar. Derecho, cultura y ritual. Tr. Fernando Martín Diz. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2011. Citando a BUSH y FOLGER. The promise of mediation: Responding to Conflict through Empowerment and Recognition. San Francisco: Jossey Bass, 1994).

⁴ Sobre el punto no pasan desapercibidas las críticas de Owen Fiss: "Las cortes son vistas como la institucionalización del extraño y la adjudicación es vista como el proceso mediante el cual el extraño ejerce poder. (...) Es una tregua más que una reconciliación, pero parece preferible que una sentencia porque descansa sobre el consenso de ambas partes y evita el costo de un juicio largo. En mi opinión, sin embargo, esta exposición de la adjudicación y el favorecimiento del arreglo directo descansa sobre premisas cuestionables. (...) El consentimiento es usualmente coaccionado; alguien sin autoridad puede impactar la negociación; la ausencia de un juicio y de una sentencia vuelve problemática la subsiguiente intervención judicial; y aunque los tiempos son recortados, puede no hacerse justicia". FISS, Owen. Against Settlement. En: The Yale Law Journal. Mayo, 1984, Vol. 93, Num. 6. [en línea] En: <https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/faculty/papers/againstsettlement.pdf>

⁵ "Once the Preliminary Stage is finished, the parties move into the Information Stage, during which they endeavor to determine what is available to be divided between themselves. The best way to obtain information about opponent interests and goals is to ask questions – preferably broad, open-ended questions that force the other side to talk. The more they speak, the more they disclose. Negotiators should not assume a fixed pie, and should look for ways to expand the areas to be divided to maximize the joint returns achieved by the parties. It is helpful to go beyond the stated positions of the parties to look for alternative formulations that might be mutually beneficial." CRAVER, Charles. The Negotiation Process. En: American Journal of Trial Advocacy. 2003, Vol. 27, p 72.

"In that vein, many commentators and judges have concluded that a free exchange of pertinent information between disputants not only increases the likelihood, but also the quality, of settlements". WENINGER, Robert. Amended Federal Rule of Evidence 408: Trapping the Unwary. Review of Litigation. 2007, Vol. 26, p. 409.

las pueda llegar a perjudicar⁶. Así, tal vez tiendan a evaluar el costo de hacer ofrecimientos, concesiones o reconocimientos para precaver un litigio eventual, y considerarlo muy alto por la incertidumbre de que sus manifestaciones en la negociación jueguen en su contra. En últimas, en no pocas ocasiones la parte de un conflicto evalúa que lo que diga en las conversaciones prejudiciales puede no ser suficiente para motivar un acuerdo que ponga fin al conflicto; y, en cambio, podría quedar expuesta a que su contraparte haga uso de sus manifestaciones en sede judicial, con el objetivo de que el juez las interprete en su contra y a partir de ellas deduzca, por ejemplo, que tiene responsabilidad o que no le asiste el derecho que reclama.

Hace parte de este asunto la propensión de las partes a conseguir el mejor resultado para sus intereses propios, lo cual parece algo profundamente arraigado en las interacciones sociales, por cuestiones de naturaleza humana⁷.

En ese contexto, ante la posibilidad de que las negociaciones resulten fallidas y de que inicie un proceso judicial, es probable que la conversación entre las partes a la hora de negociar esté marcada por un nivel adversarial muy parecido al que mostrarían de enfrentarse en un litigio. Tal vez se comportaron con base en un cálculo racional en el que prevalezcan los intereses subjetivos de cada una y que muy poco espacio admite para hacer revelaciones sobre sus respectivas posiciones individuales frente al litigio, con las cuales puedan identificar puntos fundamentales para cada una. Sin eso, difícilmente lograrán acercar las diferencias y, finalmente, construir un acuerdo.

⁶ “But where “parties are afraid to share the reasoning that supports and explains their offers and demands, they bear a greater risk that the substantive terms of settlement agreements will not reflect rational and fair resolutions of disputes”. Ibid, p. 410.

⁷ Aquí resulta iluminador la descripción del individuo “necio” de Thomas Hobbes: “Los necios tienen una convicción íntima de que no existe esa cosa que se llama justicia, y, a veces, lo expresan también paulatinamente, alegando con toda seriedad que estando encomendada la conservación y el bienestar de todos los hombres a su propio cuidado, no puede existir razón alguna en virtud de la cual un hombre cualquiera deje de hacer aquello que él imagina conducente a tal fin. En consecuencia, hacer o no hacer, observar o no observar los pactos, no implica proceder contra razón cuando conduce a un beneficio propio”. HOBBS, Thomas. “Leviatán”. Colombia: Fondo de Cultura Económica. Ed. 2021. P. 119.

Y, entonces, es probable también que ambas partes tomen las precauciones del caso para que sus manifestaciones no hagan parte del debate judicial, de tal suerte que el diálogo transcurrió en medio de múltiples reservas y prevenciones, o bien acabaría muy pronto en medio de un prudente silencio. Ello conlleva, sin más, a que las partes busquen controlar la incertidumbre asumiendo la etapa de negociación prejudicial sólo como un paso obligado hacia el litigio.

Pues bien, de afianzarse una idea utilitarista de los mecanismos alternativos de solución de controversias, podríamos caer en la trampa de convertirlos en meros trámites, cuando en realidad ellos pueden propiciar una cultura responsable y participativa en la construcción de un entorno de convivencia pacífica.

De acuerdo con todo lo anterior: ¿consigue alguna ventaja en el eventual proceso judicial la parte que actuó de forma precavida durante la negociación del litigio, frente a la que se esforzó por estimular el acuerdo? ¿O podría la parte entusiasta del acuerdo prejudicial impedirle a su contraparte aducir en su contra ciertas afirmaciones hechas durante la negociación de un litigio?

En principio, salvo por lo que hace a la conciliación formalmente considerada, las normas del procedimiento civil o del procedimiento contencioso administrativo no traen una regla especial y expresa que prohíba introducir pruebas sobre los ofrecimientos o concesiones de las partes de una negociación prejudicial. Sin embargo, en Colombia el postulado constitucional de la buena fe podría servir como punto de partida para construir una defensa judicial plausible frente a arremetidas de este tipo, con una capacidad razonable de convencer a un juez para excluir tales pruebas y exigir un comportamiento leal y recto, tanto en ámbito precontractual respecto de la transacción de las diferencias, como en el propio proceso judicial del que conoce.

Así las cosas, me ocuparé en este escrito de defender la idea de que en Colombia es razonable solicitar a un juez que excluya del proceso aquellas pruebas tendientes a demostrar ciertas manifestaciones hechas durante la negociación prejudicial que resultó fallida. La tesis concede que tales manifestaciones ni siquiera deben llegar

a integrar el acervo probatorio que valorará el juez, no sólo para evitar que la averiguación de la verdad se realice a toda costa, sino también para desalentar desviaciones del debate central, como ocurriría al indagar sobre cuáles fueron las motivaciones que tuvo alguien para hacer una manifestación en la negociación prejudicial.

Exploraré la exclusión probatoria de las afirmaciones perjudiciales, los ofrecimientos, las concesiones o las admisiones, que realiza una parte durante la negociación de una controversia. Dicha exclusión tiene que ver, en lo fundamental, con impedir el ingreso al proceso de medios de prueba que apuntan a demostrar lo ocurrido durante la negociación prejudicial fallida, de tal modo que la convicción del juez no se construya a partir de manifestaciones que pudieron haber tenido como principal motivación el logro del cierre de la negociación del conflicto.

De esta forma, expondré en primer lugar el desarrollo de una regla probatoria asimilable que rige en los Estados Unidos. A continuación, haré unos comentarios sobre la buena fe precontractual para introducir el marco ético en el que deberían desarrollarse las conversaciones para el arreglo definitivo de las diferencias entre las partes. Luego, presentaré el desarrollo de las exclusiones probatorias en Colombia por asuntos distintos a los requisitos establecidos para cumplir con las “formas propias de cada juicio”, con base en una explicación sobre la nueva dimensión de la prueba fundada en la Constitución Política y comentarios teóricos frente a la exclusión probatoria de la prueba ilícita. Discutiré brevemente la prohibición probatoria que aplica exclusivamente a la conciliación y, finalmente, presentaré unas consideraciones sobre el derecho a la intimidad como centro de gravedad de la argumentación para excluir pruebas de manifestaciones hechas en fase de negociación prejudicial.

II. Regla estadounidense sobre admisión probatoria de fórmulas de arreglo y negociaciones

La Regla Federal de Pruebas de Estados Unidos⁸ No. 408 (en adelante “FRE 408”) es la base de la hipótesis planteada más arriba. Dicha regla establece, en lo fundamental, las condiciones de admisibilidad como prueba de las circunstancias fácticas propias de una negociación para el arreglo de una disputa, que son aplicables en ese país⁹.

La FRE 408 ordena inadmitir las pruebas sobre los ofrecimientos o promesas de dar una retribución —y las aceptaciones, promesas u ofertas de aceptar— que se realicen para arreglar o intentar arreglar una controversia, cuando se los utilice para demostrar la validez o el monto de una pretendida acción judicial, o bien para desacreditar por contradicciones o afirmaciones previas inconsistentes¹⁰. Dicha norma también dispone que serán inadmitidas las pruebas sobre conductas o afirmaciones relacionadas con la materia objeto de reclamo, que hayan sido hechas durante las negociaciones para el arreglo de la controversia, con excepción de los casos penales o de negociaciones conducidas por entidades públicas en ejercicio de su autoridad regulatoria, investigativa o ejecutiva. Finalmente, dicha regla contempla excepciones en favor de la admisión de pruebas relacionadas con las negociaciones perjudiciales, las cuales se circunscriben a finalidades probatorias alternas, que no están dentro del ámbito de protección de los intentos genuinos de

⁸ Las Reglas Federales de Pruebas (Federal Rules of Evidence – FRE) son un código promulgado en 1975, adoptado por orden de la Corte Suprema de Estados Unidos, y modificado en subsecuentes ocasiones que contempla reglas, entre otras, para promover el derecho probatorio, encontrar la verdad y asegurar determinaciones justas en materia probatoria, las cuales son aplicables dentro del Sistema Federal de Cortes de Estados Unidos, en casos civiles y penales. ESTADOS UNIDOS. Federal Rules of Evidence (2, enero, 1975). P. Law 93-595. Office of the Law Revision Counsel. United States Code. [En línea] En: <https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title28/title28a/node229&edition=prelim>

⁹ “Rule 408. Compromise Offers and Negotiations

(a) Prohibited Uses. Evidence of the following is not admissible — on behalf of any party — either to prove or disprove the validity or amount of a disputed claim or to impeach by a prior inconsistent statement or a contradiction:

(1) furnishing, promising, or offering — or accepting, promising to accept, or offering to accept — a valuable consideration in compromising or attempting to compromise the claim; and

(2) conduct or a statement made during compromise negotiations about the claim — except when offered in a criminal case and when the negotiations related to a claim by a public office in the exercise of its regulatory, investigative, or enforcement authority.

(b) Exceptions. The court may admit this evidence for another purpose, such as proving a witness’s bias or prejudice, negating a contention of undue delay, or proving an effort to obstruct a criminal investigation or prosecution.” ESTADOS UNIDOS. 28 USC App Fed R Evid Rule 408. Federal Rules of Evidence (2, enero, 1975). P. Law 93-595. Office of the Law Revision Counsel. United States Code.

¹⁰ Ibid., T. 28.

las partes por negociar una controversia. Dice la norma, por ejemplo, que son admisibles pruebas para demostrar sesgos o prejuicios de un testigo; discusiones sobre demoras injustificadas; o esfuerzos por obstruir investigaciones criminales.

Traigo la FRE408 a discusión porque, como regla probatoria, concibe y desarrolla una política pública que encuentro definitiva: promover —o no desalentar— el proceso de arreglo de las disputas por las partes que integran la respectiva relación jurídica, bien de forma directa o con la ayuda de un tercero¹¹. Esto resulta expresamente señalado en los antecedentes legislativos de la FRE 408, como se desprende de la nota sobre la FRE408 del Comité Asesor de las Reglas Federales de Evidencia de Estados Unidos, encargado de su redacción¹². Al respecto, dicho comité resaltó el valor práctico (“*practical value*”)¹³ de este tipo de reglas, para lo cual mencionó que, en ausencia de la regla en comento, se produciría el efecto inevitable de inhibir la libre comunicación de cara al arreglo de la disputa, inclusive entre abogados. El reporte del Senado de los Estados Unidos sobre la FRE 408, apunta en la misma dirección al señalar que el propósito de la regla es promover arreglos que, sin ella, quedarían desincentivados por la admisibilidad de ciertas pruebas¹⁴. Dicho reporte reitera que la ausencia de una regla sobre admisibilidad dificultará la libre comunicación entre las partes y, por ende, constituye una contención injustificada a los esfuerzos por negociar arreglos directos. Inclusive, como quiera que la protección no acoge únicamente las afirmaciones formuladas

¹¹ “While the majority of cases ultimately settle, the settlement negotiation process can take many forms.79 For example, in litigation, negotiating towards a settlement can take place on the phone, by e-mail, in person, or even at a more formal settlement conference. Similarly, the settlement negotiation process may take place at drastically different stages of the litigation. Generally, the settlement negotiations begin with one party extending an opening offer. The parties then make counter offers while producing evidence and arguments to support why their offer is fair. The parties ask questions to gauge how their opponent’s value what is in dispute and make concessions in order to meet their needs and interests. This process varies widely depending on the type of dispute and parties involved.” SHER, Andrew. FRCP 26 vs. FRE 408: why settlement negotiations should be privileged against third-party discovery. En: Cardozo Journal of Conflict Resolution, 2012, Vol. 16-295, p. 304.

¹² ESTADOS UNIDOS. 28 USC App Fed R Evid Rule 408. Notes of Advisory Committee on Proposed Rules”. Federal Rules of Evidence (2, enero, 1975). P. Law 93-595. Office of the Law Revision Counsel. United States Code. [En línea] En: <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-1999-title28a-node246-article4-rule408&num=0&edition=1999>

¹³ *Ibid.*

¹⁴ ESTADOS UNIDOS. 28 USC App Fed R Evid Rule 408. Notes of Committee on the Judiciary, Senate Report No. 93-1277. Federal Rules of Evidence (2, enero, 1975). P. Law 93-595. Office of the Law Revision Counsel. United States Code. [En línea] En: <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-1999-title28a-node246-article4-rule408&num=0&edition=1999>

en sentido hipotético durante las negociaciones, la regla tendría un impacto real, en la medida en que la admisión como prueba de afirmaciones directas constituía una preferencia hacia la sofisticación o una trampa para el ingenuo o incauto¹⁵.

Gracias a la codificación federal de las reglas de pruebas y a que distintas cortes de ese país han seguido una línea argumentativa similar a la que motiva la FRE408¹⁶, hoy en día casi todos los sistemas judiciales estatales acogen la FRE 408¹⁷ y ya es casi inexistente alguna división interpretativa entre tribunales en función del reconocimiento que tiene la política pública subyacente¹⁸.

De cualquier forma, la regla de exclusión probatoria en comento no tiene solo una base de política pública, sino que al respecto caben consideraciones de idoneidad y eficacia probatoria en cuanto la prueba apunte a demostrar aspectos propios de la negociación para el arreglo de una controversia. En efecto, puede ocurrir que resulten artificiales las conexiones entre lo ocurrido durante la negociación y la materia de controversia. En tal sentido, las pruebas de lo dicho o hecho durante la negociación de un litigio, en realidad, pueden no tener la capacidad real de formar el convencimiento en el juez sobre la responsabilidad de una de las partes, o la inocencia de la otra¹⁹. En esta materia, el Comité Asesor de las Reglas Federales de Evidencia anotó que la exclusión probatoria que recae sobre las negociaciones previas a un litigio, tiene que ver también con su irrelevancia. Dicho comité indicó

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ "The policy behind Rule 408 is to encourage freedom of discussion with regard to compromise". ESTADOS UNIDOS. United States Court of Appeals. Third Circuit. *Affiliated Manufacturers, Inc., Appellant, v. Aluminum Company of America*, 56 F.3d 521 (3d Cir. 1995).

¹⁷ WENINGER. *Op. Cit.*, p. 414.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ "There are at least five principal reasons that have been advanced by the courts as to why offers in compromise are excluded from evidence: (1) such offers are irrelevant since they do not imply belief in the validity of the adversary's position, (2) parties to a compromise negotiation may by express or implied contract agree that admissions made therein shall be excluded from evidence and courts will enforce the secrecy agreement, (3) offers of compromise are excluded because the offeror does not intend to make an admission, (4) it is only fair play to exclude the unsuccessful efforts at compromise so as to prevent them from being turned upon one of the parties, and (5) offers of compromise are privileged communications since the law favors the settlement of differences without resort to litigation." BELL, George. *Admissions Arising Out of Compromise-Are They Irrelevant?* En: *Texas Law Review*, Vol. 31 (1953), pp.240-41.

que el ofrecimiento puede estar motivado por el deseo de paz y no por una concesión hecha en una posición de debilidad dentro de la controversia²⁰.

Y cabe también agregar que en la teoría estadounidense alrededor de la FRE408 parece haber resuelto que dicha norma no es de confidencialidad, como que ofrezca protección absoluta a todo lo que las partes digan o hagan durante la negociación de un eventual litigio. Por esa línea, en la práctica no es posible invocar la FRE 408 para prevenir la divulgación de información revelada al negociar una controversia, pues dicha regla tiene un alcance más restringido en materia procesal: la FRE 408 es una verdadera regla de exclusión probatoria, que descalifica algún tipo de información en cuanto a su validez y eficacia probatoria dentro de un proceso judicial determinado, con fines de política pública de promoción de mecanismos alternativos de solución de controversias y no con el propósito de convertirse en una regla sobre información confidencial.

Por supuesto que, antes de cerrar esta parte, cabe hacer una anotación frente al sistema jurídico en el que se inserta la FRE408, en el cual muchas causas son posteriormente decididas por un jurado. A diferencia de lo que ocurriría con juez, quienes integran un jurado pueden no tener una preparación equivalente en asuntos de razonamiento lógico, por lo que sus inferencias podrían resultar contaminadas con cuestiones ambivalentes o accidentales. Es así que resulta razonable que un sistema jurídico como el norteamericano ofrezca salvaguardas para el razonamiento de quienes integran un jurado, casi a modo de suplir la falta de formación jurídica y también para tratar de encauzar su juicio.

III. De la buena fe precontractual a la nueva dimensión de la prueba para proteger la integridad del sistema judicial

²⁰ Ibid.

En el ordenamiento jurídico colombiano, la fórmula de la buena fe en ámbito precontractual fija un adecuado punto de partida para la discusión planteada²¹. Con arreglo a dicho principio y a las normas de derecho privado que lo desarrollan, las partes están sujetas a unos parámetros de conducta en la etapa de formación de un acuerdo de transacción con el que pondrán fin a sus diferencias. En este sentido, podrían transgredir sus deberes de conducta en fase precontractual si deciden no suministrar información completa a su contraparte o si divulgan información sobre el acuerdo a terceros cuando debían mantenerla en secreto. Sin embargo, como resulta apenas lógico, las normas de derecho privado regulan “la colaboración intersubjetiva”²² en interés del acuerdo y de un beneficio común, lo que en cierta medida contrasta con la rivalidad que es natural de un proceso judicial por involucrar intereses opuestos y un desenlace en el que unos prevalecerán sobre los otros. Por tratarse de ámbitos distintos, el cruce de cuentas por conductas transgresoras de la buena fe toma rumbos distintos en cada caso. En materia precontractual, los reproches a las conductas impropias no se proyectan por fuera del ámbito privado de la relación jurídica entre las partes, como quiera que la parte incumplida compromete su responsabilidad y se expone a la indemnización de perjuicios. En materia procesal, son normas de orden público las que protegen un interés colectivo en la justicia y, por tal motivo, las que le encargan al juez la responsabilidad de asegurar criterios de corrección y lealtad en el desarrollo del proceso. Así entonces, la relación jurídico-procesal entraña unos objetivos de mayor alcance en materia de buena fe, lo cual justifica que las reglas procesales de conducta tengan razones de política pública, trascienden una determinada relación privada e, incluso, habiliten al juez para imponer sanciones, en ejercicio de su autoridad, con el propósito de preservar la corrección y lealtad dentro del proceso.

²¹ “...en el período precontractual se reconoce una fase en la cual las partes buscan conocerse para poder identificar cuáles serían las eventuales condiciones, objetivas y subjetivas, que rodearían la celebración del contrato que llegare a perfeccionarse”. OVIEDO-ALBÁN, Jorge. *Tratos preliminares y responsabilidad precontractual*. En: *Revista Universitas*, N° 115: 83-116. Bogotá: enero-junio de 2008, p. 89.

²² HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las Obligaciones*. Tomo I, 3ª Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, Pág. 44

1. Buena fe precontractual

Para empezar, bien es sabido que el principio de la buena fe tiene consagración constitucional y que no sólo cumple una función reguladora de las relaciones entre particulares, sino que es pilar fundamental de ellas y un valor ético de la confianza²³. Esta caracterización de la buena fe como principio constitucional acorta el camino interpretativo para descubrir los límites que tienen las relaciones privadas, así como el nivel superior que tiene el mandato de comportarse asumiendo un compromiso con lealtad y fidelidad²⁴. Es así que, incluso si el artículo 1603 del Código Civil pareciera albergar asuntos que emanen únicamente de la ejecución contractual, lo cierto es que dicho principio aplica indistintamente a la fase de la relación jurídica porque el amparo constitucional prevalece e irradia todas las relaciones entre particulares, sea cual fuere su naturaleza²⁵.

Por ende, en materia precontractual, y al margen de situaciones de rupturas abruptas de negociaciones en ámbito precontractual que escapen al objeto del debate aquí planteado²⁶, son relevantes para este escrito ciertas consideraciones propias de un juicio de responsabilidad por actos contrarios a la buena fe durante la preparación de un negocio jurídico.

En términos generales, la buena fe que deben observar las partes en las etapas preliminares de la formación de un contrato se contrae al “*deber de obrar de manera*

²³ *Corte Constitucional*, Sentencia C-207 de 2019, M.P. Cristina Pardo Schlesinger, Exp. D-12877.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ La Corte Suprema de Justicia ha estudiado este asunto, principalmente, a partir del artículo 863 del Código de Comercio, que expresamente consagra el deber de las partes de comportarse de buena fe en el periodo precontractual. Sin embargo, esa corte también ha dicho, sin condicionamientos, que “la buena fe se impone, incluso, en la época precontractual...”. *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil*, Sentencia del 16 de diciembre de 2022, M.P. Aroldo Quiroz Monsalvo, Exp. SC3952-2022.

²⁶ Con fundamento en los desarrollos doctrinales, la Corte Suprema de Justicia reconoció el marco ampliado de la responsabilidad precontractual, más allá de que injustificadamente se frustraran las negociaciones: “Con esos antecedentes, la doctrina dio cuenta de los enconados debates suscitados alrededor de la eventual existencia de una responsabilidad derivada de los actos previos a un determinado acuerdo negocial; eventos tales que, entonces, no desnudaban sólo el compromiso resarcitorio ante la frustración de un contrato celebrado, sino, igualmente, con respecto a los acercamientos previos a dicho convenio, es decir, a las llamadas tratativas; en otros términos, toda la actividad desplegada en función de una contratación que, a la postre, no termina ajustada, emerge como un escenario, igualmente, idóneo para, de ser el caso, demandar de la parte causante el resarcimiento del daño inferido.” *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil*, Sentencia del 5 de agosto de 2014, M.P. Margarita Cabello Blanco, Exp. SC10103-2014.

*leal y correcta*²⁷. Este es un principio de contenido positivo²⁸, lo cual sobrepasa la mera abstención e impone desplegar actos efectivos que estén encaminados a construir una confianza recíproca en la formación del vínculo jurídico²⁹. Tales actos se concretan en acatar deberes secundarios de conducta, como ocurre con el “deber de información”³⁰ o con el “deber de reserva o secreto”³¹.

En ese orden, existiría una tensión inicial entre los deberes de conducta que impone la buena fe precontractual y la hipótesis de una negociación para el arreglo de un eventual litigio que transcurre con reservas y precauciones de las partes ante el temor de enfrentar consecuencias negativas en el futuro. En efecto, de ser esa la conducta asumida en la formación de un contrato de transacción, se abre un espacio para debatir sobre la violación al deber de buena fe precontractual, más aún si las partes deciden ensombrecer ciertas circunstancias objetivas y subjetivas relativas al acuerdo específico que preparan.

Pues bien, es aquí donde los caminos toman rumbos distintos. Desde el punto de vista procesal, la disyuntiva de las partes entre plantear un diálogo franco y abierto, o de proceder con cautela como medida de cobertura frente al riesgo de asumir consecuencias procesales en su contra, podría inclinarse en favor de la segunda

²⁷ OVIEDO-ALBÁN. Op. Cit., p. 89.

²⁸ “El principio de la buena fe, como elemento normativo de imputación, no supone, en consecuencia, una actitud de ignorancia o creencia de no causar daño al derecho ajeno, ni implica una valoración subjetiva de la conducta o del fuero interno del sujeto. En realidad, tiene un carácter objetivo que consiste en asumir una postura o actitud positiva de permanente colaboración y fidelidad al vínculo celebrado”. *Corte Constitucional*, Sentencia C-892 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil, Exp. D-3404.

²⁹ “En el ordenamiento jurídico colombiano, la buena fe es reconocida como un principio general de derecho a través del cual se adopta el valor ético y social de la confianza.” *Ibid*.

³⁰ “El deber de información tiene, por regla general, una manifestación positiva, entendida como ha quedado enunciada, pero también presenta una expresión negativa, consistente en el deber jurídico de abstenerse de engañar o de inducir en error al otro contratante. Se considera que quien tiene la información debe tomar la iniciativa para efectos de suministrar a la otra parte de la relación e, incluso, debe indagar sus necesidades y su estado de conocimiento sobre el tema materia del respectivo contrato. El deber de información tiene una gran importancia en la etapa precontractual, toda vez que es allí cuando los contratantes están recopilando los elementos de juicio suficientes para emitir su declaración de voluntad. Para el efecto, resulta indispensable la cooperación entre los contratantes, en un contexto de corrección y lealtad”. SOLARTE, Arturo. La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. En: *Revista Vniversitas*, núm. 108. Bogotá: diciembre de 2004. p. 307.

³¹ “En este sentido, en determinados negocios jurídicos la información que se le transmite o que obtiene una de las partes no puede divulgarse, publicarse o utilizarse por la persona que la ha recibido, so pena de indemnizar los perjuicios que la violación de dicho deber de abstención ocasione”. *Ibid*, p. 310.

opción. Con la intuición de que las manifestaciones durante la negociación de un litigio eventual no gozan de suficiente protección legal para que no se las use como pruebas en contra, quizás calcularon que aquello que decidan callar no tiene una entidad capaz de causar perjuicios. O, también, evaluarían que, aún dejando a salvo su responsabilidad por su disposición a tener un diálogo franco y abierto, las normas de derecho privado sólo rigen la interacción precontractual entre las partes y que son inoperantes en otro contexto distinto a una discusión sobre indemnización de perjuicios³², como cuando la fase precontractual ha culminado y el arreglo de la controversia ya no se logrará por acuerdo entre las partes, sino por decisión de un juez.

En últimas, podría ocurrir que si una parte no se comportó con arreglo al principio de la buena fe durante las tratativas preliminares, deba indemnizar los perjuicios que haya causado y, aun así, asegure su ventaja dentro del proceso judicial resultante del fracaso de las negociaciones en el que enfrenta un riesgo mayor. O bien, puede ocurrir que las partes hayan obrado correctamente y con lealtad en los preparativos del acuerdo de transacción, pero que éste último no haya llegado a concretarse y que, al llevar la discusión ante un juez, el punto débil de la posición de las partes aparezca precisamente en lo dicho durante las negociaciones, o mejor, en haber mostrado una conducta apegada a la buena fe en la etapa precontractual. Y es así como las normas de derecho privado que favorecen relaciones precontractuales legales y correctas, pueden encontrar un buen complemento en reglas de otra naturaleza que extienden esa lógica a interacciones posteriores.

³² Uno de tales parámetros coincide con uno de los supuestos de hecho estudiados por la Corte Suprema de Justicia, que produce la responsabilidad y la indemnización de perjuicios para el afectado, si la conducta dañina alcanza un determinado grado de calificación: "...uno de los tratantes es depositario de información sobre alguna circunstancia que afecta negativamente el contrato y decide no darla a conocer del otro cocontratante. (...) Ante cualquiera de esas circunstancias o similar, no obstante presentarse al abrigo de la normatividad, si, en últimas, trasluce un proceder desleal, deshonesto y marcado por la mala fe, el afectado bien podría solicitar de su autor la indemnización a que haya lugar." *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil*, Sentencia del 5 de agosto de 2014, M.P. Margarita Cabello Blanco, Exp. SC10103-2014

2. La nueva dimensión de la prueba y la regla de exclusión

Entramos, ahora sí, en el campo de la proposición de pruebas y su admisión. Siguiendo la explicación detallada del profesor Ramón Peláez Hernández³³, en Colombia ha sido ascendente la atención prestada a la prueba como acto procesal, desde el punto de vista normativo. En el camino recorrido, el control de legalidad que se ejercía sobre ellas, incluso con los códigos procesales de mitad del siglo veinte, estaba circunscrito a la garantía de las “formas propias de cada juicio”, lo que en materia de pruebas se traducía en atender los “términos y oportunidades”³⁴ de su aportación y práctica, y lo cual, en últimas, conducía a la materialización del derecho de contradicción³⁵. Más adelante, con la Constitución Política de 1991, ocurrió la expansión de la prueba como acto procesal enmarcado dentro del debido proceso constitucional, con la consagración de una sanción constitucional enfocada en la prueba —y no en todo el proceso judicial— en el inciso final del artículo 29 constitucional, a partir del siguiente precepto: “*Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso*”³⁶. Basta, pues, con ir a la Constitución Política para conocer los efectos jurídicos que los operadores judiciales deben darle a las pruebas y los controles judiciales a violaciones de todos los derechos fundamentales en la actividad probatoria³⁷.

³³ PELÁEZ HERNÁNDEZ, Ramón Antonio. La prueba ilícita desde la perspectiva de la regla de exclusión y su aplicación en el proceso civil. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016. [en línea] En: <https://bdigital.uexternado.edu.co/entities/publication/775d5c31-9028-41ce-a0d6-b8917f8dc297>

³⁴ Esta expresión aparece en el Código General del Proceso, Art. 173, retomando lo establecido en el Código de Procedimiento Civil, Art. 183.

³⁵ En resumen del profesor Ramón Peláez: “Con base en las anteriores consideraciones, se puede afirmar que la prueba al formar parte de los actos procesales, encontraba su justificación dentro de la garantía procesal de las formas propias de cada juicio o ritualidad garantizadora, pues era precisamente dentro de ese marco normativo, dónde además de señalar los momentos procesales para el despliegue de la actividad probatoria, se fijaban a su vez, las reglas que debían regir dicha actividad y cuyo incumplimiento podía generar una afectación de la actuación procesal que relacionada con la omisión de las ritualidades legales o formas propias de cada juicio, acarrearba la violación del debido proceso, por lo que la declaratoria de la nulidad procesal en el ámbito probatorio, en materia civil, para ese entonces, quedaba circunscrita de manera exclusiva, a las irregularidades que se cometieran en torno a la oportunidad procesal prevista para la aportación y correlativa práctica de las diversos medios de prueba”. PELÁEZ HERNÁNDEZ. Op. Cit., p 36.

³⁶ Constitución Política de Colombia, Art. 29, Inc. 5

³⁷ “La consagración de un debido proceso constitucional impide al funcionario judicial darle efecto jurídico alguno a las pruebas que se hayan obtenido desconociendo las garantías básicas de toda persona dentro de un Estado social de derecho, en especial aquellas declaraciones producto de torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Así entendida, la expresión debido proceso no comprende exclusivamente las garantías enunciadas en el artículo 29 de la Constitución sino todos los derechos constitucionales fundamentales.” *Corte Constitucional*, Sentencia SU-159 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Exp. T-426353.

La nueva dimensión de la prueba supone, entonces, la construcción de una relación de complementariedad entre la garantía de las “formas propias de cada juicio” y el respeto del debido proceso constitucional³⁸. Y de esa misma nueva dimensión ha de desprenderse un análisis más intenso frente al alcance que tiene la libertad probatoria al momento de la integración del acervo probatorio que será objeto de valoración por parte del juez. En ese camino, la mayor preponderancia que adquiere la prueba dentro del orden constitucional vigente reconfigura la tarea del juez en punto de la admisión de pruebas, a quien le corresponde adelantar un examen individual y exhaustivo de cada prueba aducida por las partes, no sólo para determinar que estén reunidos los requisitos intrínsecos y extrínsecos para cada una, sino también para detener el ingreso al proceso de aquellas pruebas en cuya producción resulten afectados derechos fundamentales.

Así las cosas, no desaparece el ritualismo que habitualmente acompañaba la labor judicial para la admisión de pruebas aducidas por las partes, pero se lo completa con un llamado constitucional a ejercer controles sobre un ejercicio absoluto, irrestricto o arbitrario del derecho a la prueba. El derecho positivo aplicable a asuntos procesales civiles y de lo contencioso administrativo, incorporó medidas correctivas en los nuevos códigos que reflejan lo anterior en cuanto establecen mandatos de conducta más completos para el juez en materia de pruebas. Es así que, en primer término, el juez realiza una calificación previa de la prueba —aun sin entrar a valorarla— con la que examina requisitos asociados a las personas involucradas con la prueba, los hechos en debate como su objeto y las actuaciones para materializar el acto procesal de prueba³⁹. Tal examen está previsto, por ejemplo, en los artículos 164, 168 y 173 del Código General del Proceso (en adelante el “CGP”), que hablan sobre las pruebas “regular y oportunamente

³⁸ PELÁEZ HERNÁNDEZ. Op. Cit., p. 110

³⁹ “La pretensión del debido proceso no es aplicar la pena de cualquier modo, de tal suerte que el método a través del cual se indaga por la certeza más próxima al valor de verdad, se transforma por sí mismo en una finalidad constitucional, en el cual las reglas probatorias deben ser vistas como normas de la esfera personal de libertad. La prueba es sinónimo de garantía y por lo tanto se consideran ilícitos los medios de convicción que hayan sido obtenidos directa o indirectamente, sin cumplimiento de la ritualidad propia del proceso, con la vulneración de uno o varios derechos fundamentales, o con la transgresión de un prohibición constitucional o legal”. *Corte Constitucional*, Sentencia SU-159 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Exp. T-426353.

allegadas al proceso” (artículo 164); sobre la pertinencia, conducencia o utilidad de la prueba como sus requisitos intrínsecos (artículo 168); o sobre las oportunidades probatorias (artículo 173). Lo propio ocurre en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante el “CPACA”), que para el efecto remite a las normas del CGP, pero también trae norma especial sobre oportunidades probatorias (artículo 212).

Ahora, la nueva dimensión de la prueba, fundada en la fuerza que le imprime su consagración constitucional, ya tiene cabida en los códigos procesales actuales. El artículo 164 del CGP recoge la fórmula de nulidad de la prueba prevista en el artículo 29 de la Constitución Política para aquellas obtenidas con violación del debido proceso; por su parte, el artículo 168 del mismo código extiende el rechazo de plano para las pruebas ilícitas. El CPACA dedica el artículo 214 a la exclusión de pruebas obtenidas con violación del debido proceso, para lo cual prevé su nulidad de pleno derecho, pero también la consecuencia de ello, disponiendo expresamente el deber de excluirla de la actuación procesal.

A partir de las nuevas reglas que componen el marco de admisibilidad de las pruebas en materia civil o de lo contencioso administrativo, se abre paso un cambio en la aproximación tradicional de los jueces a las pruebas en esta etapa, muy ajustada a la verificación formal de requisitos objetivos y subjetivos para llegar a decidir sobre su ingreso al proceso. El análisis que sigue en ese orden, remite al operador judicial a mandatos de textura abierta, con los cuales adquiere un margen de discrecionalidad más amplio a la hora de admitir o excluir una prueba en particular.

Todo lo anterior deriva en que la validez y la eficacia de las pruebas se enfrentan a un primer juicio, que no tiene que ver con su grado de convicción o “eficacia sustantiva”⁴⁰, sino con el examen de aspectos propios de su producción desde el

⁴⁰ “El juez, cuando decreta la prueba, se está pronunciando sobre su conducencia y eficacia, es decir sobre el medio probatorio pedido versa sobre los hechos del pleito y sobre que dicho medio es adecuado para demostrar tales hechos abstractos, o sea, que no está prohibido por la ley para ese efecto y reúne las condiciones exigidas

punto de vista formal, que materializan principios de índole procesal y que preservan la tradición procesal⁴¹. Y más recientemente, con un análisis sustancial —pero todavía separado de la búsqueda de la verdad en el caso concreto— que proviene de un mandato constitucional y activa un control judicial sobre ejercicio del derecho a probar, de modo que éste no resulte violatorio de derechos fundamentales⁴².

A partir de lo anterior, la labor más extendida que se le ha atribuido al juez para determinar cuáles serán los medios de convicción que examinará para averiguar la verdad y dictar una sentencia, nos lleva a indagar sobre el alcance que tiene la regla de exclusión probatoria que se desprende del artículo 29 de la Constitución Política.

En ese orden de cosas, estamos en un nuevo escenario en el cual el juez suprime una prueba que incluso podría ser útil, pertinente y conducente, y que cumpla con las formalidades y oportunidades exigidas en la ley.

3. Exclusión probatoria de prueba ilícita

La exclusión probatoria es, ante todo, una sanción. Pero, en el ámbito del orden constitucional vigente, es una sanción que sobresale frente a las demás previstas en la ley para actos jurídicos de similar naturaleza, por gracia de su objeto: la prueba

por ésta en cuanto a la forma de aportación. Pero no está valorando la prueba en relación con el hecho del litigio, lo que sólo puede hacer en la sentencia que es el momento procesal pertinente para analizar su prueba.” MORALES MORALES, Hernando. Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General, Cuarta Edición. Bogotá: Ediciones Lerner, 1965, p. 287.

⁴¹“La proposición o presentación de la prueba está sujeta a condiciones extrínsecas de tiempo, modo y lugar, esto es, oportunidad y consecuente preclusión, idioma y forma oral o escrita, concentración en audiencia o en un período o término para la presentación de los memoriales petitorios (...). Pero también está sujeta a condiciones intrínsecas, o sea, legitimación para el acto en el peticionario, competencia y capacidad en el funcionario. Estos requisitos son indispensables para que tengan efectiva aplicación los principios fundamentales de la publicidad, la contradicción, la lealtad, la unidad, la igualdad de oportunidades, la formalidad y la legitimidad, la preclusión, la inmediación y la inmaculación de la prueba...”. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte General, Tomo V – De la prueba (Teoría General)- Bogotá: Editorial Temis, 1967, p. 390.

⁴²“En primer lugar, es importante examinar si se trata de una irregularidad menor que no afecta el debido proceso. En ese evento la prueba no tiene que ser obligatoriamente excluida. Según esta consideración, se está ante una ilegalidad que compromete el debido proceso, bien sea cuando se han afectado las reglas sustantivas que protegen la integridad del sistema judicial o que buscan impedir que se tomen decisiones arbitrarias o bien sea cuando han sido desconocidas formalidades esenciales que aseguran la confiabilidad de la prueba y su valor para demostrar la verdad real dentro del proceso. El mandato constitucional de exclusión cubija a las pruebas obtenidas de manera inconstitucional o con violación de reglas legales que por su importancia tornan a una prueba en ilícita.” *Corte Constitucional*, Sentencia SU-159 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Exp. T-426353.

ilícita. Como hoy estamos muy lejos de sistemas que jurídicos a los que poco les importaban los medios si justificaban los fines, la preeminencia de los derechos fundamentales conlleva a que se impongan las más drásticas sanciones a aquellos actos a los que, en palabras de Carnelutti, les falte la “nobleza del fin”⁴³, sobre todo cuando están de por medio intereses profundos de las partes, pero contrapuestos entre sí, en un enfrentamiento en el que unos tendrán que prevalecer sobre los otros⁴⁴.

Entendemos que es ilícita la prueba producida u obtenida con violación de derechos fundamentales. Por ende, tal calificación comporta un análisis de orden constitucional⁴⁵, encaminado a la adopción de medidas de protección a partir de valoraciones sustanciales sobre vulneraciones de derechos⁴⁶. En función del razonamiento jurídico que le aplica, la prueba ilícita se ubica, por lo tanto, en un plano más elevado, respecto de la prueba ilegal, es decir aquella que incumple criterios propios de las “formas propias de cada juicio” en materia probatoria⁴⁷. La

⁴³ CARNELUTTI, Francesco. Cómo se hace un proceso. Tr. Santiago Sentís Melendo. Reimpresión de la Tercera Edición. Bogotá: Editorial Temis, 2014, p. 62.

⁴⁴ Aquí resultan apropiadas las palabras introductorias del profesor Carnelutti en punto de la esencia de un proceso: “Ahora, si las reglas no son justas también los resultados de la representación o del proceso corren el riesgo de no ser justos, lo cual, cuando se trata de un partido de fútbol o de una pelea de boxeo, no significa una tragedia, pero cuando la apuesta es la propiedad o la libertad, amenaza al mundo, que tiene necesidad de paz para hacer su recorrido, pero la paz tiene necesidad de justicia, como el hombre de oxígeno para respirar. Precisamente las reglas del juego no tienen otra razón de ser que garantizar la victoria a quien lo haya merecido; y es preciso saber lo que vale esa victoria para captar la importancia de las reglas y la necesidad de tener una idea de ellas. (...) pero sería necesario comprender cómo la propiedad es la otra cara de la libertad para hacerse cargo de la aspereza y de la tenacidad de los hombre cuando discuten acerca de lo mío y de lo tuyo. (...) Si a ese drama, o más bien al drama en general, tratamos de ponerle un nombre, este es el de la discordia. (...) El proceso, después de todo, es el subrogado de la guerra. Es, en otras palabras, un modo para domesticarla.” Ibid.

⁴⁵ Al respecto, dijo la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia: “Grosso modo, la prueba es “ilícita”, en efecto, cuando pretermite o conculca específicas garantías o derechos de stirpe fundamental. Como lo pone de presente la doctrina especializada, la prueba ilícita, más específicamente, “...es aquella cuya fuente probatoria está contaminada por la vulneración de un derecho fundamental o aquella cuyo medio probatorio ha sido practicado con idéntica infracción de un derecho fundamental. En consecuencia,...el concepto de prueba ilícita se asocia a la violación de los citados derechos fundamentales”, hasta el punto que algunos prefieren denominar a esta prueba como inconstitucional”. *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil*, Sentencia del 29 de junio de 2007, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Exp. No. 05001-31-10-006-2000-00751-01.

⁴⁶ “...la Sala reitera que por la indeterminación que plantea la regla de exclusión en materia probatoria, no debe entenderse que su ámbito de aplicación se refiere exclusivamente a las pruebas violatorias de las normas procesales, sino que comprende en la misma medida, las garantías constitucionales fundamentales”. *Corte Constitucional*, Sentencia T-916 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Exp. T-1817308, citando la sentencia SU-159 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴⁷ “...una distinción entre la prueba ilegal, entendida como aquella que afecta el debido proceso desde el punto de vista procesal formal (incompatibilidad con las formas propias de cada juicio), y la prueba inconstitucional, que es aquella que transgrede igualmente el debido proceso, pero desde una perspectiva sustancial, en tanto

prueba ilícita comporta un asunto ético y de integridad del sistema judicial, que relega consideraciones importantes sobre el objeto mismo de la prueba o su eficacia probatoria, sobre todo porque resulta incompleta un ejercicio de subsunción en los supuestos previstos por la regla aplicable. La finalidad perseguida tiene un alcance mayor en favor de la justicia en general, al prever que los sujetos procesales no abusen de su posición en el proceso y para que el juego de vencedores y perdedores en torno a la verdad no tenga incentivos irracionales⁴⁸.

Desde otro punto de vista, la prueba ilícita se diferencia de la prueba ilegal por el costo que tiene cada una para el proceso. Así, valorar la prueba ilegal implicaría asumir el costo de flexibilizar reglas —casi todas formales— sobre recaudo y práctica que salvaguardan el ejercicio de la contradicción. Por su parte, la valoración de una prueba ilícita, aunque ofrezca un alto grado de convicción, podría presuponer que el juez ha privilegiado el interés del proceso judicial o de la búsqueda de la verdad, sobre otros intereses que, inclusive, tienen una mayor importancia dentro del ordenamiento jurídico, tal y como ocurre con los derechos fundamentales⁴⁹.

Por lo demás, la consecuencia de identificar una prueba ilícita tiene un contenido práctico, toda vez que recae sobre la prueba misma, apartándose del proceso que continúa su curso⁵⁰. Pero no se la debe pensar como una medida apenas accidental

es obtenida vulnerando derechos fundamentales.”. *Corte Constitucional*, Sentencia T-916 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Exp. T-1817308.

⁴⁸ El profesor Jairo Parra Quijano se refiere a esta idea de la siguiente forma: “Existen ‘lujos’ que el Estado no puede darse, como sería violar los derechos constitucionales de las personas, que por definición debe proteger, para conseguir pruebas, ni construir sentencias sobre pruebas logradas por los litigantes con esa misma violación. Tampoco puede cobijar con el manto de la impunidad, la violación de esos derechos o de la ley y mucho menos llegar al colmo de estimar los frutos de esa violación como si nada hubiera ocurrido”. PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*. Décimo Quinta Edición. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2006, p. 27.

⁴⁹ “En términos generales, la utilización de pruebas clasificadas como ilícitas puede plantear una tensión entre dos bienes jurídicamente protegidos como lo son, por un lado, la búsqueda de la verdad en el caso y, por el otro, la protección de ciertos derechos fundamentales que pueden ser afectados con esa práctica”. *Corte Constitucional*, Sentencia SU-371 de 2021, M.P. Cristina Pardo Schlesinger, Exp. T-8.092.147.

⁵⁰ “De todas maneras, es preciso advertir que la nulidad prevista en el último inciso del artículo 29 de la Constitución, es la de una prueba (la obtenida con violación del debido proceso), y no la del proceso en sí. En un proceso civil, por ejemplo, si se declara nula una prueba, aún podría dictarse sentencia con base en otras no afectadas por la nulidad. La Corte observa que, en todo caso, la nulidad del artículo 29 debe ser declarada judicialmente dentro del proceso.” *Corte Constitucional*, Sentencia C-372 de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía, Exp. D-1530.

que interfiere en la estrategia procesal del interesado, pues tiene una connotación pública que envía un mensaje disuasorio a la colectividad con un reproche de valor, al tiempo que robustece la figura del juez al atribuirle la responsabilidad de contribuir a mantener un sistema judicial estructurado y confiable⁵¹.

Finalmente, la profundidad del razonamiento alrededor de la prueba ilícita contrasta con el carácter práctico de su exclusión. Al enjuiciar una prueba ilícita, es necesario adelantar un juicio constitucional de ponderación que apunta a resolver la tensión que existe entre derechos⁵². El operador judicial se enfrenta a un medio de convicción sobre el que recae una sospecha de no ser confiable, ya no por su aporte a la verdad procesal, sino por las implicaciones que tiene sobre el sistema constitucional en general. Y si una lectura desprevenida del último inciso del artículo 29 de la Constitución Política llevase a pensar que la fórmula “de pleno derecho” aparta al juez de la cuestión, la verdad es que la contención de un modelo judicial sujeto al principio de la buena fe reclama la intervención de los jueces. Al final, la ponderación cumple el propósito de impedir que una prueba entre al proceso a toda costa⁵³. De todos modos, como la exclusión probatoria implica la solución de una

Por lo demás, la Corte Constitucional admitió, sin embargo, que si la prueba sobre la que recae el análisis tiene “incidencia definitiva” en la decisión del juez, la nulidad se extendería a todo el proceso. *Corte Constitucional*, Sentencia T-916 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Exp. T-1817308

⁵¹ En un ejercicio de derecho comparado, la Corte Constitucional anotó al respecto: “En cuanto a la justificación de la exclusión o desestimación de las pruebas ilícita o inconstitucionalmente obtenidas, la principal diferencia radica en la importancia que ha cobrado en los Estados Unidos la función disuasiva de la regla de exclusión, en comparación a otros fundamentos de la misma, y el peso que se otorga en Alemania al interés público en evitar la impunidad de delitos graves en desmedro de la verdad real. En efecto, como es bien sabido, la exclusión de pruebas ilícitas o inconstitucionalmente obtenidas puede cumplir varias funciones entre las que se destacan cinco: a) función disuasiva de la futura conducta de las autoridades, en especial de las policiales; b) función protectora de la integridad del sistema judicial y de su reputación; c) función garante del respeto a las reglas de juego en un Estado de Derecho; d) función aseguradora de la confiabilidad de la prueba para demostrar la verdad real; y e) función reparadora de la arbitrariedad cometida en contra del procesado en el caso concreto.” *Corte Constitucional*, Sentencia SU-159 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Exp. T-426353.

⁵² Al respecto, dice la Corte Constitucional: “En la obtención de la prueba ilícita se encuentran en tensión bienes jurídicos de distinta índole: por un lado, la búsqueda de la verdad jurídica objetiva y, por otro, los derechos fundamentales que exigen no ser vulnerados o lesionados al recaudarse los medios de convicción. El conflicto se presenta cuando para acreditar un hecho o alcanzar la verdad en el proceso se obtienen medios y/o fuentes de prueba con afectación a los derechos fundamentales y otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, que luego se quieren hacer valer al interior del proceso y que exigirán su exclusión o pérdida de eficacia probatoria.” *Corte Constitucional*, Sentencia SU-414 de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos, Exp. T-3.705.111

⁵³ “En la obtención de la prueba ilícita se encuentran en tensión bienes jurídicos de distinta índole: por un lado, la búsqueda de la verdad jurídica objetiva y, por otro, los derechos fundamentales que exigen no ser vulnerados o lesionados al recaudarse los medios de convicción. El conflicto se presenta cuando para acreditar un hecho o alcanzar la verdad en el proceso se obtienen medios y/o fuentes de prueba con afectación a los derechos

tensión entre derechos y la imposición de una sanción, en buena hora la Corte Constitucional interpretó que la referida exclusión no opera de pleno derecho, sino que implica una verdadera atribución al juez para adelantar un examen de principios como el del debido proceso, pero también el de la buena fe, la intimidad, o la legalidad⁵⁴.

Para cerrar este acápite, debo mencionar que la exclusión probatoria es un tema prolífico en materia penal, principalmente⁵⁵. En asuntos civiles, la Corte Suprema de Justicia ha seguido los pasos de la Corte Constitucional, a donde llegan estas discusiones en sede de tutela, como defectos fácticos de autoridades judiciales que valoraron pruebas ilícitas, y en donde son habituales discusiones sobre pruebas que comprometen el derecho a la intimidad, como ocurre con grabaciones sin el consentimiento de sus participantes en procesos penales⁵⁶. Al respecto, la Corte Constitucional ha mantenido una postura relativamente constante en el sentido de condicionar la exclusión a situaciones que reflejen una gravedad superior o, bien, no aplicando la regla de exclusión a “irregularidades incipientes”⁵⁷ que recaigan sobre pruebas⁵⁸. En lo que hace al Consejo de Estado, llama la atención una

fundamentales y otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, que luego se quieren hacer valer al interior del proceso y que exigirán su exclusión o pérdida de eficacia probatoria”. Ibid.

⁵⁴ “Al respecto, se ha advertido que no toda irregularidad procesal que involucre la obtención, el recaudo y la valoración de una prueba implica una violación del debido proceso, pues las irregularidades menores o los errores inofensivos, no tienen la potencialidad de generar una exclusión probatoria por violación del debido proceso. Para ello, es necesario que el juzgador realice un procedimiento de valoración de la prueba que le permita determinar si el medio probatorio o el contenido de lo que se prueba, puede ser admitido como elemento de convicción y sustento de la consecuencia jurídica. (...)”. Corte Constitucional, Sentencia T-516 de 2020, M.P. Alejandro Linares Cantillo, Exp. T-7.676.888. Ver también: *Corte Constitucional*, Sentencia T-916 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Exp. T-1817308.

⁵⁵ La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia tiene ya decantada la metodología aplicable a este tipo de casos así: “A efectos de garantizar la efectividad del derecho a solicitar la exclusión de una determinada prueba por motivos de ilegalidad o ilicitud, la Corte ha indicado que el juez debe «habilitar un espacio para suscitar la correspondiente controversia», donde se identifiquen: (i) las pruebas sobre las que recae el debate, tanto las que tienen relación directa con la violación de los derechos o garantías, como las derivadas de las mismas; (ii) el derecho o la garantía que se reputa violada; (iii) la violación denunciada, verbigracia, si se trasgredió la reserva judicial, la reserva legal o el principio de proporcionalidad; (iv) el nexo de causalidad entre la violación del derecho o garantía y la evidencia, lo que se deriva de lo dispuesto en los artículos 29 de la Constitución Política y el 23 de la Ley 906 de 2004, en el sentido que la exclusión opera si la prueba fue obtenida con violación de las garantías fundamentales. *Corte Suprema de Justicia, Sala Penal*, auto del 7 de marzo 2018, Rad. 51882 y auto del 11 de abril de 2018, Rad. 52.320.

⁵⁶ *Corte Constitucional*, Sentencia SU-414 de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos, Exp. T-3.705.111.

⁵⁷ *Corte Constitucional*, Sentencia T-916 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Exp. T-1817308.

⁵⁸ Ibid

decisión reciente de Sala Plena⁵⁹, en la que el razonamiento para activar la regla de exclusión probatoria del último inciso del artículo 29 la Constitución Política parece haber quedado a medio camino, al decidir excluir un dictamen pericial con varias señales de ilicitud a partir de consideraciones de procedimiento irregular y causales de nulidad, es decir, más cercanas a la tradición ritualista que tenemos en Colombia.

Finalmente, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha estudiado las afirmaciones hechas en sede de conciliación, sin excluirlas, pero dándoles un menor valor probatorio. Esta aproximación desde el punto de vista de la valoración ha llevado a esa sala, por ejemplo, a contrastar manifestaciones hechas durante la conciliación con otras pruebas obrantes en el proceso, encontrando que estas últimas terminan por informar manifestaciones a las que se les quiso dar el valor de confesión⁶⁰.

IV. Prohibición probatoria aplicable sólo en conciliación

En materia de conciliación, nuestro ordenamiento jurídico contempla un punto medio entre la regla estadounidense comentada más atrás y la regla de exclusión probatoria del artículo 29 constitucional. Me refiero, en concreto, a la norma prevista

⁵⁹ “De esta forma, la Sala concluye que, al no haberse garantizado la contradicción del dictamen tramitado como prueba anticipada y, por ende, el derecho de defensa, no es posible valorarlo, puesto que se evidencia una violación a varios de los principios integradores del núcleo fundamental del debido proceso -a la observancia de las formas propias de cada juicio, al principio de legalidad, al principio de juez natural y al derecho de defensa- que hace aplicable la cláusula de exclusión general contemplada en el inciso final del artículo 29 de la Constitución de 1991. De esta forma, la Sala procederá a excluir del acervo probatorio la valoración del dictamen pericial practicado por el ingeniero Manuel Antonio Soto en el año 2004, al encontrar que esta, por un lado, tuvo un trámite irregular que violó el debido proceso de la EPSA y por otro, adolece de dos causales de nulidad que la ley considera insaneables”. *Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo*, Sentencia del 10 de junio de 2021, C.P. María Adriana Marín, Rad. 76001-23-31-000-2002-04584-02(AG)REV-SU.

⁶⁰ “No todas las afirmaciones hechas por las partes en el discurrir de una conciliación constituyen confesión. En múltiples ocasiones se ha sostenido, y ahora se reitera, que las declaraciones del trabajador o las del empleador en el juego de ofertas y contrapropuestas, a cuyo objetivo se dirige el acto conciliatorio, sobre los hechos y razones que fundamentan sus posiciones para reclamar o rechazar un determinado derecho no constituyen confesión. Ello, en aras de propiciar que tanto el uno como el otro asistan con buen ánimo, amplitud y espontaneidad a discutir abiertamente los derechos controvertidos; de lo contrario, se verían ambos constreñidos a hacer renunciaciones, rebajas u ofrecimientos específicos, por el temor de ser declarado confeso respecto de puntos que para ellos eran discutibles; b) En cambio, las declaraciones rendidas en la diligencia conciliatoria por alguno de los intervinientes, sí es probable que se constituyan en prueba de confesión, si del texto concreto examinado no se aprecian vinculadas de manera directa con las propuestas mismas, siempre y cuando reúnan los requisitos que las reglas procesales exigen”. *Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral*, Sentencia del 26 de mayo de 2000, M.P. Carlos Isaac Nader, Exp. 13400.

en el artículo 4º del recientemente expedido Estatuto de Conciliación (Ley 2220 de 2022), según la cual los asistentes a una audiencia de “mantendrán y garantizarán el carácter confidencial de todos los asuntos relacionados con la conciliación, incluyendo las fórmulas de acuerdo que se propongan y los datos sensibles de las partes, los cuales no podrán utilizarse como pruebas en el proceso subsiguiente cuando este tenga lugar”. Dicha norma— que retoma una que estaba prevista en la Ley 23 de 1991 y que habría desaparecido de la ley 640 de 2001— no satisface del todo la inquietud que motiva este escrito por dos razones: (i) no prevé una verdadera regla de exclusión probatoria, sino un mandato de prohibición; y (ii) no aplica a todos los mecanismos autocompositivos de solución de controversias, sino únicamente a la conciliación.

Como mandato de prohibición, opera frente a todas las manifestaciones que hagan los intervinientes de una audiencia de conciliación, al amparo de la confidencialidad que propugna. La redacción propone una fórmula de inclusión que acoge fórmulas de acuerdo o datos sensibles, respecto de los cuales pareciera operar, exclusivamente, la prohibición de utilizarlos como pruebas en el proceso subsiguiente, al menos con base en una interpretación gramatical. Pero, aunque se limitara el alcance de la norma y se entendiera que la prohibición de utilización no recae sobre “todos los asuntos relacionados con la conciliación”, parece claro que el mandato va dirigido a las partes del proceso, en primer término, que son quienes, por regla general, llevan a cabo la proposición probatoria. En breve, la norma en materia de conciliación no exige más que una subsunción del hecho que busca acreditar la prueba, como sería una fórmula de acuerdo, sin otras valoraciones sustanciales. Y en cierta medida, es una norma que reproduce un tipo de canon propio del ritualismo continental, en virtud del cual la ley señala qué ingresa como prueba al proceso, por vía de un mandato de prohibición⁶¹.

⁶¹ Dice el profesor Ramón Peláez: “Todo lo anterior para señalar que, tradicionalmente, el mecanismo de las nulidades y prohibiciones probatorias, se estructura a partir del señalamiento que desde el punto de vista normativo se hace de algunas situaciones que previstas como limitaciones, a título de prohibiciones y, en otros casos como privilegios concedidos bajo determinadas circunstancias, buscan evitar su causación en el desarrollo mismo de la actividad probatoria y de ahí que se afirme que dichas previsiones normativas se comportan como una regla de exclusión en la medida en que de presentarse la situación prevista en la respectiva disposición, debe necesariamente sancionarse tal prueba, para lo cual, tradicionalmente en el modelo

En cuanto a lo segundo, si no participa un conciliador habilitado para tal fin, o si el arreglo de las diferencias no se adelanta de conformidad con las formalidades previstas en la ley para este mecanismo, no sería factible invocar esta prohibición probatoria para impedir el ingreso al proceso de las manifestaciones de buena fe hechas por las partes al buscar arreglar, por sí mismas, sus diferencias. Es decir, con una aplicación directa de la nueva norma sobre conciliación, bien podría ser admisible como prueba lo dicho y lo hecho en negociaciones directas, mediaciones o amigables composiciones.

V. El derecho a la intimidad susceptible de protección en la hipótesis planteada

Para terminar, el derecho a la intimidad puede constituir un mecanismo de protección para que las partes de un proceso judicial tengan la potestad de impedir que cierta información que hace parte de un “área restringida”⁶² de las personas entre a hacer parte de un debate judicial.

En el ámbito de una negociación de un litigio, las partes tienen una expectativa de privacidad, fundada en la buena fe de las negociaciones, por lo que no han cedido en ese contexto frente a la posible divulgación de lo que allí manifiesten o hagan⁶³. En una sentencia reciente, la Corte Constitucional recordó cuál es su jurisprudencia sobre la vida privada que es objeto de protección frente a injerencias de terceros, haciendo alusión a los asuntos que tocan con intereses de la persona

continental europeo opera el mecanismo de la nulidad del acto, respondiendo con ello a la tradición que tomada del derecho sustancial, buscaba dejar sin efectos los actos en cuya producción se incurriera en tales irregularidades, vale decir, la consecuencia que se genera, con motivo de dicha declaratoria de nulidad, es precisamente la ineficacia del acto, y que para efectos de la presente investigación hemos denominado de las nulidades y prohibiciones probatorias. PELÁEZ HERNÁNDEZ. Op. Cit., p. 135

⁶² *Corte Constitucional*, Sentencia T- 696 de 1996, M.P. Fabio Morón Díaz, Exp. T-105948.

⁶³“La Corte ha señalado que la expectativa de privacidad es un criterio relevante para establecer si determinadas expresiones o manifestaciones de la vida de las personas pueden entenderse comprendidas por el ámbito de protección del derecho a la intimidad o si, por el contrario, pueden ser conocidas o interferidas por otros. Tal categoría impone definir, atendiendo diferentes factores contextuales, si (i) quien alega la violación puede considerar válidamente que su actividad se encuentra resguardada de la interferencia de otros; y (ii) si es o no posible concluir que dicha valoración es oponible a los terceros que pretenden acceder a la información o divulgarla.” *Corte Constitucional*, Sentencia C-094 de 2020, M.P. Alejandro Linares Cantillo, Exp. D-11902.

exclusivamente y, por ende, privados⁶⁴. Esa es precisamente la naturaleza que tienen las controversias civiles y, quizás en menor medida, las contenciosas administrativas, pero en todo caso en ambos casos puede suponerse una expectativa de privacidad o de protección frente a injerencias de terceros en asuntos que involucran intereses individuales y, por tanto, que sólo le interesan a quienes son titulares de éstos.

Por lo tanto, si quisiera dársele un uso distinto a la información revelada en el marco de las negociaciones para el arreglo de un litigio eventual, quedaría comprometida la intimidad de quien, de buena fe, realizó manifestaciones tendientes a disponer de sus derechos y propiciar un acuerdo. Ello podría activar un juicio de proporcionalidad y razonabilidad que —intuyo— se movería alrededor de las siguientes premisas: (i) la exclusión probatoria es idónea para salvaguardar el ámbito de privacidad de las partes que, de buena fe, hicieron manifestaciones para alcanzar un acuerdo directo y anticipado sobre sus diferencias; (ii) la valoración crítica de la prueba a excluir junto con las demás pruebas, como medio alternativo frente a su exclusión, podría resultar un mecanismo menos restrictivo para la libertad probatoria, pero no resultaría adecuado para proteger la integridad del sistema judicial como criterio de corrección frente a las conductas de los sujetos procesales; (iii) la exclusión de una prueba sobre la que existe tacha de desconfianza no es una medida lesiva del derecho a la prueba —que no tiene un reconocimiento como libertad absoluta—, sino que resulta lo menos restrictivo para ambas partes al permitirles debatir con otros medios probatorios con los que pueden convencer al juez de forma similar (o mejor) respecto de la relación jurídica que las une; (iv) la exclusión probatoria es efectiva para disuadir actuaciones desleales y, en general, contrarias al principio de la buena fe, por lo que restringir la libertad probatoria en ese aspecto particular es proporcional en sentido estricto.

⁶⁴ “Como se expuso anteriormente (ver supra, sección II.D), esta Corporación ha definido la vida privada como un “ámbito” que se encuentra protegido frente a interferencias externas, es decir, que es exclusivo del individuo. En la sentencia SU-046 de 1995, la Corte precisó que la protección del derecho a la intimidad recae en el “ámbito personalísimo de cada individuo o familia, es decir, a aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones que normalmente están sustraídas a la injerencia o al conocimiento de extraños”. Ibid.

Con base en un análisis que recoja la nueva dimensión constitucional de la prueba y un rol preponderante del juez en la definición preparatoria del acervo probatorio que valorará, la colisión de derechos entre intimidad y derecho a la prueba terminaría resolviéndose, casi siempre, en favor del primero cuando las pruebas que se aducen tengan que ver con ofrecimientos o concesiones que haga una de las partes en el ámbito privado de una conversación para arreglo extrajudicial de un litigio eventual⁶⁵. En atención a la configuración actual del derecho colombiano, vería necesario que el derecho a la intimidad sirviera como centro de gravedad en la ruta metodológica de construir argumentos para activar la regla de exclusión frente a manifestaciones que resultan personalísimas, por haber sido hechas en un contexto en el que los participantes pueden considerar válidamente que los datos revelados no interesan a terceros que no intervienen en la conversación, sino únicamente a quienes hacen revelaciones en sus intentos genuinos de formar un acuerdo.

VI. Conclusión

El diseño de las normas de procedimiento en Colombia parece haberse dejado cautivar por urgencias administrativas. Aunque nada de malo tiene introducir ajustes para conseguir que la tutela judicial aparezca de manera oportuna, lo que no parece deseable es dejar a la deriva la configuración de un sistema judicial que asegure la estabilidad de sus valores. En materia probatoria, el convencimiento del juez ciertamente debería formarse libremente, pero dentro de unos límites que respondan a la integridad del sistema judicial. Esto tiene, en último término, el propósito de asegurar un modelo de justicia que no avale cualquier tipo de estrategia de las partes para conseguir una decisión favorable. En ese esquema, los asuntos probatorios también deben seguir una lógica de razonabilidad y proporcionalidad,

⁶⁵ “El equilibrio entre la verdad y la seguridad jurídica se rompe, precisamente cuando admitimos, por decirlo en alguna forma, que una parte o sujeto procesal, utilice procedimientos ilícitos para procurarse una ventaja ...No podemos aceptar que como la prueba ilícita logró pasar la etapa de la admisión, ya haya sido adquirida para el proceso. La adquisición debe ser de productos lícitos, de tal manera que al momento de ir a interpretar la prueba, es decir, contemplarla, es como si no estuviera y por consiguiente no se valorará” PARRA QUIJANO”. Op. Cit., p. 34

precisamente para que el interés subjetivo de las partes —o incluso del juez— no sobrepase la connotación pública que tiene el proceso⁶⁶.

Desde la perspectiva de la regla constitucional de exclusión probatoria, el juez tiene la tarea inicial de indagar si una prueba resulta violatoria de derechos fundamentales, lo cual realiza a partir de un ejercicio de ponderación que reconoce la colisión de derechos. El derecho a la prueba, en particular, podría ceder ante el derecho a la intimidad de quienes, con arreglo a la buena fe, realizaron manifestaciones encaminadas a formar un acuerdo que pusiera fin a un conflicto, pero que en el marco de un proceso judicial son utilizadas en su contra.

La confianza incrementa, también, con reglas claras y relativamente fijas, por lo que quizás la exclusión de pruebas sobre ofrecimientos o concesiones hechas durante la negociación de un litigio eventual contribuya a que el sistema judicial coexista con los mecanismos autocompositivos, pero por razones de fondo sobre la integridad del sistema y, por esa misma vía, con vocación de permanencia.

VII. Referencias

BELL, George. Admissions Arising Out of Compromise-Are They Irrelevant? En: Texas Law Review, Vol. 31 (1953), pp.240-41. <https://commons.stmarytx.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1045&context=thestmaryslawjournal>

CARNELUTTI, Francesco. Cómo se hace un proceso. Tr. Santiago Sentís Melendo. Reimpresión de la Tercera Edición. Bogotá: Editorial Temis, 2014, p. 62. <https://lijursanchez.com/wp-content/uploads/2021/03/Como-se-hace-un-proceso.pdf>

CHASE, Oscar. Derecho, cultura y ritual. Tr. Fernando Martin Diz. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2011. <https://www.marcialpons.es/media/pdf/9788497688697.pdf>

BUSH y FOLGER. The promise of mediation: Responding to Conflict through Empowerment and Recognition. San Francisco: Jossey Bass, 1994). <https://www.amazon.com/Promise-Mediation-Empowerment-Recognition-Jossey-Bass/dp/0787900273>

CRAVER, Charles. The Negotiation Process. En: American Journal of Trial Advocacy. 2003, Vol. 27, p 72. https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2266&context=faculty_publications

⁶⁶ “Si la prueba es común, si tiene su unidad y su función de interés general, no debe usarse para ocultar o deformar la realidad, para tratar de inducir al juez a engaño, sino con lealtad y probidad o veracidad, sea que provenga de la iniciativa de las partes, o de la actividad inquisitiva del juez.” DEVIS ECHANDÍA. Op. Cit., p. 391

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte General, Tomo V – De la prueba (Teoría General)- Bogotá: Editorial Temis, 1967, p. 390. <https://andrescusi.files.wordpress.com/2020/06/teoria-general-del-proceso-devis-echandia.pdf>

FISS, Owen. Against Settlement. En: The Yale Law Journal. Mayo, 1984, Vol. 93, Num. 6. [en línea] En: <https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/faculty/papers/againstsettlement.pdf>

HINESTROSA, Fernando. Tratado de las Obligaciones. Tomo I, 3ª Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, Pág. 44. <https://gmhabogados.com.co/wp-content/uploads/2018/05/tratado-de-las-obligaciones-tomo-i-fernando-hinestrosa-pdf.pdf>

HOBBS, Thomas. “Leviatán”. Colombia: Fondo de Cultura Económica. Ed. 2021. P. 119. https://www.researchgate.net/publication/285628401_La_auto-preservacion_como_fundamento_de_la_moral_en_El_Leviatan_de_Thomas_Ho

MORALES MORALES, Hernando. Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General, Cuarta Edición. Bogotá: Ediciones Lerner, 1965, p. 287. https://editorial.urosario.edu.co/libro-impreso/profesionales-y-tecnicos/derecho/derecho-procesal-civil.html?products_edition=2245

OVIEDO-ALBÁN, Jorge. Tratos preliminares y responsabilidad precontractual. En: Revista Vniversitas, N° 115: 83-116. Bogotá: enero-junio de 2008, p. 89. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82511504>

PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Décimo Quinta Edición. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2006, p. 27. https://www.academia.edu/36508778/Manual_de_Derecho_Probatorio_Jairo_Parra_Quijano

PELÁEZ HERNÁNDEZ, Ramón Antonio. La prueba ilícita desde la perspectiva de la regla de exclusión y su aplicación en el proceso civil. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016. [en línea] En: <https://bdigital.uexternado.edu.co/entities/publication/775d5c31-9028-41ce-a0d6-b8917f8dc297>

SHER, Andrew. FRCP 26 vs. FRE 408: why settlement negotiations should be privileged against third-party discovery. En: Cardozo Journal of Conflict Resolution, 2012, Vol. 16-295, p. 304. https://static1.squarespace.com/static/60a5863870f56068b0f097cd/t/60a67da83e998f0d90a9ff5/1621523880610/Sher_FRCP-26-.pdf

SOLARTE, Arturo. La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. En: Revista Vniversitas, núm. 108. Bogotá: diciembre, 2004. p. 307. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14730>

WENINGER, Robert. Amended Federal Rule of Evidence 408: Trapping the Unwary. Review of Litigation. 2007, Vol. 26, p. 409. <https://ttu-ir.tdl.org/bitstream/handle/10601/438/Weninger%20Rev%20Litig.pdf?sequence=1>

NORMAS

Constitución Política de Colombia, Art. 29, Inc. 5

Código General del Proceso

Código de Procedimiento Civil

ESTADOS UNIDOS. Federal Rules of Evidence (2, enero, 1975). P. Law 93-595. Office of the Law Revision Counsel. United States Code. [En línea] En: <https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title28/title28a/node229&edition=prelim>

ESTADOS UNIDOS. 28 USC App Fed R Evid Rule 408. Federal Rules of Evidence (2, enero, 1975). P. Law 93-595. Office of the Law Revision Counsel. United States Code.

ESTADOS UNIDOS. 28 USC App Fed R Evid Rule 408. Notes of Advisory Committee on Proposed Rules". Federal Rules of Evidence (2, enero, 1975). P. Law 93-595. Office of the Law Revision Counsel. United States Code. [En línea] En: <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-1999-title28a-node246-article4-rule408&num=0&edition=1999>

ESTADOS UNIDOS. 28 USC App Fed R Evid Rule 408. Notes of Committee on the Judiciary, Senate Report No. 93-1277. Federal Rules of Evidence (2, enero, 1975). P. Law 93-595. Office of the Law Revision Counsel. United States Code. [En línea] En: <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-1999-title28a-node246-article4-rule408&num=0&edition=1999>

ESTADOS UNIDOS. United States Court of Appeals. Third Circuit. Affiliated Manufacturers, Inc., Appellant, v. Aluminum Company of America, 56 F.3d 521 (3d Cir. 1995).

Jurisprudencia

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 10 de junio de 2021, C.P. María Adriana Marín, Rad. 76001-23-31-000-2002-04584-02(AG)REV-SU. Corte Constitucional, Sentencia C-372 de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía, Exp. D-1530. Corte Constitucional, Sentencia C-892 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil, Exp. D-3404. Corte Constitucional, Sentencia SU-159 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Exp. T-426353.

Corte Constitucional, Sentencia T-916 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Exp. T-1817308.

Corte Constitucional, Sentencia SU-414 de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos T-3.705.111

Corte Constitucional, Sentencia C-207 de 2019, M.P. Cristina Pardo Schlesinger, Exp. D-12877.

Corte Constitucional, Sentencia C-094 de 2020, M.P. Alejandro Linares Cantillo, Exp. D-11902.

Corte Constitucional, Sentencia T-516 de 2020, M.P. Alejandro Linares Cantillo, Exp. T-7.676.888.

Corte Constitucional, Sentencia SU-371 de 2021, M.P. Cristina Pardo Schlesinger, Exp. T-8.092.147.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 29 de junio de 2007, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Exp. No. 05001-31-10-006-2000-00751-01.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 5 de agosto de 2014, M.P. Margarita Cabello Blanco, Exp. SC10103-2014.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 16 de diciembre de 2022, M.P. Aroldo Quiroz Monsalvo, Exp. SC3952-2022.

Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia del 26 de mayo de 2000, M.P. Carlos Isaac Nader, Exp. 13400.

Sitios web

- Corporación Excelencia en la Justicia
 - “Índice de Congestión de la Rama Judicial en Colombia”. Disponible en: <https://cej.org.co/indicadores-de-justicia/efectividad/indice-de-congestion-de-la-rama-judicial-en-colombia-sector-jurisdiccional/>.

- “Productividad por juez en Colombia”. Disponible en: <https://cej.org.co/indicadores-de-justicia/efectividad/productividad-por-juez-en-colombia/>.
- “Evolución del presupuesto del Sector Judicial en Colombia”. Disponible en: <https://cej.org.co/indicadores-de-justicia/efectividad/presupuesto-sector-judicial-colombia/>.
- Consejo Superior de la Judicatura: Plan Sectorial de Desarrollo Rama Judicial 2023-2024, Consejo Superior de la Judicatura, disponible en: https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/portalDNP/PND-2023/05022023_Plan-Sectorial-Rama-Judicial-2023-2026.pdf