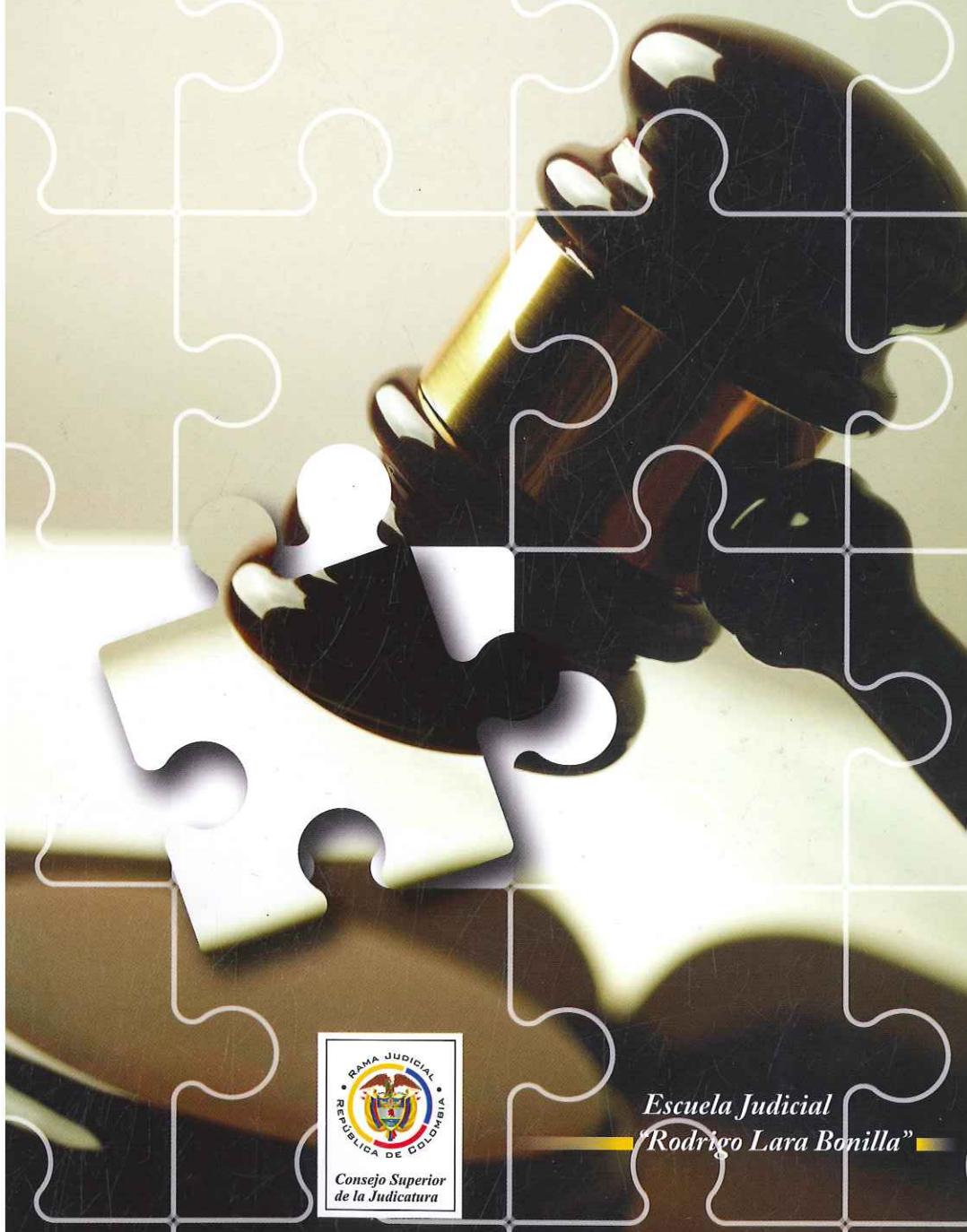




PRUEBAS Y POLICÍA JUDICIAL DISCIPLINARIA



*Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"*

PRUEBAS Y POLICÍA JUDICIAL DISCIPLINARIA

PLAN DE FORMACIÓN
DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA

JOSÉ AGUSTÍN SUÁREZ ALBA
Presidente

NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO
Vicepresidente

RICARDO MONROY CHURCH
ÉDGAR SANABRIA MELO
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
“RODRIGO LARA BONILLA”

MARÍA MYRIAM ÁVILA DE ARDILA
Directora



Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU

PRUEBAS Y POLICÍA JUDICIAL DISCIPLINARIA

**CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA
ESCUELA JUDICIAL "RODRIGO LARA BONILLA"**

ISBN: 978-958-8857-26-8

© CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU

© CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2015

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 11 No. 9ª-24 piso 4

www.ramajudicial.gov.co

Impresión: Imprenta Nacional de Colombia

Carrera 66 No. 24-09. Tel. 457 8000

www.imprenta.gov.co

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

CONTENIDO

JUSTIFICACIÓN	13
SINOPSIS LABORAL DEL AUTOR	14
RESUMEN DEL MÓDULO	15
OBJETIVOS	16
 UNIDAD 1	
SISTEMA PROBATORIO	17
1.1. Las pruebas judiciales	18
1.1.1. El concepto de prueba en derecho disciplinario	18
1.1.2. Breves apuntes acerca de los principios que rigen la actividad probatoria en derecho disciplinario	19
1.1.3. De los medios de prueba en particular. Reflexiones	23
1.1.3.1 La confesión	24
1.1.3.2. El testimonio	26
1.1.3.3. La peritación	28
1.1.3.4. La inspección judicial o visita especial	29
1.1.3.5. Los documentos	30
1.1.3.6. La prueba de indicios	31
1.2. Pruebas oficiosas o rogadas	33
1.3. Dinámica de la prueba	35
1.4. Particularidades de las pruebas en disciplinario	39
1.5. Vacíos y problemas de integración	40
1.6. Perspectivas teóricas y sistema probatorio	45
 UNIDAD 2	
ILEGITIMIDAD DE LA PRUEBA	51
2.1. Ilegitimidad constitucional de la prueba	53
2.2. Ilegitimidad legal de la prueba. El contexto del derecho disciplinario	56
2.2.1. Ilegitimidad de la prueba en el derecho disciplinario	59
2.2.2. La situación de la ilegitimidad de la prueba en la jurisprudencia nacional	62
2.2.3. Especial consideración al derecho a la intimidad en la jurisprudencia nacional	64
2.3. Facultades del procurador general de la nación para afectar constitucionalmente derechos fundamentales en el contexto del proceso disciplinario	66

2.4. Una línea jurisprudencial que establece excepciones en el ámbito de la ilegitimidad de la prueba	68
2.5. Teorías sobre las consecuencias de la ilegitimidad	73
2.5.1. Teoría del cesto de manzanas podridas	73
2.5.2. Excepciones o teoría intermedia	76
2.5.3. Tesis que se acoge en Colombia	77
2.5.4. Prohibición de valoración formal	78
 UNIDAD 3	
SISTEMA DE VALORACIÓN	81
3.1. Sistema tarifario	81
3.2. Sistema de la libre convicción	85
3.3. Sistema de la sana crítica	92
3.4. Reglas de la sana crítica	97
3.5. Integración con lo penal	101
 UNIDAD 4	
PROBÁTICA JURÍDICA	107
4.1. Concepto de probática	108
4.2. Forma de la prueba y la naturaleza del objeto a probar	109
4.3. La prueba del dolo y la culpa	115
4.4. Constelación de indicios de aptitud y actitud	121
4.4.1. Indicios de actitud	121
4.4.2. Indicios de actitud	124
4.5. Constelación de indicios de comprensión valorativa	132
 UNIDAD 5	
POLICÍA JUDICIAL	149
5.1. El juez disciplinario como "autoridad judicial competente" constitucionalmente	159
5.2. Afectación de derechos fundamentales	160
5.3. Diligencias de policía judicial	161
5.4. Integración en el sistema general	165
5.5. Críticas y perspectivas	166
 BIBLIOGRAFÍA	 169

CONVENCIONES

<i>O_g</i>	<i>Objetivo general</i>
<i>O_e</i>	<i>Objetivos específicos</i>
<i>a_p</i>	<i>Actividades pedagógicas</i>
<i>a_e</i>	<i>Autoevaluación</i>
<i>j</i>	<i>Jurisprudencia</i>
<i>b</i>	<i>Bibliografía</i>

JUSTIFICACIÓN

Los dos primeros módulos fueron dedicados a los estudios relacionados con el derecho sustancial y el tercero al proceso disciplinario judicial, siendo la oportunidad para tratar lo relativo a la prueba judicial disciplinaria, puente necesario para actualizar la vigencia del primero en el ámbito del procedimiento.

Está dirigido a desarrollar el Derecho Probatorio Disciplinario en el marco del proceso disciplinario judicial, por tanto entonces, aparece como el punto de fusión de las temáticas anteriores con la práctica jurídica.

Se trata de dilucidar la especialidad de esta materia, pues aquí la teoría de la prueba se desenvuelve en un ámbito del derecho público y no en el privado, como algunos pretenden, al insinuar la aplicación de las reglas probatorias del Código de Procedimiento Civil por la vía de la remisión del Código Contencioso Administrativo.

El derecho procesal, dentro de un marco de garantías, actualiza al derecho sustancial y el derecho probatorio es el vehículo para su logro, puesto que a través de él se permite afirmar que se produce un encuentro ante ciertos supuestos de hecho que reclaman el reconocimiento de determinadas consecuencias jurídicas por parte de los jueces y juezas disciplinarios.

Estos estudios se conciben como una manera de facilitar la labor del juez o jueza disciplinarios respecto de todo el ámbito de la prueba judicial disciplinaria.

Debo manifestar mis agradecimientos al doctor Esiquio Manuel Sánchez Herrera, insigne tratadista y profesor de Derecho Penal y Derecho Disciplinario, por su invaluable colaboración en la construcción de las unidades primera, segunda y tercera.

SINOPSIS LABORAL DEL AUTOR

Carlos Arturo Gómez Pavajean es Abogado egresado de la Universidad Externado de Colombia y Especialista en Derecho Penal y Criminología de la misma institución.

Se ha desempeñado como Juez Penal Municipal, Juez Especializado, Juez Penal del Circuito, Juez Superior, Abogado Asistente de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, Veedor de la Procuraduría General de la Nación, Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia y Viceprocurador General de la Nación.

Es profesor de Derecho Penal y Disciplinario de la Universidad Externado de Colombia en Pregrado, Especialización y Maestría.

Autor de varias obras de Derecho Penal y Derecho Disciplinario.

Actualmente se desempeña como Abogado Consultor y Consejero Académico del Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario.

RESUMEN DEL MÓDULO

En la primera unidad se estudiará todo lo concerniente a la prueba judicial disciplinaria, de allí que se tenga que desarrollar todo lo relacionado con la noción de prueba, su práctica oficiosa o rogada, la dinámica de la prueba entendida como las oportunidades propicias para su aducción o práctica, las particularidades de la prueba en Derecho Disciplinario y la forma de integración con el derecho procesal penal cuando nos encontremos ante vacíos legislativos, temática general de la primera unidad.

En la segunda unidad se estudiará lo relacionado con la ilegitimidad de la prueba desde el punto de vista constitucional y legal, semejanzas y diferencias, consecuencias disímiles de una y otra, teorías que explican los efectos jurídicos del desconocimiento del debido proceso en dichas materias y lo que se tiene por aceptado en nuestro medio.

La tercera unidad estará referida a la valoración probatoria, para lo que habrá de ocuparnos del estudio de los diferentes sistemas probatorios, sus diferencias y semejanzas, sus efectos positivos y negativos, la teoría reconocida en las leyes procesales disciplinarias y sus relaciones con el derecho procesal penal.

La cuarta unidad, debe reconocerse, es el estudio más importante, de allí que deba explorarse la llamada probática jurídica, sus relaciones con el derecho probatorio y las instituciones jurídicas que deben ser probadas para derivar de allí los efectos jurídicos que se reclaman del derecho sustancial, la prueba de la culpabilidad y, sobre todo, la forma de acreditar el dolo y la culpa.

Se finaliza con el desarrollo de la Policía Judicial Disciplinaria en el ámbito del proceso judicial, aspecto que se encuentra inédito en Colombia, para lo cual resulta necesario realizar un importante esfuerzo de interpretación sistemática-integradora de los estatutos procesales disciplinarios y procesal penal.

Estos estudios se desarrollan en el ámbito de la dogmática jurídica, empero, se debe tener consciencia de que allí donde se reclame una reforma legislativa hay que estar presto a considerar la forma y la temática para abordarla.

<p>Og</p>	<p>Objetivo general del Módulo</p> <p><i>Los y las discentes conocerán a fondo y de manera particular todo lo concerniente al Derecho Probatorio Disciplinario Judicial, disciplina que reúne las características de un derecho probatorio judicial, que no obstante presenta algunas particularidades.</i></p>
<p>Oe</p>	<p>Objetivos específicos del Módulo</p> <p><i>De igual manera los y las discentes darán cuenta de:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <i>1. De la naturaleza especial del Derecho Probatorio Disciplinario Judicial;</i> <i>2. De las instituciones probatorias que le dan forma y ciertas particularidades que deben resaltarse; y,</i> <i>3. De la aplicación de la Teoría General del Derecho Probatorio al Derecho Procesal Disciplinario Judicial.</i>

Unidad 1

SISTEMA PROBATORIO

<p><i>Og</i></p>	<p>Objetivo general de la unidad:</p> <p>Los y las discentes identificarán las particularidades del sistema probatorio que rige en el Derecho Procesal Disciplinario Judicial, el cual, dada la particular tendencia procesal, se inserta en un sistema mixto con tendencia inquisitiva.</p> <p>Se tratará en esta unidad de fundamentar las razones por las cuales en materia probatoria rige un sistema de permanencia de la prueba, la aplicación de las reglas de producción de las pruebas contenidas en la Ley 600 de 2000 y algunas particularidades que ofrecen los códigos disciplinarios.</p>
<p><i>Oe</i></p>	<p>Objetivos específicos de la unidad:</p> <p>Teniendo en cuenta los temas aquí abordados, los y las discentes confirmarán los siguientes puntos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Que al igual que el derecho procesal disciplinario podemos dar cuenta de un derecho probatorio disciplinario; 2. Que resulta importante determinar, a partir de la naturaleza especial del derecho probatorio disciplinario, cuáles son las reglas probatorias aplicables ante los vacíos de los códigos disciplinarios; 3. Que existen algunos principios que identifican al derecho probatorio disciplinario; 4. Que las pruebas en materia disciplinaria no se contemplan necesariamente en un catálogo cerrado; y, 5. Que el principio de la permanencia de la prueba define al sistema probatorio disciplinario.

1.1. LAS PRUEBAS JUDICIALES

1.1.1. El concepto de prueba en derecho disciplinario

Conforme con los artículos 20 y 129 de la Ley 734 de 2002, 15 y 85 de la Ley 1123 de 2007 se determina que una de las finalidades básicas del proceso disciplinario es la búsqueda de la verdad real o material. Ello impone consecuentemente, que la decisión que resuelve el conflicto jurídico planteado en el proceso disciplinario para establecer el juicio de responsabilidad del disciplinado, deba basarse en una reconstrucción histórica verdadera de los hechos materia de investigación.

La jurisprudencia constitucional ha precisado que en los procedimientos actuales, por virtud de la introducción de los principios de libertad probatoria, apreciación conforme a la sana crítica y el *inquisito* probatorio, “el juez y las partes tienen a su disposición una amplia libertad para asegurar que en las decisiones judiciales impere el derecho sustancial, la verdad real y la justicia material”¹.

Por virtud de lo anterior, el Juez debe cumplir, lo afirma la misma jurisprudencia, “su misión de verdadero director del proceso” en orden a materializar “el objeto primordial del proceso, que es la debida aplicación de la justicia y la búsqueda de la verdad”².

Tan importante es el principio de investigación integral que su desconocimiento puede generar nulidad por violación al debido proceso³.

La prueba será, entonces, el mecanismo idóneo para la realización de ese procedimiento de reconstrucción verdadera de los hechos.

Así identificado el objetivo de la determinación de los hechos, resulta evidente que con el término “prueba” se hace referencia sintetizadamente al conjunto de los elementos, de los procedimientos y de los razonamientos por medio de los cuales aquella reconstrucción es elaborada, verificada y confirmada como verdadera. Se recupera así, aunque en un nivel distinto de conocimiento epistemológico, el nexo instrumental entre prueba y verdad de los hechos que está en la base de la concepción jurídica tradicional de la prueba⁴.

1 Corte Constitucional, Sentencia C-243 de 2001.

2 Sentencia C-874 de 2003.

3 Sentencias T-055, T-442 de 1994; T-324, T-329 de 1996; T-654 de 1998 y T-580 de 1999.

4 Cfr. TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. Editorial Trotta. Madrid. 2002, p. 84.

Normalmente al concepto de prueba se le suelen asignar diversos significados, por ejemplo el de instrumento que sirve para confirmar o desvirtuar una aserción alusiva a un hecho, que equivaldría más concretamente a la utilización de los medios de prueba; prueba, también podrá identificarse con el resultado al que se llega una vez se usen los medios de prueba y una tercera significación, en virtud de la cual prueba corresponderá al paso o vinculación entre el medio de prueba y el resultado probado.

De forma concreta, la prueba y la acción de probar, confluyen en todas aquellas actividades que llevan a cabo los intervinientes en el proceso disciplinario y su director el juez de la causa, para aducir a la actuación, con las modalidades y los controles que la ley contempla, los medios de prueba destinados a constituir el soporte de la decisión sobre la verdad de los hechos. La prueba es la base legítima para adquirir el convencimiento sobre la ocurrencia de los hechos. La prueba refleja la adquisición o asunción del conocimiento de un hecho.

Significa lo anterior, al rechazarse cualquier concepto vinculado con una verdad formal o simplemente procesal, que se ha tomado partido por una idea de justicia material como valor superior del ordenamiento jurídico⁵.

1.1.2. Breves apuntes acerca de los principios que rigen la actividad probatoria en derecho disciplinario

La actividad probatoria se enmarca dentro del concepto global del debido proceso, en tanto mediante la práctica, aducción y valoración correcta de la prueba se materializan las garantías que son consustanciales al debido proceso en sentido material. El proceso debe garantizar la contradicción y el debate entre las partes en un plano de equilibrio, el objeto del debate y lo que persigue el proceso es el conocimiento acerca de unos hechos. La reconstrucción histórica de esos hechos debe hacerse con acatamiento de los principios que constitucional y legalmente se le asignan a la actividad probatoria en aras de respetar el debido proceso y las garantías de defensa y justicia material.

En el ámbito disciplinario existen unos principios propios de este régimen, que devienen en algunos eventos de la forma del proceso, y en otros, de la ley o de la jurisprudencia.

Dado el carácter de proceso mixto con tendencia inquisitiva que adopta en su forma el proceso disciplinario ordinario de la Ley 734 de 2002, es consustancial a su

5 Corte Constitucional, Sentencia C-004 de 2003.

rito el “**principio de permanencia de la prueba**”, conforme con el cual la prueba practicada y aducida al proceso desde las primeras fases investigativas, siempre que se hayan respetado las condiciones de validez, conserva su eficacia hasta el juicio, sin necesidad de ser practicada y allegada posteriormente al trámite.

Así, en el evento en que la prueba de descargo no tenga la contundencia de desvirtuar la verdad de los hechos, demostrados con los medios de convicción aducidos para proferir el pliego acusatorio, nada obstaría para que en ellos se afincara la declaratoria de responsabilidad del investigado. Este principio se opone a la consideración en virtud de la cual solo la practicada en juicio es prueba, tal cual como rige en el proceso penal diseñado por la Ley 906 de 2004.

De la materia en la cual se inscribe el derecho disciplinario, como derecho de naturaleza sancionatoria, se desprende el principio de “*remisión al proceso penal*” en lo que concierne a la práctica y aducción de la prueba, lo que queda de manifiesto por virtud de la misma ley. En efecto, el artículo 86 de la Ley 1123 de 2007, de forma expresa señala que los medios de prueba contemplados en ese estatuto “se practicarán conforme a las normas del Código de Procedimiento Penal en cuanto sean compatibles con la naturaleza y reglas del derecho disciplinario”; y de otro lado, en lo que a la Ley 734 de 2002 respecta, a más de su contemplación legal en el artículo 130, la jurisprudencia constitucional ha tomado partido por esta misma fórmula en la Sentencia C-107 de 2004, produciendo el efecto de la remisión en el tema probatorio, más allá de lo concerniente a la práctica de pruebas, no en el orden que lo señala el artículo 21 *ibídem*, sino en primera medida al derecho más compatible con el disciplinario, que no es otro que el penal.

Otro principio probatorio exclusivo del derecho disciplinario es “**el principio de ineffecticia o inexistencia por ilicitud probatoria**”, el cual presupone que la prueba obtenida sin el cumplimiento de las formalidades sustanciales o con desconocimiento de los derechos fundamentales del investigado, se tendrá como inexistente, lo que significa que esa prueba no produce efectos jurídicos, y se tendrá como si no hubiese nacido a la vida jurídica (artículos 140 del CDU y 95 de la Ley 1123 de 2007).

Mientras que en otros ordenamientos jurídicos, la prueba así obtenida, simplemente es excluida o declarada nula, en derecho disciplinario tales medios de prueba son inexistentes.

Dado el carácter prevalente de las actuaciones de la Procuraduría General de la Nación, se ha establecido en el ámbito del proceso disciplinario administrativo de la

Ley 734 de 2002, “*el principio de aseguramiento de la prueba*”, contemplado en el artículo 136 de este estatuto, en cuya virtud el funcionario de esta entidad que adelanta el trámite procesal, en ejercicio de facultades de Policía Judicial, adoptará las medidas que sean necesarias para asegurar los elementos de prueba.

Sin embargo, de conformidad con la misma norma es claro que, cuando el proceso es adelantado por otras autoridades con funciones disciplinarias administrativas o judiciales, deberán acudir con dicho propósito ante los servidores de la Procuraduría General de la Nación con funciones de Policía Judicial o a los demás organismos oficiales competentes.

Tal auxilio no solo debe prestarse en materia de aseguramiento de la prueba, sino también en lo que tiene que ver con la práctica de pruebas técnicas (artículos 137 del CDU y 92 de la Ley 1123 de 2007).

A pesar del propósito de la Ley 1123 de 2007 de propender por un proceso sustentado en la oralidad, para garantizar los principios de concentración e inmediación de la prueba, en la práctica lo cierto es que ellos siguen estando en una situación de matización, pues muchas diligencias se practican mediante autoridades comisionadas en los términos de su artículo 89.

En cierta medida también dicho fenómeno tiene ocurrencia en el ámbito del proceso ordinario de la Ley 734 de 2002, en el cual muchas diligencias se practican por servidores comisionados, lo cual se debe en gran medida a la estructura de la jurisdicción disciplinaria (artículos 133, 134 y 135).

El principio de la necesidad de prueba pone de presente el que toda decisión, interlocutoria o sentencia, debe fundarse en prueba legalmente aportada o producida en el proceso, esto es, que haya ingresado legalmente o se haya practicado con respeto de los ritos del debido proceso, el derecho de defensa y de contradicción (artículos 128 del CDU y 84 de la Ley 1123 de 2007).

El principio de comunidad o unidad de la prueba indica que una vez ingresada o practicada una prueba la misma se independiza del sujeto que la solicitó, aportó o del origen oficioso, para aprovecharse, de conformidad con la sana crítica y su valoración integral, bien para fundar la responsabilidad, los atenuantes y agravantes de punibilidad o las eximentes de responsabilidad (artículos 141 del CDU, 96 y 97 de la Ley 1123 de 2007). La jurisprudencia constitucional se refiere a este principio

cuando dice que “las pruebas del sindicado no sólo sirven al interés particular de éste, sino también al esclarecimiento de la verdad”⁶.

La prueba tiene que practicarse con audiencia del disciplinado, debe tener la oportunidad de controvertirla, para lo cual deberá decretarse con anticipación, informándole hora y fecha de su práctica y permitiéndole intervenir en ella si así lo estima pertinente, lo cual materializa el principio de publicidad (artículos 138 del CDU y 93 de la Ley 1123 de 2007).

Todos los sujetos procesales tendrán las mismas oportunidades de aportar, solicitar e intervenir en la práctica de pruebas, lo cual deviene del principio de igualdad. Es más, por virtud de la igualdad material puede atenderse, a favor del procesado, circunstancias extraordinarias que permitan equilibrar la balanza ante el enorme poder del Estado con el cual se enfrenta el disciplinado (artículos 5 de la Ley 600 de 2000, 21 del CDU y 10 de la Ley 1123 de 2007).

El principio de la libertad probatoria indica que los diferentes componentes de la estructura de la responsabilidad disciplinaria, los agravantes y atenuantes punitivos y las eximentes de responsabilidad podrán “demostrarse con cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos” (artículos 131 del CDU y 87 de la Ley 1123 de 2007), lo que indica que no existe tarifa legal probatoria⁷, esto es, se ha desterrado de los procedimientos judiciales “el sistema de la tarifa legal que ataba al juez a un marco preestablecido por el legislador sin ninguna posibilidad de realizar una valoración crítica, lo que implicaba la prevalencia de las apariencias formales sobre la verdad”⁸.

El principio de la utilidad de la prueba, según el cual no se practicarán y se rechazarán las pruebas ilícitas, impertinentes, inconducentes y las superfluas (artículos 132 del CDU y 88 de la Ley 1123 de 2007).

Pertenece también a dicho principio la utilidad de la prueba trasladada, según el cual “las pruebas practicadas válidamente en una actuación judicial o administrativa, dentro o fuera del país, podrán trasladarse a la actuación disciplinaria mediante copias autorizadas por el respectivo funcionario y serán apreciadas conforme a las reglas previstas” en los códigos disciplinarios (artículos 135 del CDU y 91 de la Ley 1123 de 2007), siempre y cuando se asegure su publicidad y su contradicción.

6 Sentencias T-436 de 1992 y T-580 de 1999.

7 Sentencia T-957 de 2006.

8 Sentencia C-243 de 2001.

Prueba ilícita es aquella contraria al ordenamiento jurídico constitucional o legal. En la unidad segunda serán tratadas, por ahora basta decir que cuando desconocen las formalidades sustanciales o afectan los derechos fundamentales del disciplinado serán consideradas inexistentes (artículos 140 del CDU y 95 de la Ley 1123 de 2007).

Las pruebas impertinentes tienen que ver con asuntos que, muy a pesar de hacer parte del mundo fáctico, no son objeto de discusión en el proceso, tal como sucede con la vida íntima de las personas o el comportamiento sexual de las víctimas de dichos abusos.

La prueba inconducente es la que no apunta a la demostración de los elementos de la responsabilidad, de agravantes o atenuantes o de las eximentes de responsabilidad.

Las pruebas superfluas son aquellas que van en contra de lo asaz probado. El director del proceso tiene que administrar eficientemente el tema probatorio, pues no puede dar rienda suelta a la práctica de cualquier prueba sin mirar su incidencia en el repertorio probatorio, pues por ejemplo, sería contrario a la eficacia y eficiencia ordenar el testimonio de todos los trabajadores de un edificio donde funcionen los juzgados de una ciudad, para demostrar si el juez asistió embriagado a trabajar.

Las pruebas no se cuentan, se pesan; de allí que la jurisprudencia constitucional señale que la valoración de las pruebas “no puede asumirse como una función meramente cuantitativa o aritmética, sino cualitativa”⁹. Se comprende aquí el principio de la valoración crítica e integral de la prueba, conocido como la “sana crítica” y examen en conjunto, la cual comprende reglas de experiencia, reglas técnicas, reglas científicas, lógica, etc. (artículos 141 del CDU y 96 de la Ley 1123 de 2007).

1.1.3. De los medios de prueba en particular. Reflexiones

Son medios de prueba en este campo la confesión, el testimonio, la peritación, la inspección o visita especial y los documentos. Los indicios se deberán tener en cuenta al momento de la valoración probatoria (artículos 130 del CDU y 86 de la Ley 1123 de 2007).

Sin embargo, ninguno de los dos estatutos disciplinarios contempló un sistema de números cerrados en materia de medios probatorios, pues los anteriores son enunciados, pero en los mismos artículos se expresa que se pueden practicar otras

9 Sentencia T-957 de 2006.

pruebas no previstas en ellos “de acuerdo con las disposiciones que los regulen, respetando siempre los derechos fundamentales”.

Estos medios de prueba se deben practicar bajo los presupuestos, requisitos, formalidades y solemnidades de la Ley 600 de 2000, que es la norma compatible con el sistema mixto con tendencia inquisitiva propio del proceso disciplinario ordinario del CDU, modelo básico para el desarrollo también de las pruebas en los procesos verbales, y teniendo de presente el principio de permanencia probatoria, siempre que no se afecte la especial naturaleza del derecho disciplinario.

En los procesos verbales disciplinarios judiciales las pruebas deberán presentarse, aducirse y practicarse en audiencias, salvo aquellas que debieran ser practicadas fuera de la sede del despacho investigador.

En el procedimiento verbal de la Ley 1123 de 2007, contra la decisión que niega la práctica de una prueba son procedentes los recursos de reposición y subsidiariamente el de apelación (artículo 105 inciso 2°), en cambio en la Ley 734 de 2002 si la prueba fue negada con anterioridad al pliego de cargos es procedente únicamente reposición y si la prueba es de descargos, esto es, en la etapa del juzgamiento, proceden tanto la reposición como la alzada (artículos 113 y 115).

1.1.3.1 La confesión

Para que la confesión sea válida deberá cumplir con los requisitos señalados en el artículo 280 de la Ley 600 de 2000, a saber:

1) Que sea hecha ante funcionario judicial, lo cual no ofrece problema alguno en el derecho disciplinario judicial, puesto que los operadores jurídicos son funcionarios judiciales.

2) Que la persona haya sido informada del derecho a no declarar contra sí misma, lo cual asegura el derecho fundamental constitucional de que da cuenta el artículo 33 de la Carta Política. Tal advertencia debe aparecer explícitamente consignada en el acto de declaración.

3) Que se haga en forma consciente y libre, como expresión del respeto de la dignidad de la persona y como manifestación de ella, lo cual viene demandado por los artículos 8 del CDU y 48 de la Ley 1123 de 2007.

En Derecho Disciplinario, por no hacer parte del debido proceso la exigencia perentoria de la defensa técnica, no se requiere que la confesión se haga en presencia de un defensor si no lo ha designado el disciplinado. Empero, cuando ello haya tenido ocurrencia, creemos que sí se demanda la presencia de defensor, so pena de inexistencia de la diligencia.

El valor probatorio de la confesión se estimará a partir de la aplicación de las reglas de la sana crítica y los criterios para apreciar el testimonio (artículos 283 de la Ley 600 de 2000, 21 del CDU y 16 de la Ley 1123 de 2007).

Este medio probatorio tiene diversos condicionamientos y efectos en los dos códigos disciplinarios.

En el trámite de la Ley 734 de 2002, la confesión conforme con el artículo 175, es causal para instar el trámite del denominado proceso verbal.

Por su parte, en sede de la Ley 1123 de 2007, la confesión ofrecida por el acusado en la audiencia de calificación, dará lugar al proferimiento del respectivo fallo (parágrafo del artículo 105).

Debe entenderse que se trata de una confesión simple, toda vez que, si el disciplinado introduce circunstancias que den cuenta de eximentes de responsabilidad completas o incompletas o de atenuantes punitivos deberá permitirse la continuación del debate probatorio, puesto que teleológicamente solo puede obviarse este frente a una confesión simple y no ante una calificada.

Rige aquí la regla del artículo 281 de la Ley 600 de 2000, según la cual “si se produjere la confesión, el funcionario competente practicará las diligencias pertinentes para determinar la veracidad de la misma”, de conformidad con las normas de remisión ya anotadas.

En los dos estatutos, la confesión producida antes de los cargos funciona como circunstancia de atenuación o de menor punibilidad, pero además en la Ley 1123 de 2007, en dicho evento la sanción no podrá ser la exclusión de la profesión siempre y cuando carezca de antecedentes disciplinarios el sancionado.

Dada la limitación del derecho de defensa que se predica en disciplinario, por virtud de que la ausencia de defensa técnica no constituye causal de invalidación de la actuación, cuando la misma se produce voluntariamente por el investigado,

que quiere ejercerla personalmente, nos parece que no es necesaria la presencia de abogado para calificar de eficaz la confesión efectuada por el investigado.

1.1.3.2. El testimonio

Salvo las excepciones constitucionales y legales, el rendir testimonio en los procesos, es un deber que no admite excusa alguna.

Desde el punto de vista constitucional existe un fuero de indemnidad por autoincriminación y por factores de parentesco que se convierten en garantía para el testimoniante para que se abstenga de rendir la declaración (artículo 33 de la Carta Política).

Desde el punto de vista legal no existe esa obligación de declarar sobre un tema que se le ha confiado o se ha tenido conocimiento por razón de un ministerio, cargo u oficio por parte de los abogados, los ministros de cualquier culto permitido en el país y cualquier otra persona que legalmente le corresponda guardar el secreto profesional (artículos 266, 267 y 268 de la Ley 600 de 2000, por remisión autorizada).

En Colombia el testimonio es la prueba por excelencia, toda vez que está enraizada en la historia cultural de nuestros pueblos. A pesar de los avances en tecnología y métodos de investigación, la prueba testimonial se impone en nuestros estrados judiciales no tanto por su capacidad para probar hechos, sino ante todo por su facilidad en la producción, lo que se revela por su estadística cuantitativa.

La naturaleza mixta con tendencia inquisitiva del proceso disciplinario y los efectos que produce la consagración expresa del principio de investigación integral, hacen que el testimonio sea practicado bajo las formalidades propias del sistema procesal contenido en la Ley 600 de 2000 y no bajo los presupuestos de la Ley 906 de 2004, pues en este último caso el ente investigador tiene una clara postura de acusación y el juez del conocimiento funciona como un tercero imparcial.

En cambio, en el proceso disciplinario, quien investiga debe guardar el mismo celo de investigación frente a lo desfavorable como con respecto de aquello que favorece al investigado. El juez disciplinario no es imparcial, él tiene un especial compromiso con la verdad material de los hechos, eso le permite interrogar al testigo, lo que no sería de recibo como regla general en el sistema acusatorio.

Tampoco proceden, en principio, en materia disciplinaria las limitaciones que se imponen en las técnicas de interrogación propias del sistema acusatorio, valga

por ejemplo expresar que en la recepción del testimonio en materia disciplinaria se pueden formular preguntas por los sujetos procesales que no fueron objeto de interrogatorio por quien ofreció la prueba, lo que no puede hacerse bajo los lineamientos del actual estatuto procesal penal. Así las cosas, la autoridad que adelanta la práctica de la prueba, luego de hacer las advertencias de ley al testigo procederá, en los términos del artículo 276 de la Ley 600 de 2000, de la siguiente manera:

- El testigo que debe declarar deberá ser separado de los demás testigos “de tal manera que no puedan saber, ni escuchar las declaraciones de quienes les preceden” (artículo 273 *ibídem*).

- Identificar al testigo, tomarle el juramento o el compromiso de decir la verdad, señalarle las excepciones al deber de declarar, con las advertencias del artículo 269 *ibídem*.

- Informarle al testigo acerca de los hechos objeto de declaración y le ordenará que haga un relato acerca de lo que le conste respecto de los mismos. El funcionario judicial deberá abstenerse de sugerir respuestas, de formular preguntas capciosas y de ejercer violencia sobre el testigo” (artículo 274 *ibídem*).

- Podrá interrogarlo si lo considera necesario y conveniente.

- Le concederá la oportunidad a los sujetos procesales para que interroguen.

- Se permitirá provocar conceptos del declarante cuando sea una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia.

- Podrá requerir al testigo para que sus respuestas estén referidas al objeto de investigación o de declaración.

- Levantará acta donde quede consignado la recepción de la prueba. Pero también, para el efecto, los testimonios podrán ser “recogidos y conservados por el medio más idóneo, de tal manera que facilite su examen cuantas veces sea necesario, todo lo cual se hará constar en un acta” (artículo 275 *ibídem*).

Opera plenamente, también, el testimonio por certificación jurada en los términos del artículo 271 de la Ley 600 de 2000.

Si el testigo se encuentra impedido físicamente para concurrir a la sede judicial, deberá ser interrogado en el lugar donde se encuentre (artículo 270 *ibídem*).

El testimonio del agente diplomático también demandará el procedimiento de la nota suplicatoria de que da cuenta el artículo 272 *ibídem*.

El testimonio deberá ser apreciado teniendo de presente las reglas y principios de la sana crítica, la personalidad del testigo, la naturaleza del objeto percibido, las circunstancias de tiempo, lugar y espacio de la percepción, el sentido de la percepción, el relato y forma de declarar del testimoniante y las circunstancias específicas del caso (artículo 277 *ibídem*).

En lo que alude a la recepción de testimonios de menores deberá acatarse lo dispuesto por la Ley 1098 de 2006, esto es, lo preceptuado por sus artículos 192, 193 numerales 1°, 2°, 7°, 8°, 9°, 10°, 12 y 13, 194, 195 y 196, en la medida en que resulten compatibles con el Derecho Disciplinario.

1.1.3.3. La peritación

La peritación es un medio especializado particularmente empleado para transmitir y aportar al proceso conocimientos acerca de hechos con trascendencia técnica, científica, profesional o artística. La peritación supone la aducción al proceso de elementos técnicos, científicos o artísticos producto de un análisis que una persona experta en dicha materia realiza, con el objeto de esclarecer o precisar una situación fáctica (artículos 249 de la Ley 600 de 2000).

Como medio de prueba que es, la peritación aporta al proceso objeto de pruebas, por ello el perito emite juicios de valor sobre una ciencia, arte o técnica, excepto respecto de la situación jurídica y la responsabilidad (artículo 251 *ibídem*).

El juez como director del proceso, para resolver un determinado asunto puede necesitar que se le aporten conocimientos de tipo científico, técnico o artístico; aportación que se hace por medio de la prueba pericial con discusión y controversia de las partes (artículos 251, 252 y 254 *ibídem*).

La pericia se muestra en toda su dimensión como medio probatorio y además eventualmente como medio para auxiliar al juez. Si lo anterior es cierto, el juez debe entender el dictamen pericial, porque está destinado a él, si bien con intervención de las partes. El dictamen pericial debe ser entendido por el juez, para que se pueda sumar a los conocimientos que tenga este y resulte una perfecta integración. No se puede hablar de integración de conocimientos cuando al común (que posee el juez), no se le puede agregar el especializado (que posee el perito), cuando el juez

no lo ha entendido. El conocimiento total del juez es necesario para poder utilizar la pericia como prueba¹⁰.

Los estatutos disciplinarios autorizan al juez disciplinario para que pueda auxiliarse de apoyos técnicos que le puedan ofrecer las demás entidades del Estado, especializadas en alguna ciencia o disciplina, de manera gratuita, para el éxito de las investigaciones. Para tal cometido se podrá, por ejemplo, acudir al Instituto Nacional de Medicina Legal, al Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía General de la Nación, la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, el DAS, etc. (artículos 137 del CDU y 92 de la Ley 1123 de 2007).

Es imprescindible para garantizar el contradictorio, que las partes puedan acceder al dictamen pericial y de esa manera puedan solicitar aclaraciones y presentar objeciones al mismo (artículos 252, 254, 255 y 256 de la Ley 600 de 2000).

La apreciación del dictamen dependerá de la idoneidad del perito, razón por la cual deberá exponer su especialidad, estudios y experiencia; de la fundamentación técnico-científica que lo sustente y se valorará de manera integral y en conjunto con las demás pruebas que obren en el informativo (artículos 250 y 257 *ibídem*).

Para asegurar la imparcialidad e independencia, los peritos se rigen por las causales de impedimento y recusación a que están sometidos los funcionarios judiciales (artículo 258 *ibídem*).

1.1.3.4. La inspección judicial o visita especial

Mediante este medio de prueba se verifica el estado de las personas, lugares, oficinas, dependencias, los rastros y otros efectos materiales que fueran necesarios y de utilidad para la realización de la investigación de la presunta falta y de los posibles autores de la misma (artículo 244 de la Ley 600 de 2000).

Su práctica deberá venir precedida de providencia en la que se indique con precisión el objeto de la misma, el lugar y fecha en que se cumplirá. De ella, se levanta acta con indicación de la persona que atiende la diligencia, los datos e información obtenidos, los testimonios recepcionados a su interior y se suscribe por todos quienes intervienen en su práctica (artículo 245 *ibídem*).

10 Cfr. PARRA QUIJANO JAIRO. La prueba pericial, Tomo V. Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1991, p. 11.

Al igual que sucede con todos los medios de prueba al momento de llevarla a cabo debe permitirse el contradictorio, razón por la cual en su desarrollo pueden participar activamente disciplinado y defensor (artículo 246 *ibídem*).

La inspección judicial o visita especial puede practicarse en conjunto con la pericia y con los fines ya anotados para este medio probatorio (artículo 247 *ibídem*).

1.1.3.5. Los documentos

El Código Penal colombiano define el documento como “toda expresión de persona conocida o conocible recogida por escrito o por cualquier medio mecánico o técnicamente impreso, soporte material que exprese o incorpore datos o hechos, que tengan capacidad probatoria” (artículo 294).

Esta definición tiene aplicación para el derecho disciplinario, en el marco de su naturaleza de derecho sancionatorio, su importancia radica en poner de manifiesto la necesidad de que la información recogida en el soporte debe tener vocación probatoria, esto es, relevancia en el tráfico jurídico.

La relevancia en el tráfico jurídico está determinada por la capacidad para crear, modificar o extinguir una situación o circunstancia con alcance jurídico.

La naturaleza documental no está dada solo por la inscripción de algo representativo en un papel, aunque es el tipo más socorrido y utilizado de documento. Las modernas técnicas indican que puede estar dicha representación contenida en cualquier soporte físico, químico, eléctrico, magnético o lógico.

Las autoridades disciplinarias tienen la facultad de acceder a los documentos que estén en manos de particulares o de otros servidores públicos cuando ellos tengan relación con el asunto que se investiga. El no entregarlos o impedir acceso a los mismos puede dar lugar a medidas propias del derecho correccional (artículos 259 y 260 de la Ley 600 de 2000).

Para efectos del derecho sancionatorio se presumirán auténticos los documentos que no hayan sido objetados o tachados de falsos por parte de la persona contra la cual se aducen, antes de la terminación de la audiencia pública en los procedimientos verbales o antes del traslado para alegar de conclusión en el procedimiento ordinario (artículo 262 *ibídem*).

El aporte de los documentos en la actuación disciplinaria debe hacerse en original o copia autenticada. Podrán también obtenerse documentos mediante la diligencia de inspección o visita especial. No se requiere, como en el sistema acusatorio, la presencia de un testigo de acreditación para demostrar la veracidad del contenido del documento (artículo 259 *ibídem*).

Los informes técnicos son una modalidad novedosa de documentos, los cuales consisten en las constancias expedidas por entidades públicas o privadas, sobre datos técnicos o científicos “que aparezcan registrados en sus libros o consten en sus archivos”, destinados a demostrar hechos que interesen al proceso disciplinario; informes que deberán ser rendidos bajo la gravedad del juramento, motivadamente y con explicación fundada del origen de los datos suministrados (artículos 263 y 264 *ibídem*).

Para asegurar el principio de contradicción los informes “se pondrán en conocimiento de las partes por el término de tres días para que se puedan solicitar aclaraciones o complementaciones” (artículo 265 *ibídem*).

1.1.3.6. La prueba de indicios

Los indicios en materia disciplinaria están contenidos en la norma que regula los medios de prueba, a pesar de que no se dice en forma expresa que son medios de prueba, debe entenderse que sí lo son, dada su ubicación en la norma que los contempla. En esa inteligencia se les debe comprender como medios de prueba indirectos (artículos 130 inciso 2° del CDU y 86 inciso 2° de la Ley 1123 de 2007).

La jurisprudencia penal ha calificado al indicio como “medio indirecto válido, legal y autónomo de prueba”¹¹.

En efecto, en el uso de las pruebas indirectas conviene distinguir el *factum probandum* (el hecho que, en última instancia, ha de probarse), el objeto de prueba (o sea, el hecho indirecto ya confirmado) y el razonamiento inferencial que constituye el nexo entre un hecho conocido (el denominado objeto de la prueba) y un hecho desconocido (el *factum probandum*). Con un ejemplo elemental se puede ilustrar: imaginemos que el cadáver de Ticio aparece acuchillado en mitad de un charco de sangre y un sabueso de la comisaría de turno encuentra, en un lugar bastante próximo al cadáver, una camisa ensangrentada. Tras los oportunos análisis y averiguaciones

11 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de julio 18 de 2000, Radicación No. 10.969.

se comprueba que la sangre del finado coincide con la que ha manchado la prenda y que esta es propiedad de Cayo. Tenemos ya el objeto de la prueba, el indicio. A partir de ahí se precisa saber si razonadamente cabe inferir que Cayo mató a Ticio, lo que, a fin de cuentas, es el hecho definitivo, el *factum probandum*¹².

En unidad posterior nos referiremos a la constelación de indicios de aptitud, actitud y a los de compresión valorativa, en este apartado brevemente haremos alusión a otra clasificación de indicios, los conocidos como necesarios y los llamados indicios contingentes.

Respecto de los indicios necesarios el maestro Hernando Devis Echandía enseñó que era aquel en “que de manera infalible e inevitable demuestra la existencia o inexistencia del hecho investigado (según se trate de indicio necesario positivo o negativo); no se trata de hacerlo muy posible o muy probable, ni que unido a otros similares formen aquella certeza, sino de darla por sí solo, como algo que inexorablemente debe ser así, con independencia de cualquiera otra prueba. Para esto es indispensable que la regla de la experiencia común o científica que le sirve de fundamento sea de aquellas que no sufren excepción que ineludiblemente se cumplen, porque consista en una ley física inmutable y constante, pues solo así la inferencia indiciaria, resulta también inexorablemente cierta.... Las leyes morales y síquicas no pueden producir indicios necesarios, porque no son constantes”¹³.

Conforme con esa definición debe entenderse por indicio necesario aquel que revela o del que se extrae en forma cierta y verificable una causa determinada. Son indicios seguros, fiables y constatables.

Ahora bien, el indicio contingente será aquel en el que la relación entre el hecho indicador y el indicado puede conducir a diferentes o diversas conclusiones, por lo que su valor dependerá de la mayor o menor relación que exista entre el hecho indicador y el hecho indicado.

De allí que el artículo 284 de la Ley 600 de 2000 enseñe que “todo indicio ha de basarse en la experiencia y supone un hecho indicador, del cual el funcionario infiere lógicamente la existencia de otro”.

12 Cfr. IGARTUA SALAVERRIA, Juan. Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal. Tirant lo Blanch. Valencia. 1995, p. 53.

13 Cfr. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general del proceso, T. II, pruebas judiciales. Editorial A.B.C. Bogotá. 1984, p. 627.

Para poder efectuar la inferencia lógica es requisito necesario e imprescindible el que el hecho indicador se encuentre debidamente probado a través de cualquiera de los medios probatorios diferentes al indicio, ya señalados (artículo 286 *ibídem*).

Aquí surge la discusión sobre si el indicio es un medio probatorio o una forma de razonamiento con implicaciones probatorias, asunto que debe pasar a un segundo plano, toda vez que lo verdaderamente importante es atender a las reglas señaladas por la ley, a efectos de quitarle al indicio la siempre peligrosa subjetividad que se enmascara en la inferencia.

Por ello, es regla de observación rigurosa aquella que dice que el “hecho indicador es indivisible”, por lo que “sus elementos no pueden tomarse separadamente como indicadores” (artículo 285 *ibídem*), puesto que si ello no se cumple se multiplicarían artificialmente los indicios.

El indicio debe apreciarse en conjunto con las demás pruebas, es más, un solo indicio no tiene aptitud probatoria, puesto que en su valoración es imprescindible establecer la concordancia y convergencia, lo cual solo puede aparecer cuando hacemos un juicio plural de indicios. La gravedad está dada por la mayor o menor vinculación entre el hecho indicador y el hecho indicado (artículo 287 *ibídem*).

1.2. LAS PRUEBAS OFICIOSAS O ROGADAS

El juez disciplinario, como director del proceso, tiene una posición preeminente y reguladora.

Es consustancial a esa posición preeminente de dirección del proceso que ostenta el juez en el sistema procesal mixto con tendencia inquisitiva, la potestad que ejercita de disponer oficiosamente la práctica de pruebas.

A ello confluye necesariamente también el principio de investigación integral y la finalidad del proceso de arribar a una verdad real. Por tal motivo, el proceso no puede quedar a la disposición de las partes y el juez asumir una postura de simple espectador. En el proceso disciplinario el juez tiene el deber de agotar todos los medios legítimos a su alcance para reconstruir de forma acertada la historia de los hechos.

El entorno del sistema procesal mixto con tendencia inquisitiva o de oficialidad que es propio del actual proceso disciplinario, presupone los siguientes baremos de identificación:

-El inicio de la actuación no queda sujeto indefectiblemente a la voluntad de un particular, la autoridad disciplinaria puede de manera oficiosa aprehender el conocimiento de unos hechos que presuntamente configuran falta.

-La determinación del objeto del proceso no está abandonada al criterio de las partes; ni es el referente de la pretensión y la resistencia las que señalan la forma y sentido de la decisión del juez disciplinario; por eso, él no se encuentra vinculado a las ideas, planteamientos y criterios de los intervinientes, puede repensarlos, calificarlos y adoptar la decisión consultando el sentido de justicia.

-Si el ejercicio de la acción disciplinaria no está a disposición de los intervinientes en el proceso disciplinario, la extinción de ella no está supeditada a la voluntad de las partes, pues se está frente a una acción de naturaleza pública, cuyo titular es el Estado. Por ello, no rigen en el proceso disciplinario los denominados modos anormales de terminación del proceso. El desistimiento del quejoso no produce la extinción de la acción disciplinaria.

-El impulso procesal ni la actividad probatoria quedan circunscritas a la actuación de las partes, el juez disciplinario dirige el proceso y puede, para lograr la finalidad de consecución de la verdad, disponer pruebas de oficio e intervenir proactivamente en la práctica de los medios de convicción.

-En el sistema del proceso disciplinario la carga de la prueba corresponde al Estado, por tal motivo el juez disciplinario tiene el deber y la facultad de encontrar la prueba que acredite el objeto del proceso.

Los artículos 128 y 129 de la Ley 734 de 2002, dan cuenta de esa potestad del juez disciplinario. En la primera de esas disposiciones se expresa que “toda decisión interlocutoria y el fallo disciplinario deben fundarse en pruebas legalmente producidas y aportadas al proceso por petición de cualquier sujeto procesal o en forma oficiosa. La carga de la prueba corresponde al Estado”. La segunda de esas normas, por su parte expresa que “el funcionario buscará la verdad real. Para ello deberá investigar con igual rigor los hechos y circunstancias que demuestren la existencia de la falta disciplinaria y la responsabilidad del investigado, y los que tiendan a demostrar su inexistencia o lo eximan de responsabilidad. Para tal efecto, el funcionario podrá decretar pruebas de oficio”.

Por otro lado, los artículos 85 y 105 de la Ley 1123 también autorizan la práctica de pruebas oficiosas.

En varias disposiciones los códigos disciplinarios autorizan la adopción oficiosa de decisiones y de pruebas, veamos algunos ejemplos.

-Además de poder decretar pruebas de oficio en la audiencia de pruebas, en el trámite de segunda instancia el magistrado ponente podrá decretar pruebas de oficio, las cuales se evacuarán en un término no superior a 15 días y fuera de audiencia (artículo 107 de la Ley 1123). A ese mismo respecto la Ley 734 de 2002, autoriza para que se decreten pruebas de oficio, cuando de resolver la apelación se trata (artículo 171).

-Dentro del procedimiento propio de la solicitud de rehabilitación del sancionado con exclusión de la profesión, la autoridad que conoce de la actuación podrá decretar pruebas de oficio (artículo 110 de la Ley 1123 de 2007).

-En los dos códigos el comisionado podrá practicar oficiosamente aquellas pruebas que surjan directamente de las que son objeto de la comisión, siempre y cuando no se le haya prohibido expresamente tal atribución (artículo 89 de la Ley 1123 de 2007 y 133 del CDU).

Las facultades oficiosas que autoriza la ley no deben entenderse en contravía de la posición activa que también pueden adoptar los intervinientes, utilizando recursos, medios de impugnación, efectuando solicitudes respetuosas, aportando pruebas y todo aquello que sirva de sustento a sus pretensiones.

1.3. DINÁMICA DE LA PRUEBA

Con el concepto de dinámica de la prueba debe comprenderse las diversas etapas probatorias que existen en el proceso disciplinario, la oportunidad para solicitarlas y decretarlas, las facultades para solicitarlas y decretarlas, en fin lo que concierne a la actividad probatoria de los intervinientes¹⁴.

14 No debe confundirse el concepto de dinámica de la prueba con el término carga dinámica de la prueba, respecto del último la Corte Suprema de Justicia, ha dicho “por eso, el concepto de carga dinámica de la prueba así restrictivamente aplicado -no para que al procesado o a la defensa se le demande probar lo que compete al Estado, sino para desvirtuar lo ya probado por éste-, de ninguna manera repugna el concepto clásico de carga de la prueba en materia penal, ni mucho menos afecta derechos fundamentales del acusado. Simplemente pretende entronizar en el derecho penal criterios racionales y eminentemente lógicos respecto de las pretensiones de las partes y los medios necesarios para hacerlas valer... Porque, debe revelarse, no se trata de que el Estado deponga su obligación de demostrar la existencia del hecho punible y la

En el proceso disciplinario ordinario de la Ley 734 de 2002, se cuentan como fases que lo configuran las de indagación preliminar, investigación, evaluación, pliego de cargos, descargos, etapa probatoria, alegatos de conclusión y sentencia de primera instancia; si se apela habrá un trámite de segunda instancia.

Veamos la actividad probatoria en las mismas:

Indagación preliminar. Es una fase contingente en la medida en que puede o no darse, no es obligatorio su agotamiento, por tanto no es presupuesto procesal de la siguiente etapa. Es eminentemente investigativa, pues con ella se pretende individualizar o identificar al autor o autores del comportamiento, verificar la ocurrencia del hecho denunciado, establecer la tipicidad de la conducta y determinar si se ha actuado al amparo de una causal de ausencia de responsabilidad disciplinaria.

Para el logro de esos cometidos, el juez disciplinario deberá hacer uso de los medios de pruebas legalmente reconocidos y además podrá escuchar en exposición libre al indiciado.

A quien se le notifica la apertura de una indagación previa en su contra, podrá desde ese momento aportar y solicitar pruebas, participar en su práctica, controvertir las existentes, todo ello tendiente a consolidar su postura defensiva.

La notificación del auto que ordena indagación preliminar o investigación disciplinaria no impide la práctica de pruebas encaminadas a la demostración del hecho y la responsabilidad, empero, “aquellas pruebas que se hayan practicado sin la presencia del implicado, en tanto se surtía dicho trámite de notificación, deberán ser ampliadas o reiteradas, en los puntos que solicite el disciplinado” (artículo 91 inciso 3° del CDU).

El funcionario también podrá decretar y practicar pruebas de oficio. Por su parte el quejoso, además de instaurar la queja, ampliarla, y apelar del archivo y del fallo absolutorio, está autorizado para aportar las pruebas que tenga en su poder, lo que podrá hacer en las oportunidades procesales.

Desde el punto de vista jurisprudencial el tiempo que se gaste para evaluar la indagación preliminar no entra en el término investigativo de los seis meses, con lo

participación que en el mismo tenga el procesado, sino de hacer radicar en cabeza de éste el deber de ofrecer los elementos de juicio suficientes, si esa es su pretensión, para controvertir las pruebas que en tal sentido ha aportado el ente investigador”; sentencia del 9 de abril del 2008, radicado 23.754, M. P., SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ.

cual, lo que se quiere es que dicho término sea utilizado exclusivamente para fines de indagación.

Ahora bien, la indagación previa siempre procede cuando se tenga duda acerca de la apertura de investigación. Desde ese punto de vista, si la prueba aducida con la queja ya aporta son los elementos probatorios que sirven para legalmente disponer la apertura, a ello deberá procederse.

La investigación. Es, por antonomasia, la fase del perfeccionamiento investigativo, con ella se pretende dilucidar aquellos aspectos concernientes a la configuración de la falta, la responsabilidad del presunto autor y el establecimiento de causales excluyentes de responsabilidad disciplinaria, que no lo pudieron ser mediante la fase de indagación preliminar. El funcionario que la adelanta tiene iniciativa probatoria, lo mismo que los demás intervinientes.

Una vez vencido el término que la ley señala para su cumplimiento se deberá evaluar, ya con el pliego de cargos o ya con la decisión de archivo. Empero, si de la evaluación resulta que la prueba aducida al proceso no permite adoptar ninguna de esas dos decisiones, el funcionario podrá prorrogarla hasta por la mitad del término original, vencido el cual, si no ha surgido prueba que permita formular el pliego de cargos, se archivará definitivamente la actuación.

En la etapa de investigación contra la negativa a la práctica de pruebas, procede únicamente el recurso de reposición.

Juzgamiento y descargos. Una vez que se notifica el pliego de cargos, el expediente queda en la secretaría del despacho, a disposición de los sujetos procesales, por el término común de diez días, para la presentación de descargos por parte de la defensa y el acusado, y para que se soliciten y aporten las pruebas que estimen pertinentes, conducentes, útiles y necesarias.

Fase probatoria en el juicio. Una vez se haya cumplido el término para descargos, el juez disciplinario dispondrá la práctica de aquellas pruebas solicitadas que sean valoradas como conducentes, pertinentes, útiles y necesarias. Además, podrá disponer oficiosamente aquellas que, en su sentir, cumplan tales presupuestos. Las pruebas ordenadas deberán practicarse en un término máximo de noventa días.

Bajo los parámetros establecidos en el artículo 168 de la Ley 734 de 2002, las pruebas oportunamente decretadas dentro del término probatorio respectivo, que

no se hubieren practicado o aportado al expediente, podrán ser evacuadas en los siguientes eventos:

- Cuando hubieran sido solicitadas por el investigado o su apoderado, sin que los mismos tuvieran culpa alguna en su demora y fuere posible su obtención.

- Cuando a juicio del investigador, constituyan elemento probatorio fundamental para la determinación de la responsabilidad del investigado o el esclarecimiento de los hechos.

En el fallo se deberá efectuar el correspondiente análisis probatorio que servirá de soporte o fundamento para la determinación que se adopte.

En el trámite de segunda instancia se podrán decretar pruebas de oficio, en cuyo evento el término de 45 días que fija la ley para resolver la alzada, se ampliará en otro tanto.

Por su parte, en el proceso verbal, conforme con los artículos 177 y 187 del CDU las pruebas se solicitan, aportan y practican en audiencia.

En lo que respecta al procedimiento verbal de la Ley 1123 de 2007, su naturaleza de oral determina que las pruebas se soliciten, aporten y practiquen en audiencias, cuando ello fuere posible.

En ese sentido, el artículo 105 de esta ley establece que en esa audiencia de pruebas y calificación, primero se presenta la queja o informe origen de la actuación, luego el disciplinado rinde versión libre si es su deseo, o en su caso, el defensor puede referirse a los hechos motivo de la denuncia, en esa oportunidad podrán aportar y solicitar pruebas. El magistrado deberá pronunciarse acerca de la conducencia y pertinencia de esos medios de prueba impetrados y podrá disponer oficiosamente los que estime necesarios para esclarecer los hechos.

La defensa o el mismo disciplinado podrán solicitar la suspensión de esa audiencia por motivos de prueba, esto es, una vez escuchan los términos de la queja y se rinde versión libre, de considerarlo oportuno para el ejercicio cabal de la defensa, podrán impetrar de la autoridad competente la fijación de una nueva fecha de audiencia para solicitar, aportar y participar en la práctica de pruebas.

Contra la negativa a pruebas proceden los recursos de reposición y apelación.

Una vez evacuadas las pruebas ordenadas, se procederá a evaluar la investigación que puede darse con el pliego de cargos o el respectivo archivo definitivo de la actuación.

Si la calificación dada a la actuación lo fue con pliego de cargos, los intervinientes podrán solicitar la práctica de pruebas que se practicarán en juicio. El magistrado instructor también podrá decretar pruebas de oficio. Habrá pronunciamiento en esa misma audiencia acerca de las solicitudes probatorias, y se dispondrá de manera inmediata la práctica de aquellas que hayan de llevarse a cabo fuera de la sede de la sala. Evacuadas estas probanzas, se fijará la fecha para la audiencia pública de juzgamiento. En esta audiencia de calificación, el acusado puede confesar la comisión de la falta, en cuyo caso se procederá a dictar sentencia.

En la audiencia de juzgamiento se practican las pruebas, se escucha a los sujetos procesales y se puede dar la variación de la calificación jurídica, evento en el cual surge una nueva oportunidad probatoria. El fallo adoptado deberá fundarse en las pruebas legales y oportunamente aducidas a la actuación (artículo 106 *ibídem*).

En el trámite de segunda instancia, también se pueden decretar pruebas de oficio, en cuyo caso deberán practicarse por fuera de audiencia y en el término máximo de quince días (artículo 107 *ibídem*).

1.4. PARTICULARIDADES DE LAS PRUEBAS EN DISCIPLINARIO

En precedencia, se han explicado algunas particularidades de las pruebas en el proceso disciplinario, basta precisar ahora, que en este campo, dada la naturaleza de pública de la acción y las consecuencias procesales que señala la ley, la actividad probatoria está regida por el principio de la autorresponsabilidad, según el cual a las partes les incumbe demostrar mediante el aporte y solicitud probatoria, los supuestos de hecho de las normas jurídicas cuya aplicación impetran.

No pueden esperar que todo lo haga el juez. Ello es así al punto que “de tal manera ellas soportan las consecuencias de su inactividad, de su descuido, inclusive de su equivocada actividad como probadoras. El juez tiene, innegablemente, la calidad de protagonista de la actividad probatoria, pero muy pocas veces conoce la realidad como las partes; de tal manera que si éstas no solicitan pruebas, no hacen lo posible para que se practiquen, solicitan algunas que resultan superfluas, no despliegan toda la actividad deseada en su diligenciamiento (por ejemplo, si no interrogan al

testigo sobre hechos que solo ellas saben y que les hubieran permitido sacar adelante el proceso en su favor), sufren las consecuencias”¹⁵.

Lo anterior es particularmente atendible cuando se trata de exponer causales que eximan de responsabilidad o atenúen la sanción disciplinaria, empero, también aquí debe precisarse que, si persiste una duda razonable, la misma deberá favorecer los intereses del procesado.

1.5. VACÍOS Y PROBLEMAS DE INTEGRACIÓN

El artículo 124 de la Carta Política produjo un giro diametral en materia sustancial y procesal disciplinaria, habida cuenta que introdujo, como demanda constitucional, la aplicación del principio de legalidad en Derecho Disciplinario.

Significa lo anterior que la ley debe “determinar” la forma y modo de ejercer la acción disciplinaria, a través del diseño de los ritos procesales por medio de los cuales se cumpla con los postulados del debido proceso constitucional, entendido como el cúmulo de fórmulas adjetivas que materialicen la oportunidad real de defensa -postulación e impugnación¹⁶-, la definición de los actos procesales enmarcados en un ámbito de canalización formal -institucional vertido en respuestas racionales-razonables, previsibles, controladas y previamente diseñadas por el Estado, bajo la regla de la búsqueda de la verdad material obtenida por medio de pruebas producidas y administradas dentro de tal marco en sincronía con la sana crítica.

La ley 734 de 2002 regla lo concerniente al procedimiento, esto es, a la serie concatenada y organizada de actos y comportamientos que configuran el proceso, previendo, como lo hacen todos los códigos modernos, que “en lo no previsto” en ella se aplicará lo dispuesto en “los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia y lo dispuesto en los códigos Contencioso Administrativo, Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil en lo que no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario” (artículo 21).

La Corte Constitucional, de conformidad con la Sentencia C-107 de 2004, precisó, atendiendo a la naturaleza del derecho disciplinario, que los vacíos normativos

15 Cfr. PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Librería del Profesional. Bogotá. 1988, p. 5.

16 Sentencia C-429 de 2001, Fundamento Jurídico No. 3, M. P., JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

que se detecten en la ley procesal disciplinaria deben ser llenados de conformidad con los institutos iguales o similares que regula el Código de Procedimiento Penal, puesto que *“la regla de reenvío se erige como un valioso instrumento para la atención y solución de determinadas hipótesis jurídicas, donde, a tiempo que se actualiza la preeminencia del debido proceso, se realiza en cabeza de cada titular el derecho que el ordenamiento jurídico le dispensa”*.

La anterior jurisprudencia constitucional, cuya fuerza *erga omnes* debe ser observada por todos los administradores de justicia, pero muy especialmente el tema referido a la naturaleza del derecho disciplinario, por constituirse en una verdadera y fundamental *ratio decidendi* respecto de la determinación tomada, indican cómo al Código Contencioso Administrativo y al Código de Procedimiento Civil se acude no en el orden de precedencia fijado por el artículo 21 citado, sino dependiendo de la naturaleza del derecho disciplinario, compatible en principio solo con el proceso penal, para el caso aquel referido al sistema procesal mixto de naturaleza documental (principalmente escrituraria) diseñado por la Ley 600 de 2000. Esto es, primero se acude al procedimiento penal y después a los restantes.

La vigencia de la Ley 906 de 2004, que introduce en nuestro medio el sistema procesal acusatorio, configurado a partir de la concentración de actos procesales, oralidad de su desarrollo y práctica de pruebas de modo *in situ* en la audiencia de juzgamiento, pone de presente la incompatibilidad de sus reglas rituales y probatorias con lo dispuesto para el proceso disciplinario, el cual, de conformidad con los artículos 118, 209 y 277 numeral 6° de la Carta Política, se encuentra precedido por la regla de un diseño de órganos de control externos e internos fundados en una única y misma autoridad que repugna con las funciones procesales requirentes, de lo que se desprende que en el mismo, ni remotamente, se demanda la aplicación del llamado principio acusatorio -separación de acusación y juzgamiento- y mucho menos de un sistema acusatorio, este último totalmente incompatible con la idea de una autoridad que concentra en sus manos las funciones de investigación, instrucción, juzgamiento y proferimiento de sentencia, actos procesales que se configuran a partir del principio de compartimentos, estancos dirigidos por un mismo funcionario, lo que no permite la redefinición de los roles de defensa, acusación y juzgamiento como aparece paulatinamente instrumentado en materia procesal penal a partir de la puesta en vigencia de la Carta Política de 1991.

En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 5 del Acto Legislativo 03 de 2002, sobre vigencia de la introducción en nuestro medio del sistema acusatorio,

se precisó que su implementación sería gradual a partir del 1° de enero de 2005 y hasta su entrada en plena operatividad, como máximo, el 31 de diciembre de 2008.

Tal implementación plena se ha logrado, en todos los distritos judiciales del país, a partir del 1° de enero de 2008, por lo que, en principio, se podrá asegurar que ha quedado derogada por completo la Ley 600 de 2000.

Una interpretación de tal forma simplista, sin auscultar lo sistemático, conllevaría a pensar que los vacíos normativos que presente la Ley 734 de 2002, en materia procedimental, deben llenarse con las reglas de rito de la Ley 906 de 2004, lo cual conllevaría a un caos total y absurdo por cuanto dichas reglas se oponen, como el agua y el aceite, al sistema procesal disciplinario en virtud de la particular naturaleza del mismo: independiente, autónoma y joven especialidad.

Tal posición también resulta aplicable al trámite procesal que contempla la Ley 1123 de 2007, pues a pesar que en este código disciplinario se introdujo la oralidad y que al magistrado ponente le corresponde el proferimiento del pliego de cargos y a la Sala la adopción de la sentencia, no se puede hablar de la instauración en este procedimiento del sistema acusatorio, toda vez que quien acusa sigue haciendo parte de la sala que dicta la sentencia. Además, no se puede pasar por alto que en este régimen domina el principio de permanencia de la prueba, principio por demás, totalmente opuesto al procedimiento de la Ley 906 de 2004.

El control externo que ejerce el juez de garantías en el sistema acusatorio es totalmente opuesto al procedimiento disciplinario de la Ley 1123 de 2007. La forma del procedimiento, la actividad de policía judicial, y por supuesto, la actividad probatoria del código disciplinario judicial distan mucho del procedimiento contemplado en la Ley 906 de 2004.

En efecto, no debe perderse de vista que la discusión no gira únicamente en torno al tema ritual procedimental, sino también a las formas que determinan el ejercicio de Policía Judicial y la práctica de pruebas de conformidad con los artículos 130 inciso 1° y 148 inciso 3° de la Ley 734 de 2002, 86 y 92 de la Ley 1123 de 2007, puesto que la remisión está condicionada a que ya, para estos casos concretos el Código de Procedimiento Penal, según la primera y tercera norma, debe observar la naturaleza del derecho disciplinario: *“Se practicarán conforme a las normas del Código de Procedimiento Penal y en cuanto sean compatibles con la naturaleza y reglas del derecho disciplinario”*¹⁷.

17 Las reglas para la práctica, contradicción y valoración de las pruebas recaudadas y allegadas

Ante la discusión de la remisión a la Ley 600 de 2000, por el tema de su vigencia, surge enseguida el interrogante ¿Puede entonces, el operador jurídico disciplinario, abstenerse de administrar justicia ante la falta de normas aplicables a la situación?

Debe recordarse que, por virtud de la jurisdiccionalización del Derecho Disciplinario, al señalarse continua y pacíficamente por la jurisprudencia constitucional, la aplicación formal de los principios del Derecho Penal al Disciplinario ha terminado por asignársele al funcionario de este orden la calidad de juez y administrador de justicia en sentido material. Tales presupuestos, sin embargo, nunca han sido controvertidos en lo que respecta a los funcionarios que administran justicia en la jurisdicción disciplinaria.

Al juez le está prohibido, so pretexto de vacío normativo u oscuridad de la ley, abstenerse de administrar justicia, lo cual, también, indubitadamente se aplica de acuerdo a lo anterior por el operador jurídico disciplinario:

“Los jueces o magistrados que se rehusaren a juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia”¹⁸.

Por ello debe hacerse un esfuerzo interpretativo en aras de superar un tal vacío legislativo y determinar con propiedad la norma supletoria a la cual debe acudir, todo lo cual creemos que puede ser superado teniendo en cuenta:

- a) De conformidad con el artículo 5° del Acto Legislativo No. 03 de 2002, el nuevo sistema acusatorio solo se aplicará a los “delitos cometidos con posterioridad” a su vigencia, esto es, a partir de la puesta en marcha gradual del mismo (así primera parte del artículo 533 de la Ley 906 de 2004), lo que expresa que aquí no operó el principio general del derecho procesal, según el cual las normas de procedimiento rigen a partir del momento de su vigencia y se aplican en consecuencia para los hechos que tuvieron ocurrencia con anterioridad -efecto general e inmediato de la ley procedimental- (artículos 40¹⁹ y 43 de la Ley 153 de 1887).

hacen parte esencial del debido proceso, de conformidad con las Sentencias C-053 de 1993, C-259 de 1995 y C-429 de 2001, fundamento jurídico No. 3.

18 Cfr. Artículo 48 de la Ley 153 de 1887.

19 “Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”.

Significa lo anterior que, la Ley 600 de 2000, se seguirá aplicando a los delitos que se hubiesen cometido hasta un segundo antes de entrada en vigencia gradual o definitiva y totalmente del nuevo sistema acusatorio, que no podrá ir más allá del 31 de diciembre de 2008, lo que implica entonces que si se tiene en cuenta el término máximo de prescripción (treinta años según el artículo 83 de la Ley 599 de 2000), resulta obvio pensar que teóricamente su vigencia paralela y marginal se extenderá hasta el año 2038;

- b) Pero también, de conformidad con la segunda parte del artículo 533 de la Ley 906 de 2004, la Ley 600 de 2000 tiene una vigencia paralela e indefinida ante el nuevo sistema acusatorio, puesto que se encuentra plenamente vigente para efectos de “los casos de que trata el numeral tercero del artículo 235 de la Constitución Política”²⁰.

Si así son las cosas, hoy por hoy se encuentran vigentes dos códigos de procedimiento penal, la Ley 906 de 2004 y la Ley 600 de 2000, por lo cual, ante el mandato de los artículos 21 y 130 inciso 1º de la Ley 734 de 2002, 86 y 16 de la Ley 1123 de 2007, debe preferirse en su aplicación la que resulte compatible con la naturaleza del derecho disciplinario, que para el efecto no es otro que el Código de Procedimiento Penal de 2000.

Se observa así a cabalidad el debido proceso, puesto que este se cumple si materialmente la normatividad da cuenta, “independientemente de que su integración normativa se realice en una sola ley o merced a la conjunción de varias leyes”²¹, de aquello que lo define constitucionalmente²².

En consecuencia, como lo señala el artículo 5 de la Ley 153 de 1887, la crítica y la hermenéutica, dentro del pensamiento constitucional, sirven a objeto de armonizar disposiciones incongruentes, lo que implica, según el análisis anterior, que el vacío legislativo que se presentare se remediará atendiendo el principio de integración y prefiriendo, de dos códigos procedimentales que rigen en paralelo, aquel que resulte compatible con la naturaleza del derecho disciplinario, toda vez que tal elemento, a la luz del artículo 21 de la Ley 734 de 2002 y 16 de la Ley 1123 de 2007, prevalece sobre cualquier otro dada la rectoría que impone los “*Principios Rectores de la Ley Disciplinaria*” (Título I Ibídem).

20 Es atribución de la Corte Suprema de Justicia “investigar y juzgar a los miembros del Congreso”.

21 Sentencia C-429 de 2001, Fundamento Jurídico No. 3, M. P., JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

22 Cfr. Sentencias, entre otras, T-001 de 1993, C-540 de 1997 y C-429 de 2001.

Por demás, de manera incontrovertible, puede afirmarse que dichos vacíos legislativos se llenan, con la propuesta, de conformidad con una ley vigente que “regula casos o materias semejantes”, lo cual no se puede predicar de la Ley 906 de 2004.

La discusión anterior, en cierta forma, ha quedado zanjada para el Derecho Disciplinario de la Ley 734 de 2002, puesto que la Ley 1774 de 2011, en su artículo 50 dispuso que los medios probatorios “*se practicarán de acuerdo con las reglas previstas en la Ley 600 de 2000, en cuanto sean compatibles con la naturaleza y reglas del derecho disciplinario*”.

No obstante, sigue siendo válida para los efectos de la Ley 1123 de 2007, empero una nueva razón confirma lo ya dicho, pues por virtud de lo señalado en su artículo 16, resulta aplicable lo señalado por el artículo 50 de la Ley 1774 de 2011.

1.6. PERSPECTIVAS TEÓRICAS Y SISTEMA PROBATORIO

Los grados de convencimiento dentro de un sistema probatorio fundado en la libertad del juez en su valoración, matizado por la observancia de las reglas de la sana crítica y la necesidad de su argumentación racional y razonable de conformidad con la lógica, la experiencia y la ciencia, son sin duda alguna los mismos raseros que rigen el sistema penal consagrado en la Ley 600 de 2000, por lo que para la apertura de indagación preliminar basta la duda, para la de investigación formal se requiere la posibilidad, para la formulación del pliego de cargos la probabilidad y para la sentencia condenatoria la certeza de la comisión de una falta disciplinaria y de la responsabilidad de su autor (artículos 141 y 142 de la Ley 734 de 2002, 96 y 97 de la Ley 1123 de 2007 y 238 de la Ley 600 de 2000).

La duda, como estado del conocimiento es un asunto que no necesita mayor explicación, empero, si ocurre todo lo contrario con los conceptos de posibilidad y probabilidad, pudiéndose afirmar que el primero debe ser juzgado desde una perspectiva empírica y el segundo desde una perspectiva jurídica. Sin embargo, resulta a todas luces claro, que ni la doctrina ni la jurisprudencia han emprendido dicho camino en forma seria y sólida, todavía el camino conduce al diletantismo.

Dígame lo mismo respecto del término certeza, puesto que este estado del conocimiento contrariamente a lo señalado respecto de la duda, por antonomasia sería el estado opuesto radicalmente, ya no existen dos o más caminos para recorrer,

lo que en cierta forma es inherente también a la posibilidad o la probabilidad. Un solo camino nos conduce al conocimiento: la verdad.

La discusión sobre estos temas es en cierta medida ajena a nuestra tradición doctrinal y jurisprudencial, puesto que bebiendo de las fuentes occidentales y principalmente del derecho romano-germánico, la conexión con el pensamiento griego de dichos conceptos nos muestra lo poco que han sido explorados.

Sea lo primero advertir que en la sistemática lógica griega, que en gran medida dependía de la lógica formal adscrita fuertemente a las matemáticas, no se desarrolló una teoría de la probabilidad y por el contrario, por las mismas razones, solo apuntaban a la realización de afirmaciones fundadas en la certeza, vinculada con los conceptos de axiomas²³.

Las Leyes 734 de 2002, 1123 de 2007 y 600 de 2000 hablan de certeza, no obstante, desde hace mucho tiempo la filosofía de las ciencias sociales y la epistemología coinciden en afirmar que no existen verdades absolutas, término con el cual se identifica comunmente la certeza.

No obstante, los científicos COX y Forshaw han señalado que la *“ciencia es fundamentalmente una tarea modesta, y esta modestia es la clave de su éxito. Las teorías de EISTEIN inspiran respeto porque, hasta donde sabemos, son correctas, pero no son libros sagrados. Se mantendrán en pie, por decirlo claramente, hasta que aparezca algo mejor”*. De allí que se diga que, en cierta forma, todo conocimiento es aproximación a la verdad, esto es, en la *“ciencia no existen verdades universales, sino únicamente formas de ver el mundo que aún no hemos podido demostrar que sean falsas”*, pudiéndose asegurar que las teorías son ciertas mientras funcionen²⁴. Ya afirmaba Feynman, el famoso Premio Nobel de Física de 1965, en una conferencia sobre *“El valor de la ciencia”*, que el *“conocimiento científico es un cuerpo de enunciados que tiene diversos grados de certidumbre. Algunos son sumamente inseguros, algunos casi seguros, pero ninguno es absolutamente cierto”*²⁵.

Reconociendo los científicos más sobresalientes de la actualidad la anterior problemática, se plantea la necesidad de estudiar con mayor seriedad y profundidad

23 LEONARD MLODINOW. *El andar del borracho. Cómo el azar gobierna nuestras vidas*, SUSANA MARTÍNEZ MENDIZÁBAL (trad.), Barcelona, Crítica, 2010, pp. 36 a 38.

24 BRIAN COX y JEFF FORSHAW. *¿Por qué $E=mc^2$? (y por qué debería importarnos?)*, MARCOS PÉREZ SÁNCHEZ (trad.), Barcelona, Random House Mondadori Grupo SAS, 2013, pp. 13, 14, 223 y 224.

25 RICHARD P. FEYNMAN. *¿Qué te importa lo que piensen los demás?*, LUIS BOU GARCÍA (trad.), Madrid, Alianza Editorial, 2011, p. 272.

los temas relacionados con los conceptos probabilidad en los juicios legales y, por supuesto, el adoptado por La Ley 906 de 2004: conocimiento “*más allá de toda duda razonable*”²⁶.

Schechter, un estudioso del tema, afirmaba que “*nuestros cerebros sencillamente no están conectados para hacer muy bien los problemas de probabilidad*”. Abordar un estudio serio y responsable de esta problemática nos ayudaría a superar conociendo lo que se ha denominado por los científicos como “*ilusiones de patrones y patrones de ilusión*”²⁷.

No obstante, ante la cruda realidad, la judicatura debe abordar el estudio de estos temas. Por el momento, al menos el tema de la certeza, el cual resulta del todo problemático porque del mismo depende el respeto de la dignidad humana al exigir como estándar la presunción de inocencia, debe ser interpretado como “*certeza moral*”, lo cual no implica una verdad absoluta, pero sí una certeza suficiente entendida como la que “*una persona razonable requeriría para tomar una decisión razonable*” basada en los datos con los que cuenta²⁸.

26 MLODINOW. Ob. cit, pp. 50 y 51.

27 MLODINOW. Ob. cit, pp. 57, 187 y ss.

28 Cfr.: MLODINOW. Ob. cit, p. 112.

los temas relacionados con los conceptos probabilidad en los juicios legales y, por supuesto, el adoptado por La Ley 906 de 2004: conocimiento “*más allá de toda duda razonable*”²⁶.

Schechter, un estudioso del tema, afirmaba que “*nuestros cerebros sencillamente no están conectados para hacer muy bien los problemas de probabilidad*”. Abordar un estudio serio y responsable de esta problemática nos ayudaría a superar conociendo lo que se ha denominado por los científicos como “*ilusiones de patrones y patrones de ilusión*”²⁷.

No obstante, ante la cruda realidad, la judicatura debe abordar el estudio de estos temas. Por el momento, al menos el tema de la certeza, el cual resulta del todo problemático porque del mismo depende el respeto de la dignidad humana al exigir como estándar la presunción de inocencia, debe ser interpretado como “*certeza moral*”, lo cual no implica una verdad absoluta, pero sí una certeza suficiente entendida como la que “*una persona razonable requeriría para tomar una decisión razonable*” basada en los datos con los que cuenta²⁸.

26 MLODINOW. Ob. cit, pp. 50 y 51.

27 MLODINOW. Ob. cit, pp. 57, 187 y ss.

28 Cfr.: MLODINOW. Ob. cit, p. 112.

<p><i>ap</i></p>	<p><i>Actividades pedagógicas</i></p> <p>Reflexione y argumente sobre los siguientes temas:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Importancia de correr traslado a los sujetos procesales de las pruebas trasladadas.</i> 2. <i>¿Es posible la práctica de pruebas en segunda instancia y cómo asegurar en tal sede el principio de contradicción?</i> 3. <i>¿Qué otras pruebas judiciales diferentes a las enlistadas legalmente pueden ser admitidas?</i> 4. <i>¿El principio de la permanencia de la prueba es incompatible con los procesos verbales disciplinarios?</i> 5. <i>Diferencias entre pruebas ilegales y pruebas inexistentes.</i>
<p><i>ae</i></p>	<p><i>Autoevaluación</i></p> <p>ARISTIDES, Juez Civil del Circuito de Bogotá, está siendo juzgado por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, por falta gravísima de conformidad con el numeral 1º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002. Encontrándose el proceso en el traslado para presentar descargos, luego de formulado el pliego, su defensor aporta un concepto técnico acerca de cuál es el monto que debía cancelar una institución bancaria a propósito de una demanda por indemnización originada en los cobros judiciales por Upac, lo cual incidiría decisivamente en la valoración de la responsabilidad, ante lo cual se tiene:</p> <ol style="list-style-type: none"> a) <i>El representante del Ministerio Público estima que dicha prueba es ilícita, no ha sido ordenada por el juez disciplinario y fue practicada por iniciativa privada y ajena a toda actividad oficial, lo que vulnera el artículo 128 de la Ley 734 de 2002, por demás ajena al sistema probatorio reconocido por la Ley 600 de 2000, normatividad que resulta aplicable por virtud de lo dispuesto en los artículos 21 de la primera y 533 de la Ley 906 de 2004. Solicita decisión expresa que así lo declare.</i> b) <i>El defensor replica diciendo que la Ley 600 de 2000 fue derogada, que a falta de régimen probatorio específico en la Ley 734 de 2002 deben seguirse las reglas de la Ley 906 de 2004, por lo que su actividad está plenamente justificada a la luz del numeral 9º del artículo 125 de ésta, modificado por el artículo 47 de la Ley 1142 de 2007.</i>

<i>de</i>	<p><i>¿Cuál sería su decisión como magistrado o magistrada del ente disciplinario?</i></p> <p>Responda los siguientes interrogantes:</p> <ol style="list-style-type: none"><i>1. ¿Existe violación al derecho de defensa cuando no se da el traslado a las partes del dictamen pericial?</i><i>2. ¿Cuándo requiere la confesión que la declaración se efectué en presencia del defensor técnico?</i><i>3. ¿Cuáles son los requisitos que imponen necesariamente la consideración de una pluralidad de indicios cuando se trate de valorar la responsabilidad disciplinaria?</i><i>4. ¿Es el indicio un medio de prueba? y,</i><i>5. ¿Cuáles son las manifestaciones del principio de utilidad de la prueba?</i>
-----------	--

Unidad 2

ILEGITIMIDAD DE LA PRUEBA

<p>Og</p>	<p>Objetivo general de la unidad:</p> <p><i>Analizarán los y las discentes que el tema de la ilegitimidad de la prueba tiene una fundamentación que deviene del modelo de Estado y de los valores y principios de rango constitucional.</i></p> <p><i>Igualmente se cerciorarán de que el concepto del debido proceso al que alude el artículo 29 de la Carta Política, en lo que concierne a la ilegitimidad de la prueba, se extiende a su modalidad sustancial y por tanto la incorporación de pruebas ilícitas al proceso disciplinario no solo compromete garantías procesales, sino también derechos fundamentales.</i></p>
<p>Oe</p>	<p>Objetivos específicos de la unidad:</p> <p><i>Teniendo de presente los temas que se abordan en esta unidad, las y los discentes podrán reflexionar acerca de los siguientes puntos:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <i>1. El concepto de regla de exclusión y su diferencia con el término prueba ilegítima;</i> <i>2. Diferenciarán entre prueba ilícita y prueba ilegal o irregular;</i> <i>3. Establecerán los efectos de la consideración de ilegítima de una prueba en el proceso disciplinario administrativo y jurisdiccional;</i> <i>4. Verificarán los desarrollos jurisprudenciales en la temática; y,</i> <i>5. Podrán determinar el estado del arte de la prueba inconstitucional.</i>

ILEGITIMIDAD DE LA PRUEBA

El tema de la ilegitimidad de la prueba debe ser analizado desde la perspectiva del modelo de Estado, la fuente constitucional del proceso y los mismos fines del proceso disciplinario.

La característica fundamental de nuestro actual modelo de Estado es que es un Estado orientado a lo real y lo material, en la medida en que su finalidad es la de realizar y hacer efectivos los derechos fundamentales de los individuos, en ese contexto la persona no es el medio sino el fin del Estado.

En aras de cumplir ese cometido se les debe garantizar a los asociados el pleno goce de sus derechos y prerrogativas. La función material de este modelo estatal se refleja en que los derechos fundamentales están contemplados constitucionalmente con rango máximo y con máxima fuerza jurídica. Ello implica, consecuentemente, no una simple visión teórica del plexo de derechos, sino principalmente la posibilidad cierta de cumplirlos y hacerlos valer ante los demás y ante el mismo Estado.

Esa particularidad del modelo de Estado que nos rige, se refleja en el proceso en general como instrumento de la realización del valor justicia, de ahí que las deficiencias del proceso, en una perspectiva inversa, efecto-*causa*, que condujeran a la obtención de la verdad a cualquier precio, mostrarían no solo a un Estado funcionando de forma inadecuada, sino además desnaturalizaría la misma forma del modelo de Estado. Con ello se propiciaría una legitimación de lo ilegítimo. No cabe duda de que es a través del proceso, en sentido general, como se patentiza el correcto o incorrecto funcionamiento del Estado.

Si se parte de la premisa cierta, en virtud de la cual los derechos que se controvierten en los procesos sancionatorios se manifiestan constitucionalmente en derechos fundamentales y si se entiende a la Constitución como fundamento y límite del poder político, la eficacia de la justicia trasuntada en la tarea de encontrar la verdad a cualquier precio, incluida la mediatización de derechos y garantías de los intervinientes, debe ceder al cumplimiento del fin fundamental del modelo de Estado que nos rige: la realización de los derechos fundamentales.

Lo anterior significa que si se señala como cometido del proceso el encontrar la verdad material, ello no puede hacerse sacrificando los derechos fundamentales que asisten a los intervinientes en el mismo. De ahí que al proceso se le entienda como la conjunción de garantías y finalidades de eficacia, en la que el logro de la segunda no puede desbordar los soportes de las primeras. El proceso es un equilibrio constante entre la pretensión de encontrar la verdad y la realización de los derechos de los intervinientes.

En el proceso se manifiesta esa vinculación funcional entre prueba y verdad de los hechos, el proceso busca establecer si determinados hechos han tenido ocurrencia o

no, y las pruebas son el instrumento para la consecución de esa verdad. Sin embargo, el ejercicio de probar hechos tiene unos precisos límites impuestos por los derechos fundamentales.

El derecho a probar encuentra su límite en el respeto a los derechos y libertades fundamentales. Partiendo de que posee también este rango, la interpretación que del concepto de prueba ilícita se haga debe ser restringida, pero sin perder de vista que el proceso —en palabras de COUTURE— es el medio de realización de la justicia y, por tanto, resultaría una *contradictio in terminis* que se admitiera la comisión de una injusticia de este tipo con el fin de lograr la Justicia con mayúscula²⁹.

En el fondo, hablar de ilegitimidad de la prueba o de prueba ilícita supone pronunciarse sobre qué forma quiso darle el legislador a nuestro proceso y qué debe prevalecer en el proceso, si la verdad material o los derechos fundamentales de los individuos, acorde con nuestro modelo constitucional y constitutivo de un paradigma válido para todos los procesos. Los principios que rigen las limitaciones probatorias no constituyen un conjunto de reglas sin valor alguno, o simples formalidades que han de ser observadas procesalmente, sino que tienen como sentido, la defensa de los principios básicos y la defensa de una sociedad democrática, de ahí que se presenten como límites a la búsqueda de la verdad material³⁰.

2.1. ILEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL DE LA PRUEBA

De forma expresa el constituyente de 1991 entronizó en el ámbito nacional la regla de exclusión de la prueba ilícita, disponiendo en el artículo 29 de la norma superior que: “*es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso*”.

De esa manera, por primera vez en el contexto nacional una Constitución toma partido por excluir del proceso aquella prueba que se aduce o practica infringiendo el debido proceso. Fue clara la intención del constituyente de racionalizar al máximo la tarea de búsqueda de la verdad como cometido del proceso. Situación que pasaron por alto el constituyente de 1886 y el mismo legislador procesal.

La regulación expresa de la cláusula de exclusión es consecuencia inmediata del modelo de Estado acogido por la norma superior, en la que hay un

29 Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz de la STC 81/98, 2 de abril). Tirant lo Blanch. Valencia. 2003, p. 24.

30 Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, ob. cit., p. 19.

sobredimensionamiento del valor dignidad humana de la persona, lo que impide su instrumentalización en favor de la política sancionatoria del Estado.

El efecto de la exclusión de la prueba obtenida con violación del debido proceso es una garantía con la que la Constitución protege al ciudadano de la intervención coactiva del Estado realizada a través de los derechos sancionatorios, incluido entre ellos, por supuesto, el derecho disciplinario.

La norma constitucional en cita utiliza dos términos que es necesario precisar: nulidad de pleno derecho y debido proceso.

El primer de ellos impone que el vicio no se quede simplemente en la declaratoria de ineficacia del medio de convicción obtenido con violación al derecho fundamental, sino que además impone una imposibilidad de subsanación y convalidación del acto ilegal originario, es por ello que la norma superior califica este tipo de nulidad como de “pleno derecho”. Por su parte en el concepto debido proceso se engloba todo el conjunto de garantías constitucionales contenidas en el artículo 29 de la norma superior.

¿Pero qué debe entenderse por prueba ilícita? La prueba ilícita tiene una fundamentación estrictamente constitucional y por ella debe entenderse aquella, cuya obtención se produce con vulneración de un derecho fundamental. Esta modalidad de ilicitud deviene de la transgresión de normas de rango constitucional en las que se incluyen las del bloque de constitucionalidad. Además de las garantías establecidas en el artículo 29 constitucional, se extiende a otros derechos fundamentales como el de intimidad, honra y buen nombre, etc.

La Corte Constitucional sobre el concepto de prueba ilícita ha dicho:

“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 ilícita se asocia a la violación de los derechos fundamentales’ (JOAN PICO I JUNOY), hasta el punto que algunos prefieren nominar a esta prueba como inconstitucional”³¹.

31 Sentencia SU-159 de 2002.

Otro punto que debe quedar claro es el referido a las llamadas prueba directa y prueba derivada o refleja.

Tal clasificación de las pruebas responde al momento en que se produce la ilicitud o acto de contravención del derecho fundamental. Por la modalidad de prueba directa debe entenderse aquella que surge como consecuencia inmediata del acto ilícito; es la que tiene origen en la vulneración de un derecho fundamental y que hace imposible, como regla general, su consideración en el proceso mediante otra prueba o medio de convicción.

En principio, lo obtenido directamente tras la violación de un derecho fundamental es nulo de raíz y abre el paso a posibles responsabilidades de los particulares, policía o jueces. Aquí no se aplica la doctrina de los frutos de árbol envenenado, pues la prohibición de admisión de la *prueba directa* es clara, atendiendo al valor que nuestra Constitución otorga a los derechos y libertades fundamentales³².

Respecto de los efectos que producen estas pruebas la profesora ELENA MARTÍNEZ GARCÍA sostiene, “en primer lugar, la prueba obtenida directamente con violación de derechos fundamentales no será subsanable por razones de presunción de inocencia... Esta prueba ataca, en sí misma considerada, la esencia del proceso (del tipo que fuere) y ello hace ilimitable la garantía procesal de inadmisión de estas pruebas, así como la convierte en insubsanable”³³.

De todos modos esa regla general de inadmisión debiera admitir como excepción el evento en que con la prueba ilícita se obtiene la noticia o conocimiento de la ausencia de responsabilidad del inculpado, en el entendido de que el modelo de Estado que nos rige tiene como cometido la consecución de un orden justo y sería contrario a la justicia condenar a un inocente. La jurisprudencia nacional también ha ido construyendo una variada línea de excepciones, como se verá adelante.

Por su parte por prueba derivada o refleja debe entenderse aquella que siendo lícita tiene origen en una actuación ilegal; se basan, se derivan o tienen su origen en informaciones o medios de convicción ilegales. Los efectos que producen las pruebas derivadas se hacen depender de si doctrinal y jurisprudencialmente se acoge la denominada teoría de los frutos del árbol envenenado o no, tema al que se aludirá en su momento.

32 MARTÍNEZ GARCÍA, ob. cit., p. 49.

33 *Ibidem*, p. 19.

2.2. ILEGITIMIDAD LEGAL DE LA PRUEBA. EL CONTEXTO DEL DERECHO DISCIPLINARIO

El problema de ilegitimidad legal de la prueba concierne a la clase de pruebas denominadas ilegales o irregulares. La jurisprudencia ha dicho sobre este tópico:

“La prueba es ilegal o irregular cuando no pretermite un precepto constitucional fundamental sino uno de índole legal, en sentido amplio, de suerte que será la tipología normativa objeto de infracción, en esta tesitura, la llamada a determinar si se está ante una u otra clase de prueba, sobre todo a partir de la noción de derechos o garantías fundamentales. Si es la Carta Política la quebrantada, particularmente uno o varios derechos de la mencionada estirpe, la prueba se tildará de ilícita, mientras que si la vulnerada es una norma legal relativa a otra temática o contenido, se calificará de ilegal o irregular. La diferencia reinante entre este tipo de probanzas, útil es relievarlo, no sólo es dogmática y referida a su fuente preceptiva y a su específico contenido, habida cuenta que tiene asignada trascendentes y disímiles consecuencias en la órbita jurídico-probatoria, según autorizada opinión. Tanto que, ad exemplum, se señala que la prueba ilícita, en línea de principio, no es pasible de valoración judicial, como quiera que carece de eficacia demostrativa -desde luego, con algunas puntuales excepciones a partir de la adopción del criterio o postulado de la proporcionalidad-, al paso que la ilegal o irregular sí lo será, aspecto éste, por lo demás, no pacífico en el derecho comparado”³⁴.

A pesar de esa distinción entre prueba ilícita y prueba ilegal, que ha hecho carrera en la doctrina y la jurisprudencia, nos parece que esa denominación de prueba ilegal resulta imprecisa e inexacta y puede conducir a graves confusiones, habida cuenta de que necesariamente habría de distinguirse entre quebrantamiento de la legalidad que desarrolla disposiciones de rango constitucional, las cuales deben recibir un tratamiento similar que la situación en virtud de la cual se produce un desconocimiento de una norma constitucional que protege un derecho fundamental, y quebrantamientos legales que no implican una infracción directa de la norma superior.

Pasar por alto tal distinción conllevaría producir dos graves yerros que deben, al máximo, ser evitados:

- a) Todo lo que tiene origen constitucional y se ha desarrollado legalmente y no sea observado originaría una ilegalidad, abriéndose paso entonces a la posibilidad de burlar las disposiciones de la Constitución;

34 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de junio 29 de 2007, radicación No. 05001 - 31 - 10 - 006 - 2000 - 00751 - 01.

- b) Las regulaciones legales atinentes a los ritos, como hacen parte del debido proceso y éste se constituye en un derecho fundamental, implicaría que todo desconocimiento del rito, por nimio que fuere, originaría una ilicitud con las consecuencias ya planteadas.

Conforme con esta postura, las normas que contemplan ritos no referidos directamente a derechos y garantías constitucionales, en el evento de ser infringidas, dicha vulneración debe someterse al juicio que demandan los principios que rigen materialmente la teoría de las ineficacias procesales (artículos 310 de la Ley 600 de 2000, 143 párrafo de la Ley 734 de 2002 y 101 de la Ley 1123 de 2007).

Principios que precisamente, por virtud del efecto de constitucionalización del proceso en sentido general, no son otros diferentes a principios constitucionales dinamizados legalmente, que se constituyen en parámetros para enjuiciar las irregularidades desde la perspectiva de la trascendencia y según la cual no todo vicio o anomalía del acto procesal adquiere la connotación de producir su ineficacia, por virtud de lo preceptuado en el artículo 228 de la Carta política.—prevalencia del derecho sustancial—, lo cual se expresa muy bien por el artículo 49 de la Ley 1123 de 2007.

La jurisprudencia constitucional viene precisando:

“El orden justo y el debido proceso.

Para el juez no es solo importante la sujeción a la norma sino el cumplimiento del enunciado y de las proposiciones normativas, en forma tal que no llegue a la arbitrariedad porque ésta atenta contra el orden justo y la dignidad de la persona. Esta situación de alerta frente a la arbitrariedad implica lograr un razonable equilibrio conveniente, haciendo prevalecer el derecho sustancial, lo cual implica el debido proceso.

En materia constitucional, no toda irregularidad se puede calificar como violación al debido proceso, sino que éste se afecta cuando hay privación o limitación del derecho de defensa, que se produce en virtud de concretos actos de los órganos jurisdiccionales que entraña mengua del derecho de intervenir en el proceso en que ventilan intereses al sujeto, respecto de los cuales las decisiones judiciales han de suponer modificación de una situación jurídica individualizada.

Si bien es cierto ‘toda clase de actuaciones judiciales’ (artículo 29 CP), pueden acarrear una violación al debido proceso, la connotación constitucional se da si alguna de las

*partes es ubicada en tal condición de indefensión que afectaría el orden justo, violándolo ostensiblemente*³⁵.

En la misma línea, desarrollando en concreto las consecuencias, la jurisprudencia penal ha señalado que “de la Constitución Política, la ley, la jurisprudencia y la doctrina, emanan como principales principios que rigen el tema de las nulidades respecto de los derechos o garantías de las partes o sujetos procesales”, los siguientes:

“1) Concreción. Significa que, en contra de la abstracción, es decir, de la vaguedad, indeterminación, imprecisión, generalidad e indefinición, le corresponde a quien aduce irregularidades procesales delimitar, precisar, individualizar, particularizar y puntualizar el acto o actos procesales que generan o desencadenan el desconocimiento de los derechos y garantías de los sujetos procesales.

2) Conservación. Explica que antes de declarar la nulidad de una actuación dudosa o ambigua es necesario tratar de darle validez.

3) Convalidación o del consentimiento. Se presenta este fenómeno cuando ante una eventual irregularidad la parte afectada se conforma, la acepta y no ejerce, dentro de un tiempo prudencial, o dentro de una fase determinada, la oposición al acto o comportamiento conculcante. El silencio del ‘sujeto’ sobre el punto lleva a dar por subsanada la alteración del procedimiento, pues de él se desprende su ausencia de interés o su renuncia al mismo.

4) Especificidad, taxatividad o legalidad. Se enuncia diciendo que no hay nulidad sin texto legal expreso, es decir, que la ley debe explicitar, estricta y restrictivamente, las causales de nulidad. Por consiguiente, no procede cuando quien la aduce no expone con nitidez el motivo legal en que se funda, aún en los supuestos conocidos como nulidades implícitas pues de todas maneras estas corresponden a una razón, causal o motivo más comprensivo.

5) Excepcionalidad o residualidad. Quiere decir que la declaración de nulidad sólo es viable cuando no exista, frente al acto irregular, otro u otros mecanismos aptos para reparar o remediar la deformación procesal.

6) Instrumentalidad de las formas o de finalidad. Establece que la nulidad es improcedente aún en aquellos casos en que existen vicios de forma, si el acto alcanza los propósitos propuestos, e incluso en los supuestos en que se sigue un procedimiento equivocado pero que materializa mejor los derechos o garantías.

35 Corte Constitucional, sentencia T-267 de 2000.

7) *Judicialidad. Equivale a decir que mientras el acto no sea declarado nulo mediante decisión del poder judicial, conserva su vigencia y sus efectos.*

8) *Protección. En virtud de él, quien da lugar a la irregularidad, o la coadyuva, no puede solicitar la declaración de nulidad, sobre la base, ya antigua, de que la torpeza no crea derechos, o de que nadie puede invocar su propia torpeza.*

9) *Trascendencia. Significa que no hay nulidad sin perjuicio y sin la probabilidad del correlativo beneficio para el nulidicente. Más allá del otrora carácter puramente formalista del derecho, para que exista nulidad se requiere la producción de daño a una parte o sujeto procesal. Se exige, así, de un lado, la causación de agravio con la actuación; y, del otro, la posibilidad de éxito a que pueda conducir la declaración de nulidad. Dicho de otra forma, se debe demostrar que el vicio procesal ha creado un perjuicio y que la sanción de nulidad generará una ventaja³⁶.*

Efectuada la lectura por las y los discentes, seguramente se preguntarán por qué se aplican a las pruebas reglas y principios propios de la materia de las nulidades, y la respuesta surge clara, no debe pasarse por alto que en uno y en otro caso el tema central es el de las ineficacias procesales y, además, no resulta ello extraño si el problema de la ineficacia o ilegitimidad de las pruebas está denominado constitucionalmente como “nulidad de pleno derecho” en el artículo 29 de la norma superior.

Tal aserto tiene mayor solidez si se tiene en cuenta que son las mismas jurisprudencias penal y disciplinaria las que utilizan, en materia probatoria, la expresión de existencia de irregularidades sustanciales en la formación, incorporación, aducción y valoración de la prueba. De esa manera, queda claro que el juicio estimativo acerca de la trascendencia del vicio en la prueba es algo necesario e imprescindible cuando de determinar la eficacia o ineficacia del medio de convicción en el proceso se trata.

2.2.1. Ilegitimidad de la prueba en el derecho disciplinario

Las Leyes 734 de 2002 y 1123 de 2007 son leyes posconstitucionales lo que determina su impregnación de la filosofía y axiología de la norma superior, situación palpable al punto de que en la segunda de ellas el primer artículo está referido al valor superior del Estado Social y Democrático de Derecho: la dignidad humana, principio

36 Corte Suprema de Justicia, la Sala de Casación Penal, decisión del 11 de mayo de 2000, radicación No. 12781.

que viene a orientar toda la interpretación de ese haz normativo y que tiene especial significancia en el tema de la ilegitimidad probatoria, en tanto la admisión de pruebas ilícitas o irregulares en el proceso, constituye un claro atentado contra la dignidad humana. La primera de esas leyes adopta ese mismo principio en su artículo octavo.

Los dos estatutos otorgan especial trascendencia al concepto debido proceso, tanto en lo formal como en lo material, lo que implica que las afectaciones a los mismos, en lo que concierne a la aportación de medios de prueba de índole ilegítima, cuando ello produce una infracción de carácter sustancial, darían lugar a la aplicación del mandato del artículo 29 constitucional, la nulidad de pleno derecho y por tanto su exclusión del proceso. El artículo 6 de la Ley 1123 de 2007, tema regulado en el mismo artículo de la Ley 734 de 2002, determina que:

*“DEBIDO PROCESO. El sujeto disciplinable deberá ser investigado por funcionario competente y con observancia **formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso**” (Resaltado fuera de texto).*

La mención expresa del legislador al tema del debido proceso material, sin lugar a dudas tuvo como propósito darle relevancia a ese derecho fundamental para impregnarlo de los mismos efectos que produce su desconocimiento en sede constitucional, pues esta norma no es más que una regulación dinámica de un principio de rango constitucional.

Desde el punto de vista procesal, la norma de mayor importancia, en cuanto a fundamentación se trata, tanto en el código disciplinario jurisdiccional como en el código disciplinario administrativo, es aquella que delimita las finalidades del proceso. El primero de esos estatutos contempla la temática en su artículo 15; el segundo, bajo la misma redacción, lo hace en el artículo 20. En esta última disposición se expresa:

“Interpretación de la ley disciplinaria. En la interpretación y aplicación de la ley disciplinaria el funcionario competente debe tener en cuenta que la finalidad del proceso es la prevalencia de la justicia, la efectividad del derecho sustantivo, la búsqueda de la verdad material y el cumplimiento de los derechos y garantías debidos a las personas que en él intervienen”.

En el tema de la ilegitimidad de la prueba esta norma es de vital importancia, pues si bien una de las finalidades del proceso es conseguir la verdad material, ella no puede acreditarse a cualquier precio, es preciso renunciar al logro de tal cometido cuando el camino para ello muestra como única alternativa la vulneración de los

derechos fundamentales de los intervinientes. Como lo dice RUIZ VADILLO “no todo es legítimo en el descubrimiento de la verdad. Sólo lo será aquello que es compatible con la defensa de lo que constituye el elemento nuclear de los derechos humanos fundamentales, así la libertad, la dignidad, la intimidad, etc., que son presupuestos indeclinables de la Constitución en cuanto contemplan la persona humana, esencialmente libre, como base de la convivencia democrática en paz”³⁷.

El fundamento expreso de la ilegitimidad legal de la prueba se encuentra regulado en el artículo 128 de la Ley 734 de 2002, toda vez que señala que toda decisión interlocutoria o fallo “deben fundarse en pruebas legalmente producidas y aportadas al proceso”. Por su parte en la Ley 1123 de 2007 se expresa, en el artículo 88: “serán rechazadas las inconducentes, las impertinentes, las manifiestamente superfluas y las ilícitas”.

El artículo 140 del CDU, al contemplar la inexistencia procesal, indica que “la prueba recaudada sin el lleno de las formalidades sustanciales o con desconocimiento de los derechos fundamentales del procesado, se tendrá como inexistente”, redacción también acogida por el artículo 95 de la Ley 1123 de 2007.

El artículo 128 y la primera parte del 140 del CDU dan cuenta de la ilegitimidad por razones legales; la segunda parte de éste perfila la ilegitimidad por razones constitucionales. Así las cosas, la cláusula de exclusión por pruebas ilegítimas en materia disciplinaria encuentra su regulación expresa en estas disposiciones.

En el ámbito disciplinario la prueba afectada por vulneración al debido proceso es inexistente, tal como lo expresa el artículo 140 ya referido. La diferencia entre nulidad e inexistencia es radical, pues ésta no puede generar ningún efecto legal. Precisamente por ello, el artículo 132 de la Ley 734 de 2002 dice contundentemente que “no se atenderán las practicadas ilegalmente”.

Además, son las anteriores reglas propias del proceso disciplinario, en las cuales no juegan consideraciones penalísticas contrarias a su sentido prístino, pues ello sería tanto como desconocer el contenido del artículo 130 ibídem, inciso 1º, cuando manda que las normas del C. de P. P. sobre pruebas sólo son aplicables “en cuanto sean compatibles con la naturaleza y reglas del derecho disciplinario”.

37 Cfr. RUIZ VADILLO, Enrique. Estudios de Derecho Procesal Penal. Comares. Granada. 1995, pp. 38 y ss.

Como consecuencia de ello el juez disciplinario debe excluir del acervo probatorio la prueba ilegítima y seguidamente abstenerse de valorarla; excepcionalmente, cuando la prueba sea única, principal o fundamental afectará la validez misma del procedimiento.

2.2.2. La situación de la ilegitimidad de la prueba en la jurisprudencia nacional

En varias decisiones la Corte Constitucional ha hecho análisis del concepto de prueba ilegítima, se pueden mencionar entre otras, las sentencias C-372 de 1997, T-008 y C-093 de 1998, T-453 de 2005 y T-233 de 2007, empero nos parece a nosotros, salvo mejor opinión, que las decisiones más importantes en este tema, aquellas que han realizado un estudio más riguroso y más extenso, sin que por supuesto se haya agotado la materia, lo constituyen las sentencias SU-159 de 2002 y C-591 de 2005.

En la primera de esas decisiones la Corte Constitucional dejó en claro que la prueba directa obtenida con violación del debido proceso y otros derechos fundamentales, es nula de pleno derecho y debe ser excluida materialmente del proceso.

Ahora bien, también precisó la Corte que si la prueba es derivada, empero si se la puede separar del origen ilícito de la prueba directa, al punto que se la pueda considerar como independiente o autónoma, y mediante la misma se soporte la declaratoria de responsabilidad del procesado, la decisión que así se expresa no constituye una vía de hecho. No amparó la Corte en este caso la solicitud de un exministro de Estado acusado por la Fiscalía General de la Nación y condenado por la Corte Suprema de Justicia, por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos, que pretendía la anulación del trámite porque en su criterio la declaratoria de responsabilidad estuvo soportada en una interceptación ilegal de conversaciones. A lo cual la Corte determinó que la prueba ilícita directa había sido excluida por las autoridades que conocieron del caso y que existían en el proceso otros medios de convicción que apuntalaban la responsabilidad del actor, por tanto declaró improcedente el amparo³⁸.

Tomó partido la Corte, en este caso, por especificar que la nulidad de pleno derecho contemplada en el artículo 29 de la Constitución se extiende, además de los derechos fundamentales que tienen naturaleza procesal, a otros derechos fundamentales, como la intimidad, honra, etc. Y distinguió, además, entre prueba derivada ilícita entendiendo por tal aquella que tiene una fuente ilícita en su

38 Sentencia SU-159 de 2002.

producción y prueba derivada lícita como aquella que proviene de una fuente separada, independiente y autónoma o cuyo vínculo con la prueba directa es muy atenuado. En este último caso la prueba no sufre los efectos contaminantes de la prueba primaria ilícita.

En una segunda determinación la Corte fue más allá y expresó que cuando el juez de conocimiento se encuentra en el juicio con una prueba ilícita, debe obligatoriamente, disponer su exclusión material del proceso y de contera, deberá declarar la nulidad del proceso y excluir la prueba directa ilícita y sus derivadas, cuando se determine que dichas pruebas fueron obtenidas mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial³⁹.

En esta decisión la Corte revisó la constitucionalidad de varias normas de la Ley 906 de 2004, en particular respecto de prueba ilícita, los artículos 232 y 455. Concluyendo la Corte que desde una interpretación armónica del artículo 29 de la norma superior con las disposiciones de la Ley 906 de 2004 se infiere que la regla de exclusión es aplicable durante todas las etapas del proceso, y no única o exclusivamente en el juicio, con lo cual queda abierta la posibilidad de excluir lo que tenga carácter de prueba, y también aquello que todavía no ha adquirido tal condición, como sería el caso de los elementos materiales de prueba y evidencias físicas.

Dejó en claro la Corte, que una vez excluida la prueba ilícita del proceso sólo se podrá declarar la responsabilidad del imputado cuando existan otras pruebas que puedan estimarse como independientes y autónomas, que sirvan de soporte a la sentencia condenatoria. Para arribar a tal conclusión revisó la constitucionalidad de los criterios que sirven para separar una prueba derivada de una principal, sin que la segunda sufra los efectos de ilegalidad de la primera, y que están contemplados por el legislador en el artículo 455 de la Ley 906 de 2004, esos criterios son: el vínculo atenuado con la prueba originaria, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que se establezcan legalmente.

Llegando, la Corte a la siguiente conclusión, son constitucionales esos criterios toda vez que ellos “le servirán al juez para realizar una ponderación cuando deba proceder a excluir de la actuación las pruebas derivadas, es decir las que son consecuencia de las reglas excluidas o que solo puedan explicarse en razón de su existencia. Para tales efectos, el juez deberá adelantar una valoración acerca de los hechos; examinar la incidencia, relación y dependencia existentes entre unos y otros;

39 Sentencia C-591 de 2005.

y además, determinar si el supuesto fáctico se tipifica o no en alguna de las reglas legales dispuestas con el propósito de determinar si el vínculo causal se rompió en el caso concreto” (Consideración jurídica No. 8, sección 4).

En el tema de la valoración de la prueba ilícita en segunda instancia es de suma valía lo expresado por la Corte Constitucional al revisar la constitucionalidad del artículo 232 de la Ley 906 de 2004, norma que autoriza la utilización de elementos materiales probatorios y evidencias físicas obtenidos en diligencias de allanamientos ilegales para ser valorados en segunda instancia y como mecanismos de impugnación, la corporación en forma enfática expresó:

“Dicho de otro modo, la prueba ilícita debe excluirse del proceso y de la operación intelectual que hace el juez, pues a él corresponde despojarse de su conocimiento e impedir la valoración que de pruebas inconstitucionales pueda hacer el juez de segunda instancia. Debe evitarse, entonces, la contaminación del proceso penal y del proceso volitivo del juez, por lo que no resulta admisible que la prueba ilícita sea evaluada en segunda instancia. De esta forma, para la sala es claro que la expresión acusada es inconstitucional⁴⁰”.

2.2.3. Especial consideración al derecho a la intimidad en la jurisprudencia nacional

El derecho a la intimidad es amparado como fundamental por la Constitución Política en el artículo 15. De ello surge claro que toda interceptación de una comunicación o interferencia en la intimidad de una persona, efectuada sin orden de autoridad competente, para el efecto Juez de la República, es inconstitucional. Ese artículo 15 constitucional que consagra la reserva judicial absoluta en tales materias, así lo confirma, lo cual hace nula de pleno derecho la prueba de esa manera obtenida, a la luz del artículo 29 ibídem y de la jurisprudencia constitucional.

También debe precisarse que el artículo 15 se complementa con el artículo 28 de la Carta Política, al expresar éste que “nadie puede ser molestado”, sintetizando el llamado “derecho a ser dejado en paz”, producto de la integración de las dos normas⁴¹, pero suministrándole un alcance mayor.

Uno de los eventos que tiene mayor ocurrencia en materia de prueba inconstitucional tiene que ver con la violación del derecho a la intimidad. La jurisprudencia constitucional ha dicho sobre la prueba inconstitucional en esta

40 Sentencia C-210 de 2007.

41 Sentencia T-787 de 2004.

materia que “la intimidad personal es el área restringida inherente a toda persona o familia, que solamente puede ser penetrada por extraños con el consentimiento de sus titular o mediando orden dictada por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones y de conformidad con la Constitución y la ley”⁴². Reiterando lo anterior precisó que tal disposición constitucional comprende todas las formas de comunicación personal, “advirtiendo al efecto que las mismas son inviolables y que su registro únicamente procede cuando existe orden de autoridad judicial, con las formalidades establecidas en la ley”⁴³.

Los efectos de ineficacia de las pruebas que violan el debido proceso y especialmente aquellas que ofenden el derecho constitucional a la intimidad fueron puestos de presente desde antaño por la Corte Constitucional cuando señaló que el derecho a la intimidad otorga a las personas “la garantía de no ser escuchadas...si no lo quieren, impide también que las conversaciones íntimas puedan ser grabadas subrepticamente, a espaldas de todos o algunos de los partícipes, especialmente si lo que se pretende es divulgarlas o convertirlas en pruebas judiciales”⁴⁴. En consecuencia, reiterando lo anterior, se dijo recientemente que atender valorativamente dichas pruebas por parte de una autoridad judicial implica incurrir en “inconstitucionalidad manifiesta” habida cuenta de que tal prueba es nula de pleno derecho⁴⁵.

Esa inconstitucionalidad manifiesta surge como consecuencia de la transgresión del derecho fundamental a la intimidad personal y por “violación de las normas legales sobre aducción de la prueba” al efectuarse sin “intermediación de autoridad judicial competente”, lo que implica que se excluya formalmente del proceso⁴⁶.

La exclusión cobija principalmente a las pruebas inconstitucionales, las que se tornan en pruebas ilícitas, especialmente cuando se desconoce el derecho constitucional fundamental de la intimidad⁴⁷, pues implican “una agresión directa a los preceptos constitucionales” y si se incluyen en el proceso se produce una “afrenta de derechos fundamentales”; esto es, como prueba inconstitucional “afecta el debido proceso por vulneración de derechos fundamentales de contenido sustancial”⁴⁸.

42 Sentencia T-696 de 1996.

43 Sentencia T-233 de 2007.

44 Sentencia T-003 de 1997.

45 Sentencia T-233 de 2007.

46 Sentencia T-233 de 2007.

47 Sentencia SU-159 de 2002.

48 Sentencia T-233 de 2007.

2.3. FACULTADES DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN PARA AFECTAR CONSTITUCIONALMENTE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONTEXTO DEL PROCESO DISCIPLINARIO

De la jurisprudencia constitucional se desprende que los anteriores principios y reglas son aplicables a la justicia disciplinaria, incluso cuando su forma es la del acto administrativo, toda vez que, al remitirse el principio de integración consagrado en el artículo 21 de la Ley 734 de 2002 al sistema procesal penal, lo cual ha reiterado la Corte Constitucional⁴⁹, se produce la jurisdiccionalización del proceso disciplinario y tal como se ha afirmado, nos encontramos ante la verificación de que *“las autoridades disciplinarias despliegan una actividad con contenidos materiales propios de la función de administrar justicia”*⁵⁰, esto es, se trata de *“una actuación administrativa en la que materialmente se cumple la función de administrar justicia”*⁵¹.

Así debe precisarse que la expresión reserva judicial absoluta, en los términos de la jurisprudencia constitucional, hace referencia a la noción de juez competente.

En materia disciplinaria, las expresiones constitucionales “orden judicial” (artículo 15) y “autoridad judicial competente” (artículo 28) comprenden facultades propias del Procurador General de la Nación, quien al amparo del artículo 116 inciso 3° de la Constitución puede tener facultades jurisdiccionales, puesto que administra justicia disciplinaria en sentido material.

La jurisprudencia constitucional así lo ha reconocido a partir de lo dispuesto en el artículo 116 de la Carta Política que señala que “excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas”. Se confirma lo anterior a partir del parágrafo de su artículo 277, el cual es enfático en preceptuar que la Procuraduría General de la Nación tendrá, para efectos de sus funciones, atribuciones de Policía Judicial. Al revisar la constitucionalidad de algunas normas del CDU que establecían facultades para tomar medidas típicamente jurisdiccionales se dijo:

“Obsérvese que es la misma Constitución la que le otorga a la Procuraduría General de la Nación, esto es, al Procurador General y a sus agentes y delegados, la facultad de ejercer funciones de Policía Judicial. Las que, según la norma impugnada, se dirigen exclusivamente

49 Sentencia C-107 de 2004.

50 Sentencia C-014 de 2004.

51 Sentencia SU- 901 de 2005.

a dictar las providencias necesarias para el aseguramiento y práctica de pruebas, tanto en la etapa de indagación preliminar como durante la investigación disciplinaria.

Con fundamento en estas disposiciones cabe preguntar ¿qué funciones que ordinariamente cumplen los cuerpos u organismos de policía judicial, puede ejecutar la Procuraduría General de la Nación, para efectos del aseguramiento y práctica de pruebas en los procesos disciplinarios?. Para responder esta pregunta es necesario recordar que dicho cuerpo especializado en materia penal, cumple otras funciones, la de practicar capturas, allanamientos, interceptación de comunicaciones, registro de correspondencia, vigilancia electrónica, etc., previa orden escrita de la autoridad judicial competente.

Entonces, como para el aseguramiento de pruebas en procesos disciplinarios, se podrían cumplir actos como el registro de correspondencia, la interceptación de teléfonos, la vigilancia electrónica etc., los cuales están íntimamente relacionados con la restricción de ciertos derechos fundamentales, es indispensable que sean ordenados por autoridad judicial; de ahí que se le haya atribuido a la Procuraduría, en la norma que es objeto de acusación, funciones jurisdiccionales ... la Procuraduría General de la Nación, a pesar de ser un organismo de control, independiente y autónomo, es de carácter administrativo, y se le atribuyen funciones jurisdiccionales para un asunto concreto, como es la expedición de las providencias necesarias para el aseguramiento y práctica de pruebas, en la indagación preliminar al igual que en la investigación disciplinaria”⁵².

Por su parte la Ley 734 de 2002, reprodujo en esencia, en el artículo 175, lo que decía el 135 de la Ley 200 de 1995, de allí que se haya reiterado, rememorando lo dicho en la sentencia C-244 de 1996, pero agregando, de manera clara y contundente, que “la expedición del Acto legislativo 03 de 2002 no modificó las atribuciones de policía judicial que el artículo 277 constitucional confiere a la Procuraduría General de la Nación, razón por la cual no se ha producido un cambio del contexto normativo constitucional que justifique apartarse del precedente sentado por esta Corporación”⁵³.

Es importante traer a colación esta problemática, habida cuenta de que por virtud de la institución de la “prueba trasladada” (artículos 135 del CDU y 91 de la Ley 1123 de 2007) es factible que en muchas ocasiones se trasladen pruebas de los procesos disciplinarios seguidos por la Procuraduría General de la Nación a los tramitados por la jurisdicción disciplinaria, sobre todo si se tiene en cuenta que aquella

52 Sentencia C-244 de 1996.

53 Sentencia C-1121 de 2005.

puede conocer de los procesos seguidos contra los servidores públicos de la rama judicial que no tengan la calidad de funcionarios judiciales, incluso, es posible que se presenten eventos donde la prueba pueda ser aprovechada por ambas competencias cuando se involucren unos y otros en un mismo ilícito disciplinario.

Pero, igualmente, dichas consideraciones son oportunas para los efectos de lo dispuesto respecto del aseguramiento de la prueba por el inciso 2º del artículo 136 del CDU:

“Si la actuación disciplinaria se adelanta por funcionarios diferentes a los de la Procuraduría general de la Nación, podrán recurrir a esta entidad y a los demás organismos oficiales competentes, para los mismos efectos” de aseguramiento de la prueba.

2.4. UNA LÍNEA JURISPRUDENCIAL QUE ESTABLECE EXCEPCIONES EN EL ÁMBITO DE LA ILEGITIMIDAD DE LA PRUEBA

Ya hemos precisado que la prueba ilegítima por inconstitucional no debe ser valorada y debe ser excluida del proceso y de la mente del juez. Sin embargo, como la situación no ha sido pacífica, al punto de que la jurisprudencia ha abierto posibilidades alternativas, ello sólo debería proceder en casos verdaderamente excepcionales, cuando se presente una tensión o colisión en concreto entre principios constitucionales⁵⁴ o derechos fundamentales que resulte irresoluble si no es acudiendo a una ponderación de derechos entre sujetos donde uno de ellos se encuentra al margen de la juridicidad. En palabras de DIEZ PICAZO, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes exige someter “a un test de razonabilidad al conjunto de la legislación procesal reguladora de la actividad probatoria, así como la aplicación e interpretación de dicha legislación realizada por los órganos jurisdiccionales”⁵⁵.

54 La aparente contrariedad entre principios constitucionales no conlleva la invalidación de uno de ellos, sino a una tensión donde no queda invalidado el principio que exprese un peso relativamente menor; ALEXI, Robert. Sistema Jurídico, principios jurídicos y razón práctica en *Revista Doxa*, No. 5, p. 141.

55 Citado por MARTÍNEZ GARCÍA, ob. cit., p. 24: “En esta delicada ponderación de derechos fundamentales en conflicto, debe entrar en juego como elemento decisivo, el fundamento que respalda o funciona como canon de validez de las pruebas, con el fin de averiguar qué medio de prueba debe tener la consideración de lícito. En la balanza se contraponen la inviolabilidad de los derechos fundamentales sustantivos, sólo restringibles bajo determinadas garantías procesales

Esos casos excepcionales tratados por la jurisprudencia nos pueden suministrar elementos materiales para ello. Se ha expresado:

“...surge claro que el denunciante estaba grabando su propia voz, para lo cual no necesitaba autorización judicial, y si bien lo hizo con desconocimiento por parte de sus interlocutores, los acusados, como estaba motivado por el proceder indecoroso puesto de presente con antelación por el señor xxx, su comportamiento se legitima, dado que era lógico suponer que iba a ser víctima de un delito, evento en el cual la vía por la que optó se torna en un válido mecanismo de defensa de sus intereses, máxime que en la clase de delitos porque se procede, el funcionario que vende su labor actúa al amparo de la clandestinidad, eludiendo la posibilidad de dejar rastros. En este contexto, se cumplen los presupuestos que la Corporación tiene señalados para concluir en la legalidad de la grabación que, de su propia voz y por propia iniciativa, obtiene la víctima de un delito.

Valga la oportunidad para que la Sala actualice el planteamiento expuesto en sentencia de 16 de marzo de 1998 consideró la posibilidad legal que tiene la víctima para preconstituir—con la ayuda de la tecnología a su alcance—, la prueba del delito. Al efecto debe decirse que con la actual prefiguración constitucional del Estado como Social de Derecho—fundado en el respeto por la dignidad humana—, la libertad y autonomía individuales cobran especial relevancia al punto de garantizarse a la persona natural el ejercicio de sus facultades ‘sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico’ (artículo 16 C.N). Siendo ello así, mal podría esgrimirse impedimento alguno o exigir autorización judicial para que las personas graben su propia voz o su imagen, o intercepten su línea telefónica, si estas actividades no se hallan expresamente prohibidas. Este aserto resulta avalado si se tiene en cuenta que quien así actúa es precisamente el afectado con la conducta ilícita, y por ende, eventualmente vulneradora de sus derechos fundamentales, por lo que su proceder se constituye en un natural reflejo defensivo.

Pero el derecho a la autonomía individual aquí referido, no es absoluto. Una de sus limitaciones es el derecho a la intimidad ajena, también de rango constitucional fundamental, emanado del de la dignidad humana e íntimamente ligado al libre desarrollo de la personalidad, por virtud del cual no pueden ser intervenidos los actos de la esfera

y, por otro lado, el derecho a un proceso con todas las garantías, es decir, a utilizar las pruebas que sean pertinentes y válidas, que impone al órgano jurisdiccional expulsar del proceso (y de su mente) aquellas pruebas que se obtengan violentando este tipo de derechos. Por último, la presunción de inocencia cierra una cadena de derechos fundamentales que aseguran que nadie puede ser condenado si no existe prueba de cargo suficiente para formar el juicio de hecho de la culpabilidad de la sentencia”.

*privada de las personas, siendo exclusivamente éstas quienes pueden decidir su divulgación sin que ello implique su renuncia, pues se trata de un derecho indisponible*⁵⁶.

En oportunidad más reciente la misma Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ha expresado:

“Por ello, por vía excepcional, con relación al específico tópico de la necesidad de esclarecer o evitar un delito, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal ha reiterado legítima la grabación de las conversaciones privadas de la víctima, cuando a través de esa operación técnica se puede preconstituir prueba con la finalidad de denunciar o enervar un hecho que se presume delictivo...

El derecho fundamental a la intimidad consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política, se concreta en que ‘la correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables’ y en que ‘sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley’.

Los titulares de ese derecho son el productor de la comunicación y su interlocutor, quienes a menudo ocuparán uno y otro lugar, porque la comunicación se construye en una dialéctica de intervenciones mutuas, con mensajes y respuestas que se generan alternativamente.

Cuando está de por medio un delito, y se precisa preconstituir prueba, ante la urgencia de asegurar la evidencia, la conversación ‘privada’ entre la víctima y el implicado en la actividad delictiva, bien puede dejar de ser ‘privada’ en términos jurídicos, cuando la víctima accede a que su conversación sea grabada, filmada o registrada en medios técnicos, con fines investigativos y procesales.

Se precisa entonces ponderar tales derechos desde la perspectiva del mejor efecto constitucional posible.

*En ese ejercicio es razonable privilegiar el derecho de la víctima, puesto que al establecer la verdad, dentro de un marco de justicia material, utilizando para ello las voces y las imágenes así grabadas, se logran los fines constitucionales atribuidos al proceso penal en mayor medida, que si se optara por la solución contraria; es decir, si se concediera preponderancia a la intimidad del implicado como derecho absoluto o intangible, mientras la autoridad judicial no disponga lo contrario*⁵⁷.

56 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 30 de noviembre de 2001, radicación, No. 13.948.

57 Sentencia de febrero 9 de 2006, radicación No. 19.219.

La Corte Suprema de Justicia, sin embargo, ha querido también limitar esa línea jurisprudencia excepcional, por lo cual de manera tajante se ha expresado de la siguiente manera:

“Por ello conviene advertir que cuando no se trate de grabar la propia voz, o recoger documentalmente la propia imagen, ni de interceptar la línea telefónica que se tiene, sino de registrar comunicaciones o imágenes privadas de otras personas, es necesario que se obre en cumplimiento de una orden emanada de autoridad judicial competente, en cuanto ello implica invadir la órbita de intimidad personal ajena, también protegida como derecho constitucional fundamental (artículo 15) como se dejó dicho”⁵⁸.

Esa línea de jurisprudencia excepcional, proveniente básicamente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y que los tribunales en lo penal han seguido y hasta han extendido, nos permite arribar a las siguientes conclusiones sobre esta temática:

- a) Exclusivamente podría ser valorada una prueba inconstitucional cuando estemos en presencia de una colisión de derechos fundamentales pertenecientes a dos o más personas y se grabe la voz o la imagen de los participantes en una conversación o encuentro, que ello sea con autorización de quien es víctima de un delito o titular o administrador del medio de comunicación intervenido y que lo que la intervención refleje afecte a los victimarios.

Desde esta primera conclusión se puede expresar que, desde el punto de vista jurídico más riguroso, allí en verdad no estamos en presencia de una prueba ilegítima puesto que la colisión de derechos fundamentales, trasuntada en una tensión de principios constitucionales, se ha relativizado dándole preponderancia al principio y/o derecho que ampara a un sujeto que se encuentra en mejor posición jurídica en tanto el otro u otros se han colocado con su propio comportamiento al margen del ordenamiento jurídico.

- b) La víctima, que aparece como la parte débil de una acción antijurídica de otro, debe, necesaria e imprescindiblemente, ser amparada por la juridicidad; la misma autoriza legítimamente que su comunicación o interacción social sea intervenida por medios técnicos o tecnológicos y el victimario, que también en principio está amparado por un mismo principio y/o derecho constitucionales, se ha puesto al margen del derecho.

58 Sentencia de 30 de noviembre de 2001.

Es esta, sin lugar a dudas, la misma situación jurídica que se presenta en la legítima defensa de la vida y cuando se sacrifica igual derecho fundamental. Quien se defiende -reactor- y el agresor gozan de igual dignidad y del derecho a la vida, empero, por ser antijurídico el acto que se realiza por parte del actor y no teniendo el Estado el medio adecuado en el momento oportuno para solventar el peligro, la tensión se resuelve a favor de quien se encuentra dentro de los márgenes de la legitimidad.

Desde el punto de vista probatorio lo que allí se presenta es lo que se conoce como prueba compleja, donde la víctima da cuenta con su testimonio de la situación antijurídica de que ha sido objeto y la respalda en el tribunal con el medio tecnológico.

Tales presupuestos convierten dichos eventos en algo verdaderamente peculiar y como tal, como lo ha dicho la jurisprudencia, podrían ser admitidos: “esa línea de pensamiento excepcional está afincada en que las conversaciones provengan de la persona afectada con la conducta presuntamente ilícita y del sujeto agente de la misma, así como que el autor de la respectiva grabación haya sido uno de ellos y que haya procedido de tal manera, precisamente, con fines de preconstituir la prueba del punible o de establecer su inocencia”⁵⁹.

- c) El gran problema surge cuando jurisprudencialmente las situaciones excepcionales se van sumando, como ya parece que es la tendencia de los tribunales de justicia. Para ejemplificar citemos la siguiente:

“...podrá concluirse la viabilidad de apreciar una prueba que, en principio o prima facie, luzca como ilícita, ponderación que, en cada asunto en particular, corresponderá realizar y justificar a los jueces, para lo cual, ex abundante cautela, habrán de examinar si en la específica controversia en que se aduzca el respectivo elemento demostrativo está seriamente comprometido el interés general, o el orden público, o el derecho de un menor, preferente por mandato del artículo 44 de la Carta Política, etc., al igual que la específica forma como se obtuvo el mismo, los derechos superiores conculcados, el titular de éstos, la existencia de otras pruebas que sirvan al propósito de comprobar similares hechos a cuya acreditación apunta el medio irregular, entre otras circunstancias. De allí que, en la hora de ahora, no se torne admisible y tampoco conveniente la rigidez pregonada por algunos, debido a que en esta materia no rige un principio inmutable y, por contera, absoluto. Muy por el contrario, reconociendo el carácter general de la proscripción en cita, se posibilita

59 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de junio 29 de 2007, radicación No. 05001-31-10-006-2000-00751-01.

*su excepción, conforme a las circunstancias, razón por la cual no es procedente un rechazo totalizador, a fuer que a priori, toda vez que habrán casos de casos, en los que pueda tornarse apropiada y procedente una respuesta disímil*⁶⁰.

Muy seguramente esa línea jurisprudencial que apunta a convertir lo excepcional en regla, terminará construyendo un catálogo de constelaciones que desembocarán en la perversión del instituto de la nulidad de pleno derecho en la temática de la prueba inconstitucional.

- d) Tales situaciones tornan necesaria la intervención de la Corte Constitucional en este tema, pues como órgano de cierre⁶¹, en cuanto a la interpretación de la Carta Política, debe establecer finalmente cuál de varias interpretaciones es la que más se ajusta a ésta. Muy claramente se ha dicho que “si bien el juez de la causa es quien le fija el alcance a la norma que aplica, no puede hacerlo en oposición a los valores, principios y derechos constitucionales, de manera que, debiendo seleccionar entre dos o más entendimientos posibles, debe forzosamente acoger aquél que se ajuste a la Carta Política”⁶².

2.5. TEORÍAS SOBRE LAS CONSECUENCIAS DE LA ILEGITIMIDAD

2.5.1. Teoría del cesto de manzanas podridas

El concepto regla de exclusión lleva aparejado el efecto en virtud del cual en un proceso, no puede resultar admisible la evidencia o prueba que es producto de una actividad ilegal llevada a cabo por las autoridades con funciones de investigación o de persecución delictiva o disciplinaria.

El punto que antecede toda la discusión —en esta temática en lo penal—, está relacionado con la sanción procesal que conlleva la regla de exclusión, esto es, la imposibilidad de utilización de la evidencia física obtenida en el registro, así como las declaraciones tomadas por la policía o las indicaciones realizadas por el arrestado que conduzcan a la consecución de pruebas incriminatorias. Pero esta sanción recae sobre la evidencia primaria de tal manera que no pocas veces se impugna la

60 Ibídem.

61 Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos: informe No. 57/07, caso 12. 448, Sergio Emilio Cadena Antolínez, Colombia. Aprobado por la Comisión en su sesión No. 1717 celebrada el 25 de julio de 2007.

62 Sentencia T-086 de 2007.

evidencia “secundaria” obtenida justamente con la ayuda de una prueba que debe ser excluida. En estas situaciones es necesario determinar si la evidencia secundaria resulta contaminada por la vulneración y si se trasmite a ella la carga de la violación constitucional, a pesar de su ilicitud. A este fenómeno se le conoce con el nombre de “doctrina de los frutos del árbol envenenado”. El peculiar nombre se le debe al juez norteamericano Frankfurter quien acuñó la expresión en el año de 1939⁶³.

Conforme con tal doctrina la prueba directa ilícita contamina y extiende sus efectos a las demás derivadas que dependan de ella, por tal motivo ambas deben ser excluidas del proceso. Sin embargo, se admiten como excepciones a tal doctrina, la prueba que tenga una fuente independiente, esto es, aquella que no tenga conexión causal con la ilícitamente practicada; la que sea producto de un hallazgo inevitable, esto es, cuando el objeto investigativo cumplido mediante una tal diligencia, necesaria e inevitablemente, habrían conducido a la obtención de la prueba derivada; y la teoría del nexo causal atenuado que hace referencia a la cualificación del vínculo entre la prueba directa y la refleja y el punto de quiebre de ese vínculo, para ese menester se deberá tener en cuenta el tiempo, lugar y la circunstancias propias en las que se obtuvo la prueba original ilícita.

La Corte Constitucional ha precisado:

“Con el fin de determinar cuándo existe una violación del debido proceso que tenga como consecuencia la exclusión de una prueba, es necesario tener en cuenta, al menos, las siguientes tres consideraciones.

En primer lugar, es importante examinar si se trata de una irregularidad menor que no afecta el debido proceso. En este 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 aseguraban la confiabilidad de la prueba y su valor para demostrar la verdad real dentro del proceso penal. La regla general de exclusión, además de disuadir a los investigadores de caer en la tentación de violar el debido proceso, cumple diversas funciones, como garantizar la integridad de la administración de justicia, la realización de la justicia en el caso concreto, el ejercicio del derecho de defensa, el respeto al Estado de Derecho y el goce efectivo de los derechos

63 Cfr. GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá. 2007, p. 431.

fundamentales constitucionales fundamentales, y por lo tanto, las irregularidades menores o los errores inofensivos que no tienen el potencial de sacrificar estos principios y derechos constitucionales no han de provocar la exclusión de las pruebas. 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.

En segundo lugar, es necesario considerar el alcance del concepto de debido proceso al cual alude la norma constitucional, esto es, si se refiere exclusivamente a las reglas procesales o si también incluye las que regulan la limitación de cualquier derecho fundamental, como la intimidad, el secreto profesional y la libertad de conciencia. En Colombia, se ha dicho que el concepto de debido proceso es sustancial, esto es, comprende las formalidades y etapas que garantizan la efectividad de los derechos de las personas y las protegen de la arbitrariedad de las autoridades, tanto en el desarrollo de un proceso judicial o administrativo como, además frente a cualquier actuación que implique la afectación de derechos constitucionales fundamentales.

En tercer lugar, es necesario tener en cuenta que el derecho penal en un Estado social de derecho, también busca un adecuado funcionamiento de la justicia y, obviamente, no funciona bien la justicia que conduce a la impunidad o a un fallo arbitrario, es decir, que carece de la virtud de garantizar efectivamente los derechos, principios y fines constitucionales desarrollados por la legislación penal. Por ello, la decisión de excluir una prueba incide no sólo en el respeto a las garantías de imparcialidad, debido proceso y derecho de defensa, sino, además, en el goce efectivo de otros derechos constitucionales tales como la vida, la integridad y la libertad, protegidos por el legislador mediante la sanción de quienes violen el Código Penal.

En cuarto lugar, el mandato constitucional de exclusión de las pruebas obtenidas con violación al debido proceso exige que el funcionario judicial de manera expresa determine que la prueba viciada no puede continuar formando parte del expediente. Si bien la Carta señala que dicha prueba es 'nula de pleno derecho', de los antecedentes en la Asamblea Constituyente y de la finalidad de la norma constitucional, se infiere que los derechos y principios constitucionales son efectivamente garantizados cuando hay una decisión explícita de exclusión que ofrezca certeza sobre las pruebas que no podrán usarse en el proceso y que no pueden ser fundamento ni de la acusación ni de la sentencia. La exclusión de la prueba viciada exige que ésta no forme parte de la convicción, de tal manera que el funcionario no puede considerarla. Las cuestiones relativas a la manera como debe realizarse desde el punto de vista material la exclusión de la prueba viciada, al instrumento procesal para exigir su exclusión y a la situación del funcionario judicial que haya mantenido la

*prueba viciada, así como otras sobre esta materia, se encuentran dentro del ámbito de la potestad de configuración del legislador. Cuando éste decida ejercerla en el futuro, habrá de hacerlo obviamente de conformidad con la Constitución*⁶⁴.

En lo que respecta a la prueba derivada, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en afirmar:

*“En tal sentido, los criterios que señala el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 para efectos de aplicar la regla de exclusión se ajustan a la Constitución por cuanto, lejos de autorizar la admisión de pruebas derivadas ilegales o inconstitucionales, apuntan todos ellos a considerar como admisibles únicamente determinadas pruebas derivadas que provengan de una fuente separada, independiente y autónoma, o cuyo vínculo con la prueba primaria inconstitucional o ilegal sea tan tenue que puede considerarse que ya se ha roto*⁶⁵.

2.5.2. Excepciones o teoría intermedia

Podríamos hablar de dos excepciones a la tesis mayoritariamente aceptada del “cesto con manzanas podridas”, esto es, de aquella teoría que deja incólume la validez formal del procedimiento muy a pesar de la existencia de una prueba ilegítima:

- a) Cuando la prueba ilegítima es única, principal o fundamental.

En dicho evento la columna vertebral en el ámbito probatorio dentro del proceso deviene de una prueba que es ilegítima, y en esa prueba se ancla el juicio de responsabilidad del procesado, no sólo no debe tenerse en consideración esa prueba sino, también las derivadas de aquella, y además el procedimiento debe quedar afectado en su validez. Al respecto la Corte ha dicho: “el proceso sí puede quedar viciado de nulidad si el defecto probatorio consiste en haberse valorado una prueba ilegal o inconstitucional que incide decisivamente en la decisión adoptada por el juez”⁶⁶.

- b) La prueba ilegítima por graves violaciones a los derechos humanos.

La Corte Constitucional dejó en claro que cuando la prueba es practicada bajo tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial se le trasmite al proceso un vicio insubsanable que afecta todo el trámite procesal en su validez, y que además

64 Sentencia SU-159 de 2002.

65 Sentencia C-591 de 2005.

66 Sentencia T-233 de 2007.

propicia que ese juez que conocía del asunto pierda la competencia para adelantarlo, por lo tanto deberá remitirlo a otro que garantice imparcialidad y ecuanimidad⁶⁷.

2.5.3. Tesis que se acoge en Colombia

En virtud de las decisiones en cita, queda claro que en nuestro país se aplica la regla de exclusión que da lugar a la nulidad de pleno derecho de la prueba que se obtiene con violación del debido proceso en sentido sustancial. La prueba inconstitucional directa y sus derivadas deben ser excluidas, más no se afecta el proceso en su validez, salvo que la prueba inconstitucional sea única o sea principal en cuyo caso si la decisión final que declara la responsabilidad del procesado se funda en esa prueba, el vicio de la prueba también se transmite al proceso. De igual manera se afecta la validez del proceso en aquellos eventos en los cuales la prueba es practicada bajo tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial.

En materia de prueba derivada deben aplicarse en el régimen disciplinario, también por virtud de la integración constitucional las excepciones que devienen de las teorías de la fuente independiente, hallazgo inevitable y el vínculo atenuado.

Por su parte el Consejo de Estado se pronunció en a favor de la teoría de los frutos del árbol envenenado, sosteniendo que:

“Por consiguiente, a la luz del claro mandato constitucional transcrito, dicha grabación es nula de pleno derecho, lo cual significa que ni puede ser genuina, ni cierto su contenido, porque si pudieren verificarse esas cualidades por el operador jurídico, no se estaría enfrente de una nulidad absoluta o de pleno derecho, sino de una nulidad relativa o parcial, que permitiría algún efecto jurídico. La nulidad absoluta o de pleno derecho con que la Constitución Política sanciona la prueba obtenida con violación del debido proceso, sin más consideraciones, vale decir, independientemente de que ella sea auténtica o su contenido cierto, impide tratar de averiguar, como lo hizo el Procurador, por su autenticidad o certeza, y cuando tal averiguación se llevó a cabo, lo que hizo dicho funcionario no fue más que infringir directamente dicho mandato constitucional”⁶⁸.

67 Sentencia C-591 de 2005.

68 Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub-sección “A”, sentencia de junio 22 de 2006.

2.5.4. Prohibición de valoración formal

Si la prueba es obtenida por medios ilícitos o ilegales, o con ella se vulneran derechos constitucionales fundamentales existen unas limitaciones de rango constitucional y legal que prohíben que esas pruebas sean tenidas en cuenta para fundamentar, mediante las mismas, juicios de responsabilidad. La norma disciplinaria de forma expresa toma partido por ese efecto, en el artículo 140 la Ley 734 de 2002, indica que “la prueba recaudada sin el lleno de las formalidades sustanciales o con desconocimiento de los derechos fundamentales del procesado, se tendrá como inexistente”.

Así también el artículo 88 de la Ley 1123 de 2007 dispone la obligación procesal del juez de rechazar las pruebas ilícitas.

De conformidad con lo hasta ahora estudiado podemos llegar a las siguientes conclusiones:

- a) Las jurisprudencias que han sido citadas son vinculantes y de irrestricto acatamiento, puesto que han sido pronunciadas por la Corte Constitucional en el ámbito de su función de guarda de la Constitución, de intérprete auténtico de ella y de órgano con atribución de establecer cuál de las varias interpretaciones que ofrece una disposición normativa es la que más se ajusta o aviene a la Carta Política.
- b) En lo que respecta a las decisiones de la Corte Suprema de Justicia las mismas, en principio, son compatibles con lo decidido por la Corte Constitucional y en tal medida resultan obligatorias, no obstante, el intérprete debe manejar con especial cuidado las excepciones que progresivamente se vienen aumentando.
- c) En cuanto a la jurisprudencia del Consejo de Estado, que es el órgano competente constitucionalmente para juzgar la legalidad de los actos administrativos, ha fijado otra posición más extrema, debiéndose acatar lo enseñado por la Corte Constitucional.

Insistimos, ya para culminar esta unidad, la Corte Constitucional ha dicho que “si bien el juez de la causa es quien le fija el alcance a la norma que aplica, no puede hacerlo en oposición a los valores, principios y derechos constitucionales, de manera que, debiendo seleccionar entre dos o más entendimientos posibles, debe forzosamente acoger aquél que se ajuste a la Carta Política”⁶⁹.

69 Sentencia T-086-2007.

<p><i>ap</i></p>	<p><i>Actividades pedagógicas</i></p> <p><i>Reflexione y argumente sobre los siguientes temas:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Importancia del estudio de las normas constitucionales sobre garantía de los derechos fundamentales para efecto de validez de las pruebas judiciales;</i> 2. <i>Peligros que se advierten por la cada vez mayor tendencia de la jurisprudencia de crear excepciones a la regla de la “nulidad de pleno derecho” de la prueba;</i> 3. <i>¿Es posible, muy a pesar de ciertas irregularidades intrascendentes, otorgar validez a la prueba cuando la norma violada es de rango legal?</i> 4. <i>¿En Colombia la jurisprudencia admite la teoría de “los frutos del árbol envenenado” o la del “cesto de manzanas podridas”? y,</i> 5. <i>¿Particularidades de las matizaciones que ha efectuado la jurisprudencia constitucional sobre la prueba ilegal?</i>
<p><i>ae</i></p>	<p><i>Autoevaluación</i></p> <p>PORFIRIO es un abogado en el ejercicio de la profesión, su contraparte en un proceso injiere por medios ilícitos en su computador y logra penetrar sus archivos magnéticos, de lo cual se enteró que ha fabricado pruebas falsas y las mismas las ha aportado al proceso que litigan. El abogado practicante del intrusismo tecnológico, formula denuncia disciplinaria por violación a la Ley 1123 de 2007, con lo cual la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura ordena una intervención en la oficina del primero, encontrando multitud de documentos que indican que todo se trata de un fraude, ordenando en audiencia el inicio de un proceso disciplinario. Citado PORFIRIO y ante la imputación de fraude, se pronuncia así:</p> <p><i>a) La prueba obtenida es ilegal, pues se logró invadiendo la órbita de privacidad profesional, de lo cual derivó la orden judicial que recopiló otros documentos, cuya obtención, por extensión, también es ilegal en tanto rige la “teoría de los frutos del árbol ponzoñoso”, que se desprende de la regulación dada por el artículo 29 de la Carta Política y lo ratifica el artículo 95 de la Ley Ética del Abogado.</i></p>

<p><i>de</i></p>	<p><i>b) El representante del Ministerio Público afirma que si bien la prueba obtenida por la contraparte de PORFIRIO es ilegal, no así puede calificarse la obtenida por la judicatura, pues la misma fue producto de una orden judicial de autoridad competente en los términos del artículo 136 de la Ley 734 de 2002 en armonía con el 16 de la Ley 1123 de 2007.</i></p> <p><i>Cuál sería su decisión como magistrado o magistrada del ente disciplinario.</i></p> <p>Responda los siguientes interrogantes:</p> <ol style="list-style-type: none"> <i>1. ¿Resulta aplicable a las irregularidades en la aportación y aducción de las pruebas las reglas que gobiernan la declaratoria de nulidad?</i> <i>2. ¿De ser admitido lo anterior a cual tipo de irregularidad resultaría aplicable?</i> <i>3. ¿En Derecho Disciplinario la regla constitucional sobre “nulidad de pleno derecho” equivale a la “inexistencia de la prueba”?</i> <i>4. ¿Tiene cabida en Colombia, así sea marginalmente, una teoría parecida a la del “fruto del árbol envenenado”? y,</i> <i>5. ¿Cuáles son las diferencias que existen entre ilegitimidad constitucional e ilegitimidad legal de la prueba?</i>
------------------	--

Unidad 3

SISTEMA DE VALORACIÓN

<p>Og</p>	<p>Objetivo general de la unidad:</p> <p><i>El Derecho Procesal Disciplinario es una rama autónoma e independiente que debe ocuparse del estudio en particular de las instituciones probatorias, por tanto también del sistema de valoración vigente.</i></p> <p><i>Se trata en esta unidad de desarrollar el estudio de los sistemas de valoración de la prueba y de dilucidar cuál es el adoptado por la ley procesal disciplinaria.</i></p>
<p>Oe</p>	<p>Objetivos específicos de la unidad:</p> <p><i>Teniendo en cuenta los temas aquí abordados, los lectores y lectoras darán cuenta de los siguientes puntos:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <i>1. La noción de sistema de valoración probatorio en el ámbito del Derecho Disciplinario;</i> <i>2. Los diferentes sistemas de valoración que la doctrina ha presentado y cuál de ellos es el adoptado en Derecho Disciplinario; .</i> <i>3. Los aspectos negativos y positivos de cada uno de ellos;</i> <i>4. Las referencias necesarias a la Ley 600 de 2000 en cuanto al tema de la valoración probatoria; y,</i> <i>5. Diferencias y similitudes entre sistema de la libre o íntima convicción y el de la sana crítica.</i>

3.1. SISTEMA TARIFARIO

El sustento de la decisión disciplinaria, conforme a los artículos 128 del CDU y 84 de la Ley 1123 de 2007, debe estar dado por pruebas legal y oportunamente aducidas al proceso. Tal precepto obliga al juez disciplinario a valorar la prueba para que ella constituya el fundamento de la providencia que adopta.

De tal modo se comprende, en armonía con lo dispuesto por las mismas leyes en sus artículos 141 y 96, respectivamente, que el régimen disciplinario adopta como sistema de valoración probatoria el de la sana crítica por parte del juez disciplinario.

Sin embargo, históricamente existen dos sistemas previos a este, denominados sistema de tarifa legal o tarifario y sistema de la libre convicción. La característica primordial del primero de ellos consiste en que el legislador mediante la ley le confiere expresamente el valor a la prueba. En este sistema el juez debe acatar esa estimativa probatoria que previamente el legislador le ha otorgado al medio de prueba.

No puede confundirse sistema de tarifa legal, con prueba legal o principio de legalidad de la prueba. Lo primero hace referencia al valor que la ley le concede a la prueba y por lo segundo debe comprenderse el respeto al principio de legalidad de los medios de prueba autorizados por un determinado estatuto. Así por ejemplo, los códigos disciplinarios señalan en sus artículos 130 (CDU) y 86 (Ley 1123 de 2007) cuáles son los medios de prueba que se pueden practicar y valorar en el ámbito del proceso disciplinario.

El sistema de tarifa legal está integrado por el conjunto de reglas normativas de valoración, que disponen expresa y directamente el valor que debe otorgarse a una fuente o medio de prueba, y por aquellas que imponen o excluyen un medio de prueba para la demostración de un hecho específico.

El sistema tarifario de valoración probatoria encuentra su justificación en el principio de la seguridad jurídica. El que la ley señale el valor que el juez debe dar a la prueba lo aleja, supuestamente, de la discrecionalidad y de la arbitrariedad, que es precisamente lo que se pretende evitar con su implantación.

Se suele identificar como origen de las reglas legales de valoración de la prueba la creencia de la intervención divina en los actos que realiza el hombre, lo que tuvo especial importancia en el sistema jurídico de las ordalías o juicios de Dios. Las ordalías encuentran su sustento en la idea de que las potencias invisibles salvarán al inocente del peligro en que está y condenarán al culpable por su conducta contraria a los mandatos divinos.

Como tipos de ordalías se suelen resaltar la prueba del fuego, la del agua, la de la fuerza y la del veneno. Mediante la prueba del fuego se sabe si la persona es culpable o inocente al tocar un objeto candente, si se quema será lo primero, si no

lo segundo. En la prueba del agua el inocente permanece cierto tiempo inmerso en el agua sin ahogarse. La prueba de la fuerza establece que el débil es culpable y el fuerte inocente. En la última de las ordalías quien no resiste el veneno y muere es culpable y quien lo tolera es inocente.

Una vez superado en el tiempo el sistema de las ordalías, se estableció lo que se denominó la “prueba apriorística”, a la que se entendía como reglas legales cerradas que establecían el valor de la prueba y que fue propia de la filosofía escolástica. Se partía de la premisa en virtud de la cual prevalece la abstracción apriorística que hace el legislador de la prueba, para arribar a la verdad de los hechos, sobre el conocimiento privado del juez. Este sistema estuvo soportado en la desconfianza de quien ostenta el poder frente a sus propios jueces, a los cuales no se les permitía de forma libre arribar a la certeza de los hechos probados; los jueces en sus decisiones tenían que respetar los preceptos legales acerca de la tasación de la prueba.

Contemporáneamente, el sistema tarifario ha adquirido unos nuevos y modernos contornos metodológicos, lo cual es claro según MONTERO AROCA, quien ha señalado:

“En el sistema de la prueba legal la máxima de la experiencia, que es la premisa mayor del silogismo, viene establecida por el legislador, el cual ordena al juez que proceda a aplicar esa máxima en el caso concreto, de modo que las reglas legales de valoración de la prueba no son más que máximas de la experiencia que el legislador objetiva, sin dejar que sea el juez el que determine la máxima de la experiencia que ha de aplicarse en el caso. Es decir, las reglas legales de valoración de la prueba son máximas de la experiencia legales. En este esquema lógico el establecimiento por el legislador de reglas legales de valoración no es sino un método para conseguir la certeza, que es en lo que se resuelve toda actuación probatoria, método que no es, desde luego, contrario a la lógica, sino que responde a un criterio de normalidad jurídica derivado del id quod plerumque accidit. Desde la normalidad las reglas legales se justifican normalmente en la seguridad jurídica y, además, con un doble efecto; cuando el ordenamiento jurídico establece que el documento público hace prueba, está dándole al juez un mandato para el caso de que en un proceso se presente esa prueba, pero también está, en el campo de las relaciones de derecho material, creando seguridad jurídica”⁷⁰.

Al sistema de tarifa legal se le reconocen como ventajas las siguientes:

70 MONTERO AROCA, Juan. Proceso y Garantía. El proceso como garantía de libertad y responsabilidad. Tirant lo blanch. Valencia. 2006, pp. 95 y 96.

- a) Ofrece seguridad jurídica. Los intervinientes en el proceso conocen con antelación cuál será el valor que el juez le dará a los medios de prueba.
- b) Ofrece uniformidad en las decisiones que se adoptan en el proceso. El juez se atiene a lo que le señale la ley, por tanto las providencias que adopte en el futuro sobre el mismo tema, vendrán orientadas por los parámetros fijados por el legislador.
- c) Evita la arbitrariedad y la inequidad. Delimita la tarea del juez, al punto que evita que este favorezca a una de las partes con posiciones subjetivistas y caprichosas.
- d) Suple la falta de experiencia y de conocimientos por parte de los jueces. Al ser la ley confeccionada por quienes conocen el derecho, el valor legal que se le otorga a la prueba permite superar las deficiencias valorativas del juez.

Por su parte, se le critica a este sistema lo siguiente:

- a) En este sistema de valoración probatoria el proceso no ofrece garantía de contradicción y debate, toda vez que la ley previamente ha definido el valor que debe concederse a la prueba de cargos. El procedimiento es mecánico, teniendo como finalidad exclusivamente el hacer efectivo la disposición legal que reconoce el valor a un determinado medio de prueba.
- b) La actividad del juez en la valoración de la prueba es nula, al preestablecerse su valor, la tarea del juez se circunscribe a darle cumplimiento al mandato legal que confiere valor al medio de prueba. De esa forma el juez es mecanizado y domesticado por el precepto legal relativo a la prueba; es en definitiva el muñeco de un ventrílocuo, quien viene a ser el que dicta la norma.
- c) Propicia y estimula que el juez no se preocupe por su preparación jurídica, pues a él solo corresponderá el cumplimiento del sentido literal de la ley.

La oposición radical entre un sistema tarifario y uno anclado en la libre valoración radica, como lo pone de manifiesto TARUFFO, en que “la técnica de la prueba legal consiste en la producción de reglas que predeterminan, de forma general y abstracta, el valor que debe atribuirse a cada tipo de prueba. En cambio, el principio opuesto, de la prueba libre o de la libre convicción, presupone la ausencia de aquellas reglas e implica que la eficacia de cada prueba para la determinación del hecho sea establecida

caso a caso, siguiendo criterios no predeterminados, discrecionales y flexibles, basados esencialmente en presupuestos de la razón⁷¹.

El sistema tarifario no encuentra sustento alguno en los códigos disciplinarios judiciales colombianos. El hecho que en el párrafo del artículo 105 de la Ley 1123 de 2007 se exprese que “*el disciplinable podrá confesar la comisión de la falta caso en el cual se procederá a dictar sentencia*”, no significa que la confesión per se obligue a dictar una sentencia sancionatoria, hay que hacer una interpretación sistemática con el artículo 97 de la misma normatividad, de la cual se extraerá que la confesión soportará un fallo de tal naturaleza siempre que valorada con los demás medios de prueba conduzca a la certeza de la responsabilidad del disciplinado.

Esa misma interpretación cabe hacer respecto de la Ley 734 de 2002, en la que la confesión funciona como causal para instar el procedimiento verbal (artículo 175).

3.2. SISTEMA DE LA LIBRE CONVICCIÓN

La aparición de este sistema probatorio surge, como lo explica la doctrina, una vez “superadas las ideas primigenias del juicio de Dios que no dejaban cabida a una investigación racional ni tampoco eran necesarias, se fue imponiendo, primero en el Estado romano de la época clásica y tardíamente también en los pueblos germánicos, la fe en la habilidad del hombre, en general, y del juez individual, en particular, para resolver un litigio. El juez romano buscaba la verdad guiándose solamente por la voz de su razón. Fue sólo la desconfianza que se tuvo, por un lado, ‘arriba’ hacia una judicatura independiente que pudiera resistir a la omnipotencia tiránica y, por otro lado, ‘abajo’ hacia los jueces por ser funcionarios de esa omnipotencia, lo que llevó a sujetar a los jueces a normas preestablecidas para la constatación de hechos. Esa desconfianza fue reemplazada o apoyada, bajo la influencia de ciertos conceptos espirituales, como lo eran los pensamientos escolástico y aristotélico, por una desconfianza hacia los dones de ‘razonabilidad’ del juez individual, cuya ‘atadura’ servía ahora para asegurar que la ley, con su preexistente razonabilidad, no cayese víctima de la sinrazón de un juez. Sólo cuando se comprendió lo defectuosas que son las disposiciones legales apriorísticas para comprobar un cuadro de hechos y, cuando se comprendió que había otras posibilidades para defenderse de la arbitrariedad judicial, resurgió el principio de la libre apreciación⁷²”.

71 TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. Editorial Trotta. Madrid. 2002, p. 387.

72 WALTER, Gerhard. Libre apreciación de la prueba. Temis. Bogotá. 1985, p. 94.

La Revolución Francesa de 1789 trajo consigo la implantación del principio de la acusación, la oralidad y la publicidad, que no estaban presentes en los procesos inquisitivos alemán ni en el francés, además se reconocieron plenos derechos y garantías a los sindicados de conductas delictivas.

Para el año de 1791 se expidió un decreto que obligaba a que en las instrucciones los jurados al tomar la decisión respecto de la responsabilidad del acusado, leyeran el siguiente texto:

“La ley no pide cuenta de los medios por los cuales (los jurados) se han formado una convicción; no les prescribe las reglas a las cuales deben atribuir en particular la plenitud y la suficiencia de una prueba; ella les exige que se interroguen a sí mismos en silencio y en recogimiento y que busquen determinar, en la sinceridad de su conciencia, qué impresión han causado en su razonamiento las pruebas aportadas contra el acusado y los medios de defensa. La ley no les dice: ‘tendréis por verdad todo hecho atestiguado por tal número de testigos, o no consideraréis suficientemente establecida ninguna prueba que no haya sido formada por tantos testigos o por tantos indicios’ a ley les hace una sola pregunta, que compendia toda la medida de su deber: ¿tenéis una convicción íntima?”⁷³.

Se entronizó en el contexto histórico una larga y ardua discusión en torno al papel y facultades del juez cuando de proferir las decisiones se trataba, y el que tenían los jurados, discusión que se extendía hasta lo concerniente a los límites de la libre convicción de la prueba. Causaba escozor el que con la abolición del sistema tarifario, las condenas se sustentarán únicamente en presunciones efectuadas por los tribunales, con lo cual la vida y honor del procesado quedarían sometidos a la subjetividad del juez.

Alzó la voz FEUERBACH contra esa posibilidad de que los jueces decidirían los asuntos según su libre convicción, afirmando que:

“Los jurados que se valen de su instinto semejan a una reunión de metodistas o de cuáqueros. En un letárgico vacío de pensamiento, aguardan el rayo de luz de la revelación natural, tal como estos esperan la iluminación de arriba”⁷⁴.

La discusión en torno al papel del juez permanente y la de los jurados en la valoración de la prueba fue superada, de la siguiente manera, como lo dice WALTER:

73 WALTER, ob. cit, p. 76.

74 WALTER, ob. cit, p. 78.

“Esta discusión de dos frentes culminó finalmente en una memoria del ministro de justicia prusiano VON SAVIGNY del año 1846, que había sido elaborada con el objeto de que sirviera de estudio para los debates legislativos con ocasión de la revisión de la Ordenanza criminal prusiana de 1805, que se venía llevando a cabo desde 1829. Dicha memoria pasó a conocimiento del público sólo en 1858, al ser publicada en Goltdammers Archiv, cuando ya los acontecimientos ocurridos en el ínterin habían hecho realidad evidente todos los deseos de reforma. SAVIGNY temía que se abandonara toda teoría, tanto la positiva como la negativa. Pero al mismo tiempo advertía:

‘...no se parte aquí del supuesto de que a los jueces haya que encomendarles la decisión sobre culpabilidad o inocencia, como a los jurados, sin necesidad de rendir cuentas y sin responsabilidad, guiándose sólo por la convicción individual. Muy por el contrario, se presupone con toda propiedad que es esencial e imprescindible que el fallo se motive en los considerandos y que sea posible el reexamen por el juez de apelación.

La nota característica por la cual los tribunales de jurados se diferencian de los tribunales permanentes consiste en que los jurados pueden tranquilizarse sin más ni más con el simple hecho de estar convencidos, mientras que los jueces permanentes tienen que elaborar su sentencia ateniéndose a razones y a reglas. Esa nota característica no queda invalidada por el abandono de las pruebas legales. Del hecho de que las reglas de prueba no sean establecidas por ley de una vez por todas, no se sigue que los jueces estén dispensados en general de la obligación de sentenciar conforme a razones y reglas y de tener que rendir cuenta de ello ... La diferencia entre jueces con teoría de las pruebas y jueces sin ella consiste única y exclusivamente en el hecho de que en el segundo caso se deja liberado a la discreción del juez mismo hallar y aplicar las reglas de prueba que proporcionan las leyes generales del pensamiento, la experiencia y la psicología”⁷⁵.

Conforme con los anteriores predicados queda claro que, para llegar al sistema de la libre valoración, fue necesario pasar antes por el concepto de íntima convicción, mecanismo mediante el cual la valoración de la prueba no consiste en un ejercicio de la razón, sino en una declaración de la voluntad que no tenía porqué ser motivada.

Por este camino de la íntima convicción se acaba en la arbitrariedad y en la irresponsabilidad, y lo más grave es que se descubrió inmediatamente que la íntima convicción no tenía porqué ser exclusiva del jurado y del proceso penal, sino que podía también referirse a los jueces técnicos y al proceso civil. Voluntad discrecional, no motivación e irresponsabilidad son las notas que caracterizan el sistema de la íntima

⁷⁵ WALTER, ob. cit, pp. 81 y 82.

convicción, que se encuentra en la base, más o menos consciente, de las normas que refieren la valoración de la prueba a la conciencia del juez y de las sentencias que hablan de la facultad soberana del juzgador⁷⁶.

Habida cuenta de esa situación, la importancia de la memoria de SAVIGNY está en que mediante ella se patentizó una libre valoración probatoria con base en reglas seguras, provenientes de la experiencia del juez, la lógica y la sicología.

En la concepción moderna del sistema de la libre convicción el juez se libera de las cadenas y parámetros con que la ley lo ciñe cada vez que tiene que juzgar la conducta de los demás ciudadanos en el trámite de un proceso. El juez aplica los medios de cognición que tiene a su alcance de forma concienzuda para arribar a un grado de verosimilitud que le permite encontrar la verdad de los hechos. Se habla entonces, de un pleno convencimiento subjetivo del juez que lo conduce a la certidumbre de la ocurrencia de unos hechos tal cual los apreció.

El grado de verosimilitud se convierte, conforme con ello, en el vehículo para arribar a la convicción. Como dice STEIN, la libre valoración de la prueba ha desligado al juez de las ataduras que antiguamente le impedían poner todo el tesoro de su experiencia de la vida al servicio de la averiguación de la verdad⁷⁷.

Lo característico de este sistema de valoración de la prueba radica en que, del silogismo en que se resuelve esta operación mental, la premisa mayor, que es una máxima de la experiencia, es determinada por el juez. Esto conduce a una valoración razonada, motivada y responsable⁷⁸.

A este sistema de valoración probatoria, se le reconocen como ventajas las siguientes:

- a) Al juez le corresponde como deber efectuar una valoración razonada de la prueba, alejado, por supuesto, de la arbitrariedad y afincado en reglas seguras como las de la experiencia, la lógica, la historia y la sicología, con ello podrá administrar justicia de forma segura y con acierto.
- b) La decisión del juez acerca de la responsabilidad del procesado o su inocencia, debe ser motivada en la prueba, con explicación clara del valor que otorga a

76 MONTERO AROCA, ob.cit, p. 97.

77 STEIN, Friedrich. El conocimiento privado del juez. Temis. Bogotá. 1999, p. 40.

78 MONTERO AROCA, ob. cit, p. 97.

cada medio de convicción, de esa manera se garantiza el ejercicio legítimo de la defensa y la contradicción.

- c) Este sistema obliga al juez a tener una alta preparación en materias afines al derecho, posibilita su interacción social y lo obliga a reflexionar acerca de la verdad de los hechos. La próxima unidad revela lo correcto de esta afirmación.

La doctrina especializada ha puesto de presente que la utilidad de la libre convicción está en su adecuado uso al lado de unos principios que le son consustanciales. Ellos son la oralidad, la publicidad y la inmediación en la recepción de la prueba; dichos principios funcionan como complementarios de este sistema de valoración probatoria.

Quiere decir lo anterior que es bajo su égida donde los mismos adquieren toda su dimensión, pero no implica que bajo el sistema procesal mixto con tendencia inquisitiva, no se apliquen.

En cuanto a la oralidad. Respecto de este principio y su compatible naturaleza con la libre convicción ha dicho WALTER que “no es casualidad que la libre apreciación de la prueba haya existido siempre solamente cuando había también debate oral, y que, por otro lado, cada vez que entraba en el procedimiento la escritura, quedaba afuera la libre apreciación. No sorprende, pues, que las luchas por la reforma del proceso a mediados del siglo pasado giraron en primer término en torno a la oralidad y publicidad del procedimiento, y que la lucha por la libre apreciación de la prueba fuera tan sólo un apéndice de las otras. Los hechos vivos, ‘a menudo dramáticos’, que pueden acompañar un debate oral son más aptos para promover la verdad que las inertes actas y expedientes. Prohibirle al juez que vea el rostro de la parte, que converse con ella y con los testigos y que los escuche, significa arrebatarle al juez ‘una de las guías más importantes, quizá la más importante, para descubrir la verdad’”⁷⁹.

Cada día más en sede disciplinaria se impone la oralidad como principio, al punto que el legislador de la Ley 1123 de 2007, entronizó un procedimiento sumamente asentado en la oralidad. En el artículo 57 de este haz normativo, se señala de forma expresa que “la actuación procesal será oral, para lo cual se utilizarán los medios técnicos disponibles que permitan imprimirle mayor agilidad y fidelidad, sin perjuicio de conservar un registro de lo acontecido. A estos efectos se levantará un acta breve y clara que sintetice lo actuado”.

⁷⁹ Cfr. WALTER, ob. cit, pp. 365 y 366.

En el ámbito de la Ley 734 de 2002, particularmente respecto de los denominados procedimientos especiales, tales como el verbal y el de competencia del Procurador General de la Nación, se caracterizan por la oralidad y la inmediatez, lo cual los hace más compatibles con la libre valoración probatoria que se encuentra en la base de la sana crítica⁸⁰.

Respecto a la inmediación. Este principio determina que el juez obtiene el conocimiento de la prueba de forma directa mediante una percepción sensorial que le permite razonar acerca de la personalidad del testigo, del estado y forma del documento, etc., La inmediación sirve de garantía de una mejor averiguación de los hechos, por lo tanto con ella se patentiza de mejor forma el derecho a la prueba. La inmediación es consustancial con los sistemas procesales rituados por la oralidad.

La prueba por comisionado y el exhorto, son excepciones a la inmediación. En el procedimiento ordinario establecido en la Ley 734 de 2002, en el ámbito administrativo la regla general es la comisión y la delegación en la práctica de la prueba, así se percibe en las procuradurías provinciales, regionales y en las mismas delegadas, en estas dependencias la prueba la mayoría de las veces son practicadas y valoradas por funcionarios subordinados y no por los jefes de las mismas, eso de igual manera sucede, en las oficinas de control interno disciplinario. En cambio se morigera en el proceso judicial contra los funcionarios judiciales y significativamente se avanza en el trámite del proceso contemplado en la ley del abogado, puesto que la regla general es la inmediación y excepcionalmente la comisión para la práctica de la prueba.

De todos modos si se generalizara la aplicación práctica de lo dispuesto en el artículo 98 del CDU, esto es, la aplicación de las modernas técnicas de audio-video para la práctica de pruebas, bien podría superarse este tipo de objeciones.

Se podría decir, sin hesitación alguna, que el proceso consagrado en la Ley 1123 de 2007, al contemplar como principios la oralidad y la inmediación, ofrece una mayor garantía para averiguar la verdad de los hechos, por cuanto un debate oral y la recepción de la prueba de forma directa por el juez suministran la base más segura para adoptar una decisión sobre los hechos investigados.

En torno a la publicidad. Este principio encuentra su fundamento en la idea de control de la justicia por parte de la opinión pública. Empero, en sentido moderno va más allá en tanto la publicidad es garantía del contradictorio y del derecho de

80 Esta tendencia se abortó con la Sentencia T-060 de 2009 de la Corte Constitucional.

defensa, no solo halla su razón en la presencia del público en las diligencias, sino, sobre todo hoy día, en la necesidad de dar a conocer a las partes las decisiones que adoptan los jueces al interior del proceso. La publicidad es garantía para que la libre valoración probatoria pueda desarrollarse de forma debida, pues con ella se favorece la averiguación de los hechos.

Siempre que la sociedad se entera de la forma como se desarrolla un proceso puede aportar herramientas para encontrar la verdad, por ejemplo, aparecen los testigos y los documentos que son necesarios para la averiguación de los hechos. Un histórico en materia de pruebas, dijo en su momento:

“La publicidad es la más eficaz de todas las garantías del testimonio y de las decisiones que de él dependen. En un interrogatorio secreto, la mentira puede ser audaz. Es difícil que lo sea en público, porque al testigo le arredrará mentir en público, a menos que esté totalmente maleado ... La publicidad presenta aun otra ventaja de índole general: ella despierta un mayor interés en la causa y de ahí pueden surgir diversos medios de prueba, que no habrían salido a relucir si el asunto hubiese permanecido incógnito”⁸¹.

El artículo 56 de la Ley 1123 de 2007 acoge el principio de publicidad de forma expresa, bajo los siguientes términos:

“La actuación disciplinaria será conocida por los intervinientes a partir de la resolución de apertura de la investigación disciplinaria y será pública a partir de la audiencia de juzgamiento”.

Por su parte la Corte Constitucional ha manifestado la relación existente entre publicidad el derecho de defensa y contradicción de la siguiente manera:

“En este orden, el principio de publicidad en la administración de justicia se encuentra íntimamente ligado también con el derecho de defensa, puesto que si las actuaciones o decisiones no son públicas, difícilmente los sujetos procesales tendrán la posibilidad de ejercer la contradicción al interior del proceso respectivo. En consecuencia, los actos de notificación, de citación y, en general, de publicidad al interior del procedimiento están revestidos de cierta solemnidad e importancia, pues, a través de ellos, se garantiza efectivamente que las personas puedan conocer y controvertir las razones de hecho y de derecho en que las autoridades públicas fundamentan sus providencias”⁸².

81 Jeremías BENTHAM, citado por WALTER, ob. cit, p. 381.

82 Corte Constitucional, Sentencia T-055 de 2005.

El sistema de valoración probatoria de la libre convicción puede ser entendido de dos maneras. Una primera, como actividad irracional e incontrolable que le permite al juez omitir deliberadamente la toma en consideración de pruebas aducidas por las partes; la segunda, presupone que la actividad valorativa del juez es racional y controlable, estas perspectivas inciden directamente en la obligación o no de motivar las decisiones judiciales.

Al respecto de la incidencia de tales orientaciones de este sistema de valoración probatoria, en la motivación y justificación de la decisión adoptada, ha destacado TARUFFO que:

*“Si se parte de la concepción irracionalista, es imposible atribuir un significado positivo a la obligación del juez de motivar el juicio de hecho exponiendo las ‘razones’ fundadas sobre las pruebas. No tiene sentido imponer al juez la justificación racional de un juicio que se supone irracional, de modo que la motivación acaba con no ser considerada más que una mera *scheinbergründung* carente de toda vinculación con el juicio... Si se parte, en cambio, de la concepción racionalista de la convicción del juez, la obligación de motivar asume un significado muy preciso, consistente en hacer que el juez, justificando mediante argumentaciones racionales sus propias elecciones, las someta al control externo que puede efectuarse sobre la motivación... con ello tiene sentido exigir que el juez enuncie los criterios que ha adoptado para valorar las pruebas y, sobre esta base, justifique el juicio de hecho”⁸³.*

De otra parte, puede afirmarse que en el desarrollo de los sistemas de valoración probatoria, la libre valoración de la prueba (en la concepción racionalista) en la medida que fue consolidando unas reglas seguras que propiciaran una mayor certidumbre de las decisiones judiciales, dio lugar a un sistema moderno de apreciación de los medios de prueba, hoy presente en la mayoría de los códigos procesales del mundo, denominado de la sana crítica.

3.3. SISTEMA DE LA SANA CRÍTICA

Desde el punto de vista de las particularidades de los sistemas de valoración probatoria, la sana crítica participa de una naturaleza intermedia, esto es, entre el de la tarifa legal y la libre convicción. Es un sistema razonado de valoración que se aleja de la excesiva rigidez y formalidad que acompañaba a la tarifa legal, y también de la excesiva incertidumbre y subjetividad propia de la libre convicción.

83 Cfr. TARUFFO, ob. cit, p. 401.

La sana crítica, como lo señala COUTURE, es “la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento”⁸⁴.

Los artículos 141 del CDU y 96 de la Ley 1123 de 2007, acogen de forma expresa como sistema probatorio aplicable al proceso disciplinario judicial el de la sana crítica, señalando al respecto que la apreciación integral, por tanto las pruebas deberán apreciarse conjuntamente de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Por supuesto deben valorarse razonadamente.

La expresión sana crítica procede del derecho español, aparecía ya en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, cuyo artículo 317, expresaba:

“Los jueces y tribunales apreciarán, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos”.

Para esclarecer este concepto de la sana crítica es preciso recordar lo que han dicho diferentes doctrinantes. Veamos:

El gran Maestro del Derecho Probatorio Colombiano, profesor ANTONIO ROCHA ALVIRA, decía sobre el concepto:

“Dentro del sistema de la persuasión racional, al juez no le dice de antemano la ley porqué medio va a llegar a la convicción de los hechos o de los actos jurídicos, sino que llevándole el conocimiento del hecho o del acto jurídico por medios que necesariamente tienen que ser más o menos los de nuestro sistema (porque no hay otra manera de reflejar la verdad, sino con testimonio humano y con todas sus variedades de indicios, presunciones, suposiciones, documentos públicos, etc.), llevándole al juez el conocimiento del hecho o del acto jurídico a través de todos los medios de prueba que ha inventado la técnica jurídica para reconstruir el pasado, el juez analiza dentro de doctrinas de la sana crítica; dentro de un libre juego de razón, dentro de un cálculo de probabilidades, hasta donde lo pueden convencer los medios que le llevan las partes. La ley no le dice allí al juez: con un testigo, usted no queda convencido; con dos, queda convencido, no; dentro de ese sistema de la persuasión racional el juez tiene una amplia libertad de apreciación y no está sujeto a fallar por convicción determinada y dosificada por la ley”⁸⁵.

84 COUTURE, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Depalma. Buenos Aires. 1981, p. 224.

85 ROCHA ALVIRA, Antonio. De la prueba en Derecho. Lerner. Bogotá. 1967, pp. 111 y ss.

Por su parte DEMETRIO PORRAS en el siglo XIX, asentó:

“Nótese en nuestro Código la falta de disposiciones generales y terminantes de cada uno de los medios probatorios de que se puede hacer uso en los juicios. Creemos, sin embargo, que al hacer la apreciación de las pruebas deben seguirse las reglas de la sana crítica, como lo previenen los Códigos modernos, que son las que conducen al descubrimiento de la verdad, según la lógica del sentido común y los consejos de la recta razón, especialmente, respecto del dictamen de los peritos y del testimonio de los testigos, pues en cuanto a los demás medios de prueba deberán tener siempre en cuenta las prescripciones legales que regulan su valor en el juicio. El criterio racional puesto en ejercicio, es la norma a que los jueces y tribunales han de ajustarse al hacer la apreciación de aquellas pruebas y de todas las que no tienen un valor tasado por las leyes”⁸⁶.

Para CARLOS LESSONA el sistema de la sana crítica se caracteriza en tanto:

“El juez debe pesar con justo criterio lógico el valor de las pruebas producidas, y puede tener por verdadero el hecho controvertido, sólo sobre la base de las pruebas que excluyen toda duda de lo contrario. La verdad jurídica pende en este sistema, no de la impresión, sino de la conciencia del juez, que no puede juzgar simplemente, según su criterio individual, sino según las reglas de la verdad histórica, que debe fundamentar”⁸⁷.

Conforme con las anteriores definiciones la sana crítica presupone la valoración de la prueba efectuada por un juez ordenado, con altos conocimientos en lógica y con suficiencia científica. La sana crítica está soportada en las reglas de la experiencia, de la lógica e implica la obligación de razonar la prueba y de motivar la decisión fundamentándola en puntos objetivos de referencia.

De las anteriores posturas, surgen claras las siguientes características de la sana crítica:

- a) El juez debe ser, ante todo, un juez profesional y autónomo en el sentido señalado en el Tercer Módulo. Del mismo se reclama que se superponga y supere sus propios prejuicios, ideología, convicciones subjetivas, etc.
- b) Constituye una obligación del juez valorar la prueba de forma racional, alejado de cualquier discrecionalidad y arbitrariedad.

⁸⁶ PORRAS, Demetrio. *Práctica Forense*. Tomo II, p. 178.

⁸⁷ LESSONA, Carlos. *Teoría General de la Prueba en Derecho Civil*. Editorial Reus. Madrid. 1983, pp. 355 y ss.

- c) La valoración de la prueba debe hacerse con arreglo a las normas de la lógica y las reglas de la experiencia.
- d) La prueba objeto de valoración debe haber sido aducida y practicada en el proceso conforme con los preceptos legales.
- e) La valoración del material probatorio debe hacerse de forma integral, esto es, en conjunto vinculando un medio de prueba con otro.
- f) Análisis y otorgamiento a cada medio de prueba del valor probatorio que le mereció al juez, de acuerdo con las reglas de la experiencia.
- g) La valoración probatoria debe, cuantitativa y cualitativamente, ofrecer espacios argumentativos suficientes para la discusión, de manera que pueda ser controlada mediante los recursos de los sujetos procesales y por parte de funcionarios superiores de quienes profirieron las decisiones en primera instancia.

Estas características aparecen de forma expresa en los códigos disciplinarios en los artículos 141 del CDU y 96 de la Ley 1123 de 2007, en lo cuales se impone la obligación al juez disciplinario, respecto a la prueba, de valorarla razonadamente y apreciarla en conjunto. Los artículos 131 y 87 de los mismos, respectivamente, garantizan la libertad de medios de prueba. Los artículos 132 y 88, *ibídem*, rechazan los medios de prueba inconducentes, los impertinentes y las pruebas ilícitas y las manifiestamente superfluas. Finalmente en sus artículos 130 y 86 se determina que los indicios se apreciarán “siguiendo los principios de la sana crítica”.

Por su parte, el artículo 238 de la Ley 600 de 2000 aplicable al ámbito disciplinario por virtud del principio de integración, señala que “el funcionario judicial expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”.

Además de lo anterior la valoración sobre una prueba es susceptible de los controles propios de los medios de impugnación.

De otro lado, es bueno precisar que si bien existen rasgos comunes entre los sistemas de la libre convicción y la sana crítica, ellos no pueden confundirse. En el primer sistema el juez adopta la decisión valorando libre y discrecionalmente la prueba, en el segundo, el juez valora la prueba a partir de unos puntos de referencia objetivos, anclados en las reglas de la experiencia y la sana lógica. La sana crítica impone un compromiso de motivación, razonamiento y de experiencia en la valoración de la prueba lo que no sucede en la libre convicción; igualmente permite

que la valoración probatoria del juez de instancia sea controlada por el superior, a través de la apelación y la misma casación, para verificar mediante los denominados falsos juicios de raciocinio si se respetaron o no las reglas de la experiencia y de la lógica.

Con razón ha dicho COUTURE que “el juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente y arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción”⁸⁸.

Por su parte FÁBREGA ha dicho sobre esta distinción:

“Se ha discutido si la sana crítica constituye una variante de la libre convicción, pero un análisis detenido revela que se está en presencia de sistemas distintos. En el sistema de la libre convicción no existe obligación de razonar la prueba ni se dan puntos objetivos de referencia, como ocurre con el sistema de las reglas de la sana crítica. En el sistema de la libre o íntima convicción, la operación probatoria no es susceptible de control; en cambio, en la sana crítica, en caso de apelación, el criterio del superior subroga el del inferior y en casación es susceptible de impugnación y control la operación probatoria”⁸⁹.

Es muy importante el tema del control probatorio que propicia la sana crítica, pues es una garantía para el disciplinado el que el superior, en sede de apelación, pueda revocar la decisión sancionatoria cuando la apreciación probatoria efectuada por la instancia lo haya sido con desconocimiento de las reglas de la lógica, de la experiencia o con violación de los principios que sirven para construir la inferencia en materia de indicios.

En sede del CDU, la revocatoria directa también puede tener sustento cuando las instancias hayan configurado vicios de hecho por falsos juicios de identidad, falsos juicios de existencia o falsos juicios de raciocinio, en la apreciación de las pruebas (artículo 124).

Respecto de los tipos de controles que se suelen dar en el sistema de la sana crítica, ha manifestado TARUFFO:

“Un primer tipo de controles se refiere directamente a la racionalidad de la valoración de las pruebas, en el sentido de que los criterios de racionalidad operan como criterios de control sobre la fundamentación del razonamiento del juez. Esta función de la racionalidad puede explicarse esencialmente de dos formas: ex ante, en la medida en que el juez controle

88 Cfr. COUTURE, ob. cit, p. 224.

89 FÁBREGA, Jorge. Teoría General de la Prueba. Jurídicas Ibáñez. Bogotá. 1997, pp. 291 y ss.

*el fundamento de su propio razonamiento sobre las pruebas desarrollándolo mediante criterios racionales o, en todo caso, dando cada paso, además del razonamiento completo, sobre la base de esos criterios. Ex post, en la medida en que la validez del razonamiento del juez puede ser verificada posteriormente por otros sujetos, mediante los mismos criterios, a través del control sobre la motivación del juicio de hecho*⁹⁰.

3.4. REGLAS DE LA SANA CRÍTICA

En el contexto de las reglas de la sana crítica se suele distinguir dos posiciones. Una primera que denominaremos pesimista, en virtud de la cual no existe o nadie ha podido decir con claridad cuáles son las reglas que dominan la sana crítica; y otra, que hace el esfuerzo por determinar y configurar tales reglas, la que denominaremos postura optimista.

En la primera línea se encuentra la tesis planteada por ÁNGEL MARTÍNEZ PINEDA, quien de forma categórica emite los siguientes calificativos contra la sana crítica:

“La ‘sana crítica’ es pues, un ‘medio’ difícilmente idóneo como principio orientador para la valoración de los elementos probatorios que se encuentran en el proceso en toda su variedad fenoménica. La solución del problema permanece sin satisfacer, por falta de un conocimiento profundo para establecer bases y para la elaboración de normas válidas en un juicio de valor, normas de las que carece la ‘sana crítica’.

*La expresión ‘sana crítica’ en sí, nos parece una fórmula pleonástica. En efecto, el sustantivo ‘crítica’ no se ajusta, por razones de orden lingüístico y exigencias de índole gramatical, con el adjetivo ‘sana’. Ni es necesario el calificativo, ni elegante la redundancia. Si no hay rectitud en la operación por ausencia de principios lógicos, simplemente carece de existencia”*⁹¹.

En la segunda postura se incluyen autores como COUTURE, STEIN, TARUFFO, FÁBREGA entre otros. En el contexto nacional GUSTAVO HUMBERTO RODRÍGUEZ, ha precisado lo siguiente:

90 TARUFFO, ob. cit, p. 422.

91 MARTÍNEZ PINEDA, Ángel. Filosofía Jurídica de la Prueba. Editorial Porrúa. México, 1995, pp. 102 y ss.

“De todos modos, consideramos que no se puede desconocer que el concepto de sana crítica está esencialmente vinculado con el examen apoyado en la lógica, la equidad, la ciencia y la experiencia. De estas bases que le sirven de soporte se desprenden sus reglas, unas de las cuales dicen relación a la esencia del instituto, otras a su expresión, y unas más a su control. De suerte que bien se puede ensayar una enumeración de tales reglas, así: a) Es un razonamiento lógico; b) con el empleo de las reglas de la lógica y la dialéctica, y de las enseñanzas de la ciencia y de la experiencia; c) expresado en una motivación (que es su apoyo y expresión lógicos, y su forma de control); d) mediante el examen analítico y sintético de los hechos probados (análisis individual y de conjunto de las pruebas); e) y de los elementos probatorios articulados al proceso, en su consideración de órganos, objeto y medio de prueba; f) teniendo en cuenta la equidad, los valores que protege el derecho y los principios que lo gobiernan”⁹².

El sistema de la sana crítica en su configuración contiene una doble perspectiva: una de naturaleza negativa, que implica la exclusión de toda regla jurídica que pese y estime en abstracto el valor de los medios de prueba. En la positiva, tiene una connotación programática en la medida que le indica e impone al juzgador la obligación de valorar la prueba de forma razonada y reflexiva. Es precisamente en esta visión positiva donde juegan papel preponderante las reglas de que se vale la sana crítica. Siendo esas reglas las de la lógica, las de la ciencia, la experiencia y la observación, que en esencia sirven de medios al juez para arribar a la verdad de los hechos averiguados.

Las reglas de la lógica son estáticas e inmutables, y se derivan de la utilización del silogismo, la deducción, la inferencia y la inducción. La teoría del conocimiento utiliza el análisis razonado y la síntesis.

Los principios de la lógica proposicional son los de identidad, del tercero excluido, de la doble negación y de contradicción, entre otros, los cuales no pueden ser desconocidos por el juez al valorar la prueba.

Si en el razonamiento al elaborar el silogismo, el juez arriba a una conclusión que no se compadece con las premisas mayor y menor, se presentará así un error lógico en la decisión.

Por su parte, las reglas de la experiencia son producto del conocimiento personal del juez acerca de la vida, de la sociedad y de los hechos históricos.

92 RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto. La calificación de la prueba. Ediciones Ciencia y Derecho. Bogotá, 1997, pp. 99 y ss.

Veamos las llamadas máximas de la experiencia.

STEIN las delimita diciendo que “son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”. “No son más que valores aproximativos respecto de la verdad, y como tales, solo tienen vigencia en la medida en que nuevos casos observados no muestren que la formulación de la regla empleada hasta entonces era falsa”⁹³.

Las reglas de la experiencia hacen referencia al conocimiento que el hombre tiene acerca del mundo que lo rodea, están referidas a los procesos de sensibilidad e intelectuales que utiliza el hombre en sus relaciones intersubjetivas. Ellas no tienen la estrictez de los principios de la lógica, sino que son contingentes y variables de acuerdo al tipo de sociedad, época y momento en que se aplican.

En materia disciplinaria jurisdiccional el juez debe prestar especial atención a los componentes objetivos de la formación de la convicción, moviéndose en los siguientes niveles:

- a) Formación. Cuyo sustento está en la base de lo percibido (lo visto y escuchado) en las audiencias acerca de la veracidad de las declaraciones de los testigos y del disciplinado, de la existencia de indicios, de la significación de la prueba pericial y del valor de las opiniones de los peritos. En este apartado el juez aprovecha la intermediación y la percepción directa de los acontecimientos que se suceden en el juicio.
- b) En el segundo nivel denominado de la infraestructura racional de la formación de la convicción, el juez debe aplicar las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos. A partir de la valoración de las pruebas en conjunto, arribará a las oportunas deducciones.

La segunda instancia puede valorar la prueba diferente a la manera en que lo hizo la primera, siempre que se demuestre que se han infringido las leyes de la lógica (por ejemplo, cuando ha deducido de forma incorrecta la conclusión) o ha desconocido las máximas de la experiencia (por ejemplo, no ha tenido en cuenta que es imposible que una persona atravesara un río a nado, sin mojarse) o ha desconocido sin razones científicas las manifestaciones efectuadas por los expertos (por ejemplo,

93 STEIN, ob. cit, pp. 27 y 30.

atribuye como causa de la muerte el envenenamiento, cuando la necropsia expresó que lo fue de forma natural).

La doctrina⁹⁴ ha construido unos controles racionales en el tema de la sana crítica, ellos son:

- a) La valoración de la prueba no debe hacerse con métodos calificados como irracionales. Por ejemplo, no se puede valorar la prueba con una sesión de espiritismo o mediante la convicción de que se está iluminado por alguna divinidad, o mediante una intuición subjetiva o la certeza moral.
- b) Deben utilizarse métodos racionales haciendo un uso adecuado de todos los datos empíricos disponibles. “Más allá de las complicaciones teóricas que pueden surgir en referencia a la definición del dato empírico, está claro que la determinación del hecho se basa en datos empíricos que, en el lenguaje jurídico, asumen a menudo el nombre de medios de prueba. Puede tratarse de una cosa, de una persona, de una declaración, de un documento etc., pero en todo caso siempre se trata de elementos controlables y verificables mediante criterios intersubjetivos”.
- c) Es necesario que en el proceso de valoración probatoria se haga uso de esquemas adecuados de argumentación que resulten aptos para sustentar la validez racional del juicio de apreciación. “Así pues, un razonamiento es racional si son válidos los pasos inferenciales que lo componen”.
- d) Deben usarse las máximas de la experiencia sobre las que haya un amplio consenso de aceptación en el lugar y el tiempo en que se aplican.
- e) Debe usarse un método que tenga en cuenta parámetros de probabilidad estadística, que sirva para calificar las inferencias inductivas.
- f) La valoración probatoria debe tener en cuenta todos los elementos de prueba disponibles y de la mayor relevancia para la determinación positiva o negativa de los hechos a probar.

Estos criterios “permiten trazar una distinción entre la discrecionalidad absoluta, que como tal carece de criterios y de controles y es, pues, sustancialmente equivalente a la arbitrariedad subjetiva, y la discrecionalidad guiada, es decir, vinculada por el empleo de criterios racionales de control”.

94 Estos criterios han sido expuestos por TARUFFO. Las expresiones entrecomilladas pertenecen a este autor. Ob. cit, pp. 423 a 427.

La sana crítica que domina el común de nuestros códigos es, sin duda, el método más eficaz de valoración de la prueba. Sin los excesos de la prueba legal, que llevan muchas veces a consagrar soluciones contrarias a la convicción del juez, pero también sin los excesos a que la arbitrariedad del magistrado podría conducir en el método de la libre convicción tomando en un sentido absoluto, reúne las virtudes de ambos, atenuando sus demasías⁹⁵.

El sistema de la sana crítica se ha impuesto en todos los códigos del mundo en sus diversas ramas por la seguridad, confianza y coherencia que ofrece para alcanzar la verdad de los hechos. Valiéndose de presupuestos objetivos asentados en la experiencia del juez, las leyes de la lógica y la teoría del conocimiento procesal, la sana crítica se constituye en el mejor método para arribar a la verdad de los hechos averiguados en un proceso.

Una alta preparación exige este método por parte del juez, en materias como la historia, la lógica, la psicología, la antropología y las reglas de la ciencia. Eso hace del juez un verdadero científico.

Con razón afirma ROCHA ALVIRA que “las nociones de ser, de causa, de sustancia y de fin las posee el juez, pues están como a la base de todos los conocimientos, cronológica y lógicamente. La inteligencia, los sentidos y las relaciones sociales son pues fuentes del conocimiento”⁹⁶ por parte de quien juzga el valor de los medios de prueba aducidos al proceso.

La sana crítica otorga un carácter de específica científicidad a la prueba, derivado de la circunstancia de que se vale de un método asentado en criterios de razonabilidad y conocimientos que trascienden el saber del hombre medio.

3.5. INTEGRACIÓN CON LO PENAL

Los medios de prueba a que se refieren los artículos 130 del CDU y 86 de la Ley 1123 de 2007 se practicarán conforme con las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Penal en cuanto sean compatibles con la naturaleza y reglas del Derecho Disciplinario. Ya habíamos puesto de presente en la unidad anterior, que la fuente de integración en materia probatoria de los códigos disciplinarios en sus diversas modalidades, lo es la Ley 600 de 2000 por su compatibilidad dada la

95 COUTURE, ob.c it, pp. 215 y ss.

96 ROCHA ALVIRA, ob. cit, pp. 36 y 39.

condición de procedimiento mixto con tendencia inquisitiva (Ley 734 de 2002) y aquellos que como los verbales adoptan un principio semiacusatorio.

En efecto, la vigencia de la Ley 906 de 2004, que introduce en nuestro país el sistema procesal acusatorio, configurado a partir de la concentración de actos procesales, oralidad en su desarrollo y práctica de pruebas de modo in situ en la audiencia de juzgamiento, pone de presente la incompatibilidad de sus reglas de rito y probatorias con lo dispuesto para el proceso disciplinario de la Ley 734 de 2002, el cual, de conformidad con los artículos 118, 209 y 277 numeral 6 de la Carta Política, se encuentra precedido por la regla de un diseño de órganos de control externo e internos fundados en una única y misma autoridad que repugna con las funciones procesales requirentes, de lo que se desprende que en el mismo, ni remotamente, se demanda la aplicación del llamado principio acusatorio —separación de acusación y juzgamiento— y mucho menos de un sistema acusatorio, este último totalmente incompatible con la idea de una autoridad que concentra en sus manos las funciones de investigación, instrucción, juzgamiento y proferimiento de sentencia, actos procesales que se configuran a partir del principio de compartimentos, estancos dirigidos por un mismo funcionario, lo que no permite la redefinición de los roles de defensa, acusación y juzgamiento como aparece paulatinamente instrumentado en materia procesal penal a partir de la puesta en vigencia de la Carta Política de 1991.

Esto también resulta válido para el código disciplinario de los abogados en la medida en que a pesar de su oralidad, en su procedimiento no se desarrolla plenamente un principio acusatorio, pues el Magistrado que profiere el pliego de cargos, luego hace parte de la Sala que dicta el fallo. Con lo cual las funciones de acusación y juzgamiento no están totalmente separadas en cabeza de diferentes autoridades.

Como si fuera poco, la verdad a la que se dirige el proceso penal de la Ley 906 de 2004, como cometido, pareciera que no coincide con la verdad que teleológicamente inspira al proceso disciplinario, toda vez que esta ley penal funda su concepto de verdad en una denominada verdad normativa cuyo criterio rector es la persuasión y la argumentación, una verdad construida por un método holista en el que la decisión se basa en la elección de una historia de los hechos de la causa, entre las diversas que las partes y los abogados someten al juez.

La Fiscalía presenta un historia que será su teoría del caso y mediante la persuasión y la argumentación tratará de convencer al juez de que ella es la correcta, lo mismo hará la defensa. Eso explicaría, en principio, el que de este estatuto se haya

eliminado la posibilidad del juez de decretar pruebas de oficio y se haya excluido la disposición que históricamente determinaba que la sentencia condenatoria debería estar sustentada en la certeza de la existencia del hecho y la certeza de la responsabilidad del justiciable. Es más, la expresión certeza no aparece en ningún artículo de este haz normativo.

En cambio, la verdad a la que se dirigen los códigos disciplinarios está soportada en un método atomista en virtud del cual la decisión del hecho, como dice TARUFFO, “se obtendría de una consideración analítica de los específicos elementos de prueba, de sus respectivos valores probatorios y de las específicas inferencias que se fundan sobre cada uno de ellos. Así pues, se dedica particular atención a la valoración de cada elemento de prueba y la decisión final se configura como resultado de una combinación basada en las pruebas en concreto”⁹⁷.

La Ley 600 de 2000, aplicable por integración, acoge como sistema de valoración probatoria de forma expresa la sana crítica y en su artículo 238 señala:

“Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica”.

Esta disposición es reproducida por la Ley 1123 de 2007, en el artículo 96, en el que además se agrega que deben valorarse razonadamente.

La Ley 600 de 2000 se identifica, además, con los códigos disciplinarios en el tratamiento de los principios de investigación integral, de publicidad, de rechazo de pruebas y de necesidad de pruebas.

Como si fuera poco, el presupuesto probatorio para proferir una sentencia condenatoria es el mismo, la certeza de la existencia del hecho y de la responsabilidad del justiciable (artículo 232 Ley 600 de 2000, 142 del CDU y 97 de la Ley 1123 de 2007).

Todo ello termina haciendo altamente compatibles y acordes con su naturaleza, la Ley 600 de 2000 con los Códigos Disciplinarios (leyes 734 de 2002 y 1123 de 2007).

97 TARUFFO, ob. cit, p. 307.

<p><i>ap</i></p>	<p><i>Actividades pedagógicas</i></p> <p>Reflexione y argumente sobre los siguientes temas:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El sistema de valoración probatoria adoptado por la ley procesal disciplinaria es el de la íntima convicción o el de la sana crítica; 2. Que implica, frente a los sujetos procesales y los terceros, la adopción de uno u otro sistema de valoración probatoria; 3. Cuál de los dos sistemas se aviene más al respeto por el principio de contradicción y a la necesidad de argumentación judicial; 4. Los actuales códigos procesales penales tienen diferencia en cuanto al sistema de valoración probatoria; y, 5. En caso de que ello fuere así cuál de los dos vigentes sería el compatible con el Derecho Disciplinario.
<p><i>de</i></p>	<p><i>Autoevaluación</i></p> <p>VALENTÍN es procesado disciplinariamente por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura, habida cuenta que se le imputa haber llevado a cabo actos contra la honestidad profesional, puesto que retuvo dineros entregados por el cliente para la realización del encargo profesional, falta erigida como punible por la Ley 1123 de 2007. Se han llevado a cabo las audiencias del proceso verbal consagrado en la ley anterior, agotándose todas las fases donde legalmente se pueden practicar pruebas, encontrándose el magistrado conductor con las siguientes alegaciones previas al fallo:</p> <ol style="list-style-type: none"> a) El defensor dice, que muy a pesar de que su cliente ha aceptado que es abogado graduado y que le fue expedida la tarjeta profesional de abogado, dicha documentación no aparece en el expediente, por tanto la calidad del sujeto activo de la falta no se encuentra acreditada, por lo cual debe producirse absolución por duda en dicho elemento configurador de la responsabilidad (artículo 97 de la Ley 1123 de 2007). b) El representante del Ministerio Público acepta dicha falencia, empero, argumenta que está demostrado por otros documentos su calidad profesional, puesto que varios jueces compulsaron copias de folios de expedientes donde este exhibe la tarjeta profesional, aunado

<p><i>de</i></p>	<p><i>a la aceptación explícita que de ello hizo el procesado, por lo que resultan plenamente aplicable lo dispuesto en los artículos 87 y 96 ibídem. Por ello solicita la respectiva condena.</i></p> <p><i>Cuál sería su decisión como magistrado o magistrada del ente disciplinario.</i></p> <p>Responda los siguientes interrogantes:</p> <ol style="list-style-type: none"> <i>1. Cuáles normas de valoración probatoria de la Ley 600 de 2000 pueden ser tenidas en cuenta por el Derecho Disciplinario;</i> <i>2. Cuáles son las reglas que integran el sistema de la sana crítica;</i> <i>3. Cuáles reglas de la lógica formal se utilizan comúnmente en materia de valoración probatoria;</i> <i>4. Importancia de las llamadas reglas de la experiencia y de la ciencia; y,</i> <i>5. Cuáles los motivos por los qué el juez debe exponer razonadamente la estimativa tenida en cuenta en el proceso de valoración de la prueba.</i>
------------------	---

Unidad 4

PROBÁTICA JURÍDICA

<p><i>Og</i></p>	<p>Objetivo general de la unidad:</p> <p><i>Los y las discentes determinarán que los estudios sobre teoría de la prueba deben ser complementados, para el éxito de la investigación disciplinaria, con los de probática jurídica.</i></p> <p><i>Para el efecto entonces se comprenderá la muy particular forma que tiene la demostración de la culpabilidad en sus modalidades de dolo y culpa, por lo cual se abordará el estudio de los indicios que sirven a su demostración.</i></p>
<p><i>Oe</i></p>	<p>Objetivos específicos de la unidad:</p> <p><i>Teniendo de presente los temas que se abordan en esta unidad, las y los discentes reflexionarán acerca de los siguientes puntos:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <i>1. El concepto de probática jurídica;</i> <i>2. Sus diferencias con la teoría de la prueba;</i> <i>3. Su estatus jurídico e importancia práctica;</i> <i>4. La fundamentación filosófica y científica de la prueba acerca de los aspectos subjetivos de la falta disciplinaria;</i> <i>5. La probática jurídica y la teoría de la prueba;</i> <i>6. La prueba de la culpabilidad y sus especies dolo y culpa;</i> <i>7. Los indicios que demuestran la imputabilidad;</i> <i>8. Los indicios que demuestran los aspectos del conocimiento y la cognoscibilidad para los efectos del dolo y la culpa, respectivamente;</i> <i>9. Los indicios que demuestran la intencionalidad; y,</i> <i>10. Los indicios que demuestran la comprensión de la ilicitud.</i>

UNIDAD 4 PROBÁTICA JURÍDICA⁹⁸

4.1. CONCEPTO DE PROBÁTICA

El objeto de esta unidad no es el tratamiento de la prueba judicial. La probática jurídica apunta, no al estudio de la prueba judicial por sí misma, sino a la manera de probar las instituciones jurídicas.

El teórico de la prueba explica los medios probatorios y señala su continente y contenido, pero el trabajo práctico al cual se enfrentan los profesionales del Derecho es diferente.

No se nos enseña como se prueba, aspecto de significativa importancia, por ello se trata de poner en contacto la teoría del Derecho Probatorio con los hechos en que se fundamentan las pretensiones jurídicas, en lo cual media la probática.

La probática es en esencia práctica, depende en gran medida de la práctica empírica que tenga el sujeto que se propone probar, de allí que la misma no se aprende en libros, conferencias o seminarios.

Muchas veces sabemos probar, empero, ello más que cualquier cosa depende de la intuición y de la experiencia, sin que nos encontremos en capacidad de develar qué se encuentra en los fundamentos de dicha práctica.

La probática no implica, sin más ni más, una teorización de la manera de probar, ello sería una tarea imposible e impracticable.

La probática demanda conocimiento de la teoría de la prueba, la experiencia práctica en el manejo de circunstancias y situaciones de hecho y el conocimiento de las instituciones jurídicas que conforman el haz de categorías jurídicas que deben ser demostradas, para de allí derivar determinados y concretos efectos jurídicos.

De allí que la probática es el puente que se tiende entre la teoría de la prueba y la práctica judicial, la cual no alcanza a tener ni la naturaleza de teoría como tampoco la de la facticidad de la práctica.

Implica reconocer el *thema probandum* y su naturaleza para, a partir de allí, enlazar los conocimientos teóricos con los prácticos.

98 Esta unidad se construyó con base en lo escrito en nuestro trabajo sobre “La prueba jurídica de la culpabilidad en el nuevo sistema penal”, 2008.

De todos modos la probática está referida a las instituciones en particular, esto es, no se refiere a cómo probar en abstracto, sino a cómo probar determinadas y particulares instituciones jurídicas.

4.2. FORMA DE LA PRUEBA Y LA NATURALEZA DEL OBJETO A PROBAR

La verdad no puede identificarse con la certeza, esto es, con la correspondencia absoluta entre lo que es y aquello que se conceptúa sobre ello⁹⁹. No existen en el proceso ni fuera de él “verdades absolutas”¹⁰⁰.

Los filósofos de actualidad reconocen que “la verdad no es nada objetivamente contrastable sino una construcción social intersubjetiva en permanente reinvención, que los intelectualmente dominantes obligan a compartir al resto de su comunidad hasta que el poder cambia de manos y de discurso”¹⁰¹.

La afirmación de la verdad depende de un estatus objetivo conceptualizado a partir de la común opinión de quienes interaccionan al interior de cada una de las disciplinas que se ocupan de su teorización.

Tal criterio objetivo es el que debe operar en el proceso disciplinario cuando los artículos 129 y 142 del CDU establecen la búsqueda de la verdad y la certeza para la declaratoria de la responsabilidad disciplinaria. No es la verdad ontológica¹⁰²,

99 Muy ilustrativo sobre el tema por la profundidad con la que se aborda el tema TARUFFO, La prueba, ob.cit, pp. 45 y ss. Sobre la verdad, certeza y convencimiento ORTIZ RODRÍGUEZ, Alfonso. Lecciones de Derecho Probatorio Penal. Análisis de las pruebas en el nuevo Código de Procedimiento Penal. Impresos Baena Garcés. Medellín. 1987, pp. 41 a 47.

100 TARUFFO, ob.cit, pp. 74 y 75.

101 SAVATER, Fernando. El valor de elegir. Ariel. Barcelona. 2003.

102 La doctrina precisa que el juez, ante las diferentes hipótesis formuladas por las partes, acoge “la más probable”, toda vez que la “historia humana resulta menos gnoseológicamente segura que la natural”; CORDERO, Franco. Procedimiento Penal Tomo II. Temis. Bogotá. 2000, p. 7.

El convencimiento absoluto, esto es, lo que se correspondería con la verdad ontológica que aquí rechazamos, ha sido considerado por la doctrina como no apto para ser utilizado en el proceso judicial: “el concepto de lo *absoluto* no tiene cabida dentro de una línea de pensamiento racional, puesto que toda la fenomenología objetiva y subjetiva se halla sujeta a un permanente movimiento desigual de progreso y retroceso, en el seno del cual nada es estable ni permanente y todo es transitorio y momentáneo ... No se pretende ni la *seguridad absoluta* ni la condición de infalibilidad a que pudiera haber arribado el juez que dice estar *plenamente convencido* o tener *certeza absoluta* acerca de la existencia o inexistencia de un hecho determinado”; LÓPEZ MIRÓ,

esto es, la verdad como “*adecuatio rei et intellectus*”¹⁰³, de la que se ocupa el proceso disciplinario, pues como muy bien lo dice el artículo 372 de la Ley 906 de 2004, la prueba tiene “por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable” respecto de los hechos, tal como se ratifica en el 381 siguiente; fórmula muy arraigada en la más excelsa doctrina de la prueba, toda vez que, ya desde 1834 MITTERMAIER, al tratar de la prueba de indicios como apta para proferir condena, requería que no debía dejar lugar a una duda razonable¹⁰⁴.

La doctrina es consciente de que hasta allí llegan las posibilidades humanas, siendo ya clásica aquella afirmación según la cual “la verdad de hecho es la invención de un mentiroso”¹⁰⁵, por lo que la verdad del proceso penal y del proceso disciplinario tiene que ver con la ocurrencia de unos hechos pretéritos y no sólo carga con la dificultad de toda reconstrucción histórica, sino también con la más difícil de todas: la determinación del suceso interno sufrido por el individuo que ha infringido la norma penal o disciplinaria, en aras de proceder a emitir un juicio que pueda conllevar a un reproche de tal índole.

Pero es lugar común encontrar en el ámbito de la antropología filosófica expresiones tales como que “el hombre se colocó fuera de la naturaleza y la convirtió en objeto de su dominio”¹⁰⁶, expresión que dada su plasticidad enorme pone de presente que la conexión del comportamiento externo con el interno no puede sino entenderse, tanto a nivel teórico y especialmente práctico, como algo insoslayable; así, tal principio se encuentra presente en todo acto humano.

La subjetividad es innegable, dice LLINÁS, incluso en los animales; lo cual, al parecer, está presente también en los niveles más primitivos de la escala animal¹⁰⁷.

Horacio. Probar o sucumbir. Los tres grados del convencimiento judicial y la regla procesal del *onus probandi*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1998, pp. 59 y 60.

103 MUÑOZ CONDE, Francisco. La búsqueda de la verdad en el proceso penal. Hammurabi. Buenos Aires, 2003, p. 107.

104 MITTERMAIER, C.J.A. Tratado de la prueba en materia criminal. Editorial Reus S.A. Madrid. 1979, p. 402.

105 Cfr. NEUMANN, Ulfried. La pretensión de verdad en el Derecho. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2006, p. 13.

106 SCHELER, Max. El puesto del hombre en el cosmos. Alba Editorial. Barcelona. 2000, p. 125. Igualmente se dice que los descubrimientos científicos comportan “un avance ilimitado del dominio humano sobre la naturaleza”, CHILDE, Gordon. Los orígenes de la civilización. Fondo de Cultura Económica. México. 1997, p. 9.

107 LLINÁS, Rodolfo. El cerebro y el mito del yo. Editorial Norma. Bogotá. 2003, p. 131.

Tal constatación en el ámbito de la más moderna neurociencia también es reconocida paladinamente por la antropología filosófica, al afirmarse que en la búsqueda de la comprensión de nuestro ser, subyace “la cuestión de la intención”¹⁰⁸.

La acción del hombre como organismo inteligente es actividad que “efectúa algo en el mundo, introduce un cambio, le otorga finalidad, interviene”, obviamente “a través de actividad previsor, planificada y mancomunada”. El hombre, como ser abierto al mundo, “se guía más por circunstancias previstas y proyectadas que por lo ya presenciado y real”¹⁰⁹, lo cual pone en evidencia su capacidad de abstracción.

La actividad humana, como tal, es algo más rico que la conducta o comportamiento, de allí que, “además de respondiente y operante, la actividad del hombre es pensante. El ser humano no sólo actúa *por causa de*, sino también *en razón de, con vistas a*”¹¹⁰.

La conducta humana exteriorizada no es, pues, algo librado al azar, como tampoco a impulsos ininteligibles o a propósitos ciegos e inexplicables, sino todo lo contrario, es gobierno de la voluntad inteligible.

Así entonces, como afirma SCHELER, la conducta y su forma psíquica esencial “es siempre un objeto susceptible de observación externa y de posible descripción”, algo constatable independientemente de su base fisiológica, habida cuenta que “toda conducta es siempre al mismo tiempo una expresión de estados internos, pues no hay nada intraanímico que no se exprese mediata o inmediatamente en la conducta”, tanto psicológica como fisiológicamente¹¹¹.

Si el hombre es un ser dotado de una enorme “plasticidad y amplitud conductuales”¹¹², pero en cada conducta expresa una vivencia interna motivada y voluntaria que gobierna la disposición externa, resulta conclusión elemental la de entender que el dibujo externo que traza el comportamiento tiene su propia e individual correspondencia interna. Como ser abierto al mundo las conductas del hombre no gozan de un nivel estereotipado rígido, sino complejo por la multiplicidad

108 HAEFFNER, Gerd. Antropología filosófica. Editorial Herder. Barcelona. 1986, p. 187.

109 GEHLEN, Arnold. Antropología filosófica. Del encuentro y descubrimiento del hombre por sí mismo. Paidós. Barcelona. 1993, pp. 39, 64 y 70.

110 GARCÍA GARCÍA, Emilio. Mente y cerebro. Editorial Síntesis. Madrid. 2001, p. 120.

111 SCHELER, ob.cit, pp. 43 y 44.

112 GEHLEN, ob.cit, p. 35.

e infinitud de formas adaptativas, las cuales responden selectivamente a las necesidades que busca satisfacer, ya sean de carácter material o espiritual.

En el hombre “el aspecto interno y el externo se suponen recíprocamente” y por tanto se presenta en la conducta un “ensamble o conjunción de lo proveniente de dentro y de fuera”, como núcleo de su ser¹¹³. Ya LORITE MENA había afirmado que desde la aparición del *homo habilis* las “relaciones entre exterioridad e interioridad se entremezclan continuamente”¹¹⁴.

El ser humano está dotado substancialmente de una duplicidad que caracteriza su subjetividad y que se constituye en su esencia: a) “La trascendencia más allá de lo meramente fáctico mediante el saber y la libertad”; b) “La vinculación del trascender a una determinada corporeidad, situación, etc., superada a la vez que apropiada por ese trascender”¹¹⁵.

Significa lo anterior, en primer lugar, que todo acto humano exteriorizado no tiene sólo dicha representación fáctica, sino que fundamentalmente está precedido de una actividad que integra los centros conscientes de la mente humana, producto de la conjugación, salvo factores internos o externos, excepcionales, que afecten conocimiento y voluntad; todo lo cual implica la precomprensión y comprensión del acto como conducta interna y externa y de la situación que como tal produce al interferir en el mundo físico, psíquico, social y jurídico.

La ciencia moderna entiende que, dado que la mente es “un sistema de conocimientos e inferencias” que permite predecir y modificar el comportamiento, tenemos una “teoría de la mente” y a partir de tal atribución al otro “se interpretan los comportamientos y se actúa más o menos adecuadamente”¹¹⁶:

“Asumir que otro individuo conoce, cree, duda, quiere, desea, engaña, simula, etc., implica atribuir estados que no son directamente observables y que gracias a ellos comprendemos o anticipamos la conducta de otros. Estas inferencias, que se integran en una teoría de la mente, son comunes a todos los adultos normales humanos”.

Si así son las cosas, es obvio que, con los instrumentos apropiados, resulta factible inferir del comportamiento externo aquello que internamente le corresponde.

113 GEHLEN, ob.cit, p. 74.

114 LORITE MENA, José. El animal paradójico. Fundamentos de filosofía antropológica. Alianza Editorial. Madrid. 1982, ob.cit, p. 254.

115 HAEFFNER, ob.cit, p. 186.

116 GARCÍA GARCÍA, ob.cit, pp. 176 y 177.

Pero además, si “un sujeto es un ente que se relaciona consigo mismo al relacionarse con el otro”¹¹⁷, las experiencias humanas son vivencias individuales que adquieren objetividad en los otros, en el grupo, por lo que conocemos e interpretamos el comportamiento de los demás a través de la experiencia.

La experiencia se decanta individualmente y como tal se afirma en cada individuo, pero la tradición y la cultura la potencian exponencialmente, pues entre los seres humanos se transmite un cúmulo de conocimientos y experiencias que cada individuo no ha requerido vivir, incluso no los percibe actual y conscientemente pero están ahí, en su ser, que los hace hijos de su tiempo, pero que también la sociedad los ha objetivado como algo que pertenece al patrimonio común de la humanidad.

Allí tenemos lo que se conoce como la experiencia decantada de la vida¹¹⁸, que al unísono con el conocimiento común social de carácter institucionalizado, obtenido a través de la familia, la religión y el Estado, como también el sentido común y la práctica social localizada, permiten extraer reglas objetivas a través de las cuales no solo se entiende el comportamiento humano, sino que igualmente aprendemos a interpretarlo.

Tal verdad de a puño es indiscutible, pues si así no fuera, no podríamos desenvolvernos en la sociedad, sino bajo el presupuesto del conocimiento personal e individual que tengamos de cada sujeto con el que interaccionamos, lo cual haría inviable la comunicación y por supuesto las respuestas adecuadas.

La ciencia actual ha comprobado tales fenómenos y capacidades del ser humano, expresadas en la teoría de la mente:

“La teoría de la mente nos posibilita entendernos y colaborar, también competir y engañar; expresar y hablar de nuestros estados mentales, pensamientos, deseos y sentimientos; atribuir a los demás estados mentales para anticipar, entender y responder adecuadamente a sus comportamientos y demandas; interactuar eficazmente, compartir experiencias, hablar sobre nosotros mismos y sobre el mundo.

Sin una teoría de la mente el comportamiento de los otros resultaría caótico, sin orden ni concierto, imprevisible, sin sentido. Porque el sentido se deriva, al tiempo, del propio funcionamiento del sistema mentalista, que establece fines e intenciones a las acciones

117 HAEFFNER, ob.cit, p. 36.

118 La doctrina utiliza una expresión similar, aun cuando se nos antoja de menor alcance, pues se refiere a la *experiencia de vida normal*, entendiéndola como aquella que surge del “curso normal y ordinario de las cosas”; LÓPEZ MIRÓ, ob.cit, p. 62.

*humanas; del marco simbólico de las acciones comunicativas; de las interpretaciones culturalmente compartidas del mundo, los objetos, los acontecimientos, las personas y acciones*¹¹⁹.

En este punto, como lo señala GEHLEN, según lo anotamos con anterioridad, podemos encontrar una fecunda retroalimentación entre lo que llama psicología interior y psicología exterior, esto es, entre los enfoques sociológico (o socio-psicológico) y psicológico.

Lo anterior ha sido expuesto por la psicología humanista:

*“La idea de la naturaleza social de los procesos superiores de la mente resultó decisiva. Para resolver el problema de la naturaleza y funcionamiento de la mente se debe salir fuera del organismo y analizar las formas sociales de existencia. Las funciones superiores humanas no pueden explicarse desde categorías biológicas, pero tampoco desde marcos individualistas y subjetivos. Es obligado situarse en la interacción del ser humano con su medio físico e histórico-cultural y abordar las realizaciones que origina tal interacción. Es en esta interacción donde surgen los procesos conscientes superiores y los productos culturales”*¹²⁰.

Aquí tenemos expresado lo que significa dignidad de la persona para la antropología filosófica, sentido captado y aprehendido por el artículo 1 de la Carta Política, dándole carta de naturaleza fundacional, lo que demanda un reconocimiento jurídico¹²¹. Allí se encuentra el fundamento del principio de culpabilidad y por ende de sus manifestaciones de dolo y culpa (artículos 13 del CDU y 5 de la Ley 1123 de 2007).

El constitucionalismo moderno ha precisado que en la adopción del concepto de dignidad de la persona “de lo que se trata es de inferir consecuencias prácticas a partir de la decisión en favor del ser humano como persona libre y moralmente responsable”, puesto que en ella “reside ... la facultad de determinar y configurar responsablemente la propia existencia”¹²². Y ello tiene que ser así, habida cuenta que la dignidad ha sido considerada “como *valor supremo o principio rector supremo*

119 GARCÍA GARCÍA, ob.cit, pp. 206 y 207.

120 GARCÍA GARCÍA, ob.cit, p. 119.

121 GÓNZALEZ PÉREZ, Jesús. La dignidad de la persona. Civitas. Madrid. 1986, p. 94.

122 BENDA Ernesto. “*Dignidad Humana y Derechos de la Personalidad*” en Manual de Derecho Constitucional. Marcial Pons. Madrid. 1996, pp. 123 y 137.

y *fundamentador*¹²³, tratamiento que coincide con el artículo 1º de nuestra Carta Política y con el carácter de norma de normas (artículo 4).

4.3. LA PRUEBA DEL DOLO Y LA CULPA

Para la filosofía la “dimensión objetiva de la acción puede ser descrita desde fuera por cualquier testigo presente allí donde la acción ocurre, mientras que la dimensión subjetiva o mental sólo puede ser conocida (al menos parcialmente) por el sujeto que la protagoniza”¹²⁴.

Dicha dificultad la padecen los jueces penales, pero también los civiles, laborales y administrativos. Piénsese en la acreditación de la figura civil de la simulación, de la laboral del contrato realidad y de la administrativa del desvío de poder¹²⁵.

En todas ellas se enarbola la subjetividad como tema probatorio y tanto la inteligencia como la razón de los jueces son convocadas al reto de la acreditación de elementos de naturaleza subjetiva.

Pero también otros profesionales son llamados a interpretar sucesos externos vinculados con la actividad subjetiva del hombre, tal como sucede con quienes se dedican a la neurociencia y a la antropología filosófica.

Deducir actos internos a partir de la observación del comportamiento exteriorizado es un verdadero reto, muy especialmente cuando el mismo trata de captar la fisiología cerebral. No obstante, la neurociencia no se rinde y avanza en el estudio más complejo sobre la actividad mental del hombre, mostrándose nuestro compatriota RODOLFO LLINÁS como un verdadero y excelso maestro en el manejo de la prueba indiciaria, de allí que hayamos escogido algunos de sus juicios como un propósito válido para ilustrar un problema que por complejo no se convierte en imposible o inaccesible, pues nótese bien cómo, el juicio ilustrado, apunta a la inferencia de una emoción, lo cual es más difícil de determinar que la de una finalidad.

123 ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel. La dignidad de la persona. Universidad de León. 1996, p. 82.

124 SAVATER, El valor de elegir, ob.cit, p. 47.

125 La doctrina señala la necesidad de acudir a la prueba indiciaria cuando se trate de acreditar “las intenciones, el ánimo de fraude, de simulación, de consentimiento tácito”; ROCHA ALVIRA, De la prueba en derecho, ob.cit p. 624. En materia penal ello es evidente en REYES ALVARADO, Yesid. La prueba indiciaria. Ediciones “Reyes Echanda Abogados Ltda.”. Bogotá. 1989, pp. 4 y 5.

También lo hacen los representantes de la antropología filosófica, quienes, por demás, no sólo interpretan la actividad mental de los hombres de carne y hueso, sino también la de quienes en una época lo fueron y hoy de ellos solo tenemos lo último y sus herramientas. La prueba indiciaria también en tal ámbito tiene un soporte necesario e indefectible, a partir de la cual se aprende sobre la subjetividad en el transcurso de la evolución humana:

HAEFFNER afirma que los antropólogos filósofos, al tratar sobre el comportamiento humano, “aprenden a pensar en qué dirección se están moviendo al vivir y al pensar: en unas determinadas condiciones, que no pueden llamar a engaño aunque son contingentes, que determinan internamente su vida y pensamiento”¹²⁶.

El ser humano tiene, como parte de su racionalidad, facultades específicas que permiten captar y entender lo que tiene lugar en la interioridad del otro. BUBER afirma que “experimentamos constantemente lo que podemos saber, lo que debemos hacer y lo que nos cabe esperar”. “Cuando se junta por elección con otro ser humano, llega hasta experimentar en su propia sangre lo que pasa por los adentros del otro”. “En lo recóndito del propio ser, se experimenta lo recóndito del otro ser”¹²⁷.

Con la revolución impuesta al conocimiento por los avances de la genética, un nuevo panorama sobre el tópico estudiado se abre, habida cuenta que la científicidad más rigurosa penetra a la antropología filosófica y a la filosofía misma, pues se constata por la neurociencia que actividades psíquicas como el pensamiento, emociones, valoraciones y el sentido moral del hombre “son hechos cerebrales, susceptibles por lo demás de constatación empírica”, tal como lo afirma el neurofisiólogo JEAN PIERRE CHANGEUX, quien plásticamente describe tal fenómeno como la “*encarnación del espíritu*”¹²⁸.

Desde la neurociencia se afirma que “las emociones o estados emocionales son fenómenos que no existen en el mundo externo, son absolutamente internos y, de no ser por la motricidad, permanecerían completamente ocultos a observadores externos. Solo por la expresión del *patrón de acción fijo* liberado, podemos inferir cuál es la emoción que lo generó”. “Da la impresión de que la abstracción buscara acoplar

126 HAEFFNER, ob.cit, p. 53.

127 BUBER, Martín. ¿Qué es el hombre?. Fondo de Cultura Económica. México. 2002, pp. 16, 19 y 97.

128 Cfr. GONZÁLEZ VALENZUELA, Juliana. Genoma humano y dignidad humana. Anthropos. Barcelona. 2005, p. 77.

lo interno con lo externo”¹²⁹. “El ensamble o conjunción de lo proveniente de dentro y de fuera, llega en el hombre infinitamente hondo, hasta el núcleo de su ser”¹³⁰.

TARUFFO aborda el estudio de la verdad, de la prueba indirecta y de la gran dificultad, a veces imposibilidad, de la acreditación de lo que denomina el *hecho psíquico*.

Identifica un proceder común de la doctrina y la jurisprudencia cuando abordan dichos temas, precisando que se dedican a “elaborar conjuntos de hechos que se consideran sintomáticos de la existencia de determinadas situaciones psicológicas. Esto es, se tiende a tipificar, aunque sea de forma elástica y no vinculante, las circunstancias (especialmente los comportamientos) cuya presencia comporta *normalmente* la de un determinado hecho psíquico”, lo que califica, en sentir del proceder jurisprudencial, como que son recogidos “bajo la premisa de que esos indicios típicos producen con razonable seguridad la determinación del hecho psíquico en cuestión, al que la norma atribuye consecuencias normativas”¹³¹.

Por ello entonces, precisa TARUFFO, “en lugar del hecho psíquico interno el juez conoce solo indicios que encajan en un esquema típico, y sobre la base de ese conocimiento considera subyacente el supuesto de hecho que se trata de determinar”¹³².

Concluye el importante autor:

“Es probablemente más realista pensar que ese hecho psíquico no es en realidad determinado; es más bien sustituido por una constelación de indicios que se consideran típicamente equivalentes al mismo y que representan el verdadero objeto de la determinación probatoria. En resumen, el hecho psíquico interno no existe como objeto de prueba y su definición normativa es sólo una formulación elíptica cuyo significado se reduce a las circunstancias específicas del caso concreto”.

Así entonces, las analogías que permiten construir reglas inferenciales lo que hacen es asociar fenómenos psíquicos que, en circunstancias normales, deben coincidir.

129 LLINÁS, ob.cit, pp. 264 y 275.

130 GEHLEN, ob.cit, p. 74.

131 TARUFFO, ob.cit, pp. 164 y 165.

132 TARUFFO, ob.cit, p. 165.

Por ello si queremos conocer la subjetividad del hombre, no existe “más remedio que deducir los procesos mentales” a partir del examen de “su comportamiento”¹³³.

Compatible con lo anterior, CORDERO afirma plásticamente que “el conocimiento inductivo es un espejo con base empírica, relativamente garantizado por la calidad de las revelaciones, sobre el presupuesto de ... relaciones constantes”, lo cual, incluso, se predica de los hechos humanos y entre estos de la psique”¹³⁴.

MUÑOZ CONDE por su parte dice que “lo que el sujeto realmente sabe o quiere, nadie puede conocerlo, sino todo lo más deducirlo”¹³⁵.

TARUFFO afirma que “existe una posibilidad razonable de individualización del hecho psíquico que la norma considera relevante”, empero, a pesar de no ser fácil, tampoco resulta imposible, sólo que se requiere de una técnica diferente a la utilizada para la demostración de los hechos materiales, toda vez que no es razonablemente posible lograrlo con pruebas directas sino indirectas o inferenciales¹³⁶.

Ya desde hace mucho tiempo se viene sosteniendo que la prueba indirecta circunstancial, esto es el indicio¹³⁷, es la verdaderamente apta para demostrar el estado interior del hombre¹³⁸ y, con *frecuencia*, es la única prueba con que cuenta el proceso penal y el proceso disciplinario, constituyendo “a menudo el único medio” para descubrir el delito y la falta, pero también para la acreditación de la culpabilidad del autor¹³⁹.

Por ello “penetrar en la interioridad de la mente humana y reproducir judicialmente cuanto en ella acontece no es cosa que pueda realizarse, al menos con plausible facilidad, a base de los instrumentos de prueba de que dispone el proceso”,

133 LINTON, Ralph. Estudio del hombre., Fondo de Cultura Económica. Bogotá. 1976, p. 77.

134 CORDERO, ob.cit, p. 25.

135 MUÑOZ CONDE Francisco en la Presentación al libro de Díez RIPOLLÉS, José Luis. Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas. Tirant lo blanch. Valencia. 1990, p. 10.

136 TARUFFO, ob.cit, pp. 160 a 165.

137 Así desde los clásicos como ELLERO, Pietro. De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal. Editorial Reus S.A. Madrid. 1968, pp. 55 y ss.

De hecho, contundentemente, otros afirman que “los indicios, pues, son la única prueba indirecta”; RUBIANES, Carlos. Manual de Derecho Procesal Penal Tomo II. Depalma. Buenos Aires. 1983, p. 400.

138 Así se dice que “los hechos psicológicos no son conocidos sino por medio de los hechos físicos; y el estado de ánimo, por los actos exteriores”. GORPHE FRANCOIS. Apreciación judicial de las pruebas. Bogotá, Temis, 1985, pp. 202 y ss.

139 VISHINSKI, A. La teoría de la prueba. Ediciones Pueblos Unidos. Montevideo, 1950, p. 263.

lo cual de todos modos resulta posible, no obstante, se demanda de “los jueces un elevado razonamiento crítico”¹⁴⁰.

Las demás pruebas como testimonios, pericias, documentos, inspecciones, etc. operan como fuentes de la prueba indiciaria, ya que ésta es la única capaz de penetrar en lo más “íntimo de la psiquis” o en los “más escondidos laberintos de la conciencia”, en orden a la acreditación del “impalpable elemento intencional”; esto es, la accesibilidad a los mismos es de carácter indirecto¹⁴¹.

Pero sin duda alguna, si las enseñanzas y resultados de unas y otras disciplinas los utilizamos convergentemente en el ámbito de la prueba judicial de la culpabilidad¹⁴², no sólo podemos obtener un método que nos suministra un mayor grado de objetividad en la búsqueda de la verdad, si no que neurociencia y antropología filosófica —que por demás se nutre de muchas otras ciencias y disciplinas— servirán como tutores en el control de los juicios de deducción e inferencia, evitando al máximo la filtración siempre posible y muy evocada de criterios meramente personales o intuitivos, no pocas veces caprichosos y arbitrarios, de los jueces penales y disciplinarios encargados de declarar la culpabilidad de un procesado.

Esa apreciación judicial ya no es libre, dependiente de la íntima convicción, puesto que resulta controlable en instancias superiores e incluso en el recurso de casación. Por ello el juez, en el manejo del indicio, debe explicitar sus razonamientos, los cuales deben ir anclados en juicios de inferencia sustentados en el respeto a la lógica, a la experiencia y de los conocimientos científicos¹⁴³.

140 MUÑOZ I. SABATÉ, Lluís. Tratado de probática judicial, Tomo I. J.M. Bosch Editor S.A. Barcelona. 1992, p. 21.

141 GIANTURCO, Vito. Los indicios en el proceso penal. Editorial Presencia Ltda. Bogotá. 1975, pp. 45, 84 y 85.

En cuanto al papel de los medios probatorios respecto al indicio, la jurisprudencia penal colombiana ha dicho que el *hecho indicador* “no ingresa al proceso independientemente, libremente, sino que de manera fatal se vale de un medio de prueba”; Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de casación de febrero 13 de 1995, radicación No. 8653.

142 Se afirma por la más moderna doctrina de la prueba que “es posible recuperar una noción verdad procesal vinculada a las nociones extraprocesales de verdad, precisamente en función de la analogía o de la coincidencia parcial entre los respectivos contextos”, por tanto es viable “considerar aceptables las versiones relativizadas y contextualizadas de la verdad judicial”; TARUFFO, ob.cit, p. 77.

143 IGARTUA SALAVERRIA, Juan. Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal. Tirant lo blanch. Valencia. 1995, pp. 99, 113, 114, 201 y ss.

Demostrar la posibilidad de acreditar la culpabilidad por medio de la prueba de indicios e intentar sistematizar los indicios de acreditación de la culpabilidad, muy a pesar de que en nuestro medio existen excelentes obras que abordan la prueba indiciaria y efectúan importantes clasificaciones de los indicios que importan al proceso penal y al disciplinario¹⁴⁴, las mismas siempre están referidas a los llamados indicios de autoría y/o participación, entre los cuales se mezclan los de culpabilidad, apareciendo como necesario su deslinde.

Dicha tarea podemos abordarla a partir del reconocimiento de las dos fundamentales esferas de lo subjetivo humano descritas por HAEFFNER como lo corpóreo-psíquico, por un lado, y lo psíquico espiritual, por el otro, lo cual coincide, respectivamente, con las llamadas *conciencia técnico-práctica* y *ético-práctica* formuladas por él mismo, donde queda dimensionado el hombre como ser psicológico y ser espiritual según SCHELER, por lo que debemos atenernos a ello cuando se trate de aprehender en nuestra dogmática al principio de culpabilidad y especialmente cuando se trate de llevarlo a la praxis judicial.

Para la afirmación de la culpabilidad deben quedar constatados indicios que conciernen a la demostración de la conciencia técnico-práctica¹⁴⁵ y a los cuales nos referiremos como indicios de aptitud y actitud, como también, por otro lado, pero en singular convergencia, la constatación de indicios que conciernen a la demostración de la conciencia ético-práctica y a los cuales llamaremos indicios de comprensión valorativa.

144 Solo por mencionar algunas tenemos: IRRAGORI DÍEZ, Benjamín. Curso de pruebas penales. Temis. Bogotá. 1983, pp. 58 y 59; ORTIZ RODRÍGUEZ, ob.cit, pp. 210 y ss; ARENAS SALAZAR, Jorge. Crítica del indicio en materia penal. Temis. Bogotá. 1988, pp. 67 y ss; REYES ALVARADOYESID. La prueba indiciaria. Bogotá, Ediciones "Reyes Echandía Abogados Ltda.", 1989, pp. 244 y ss y PARRA QUIJANO, Jairo. "Indicios y presunciones" en *Tratado de la Prueba Judicial Tomo IV*. Librería del Profesional. Bogotá. 1990, pp. 49 y ss.

145 "El comportamiento del hombre no es mero reflejo, reacción o respuesta, sino acción, propuesta y actividad. El ser humano no sólo responde a los estímulos del medio, sino que actúa sobre ellos, los transforma, y en este proceso de transformación resultan imprescindibles las mediaciones (instrumentos y signos). Para la construcción del medio externo (físico y sociocultural) y también del medio interno (conciencia y subjetividad) son necesarias herramientas y signos. Gracias a ellos producimos, transformamos, regulamos el medio natural, social y la propia actividad del sujeto ... La conducta humana es una actividad, o de otro modo, un proceso de transformación del medio y de sí mismo valiéndose de herramientas y signos"; se habla así de instrumentos psicológicos (*sistema de signos y lenguaje*) e instrumentos de trabajo para dominar las fuerzas de la naturaleza (*herramientas*), lo que comprende la *actividad práctica-instrumental* como tarea central de lo humano; GARCÍA GARCÍA, ob.cit, pp. 120 y 121.

4.4. CONSTELACIÓN DE INDICIOS DE APTITUD Y ACTITUD

4.4.1. Indicios de actitud

Muy a pesar de que este tema concierne a la capacidad de culpabilidad, que en Derecho Disciplinario se da casi por cumplida, pues la imputabilidad es requisito para infringir el deber, es menester de todos modos comprender su esencia.

La libertad de la voluntad debe afirmarse, en principio y darse por sentada, en la gran mayoría de comportamientos humanos, habida cuenta que “la idea de una actuación, que procede de la decisión libre, puede referirse o no, aquí y ahora, a esa determinada actuación”, salvo que intervengan en concreto situaciones o hechos que refieran en el individuo alguna patología psíquica o mental —*contradicción entre término y asentimiento*¹⁴⁶. Súmase a las anteriores las patologías fisiológicas.

Según LLINÁS, la naturaleza de la mente humana está configurada como consecuencia del “perenne mecanismo de ensayo y error”. Se ha de entender como un estado funcional del cerebro, esto es, como “un instrumento que implementa las interacciones predictivas y/o intencionales entre un organismo vivo y su medio ambiente”¹⁴⁷.

Se ha demostrado en el proceso que el sujeto goza de una fisiología cerebral normal y que además es imputable, puesto que no ha padecido permanente ni transitoriamente ninguna patología psicológica o mental, como tampoco tiene una formación cultural que lo ponga al margen de lo que se entiende como forma de vida ordinaria en una sociedad regida por la comprensión de leyes tan básicas como las de causa y efecto.

El actuar, según SAVATER, requiere sin duda conocimiento, obviamente “para saber hasta donde sea posible cómo están las cosas y cuál es su naturaleza”. Pero también imaginación “para diseñar virtualmente los proyectos compatibles con tal naturaleza que puedan llevarnos a realizar nuestros distintos y a menudo contrapuestos ideales prácticos”. Conjugando adecuadamente los anteriores se toma la decisión¹⁴⁸.

146 HAEFFNER, ob.cit, p. 164.

147 LLINÁS, ob.cit, pp. XV y 4.

148 SAVATER, El valor de elegir, ob.cit, p. 35.

Para la actividad humana resulta esencial la motricidad, propiedad biológica resultado de la fisiología del sistema nervioso, que instrumenta y expresa un “movimiento activo dirigido”¹⁴⁹.

Si como desde hace mucho tiempo se afirmaba, aún de manera imprecisa, que “no puede haber actividad mental sin que exista cierta clase de actividad muscular”¹⁵⁰ y hoy se ha constatado que los organismos complejos, pero especialmente el humano, están organizados de tal forma que los impulsos que originan la actividad motora “tienen que ser ordenados y dirigidos a fin de que produzcan la reacción de mayor provecho para la totalidad del organismo”¹⁵¹, el funcionamiento de la actividad mental y su traducción en comportamiento exterior no es un producto vacío.

ARISTÓTELES, que cifraba el fin de toda actividad humana racional en la felicidad, decía que, para la búsqueda de esta “yerro muy grande sería encomendar al azar lo más grande y lo más bello”¹⁵².

Resulta esencial en la concepción del hombre una integración vital entre cerebro y cuerpo, especialmente la mano¹⁵³, entre los que existe lo que se ha denominado “un centro de integración relacional”, originándose una actitud no apreciable en los animales. Tal integración moldea un “recorrido con realizaciones objetivas” que dota a lo que se hace de un “significado humano”, dada su integración coherente como “totalidad significativa”¹⁵⁴.

La conducta inteligente está marcada por “una suerte de *selección y ajuste*, condicionada por el fin impulsivo, de *relaciones objetivas* de elementos del entorno percibidos aisladamente”. Allí, entre los elementos del entorno, aparece la experiencia respecto de la causalidad (causa-efecto), que resulta inherente a la “actividad impulsiva” y como tal “coincide plenamente con su ser medio para”¹⁵⁵. “El ser humano, desde su imprecisión, comete constantes errores pero aprende de ellos y va corrigiendo permanentemente sus derroteros vitales”, dice SAVATER¹⁵⁶.

149 LLINÁS, ob.cit, p. 17.

150 LINTON, ob.cit, pp. 76 y 77.

151 LINTON, ob.cit, p. 74.

152 ARISTÓTELES. *Ética nicomaquea*. Ediciones Universales. Bogotá, 1987, p. 22.

153 “Es la cooperación perfectamente ajustada, aunque inconsciente, de la mano y el ojo, lo que permite al hombre hacer instrumentos”; CHILDE, ob.cit, p. 38.

154 LORITE MENA, ob.cit, pp. 212, 214 y 215.

155 SCHELER, ob.cit, pp.61 y 64.

156 SAVATER, *El valor de elegir*, ob.cit, p. 25.

Si en la formación de la personalidad del individuo intervienen su experiencia y sus cualidades constitucionales, en un todo integrado de carácter funcional ajustado mutuamente¹⁵⁷, es de esperarse, con razonable objetividad, que también así ha ocurrido en el concreto evento, de no presentarse algún fenómeno extraordinario que explique lo contrario.

SÓCRATES definía al hombre como “aquel ser que, si se le hace una pregunta racional, puede dar una respuesta racional”, lo cual involucra por sí mismo “su conocimiento” y por tanto su cualidad de ser responsable¹⁵⁸.

ARISTÓTELES captaba este fenómeno a la perfección cuando afirmaba que “los deseos de los incontinentes van en sentido contrario a la razón”, por el contrario, la del hombre *continente* van en sentido configurado por la razón¹⁵⁹.

Los científicos RAMÓN y CAJAL desde hace mucho tiempo afirmaron que “el hombre si tiene bien organizado el cerebro, obra bien y si el cerebro está mal organizado, yerra”¹⁶⁰.

Por ello “nuestro sistema cognitivo es un elemento de la realidad que ha recibido su forma actual mediante el acuerdo con las cosas reales y su adaptación a ellas. En este supuesto estriba la convicción de que todo cuanto nos comunica nuestro sistema cognitivo sobre la realidad externa, en condiciones normales, responde a algo real”, dotación de la evolución humana que ha configurado, a partir de un diseño estructural y funcional, al cerebro “con las capacidades para captar la información relevante en orden a la satisfacción de las necesidades y la adaptación al medio”¹⁶¹.

Significa lo anterior que el hombre procede así en todo momento y lugar, salvo que se presenten situaciones excepcionales que excluyan dicho entendimiento, lo cual se presenta cuando se diagnostica al sujeto como inimputable.

Lo anterior es producto de entender el lado negativo de la predisposición del ser humano y la necesidad de su “sistema cerebral de poner coherencia y sentido a los actos. Se trata de una exigencia específicamente humana sobre la que se construye la propia subjetividad, el sentido de la autonomía y la libertad”¹⁶².

157 LINTON, ob.cit, p. 449.

158 CASSIRER, Ernst. Antropología filosófica. Fondo de Cultura Económica. México. 1997, p. 21.

159 ARISTÓTELES, ob.cit, p. 30.

160 Citado por GARCÍA GARCÍA, ob.cit, p. 34.

161 GARCÍA GARCÍA, ob.cit, p. 39.

162 GARCÍA GARCÍA, ob.cit, p. 155.

4.4.2. Indicios de actitud

Dan cuenta estos, muy especialmente, de la “conciencia técnico-práctica” en su faceta dinámica-concreta, entendida como aquella en la que “se da la percepción de las circunstancias de cara a una meta, así como de los medios y caminos para su realización: se capta una situación y uno se entiende a sí mismo de cara a una actuación que conduce a la meta deseada”. La misma se amplía con un saber o varios de todo tipo como la experiencia de la vida, formación en un oficio o en la dirección de hombres, ciencias técnicas¹⁶³.

El hombre solo puede planear y anticipar situaciones futuras a partir del conocimiento que tiene de los fenómenos. De allí también deriva la capacidad para prever y prepararse para los sucesos futuros, base de la prudencia y providencia del actuar¹⁶⁴.

La libertad de la voluntad, ya de manera específica, debe afirmarse allí donde no hayan intervenido en concreto situaciones o hechos que la violenten o engañen en la valoración de las actuaciones propias o ajenas, lo que se denomina certeza práctica¹⁶⁵.

De conformidad con los hechos en concreto investigados, vistos integralmente, esto es, también desde una perspectiva temporal anterior, concomitante y posterior a la conducta enjuiciada, puesto que la mente, según LLINÁS, “evoluciona para dirigir las interacciones de un organismo vivo con su entorno” y las imágenes internas solo pueden “exteriorizarse mediante el movimiento”¹⁶⁶, se tiene que para afirmar la debida relación acto interno comportamiento externo deben estar presentes indicios que así lo acrediten.

Planteamos a continuación la siguiente subconstelación de indicios de actitud

- a) Indicios de la correspondencia actuación interna-comportamiento externo derivados del conocimiento del objeto.

Según HAEFFNER “el concepto de finalidad actúa como principio de la unidad de un objeto”¹⁶⁷, esto es, se quiere aquello hacia lo cual va dirigido el comportamiento,

163 HAEFFNER, ob.cit, p. 145.

164 CASSIRER, ob.cit, pp. 88 y 89.

165 HAEFFNER, ob.cit, p. 164.

166 LLINÁS, ob.cit, pp. 4 y 68.

167 HAEFFNER, ob.cit, p. 32

de tal manera que, por virtud de un proceso inverso de reconstrucción, podemos inferir del conocimiento lo que se quería.

Lo anterior es obvio, puesto que “el conocimiento ambicionado y el objeto que se muestra forman una sola cosa; lo cual supone ontológicamente que yo, como ser que conoce actu, llego a identificarme con la cosa”. Contrario a lo que sucede con el animal, en el que “la estructura preprogramada de su comportamiento” lo hace presa de su medio ambiente, en el hombre surge “la idea de una vida con sentido”. Los hombres estamos “vinculados a una vida con sentido”¹⁶⁸.

Cuando el sujeto conoce surge el dolo. Cuando no conoce, pero ello es atribuido a alguna de las formas de imprudencia, surge la culpa toda vez que existe cognoscibilidad como posibilidad de conocer.

Los estudiosos del tema han reconducido dichos conocimientos a una regla general que enseña que no se puede querer lo que no se conoce (Nihil volitum nisi praecognitum).

Magistralmente la jurisprudencia penal ha reconocido esta verdad proveniente de la antropología filosófica:

“... quien exterioriza un determinado propósito, que además es congruente con la realidad objetiva, es porque lo tuvo, y de acuerdo con esta regla, le debe ser atribuido.

Ciertamente que puede darse la eventualidad de que alguien exteriorice en perjuicio propio un propósito que no tuvo, pero mientras tal divergencia entre lo interno y lo exteriorizado no se observe en otros datos palpables que posibiliten variaciones en la imputación, la vigencia de la regla permanece inalterada”¹⁶⁹.

Los indicios pueden ser de diferente orden temporal, esto es, anteriores, concomitantes y posteriores, vinculados obviamente con el sujeto y el rol específico que desempeña, como también de las calidades del objeto.

De allí que, constituya lugar común, la afirmación que señala que “quien se representa con certeza que con su conducta va a producir de manera necesaria determinadas consecuencias de algún modo también las quiere”; pero también puede entenderse que existe dolo cuando el sujeto se ha representado en grado de

168 HAEFFNER, ob.cit, pp. 30, 31, 140 y 180.

169 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de febrero 4 de 2004, radicación 21.050.

probabilidad la producción de un resultado, esto es, ha “actuado con consciencia de estar creando un riesgo elevado de realización del tipo penal”¹⁷⁰.

El hecho humano tiene características muy propias, toda vez que, como afirma LORITE MENA, la instrucción y por ende la cultura, entendidas como la transmisión no genética de “*unas formas precisas de hacer disponibles las cosas*”, implica “una constancia intencional y colectiva”, que genera una “progresión del mundo objetivo” y determina nuestra actitud vital¹⁷¹.

El hombre dotado de los atributos de la experiencia y la anticipación imaginaria “es capaz de un conocimiento y afirmación de lo que es bueno en sí”, allí radica el *núcleo de su libertad*¹⁷², por tanto cuando todo indica que existe una conexión consciente entre el objeto conocido y lo realizado externamente, es porque esto se quiso. Lo anterior se potencia si va ligado a conocimientos especiales, sin los cuales “sería impensable que pudiera reunir tales características”¹⁷³.

La experiencia y los conocimientos especiales adquieren una importancia significativa en este punto, pues la primera es tan decisiva en la conformación del desarrollo humano, que incide definitivamente en el funcionamiento de las neuronas corticales¹⁷⁴; y los conocimientos y habilidades especiales predisponen al sujeto para conocer aquello relacionado con su especialidad.

Allí tenemos un indicio relevantemente significativo para afirmar el dolo. El dolo tiene que ver con lo conocido y la culpa con lo conocible.

Los datos fácticos se infiere que son conocidos cuando las propiedades del instrumento comunicante tiene tales características que no puede soslayarse su apreciación o percepción por un sujeto, tal como ocurre, según MUÑOZ I SABATÉ¹⁷⁵ con:

-La magnitud, expresión en la cual se engloba “todos aquellos determinantes externos derivados del tamaño, intensidad, color o movimiento de un objeto y que le dan ventaja para estimular la atención” y por ende obtener una mayor fijación;

170 Da cuenta de esta opinión, de un muy importante sector doctrinal, RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. El dolo y su prueba en el proceso penal. J.M. Bosch Editor. Barcelona. 1999, pp. 46 y 49.

171 LORITE MENA, ob.cit, pp. 228, 230 y 237.

172 HAEFFNER, ob.cit, p. 174.

173 En cuanto al contenido de los conocimientos especiales RAGUÉS I VALLÈS, ob.cit, p. 429.

174 GONZÁLEZ VALENZUELA, ob.cit, p. 97.

175 MUÑOZ I SABATÉ, Lluís. Tratado de probática judicial, Tomo I. J.M. Bosch Editor S.A. Barcelona. 1992, pp. 51 y ss.

-La affectio, o relaciones de índole familiar, amistad, negocios, laborales, etc., que facilitan la apertura comunicativa, toda vez que se constituyen en "una comunidad de intereses donde el conocimiento del hecho ya no es ocasional, sino motivado";

-La vicinitas o proximidad, lo que indica que, dada una determinada cercanía, no es posible ignorar un hecho sucedido dentro de dicho entorno;

-La contigueta o inmediatez del receptor al objeto, lo cual "permite inferir, en circunstancias normales su percepción por aquél";

-Y otros como la publicidad, hábito, tiempo, móvil, alertas, noticia, etc.

Muy significativas también resultan las reglas expuestas por RAGUÉS I VALLÈS¹⁷⁶ en torno al tema:

-“Si se acredita que con anterioridad a la realización de un comportamiento típico, a su autor le han sido transmitidos determinados conocimientos, éste sigue contando con ellos en el momento posterior en que efectivamente lleva a cabo dicho comportamiento”;

-“Una transmisión previa de conocimientos es apta para la imputación de tales conocimientos en el momento posterior de realización del comportamiento típico cuando la importancia de los conocimientos que han sido transmitidos excluye, desde un punto de vista social, la posibilidad de su olvido”;

-“Deben imputarse al sujeto los conocimientos exteriorizados con anterioridad al momento de realización del hecho objetivamente típico, cuando la entidad de tales conocimientos, o el breve intervalo de tiempo transcurrido entre exteriorización y realización del hecho, no hagan pensable que se haya podido dejar de contar con ellos”; y,

-“Los conocimientos exteriorizados por el sujeto durante la realización del hecho típico deben serle imputados”.

Las exteriorizaciones pueden ser explícitas y por actos concluyentes. De todos modos, cuando las mismas puedan interpretarse como una respuesta patológica, aconseja el connotado autor, deben ser rechazadas.

Cuando se trata de faltas que describen resultados, se presenta la necesidad de que al correcto conocimiento de la aptitud lesiva de la conducta en abstracto debe sumársele lo que denomina correcto conocimiento situacional, esto es, el juicio de concreta aptitud lesiva, donde los conocimientos generales queden

¹⁷⁶ RAGUÉS I VALLÈS, ob.cit, pp. 403 y ss.

debidamente integrados con los relacionados con la situación concreta. Para ello, resulta imprescindible entender, que al sujeto, en poder de los conocimientos ya mencionados, no le es dable que “haya dejado de realizar una determinada valoración o reflexión vinculada con la concreta aptitud lesiva, es decir, la concurrencia en su conducta de “circunstancias objetivas” que la hacen “apta para causar el resultado lesivo”, pues si falta esto podríamos estar ante una “realización imprudente”¹⁷⁷.

Podría afirmarse que sólo en el dolo se da una plena correspondencia entre los ciclos funcionales corpóreo-psíquico y psíquico-espiritual, habida cuenta que, si se produce un desfase entre ellos, de acuerdo a la extensión e intensidad, nos encontraremos ante formas de imputación subjetiva menos censurables, en el caso disciplinario ante la culpa.

La confianza en poder evitar un resultado sin más, no se traduce en la consideración de una conducta imprudente, puesto que, como lo establece la doctrina, se han introducido límites objetivos exigiendo que la misma debe ser considerada racional en orden a producir dicho efecto, toda vez que “meras esperanzas intrascendentes” ubican a la conducta en el ámbito del dolo eventual. Aquí se refleja en la conducta del sujeto una indiferencia hacia el bien jurídico o ante el deber funcional, muy a pesar de conocer la probabilidad o posibilidad de ocurrencia típica¹⁷⁸.

Lo anterior tiene anclaje en el atributo esencial del ser humano, consistente en que el conocimiento de éste no sólo se funda en realidades y experiencias, sino que, por virtud de la cultura, de la intersubjetividad, también, con ellas, en “posibilidades”: “La lectura humana de la realidad la percibe no sólo en lo que es, sino en lo que puede ser; ve las cosas en acto y a la vez en potencia”¹⁷⁹.

Respecto de la culpa se tiene que no es posible afirmar una total previsibilidad, como tampoco una falta total de previsibilidad. Lo cierto es que sí se puede afirmar una “amplia previsibilidad”¹⁸⁰.

177 RAGUÉS I VALLÈS, ob.cit, pp. 443 y ss.

178 RAGUÉS I VALLÈS, ob.cit, pp. 106 y 114.

179 GONZÁLEZ VALENZUELA, ob.cit, p. 99.

180 HAEFFNER, ob.cit, p. 172. En no pocas ocasiones se actúa “a partir de probabilidades y certezas cuestionables”, lo cual no anula la voluntad pero la condiciona de manera importante, afirma SAVATER, ob.cit, pp. 37 y 39.

Los conocimientos del sujeto, en el ámbito del ciudadano medio, contrastados con la ocurrencia en concreto de unos hechos y sus condiciones de modo, tiempo y lugar nos indicarán si el resultado le era particularmente previsible.

- b) Indicio del móvil para llevar a cabo el comportamiento derivado de estados emotivos del sujeto.

Las emociones, para LLINÁS, “representan la plataforma premotora que impulsa o que frena la mayoría de nuestras acciones”. Así, “bajo circunstancias normales, los estados emocionales son disparadores de la acción y de su contexto interno”¹⁸¹.

ARISTÓTELES, según SÁVATER, postuló la idea de que para hacer inteligible nuestras decisiones “hay que partir siempre de algún deseo humano”¹⁸².

ELLERO afirmaba contundentemente que “*el hombre no se determina a realizar acción alguna sin un motivo*”, lo cual calificó de principio inconcuso¹⁸³. De los signos somáticos externos es preciso inferir “reacciones emotivas internas”¹⁸⁴.

Son factores típicamente motivacionales. Como por ejemplo, en la simulación, la necesidad o el afecto según MUÑOZ I SABATÉ¹⁸⁵.

Por su naturaleza y efectos sólo pueden ser anteriores o concomitantes a la conducta enjuiciada. Empero, pueden aparecer explicitados con posterioridad a la conducta, en el mismo o en diferente escenario donde ella se realizó, como manifestaciones actuales o verbales.

De todos modos, y esto vale para los consiguientes indicios, debe procederse con suma cautela, habida cuenta que, como recomiendan los expertos, si bien de las disposiciones particulares del individuo “se infieren de acuerdo con sus manifestaciones internas”, no es menos cierto que “si hay algunas acciones o emociones que pueden resultar reveladoras, hay muchas equívocas o carentes de significación definida”¹⁸⁶.

181 LLINÁS, ob.cit, pp. 182 y 183. Para la prueba indiciaria resulta pertinente GORPHE, ob.cit, pp. 269.

182 SÁVATER, El valor de elegir, ob.cit, p. 51.

183 ELLERO, ob.cit, pp. 76 y ss.

184 GIANTURCO, ob.cit, p. 89.

185 MUÑOZ I SABATÉ, ob.cit, p. 363 y ss.

186 GORPHE, ob.cit, p. 233.

- c) Indicios de los trazos objetivos del comportamiento, por su forma de manifestarse y la incidencia sobre el objeto en que recae, de los cuales se puede inferir su correspondencia interna.

Los fenómenos antropológicos se definen por una orientación marcada por el concepto de subjetividad y, en consecuencia, “el fenómeno de la corporeidad constituye una parte decisiva de la interpretación de la subjetividad”¹⁸⁷.

Las predicciones y la intencionalidad “*tienen metas*”, en tanto no tendrían un “marco de referencia”, lo que enseña que un movimiento sin objetivo no es posible por inútil o peligroso: el “destino o meta del movimiento debe definirse con precisión, o sea que lo intentado se haga en relación con las propiedades del objetivo”, habida cuenta que la intencionalidad “es el detalle premotor del deseo de obtener un resultado mediante un movimiento que exprese cierto estado emocional”. Aparece así la intencionalidad “como una manifestación motora de lo que está sucediendo en nuestra cabeza”¹⁸⁸ y puede hablarse, en consecuencia, como lo hace la antropología filosófica, de “una precisión global del gesto” y por ende “un condicionamiento de lo mental sobre lo manual”¹⁸⁹.

En la llamada “atención intencionada” se tiene que “se anticipan a modo de tentativa, mediante ciertos condicionamientos, aquello que posiblemente se muestra en el objeto”¹⁹⁰.

De manera más plástica RUFFIÉ manifiesta que la forma en que viene prefigurada cerebralmente la utilización de la mano, mediando en ello la vista, origina como característica esencial del hombre los “*movimientos precisos*” y la “*perfección del gesto*”. Esto origina una ejecución eficaz de la actividad, caracterizada por “gestos voluntarios muy complejos y trabajos muy minuciosos”:

*“... la utilización de la herramienta necesita del mismo mecanismo psicológico que la palabra (fonética gestual). Supone el mismo equipamiento cerebral. La herramienta es una verdadera unidad semántica, es decir, un sustrato material portador de un significado”*¹⁹¹
(Resaltado fuera de texto).

187 HAEFFNER, ob.cit, p. 107. Desde antaño ya se decía que “el cuerpo es el espejo del alma” y “tan íntimo es su concurso y recíproca su influencia, que no pocas veces léanse en aquél las pasiones y lucubraciones de ésta”; ELLERO, ob.cit, p. 71.

188 LLINÁS, ob.cit, p. 264.

189 LORITE MENA, ob.cit, pp.246 y 250.

190 HAEFFNER, ob.cit, p. 141.

191 RUFFIÉ, Jacques. De la biología a la cultura. Muchnik Editores. Barcelona. 1982, pp. 166, 202,

Ya desde hace bastante tiempo GIANTURCO afirmaba que de la actitud, del comportamiento y, en fin, del “modo de hacer”, se infiere lo correspondiente a la interioridad¹⁹².

Por vía ejemplificativa podríamos señalar una subconstelación de indicios pertenecientes a este sector¹⁹³:

-La forma en que se ejecuta el comportamiento desde perspectivas intensiva¹⁹⁴ y extensiva.

-La aptitud de los instrumentos y su utilización medial para el logro de un fin, esto es, la idoneidad del comportamiento. Desde ARISTÓTELES se afirmaba que los instrumentos son elegidos de conformidad con los fines: “El deseo, en suma, mira sobre todo al fin de la acción, mientras que la elección, por su parte, a los medios”¹⁹⁵.

-La complejidad o la implementación de varios actos para obtener un logro, así como también las circunstancias espacio-temporales de realización.

-La repetición del mismo acto o actos semejantes. De manera clara así lo tiene establecido la jurisprudencia cuando dice que “la reiteración de la conducta es índice de una gran intensidad del dolo”¹⁹⁶.

-La dirección que se imprime teniendo en cuenta la vulnerabilidad del objeto.

-El actuar acompasadamente con otros. Ya se vio como un actuar mancomunado es reflejo exacto de finalidad y por tanto de confluencia de propósitos entre sujetos.

-Al sujeto que tras el hecho exterioriza su disconformidad con éste no le debe ser imputada, sin más, la consciencia de su potencialidad lesiva¹⁹⁷.

203 y 270.

192 GIANTURCO, ob.cit, p. 89.

193 Se pregona la necesidad de que tanto doctrina como jurisprudencia dirijan sus esfuerzos a seleccionar aquellas conductas que, respecto de determinadas modalidades delictivas, deben considerarse *especialmente aptas* para la producción de ciertos resultados”; RAGUÉS I VALLÈS, ob.cit, p. 475.

194 Se dice que cuando el atractivo de un “comportamiento resida precisamente en la creación de un riesgo, es decir cuando el sujeto activo haya llevado a cabo una conducta cuya única razón de ser sea la creación de del riesgo que tal conducta implica”, debe atribuírsele el conocimiento de dicha situación; RAGUÉS I VALLÈS, ob.cit, p. 479.

195 ARISTÓTELES, ob.cit, pp. 15 y 55.

196 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de marzo 25 de 2004, radicación No 18.654.

197 Así, aunque es enfático en afirmarlo, RAGUÉS I VALLÈS, ob.cit, p. 503.

Son, entre muchas situaciones y circunstancias, fiel reflejo de la correspondencia de lo externo con lo interno.

En fin, pues, la intencionalidad “se reconstruye o constata a través de las exteriorizaciones puestas de manifiesto” por la conducta¹⁹⁸, obviamente, bajo la lupa de la praxis social-jurídica.

Son, por su naturaleza, anteriores, concomitantes y posteriores a la conducta enjuiciada¹⁹⁹.

- d) Indicios de reflexividad, esto es, derivados de la reflexión, lo cual demanda un “procedimiento con el cual el pensamiento vuelve sobre si mismo y sus operaciones”²⁰⁰, lo que evidencia una actividad planificada y dirigida. Esa reflexión, entendida como capacidad de “destacar de toda la masa indiscriminada del curso de los fenómenos sensibles fluyentes ciertos elementos fijos, al efecto de aislarlos y concentrar la atención sobre ellos”, está conectada en relación de dependencia con el pensamiento simbólico, pues en éste radica “una parte del mundo humano del sentido”²⁰¹.

Son, por su naturaleza, anteriores, concomitantes y posteriores a la conducta enjuiciada.

4.5. CONSTELACIÓN DE INDICIOS DE COMPRENSIÓN VALORATIVA

La conciencia “ético-práctica”, la cual se acredita mediante los llamados indicios de comprensión valorativa, trata de la “captación de unas metas posibles, y en sí valiosas, de mi actuación. Su forma fundamental es la conciencia que prohíbe, ordena e invita”²⁰², afirma HAEFFNER. También da cuenta de la libertad como “la facultad principal de decidirse por una determinada conducta (posible para mí y vivida como algo congruente) o por su omisión respecto de esta o de aquella otra conducta, desde lo ilimitado de la *conciencia axiológica*”²⁰³(Resaltado fuera de texto).

198 MUÑOZ I SABATÉ, ob.cit, p. 137.

199 Tal clasificación, temporal y circunstancialmente comprendida, ya en MITTERMAIER; ob.cit, pp. 373 y ss.

200 FLORIÁN, Víctor. Diccionario de filosofía. Panamericana. Bogotá. 2002, p. 193.

201 CASSIRER, p. 57, 68 y 70. Así también RUFFIÉ, ob.cit, p. 380

202 HAEFFNER, ob.cit, p. 145.

203 HAEFFNER, ob.cit, pp. 158 y 159.

Aquí es donde encontramos en su máxima expresión la capacidad específica que tiene el hombre para “separar *esencia y existencia*” (capacidad de abstracción), lo cual se constituye en la nota esencial del espíritu humano, sede de la razón, “en tanto que aptitud y capacidad de producir y configurar nuevas formas de pensar, amar y valorar”. Aquí se produce lo que se conoce como acto de *desrealización*²⁰⁴.

La expresión desrealización nos conecta con la idea de separación de lo físico y de lo puramente psicológico, para asentarnos en un ámbito pleno de valoración.

El acto de desrealización, cuando supera la dinámica de la finalidad y muy especialmente de la representación del curso de los acontecimientos, se constituye en la actividad más pura del espíritu.

Si ello es así, resulta obvio que aquí el objeto de la prueba o *thema probandi* no es de la misma naturaleza que aquellos a los cuales se refieren los indicios de aptitud y actitud, pues cuando nos encontramos en un campo esencialmente valorativo no resulta pertinente “*acreditar una verdad*”.

No se puede por incompatible, como dice ALEXI, pretender aplicar en el ámbito de la razón práctica, cuando tratamos de la conducta humana, de las normas y de los valores, “los mismos métodos de las ciencias exactas”; si el derecho se mueve en el “campo de la argumentación”, donde se trabaja con lo “verosímil, lo plausible y lo probable”, encuentra una oposición a la forma de operar clásica, fundada en la “*demonstración y la lógica formal*”²⁰⁵.

El establecimiento de lo jurídico o antijurídico es de enorme complejidad, no se puede en tal ámbito hablar de lo falso o verdadero, pues la naturaleza de la cosa no lo permite. Pero tampoco, como lo señala la mejor doctrina, puede darse rienda suelta por parte del operador jurídico a sus convicciones morales, sino que imperan “las razones morales relevantes, o sea la búsqueda de un criterio correcto fundado en convicciones extendidas o generales”²⁰⁶.

El conocimiento de lo jurídico, por lo mismo de lo antijurídico o ilícito, es algo no sujeto al concepto de verdad. Por tanto los criterios no se fundan en lo que fue, es o será, sino en lo comprensiblemente adecuado al criterio que se tiene en la comunidad jurídica de lo justo o injusto, esto es, de lo lícito o ilícito.

204 SCHELER, ob.cit, pp. 82, 86 y 87.

205 ALEXI, Robert. Teoría del discurso y derechos humanos. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1995, p. 23 y 24.

206 ALEXI, ob.cit, p. 32.

Si lo justo o injusto, esencia del derecho, no puede ser entendido en términos de verdad o falsedad, de la comprensión que el sujeto tenga de ellos, tampoco es factible predicarlo y mucho menos demostrarlo conforme a una postura tradicional.

Allí estriba la necesidad de atender con mayor rigurosidad criterios objetivos de corrección y ponderación en la evaluación de los indicios de comprensión valorativa.

Por tanto entonces, aquí como en ningún otro sector, operan criterios de atribución o adscripción en los términos utilizados por RAGUÉS IVALLÈS cuando se trata de la constatación del dolo cognitivamente comprendido. Es decir, para afirmar que un sujeto tuvo conciencia actual o actualizable de lo injusto se requiere por el juez adscribirle o atribuirle a dicho sujeto unos modelos de comprensión objetiva de lo que como tal entiende la comunidad jurídica, del significado social de su acto y la forma como lo concibe ésta, de cuyos rasgos se desprenda que su valoración jurídica es incompatible con ella y así lo entendió o estuvo en capacidad de entenderlo el imputado.

La filosofía de corte antropológico postula que la “posibilidad del ser humano sólo se realiza efectivamente por medio de los demás”, aquí juega la intención decididamente pedagógica del ser humano, lo que se logra a través de los estímulos de placer y dolor. En consecuencia, “del comercio intersubjetivo con lo semejantes aprendemos significados. Y también todo el debate y la negociación interpersonal que establece la vigencia siempre movidiza de los significados”, lo que nos mueve del simple “*procesamiento de información*” a la “*comprensión de significados*”, entendiendo por significado aquello “que yo no puede inventar, adquirir ni sostener en aislamiento sino que depende de la mente de los otros”²⁰⁷.

Así lo establece el Código Penal cuando señala, tratándose del mínimo exigido para formular el juicio de reproche, que “para *estimar* cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta” (artículo 32 numeral 11 inciso 2°), formulada aplicable al Código Disciplinario que, como se vio en el Segundo Módulo, trabaja con una conciencia eventual de la ilicitud.

Nótese la utilización del verbo “*estimar*”, lo que nos ubica en el campo de la valoración, de lo comprensible, en fin de lo estimativo.

207 SAVATER, Fernando. El valor de educar. Ariel. Barcelona. 1997, pp. 25, 31 y 32.

Se trata de una estimativa adecuada, comprensible en la órbita de la significación jurídica objetiva de una comunidad jurídica determinada por los valores pluralistas y democráticos de un Estado constitucional, inmerso en el sistema internacional de los derechos fundamentales.

De un sistema de valoración que entienda que valorar no es un acto caprichoso, arbitrario y subjetivo, sino, como lo sentenció ORTEGAY GASSET, “el reconocimiento de un valor residente en el objeto. No es una *questio facti*, sino una *questio juris*. No es la percatación de un hecho sino de un derecho. La cuestión del valor es la cuestión de derecho por excelencia. Y nuestro derecho en sentido estricto representa sólo una clase específica de valor: el valor de justicia”²⁰⁸.

La estructura de las determinantes del comportamiento humano viene demandada por una gran dependencia de la experiencia, la tradición y del propio parecer, de manera tal que, la “conexión automática de estímulo y respuesta puede impedirse mediante la reflexión en sentido contrario a la función desencadenante del estímulo”, por lo cual el hombre “intenta compensar a toda costa su escasa dotación instintiva mediante firmes instituciones sociales”²⁰⁹.

El reproche surge, pues, al haber desdeñado el sujeto de sus capacidades racionales, aquellas que WELZEL destaca como las que tiene el hombre para orientarse conforme a la verdad, al sentido y al valor²¹⁰.

Cuando ello no sucede, y dados los indicios que acreditan la comprensión valorativa del acto, puede afirmarse la culpabilidad y por tanto el juicio de reproche.

Presentamos la siguiente subconstelación de indicios de comprensión valorativa

Previo al reproche deben acreditarse los siguientes indicios que demuestran la conciencia formal de la antijuridicidad o de la ilicitud:

a) Indicio derivado de la conciencia del injusto material

Acreditado que el sujeto tuvo conciencia de su acto en el ámbito de la conciencia “técnico-práctica” y lo realizó con voluntad queriendo el resultado o dejándolo librado

208 ORTEGAY GASSET, José. “Introducción a la estimativa” en *Obras Completas Tomo VI*. Editorial Revista de Occidente. Madrid. 1952, p. 327.

209 HAEFFNER, ob.cit, pp. 24 a 27.

210 WELZEL, Hans. El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Ariel. Barcelona. 1964, pp. 85 y ss.

al azar, cuyo sentido del injusto material no puede ser puesto en duda, se indicia la conciencia de la antijuridicidad o ilicitud formal²¹¹.

La acreditación del conocimiento del injusto material, esto es, de la significación material de la conducta prohibida, está fuera de toda duda o es razonablemente posible, atendida “la entidad intrínseca del acto que se realiza”²¹². Muy bien lo dice SAVATER cuando señala que lo “primero que la razón identifica son los *peligros*: y ante ellos reacciona, inventa y alza previsiones. La primera y fundamental obra maestra de la libertad humana es la norma social, la pauta de nuestra colaboración y nuestro contrato de protección mutua asegurada”²¹³.

La doctrina en Derecho Penal asigna una muy importante significación al conocimiento que el sujeto tenga del “fundamento material de la antijuridicidad”, del injusto material, puesto que, como lo afirmó KAUFMANN, “algo no es injusto porque se prohíbe, sino que se prohíbe porque es injusto”²¹⁴.

Si como dice FELIP I SABORIT, de la comprensión del sentido lesivo del hecho se sigue el conocimiento eventual de la antijuridicidad o ilicitud de la conducta, es de entenderse que, demostrada la actitud del individuo que encarna una decisión contraria al bien jurídico, se infiere el mínimo requerido para el juicio de reproche. Esto es, “con la prueba de los elementos que integran el injusto, prácticamente también queda acreditado en forma implícita el conocimiento de la antijuridicidad”²¹⁵.

Este tipo de indicio no puede sino, por su naturaleza misma, ser previo o concomitante a la realización de la conducta enjuiciada.

- b) Indicios que acreditan la capacidad del sujeto para comprender los alcances de la significación antijurídica formal de su acto, esto es, la ilicitud sustancial.

211 Así lo venimos afirmando con BARBOSA CASTILLO desde hace más de una década. BARBOSA CASTILLO, Gerardo y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Bien jurídico y derechos fundamentales. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1996, p. 154.

212 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Adonde va el Derecho Penal. Reflexiones sobre las Leyes Penales y los penalistas españoles. Thomson-Cívitas. Madrid. 2004, p. 163.

213 SAVATER, El valor de elegir, ob.cit, p. 89.

214 Citado por NIETO MARTÍN, Adán. El conocimiento del derecho. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición. Atelier. Barcelona, 1999, pp. 72 a 77. También en FELIP I SABORIT, David. Error iuris. El conocimiento de la antijuridicidad y el art. 14 del Código Penal. Atelier. Barcelona. 2000, p. 50.

215 FELIP I SABORIT, ob.cit, pp. 128 y 193.

Como se verá, tales circunstancias y situaciones se conocen desde la antigüedad misma, hacen parte de un patrimonio común de la humanidad y de todas las sociedades. De hecho, ya desde ARISTÓTELES se decía que el conocimiento tiene que ver con lo *conocido* y con lo *conocible*²¹⁶.

Estos indicios pueden estar vinculados a diferentes extremos de la relación cognitiva-valorativa:

b1) Los adscritos al sujeto como tal

Dada la vocación individualizadora de la culpabilidad se tiene que, “del hecho de ocupar un determinado cargo, profesión o poseer un determinado nivel cultural se infiere el conocimiento de la antijuridicidad” o ilicitud, en tanto “la individualización opera como un instrumento probatorio”²¹⁷. Es decir, como en mejor forma precisa NIETO MARTÍN, son significativos la capacidad intelectual del individuo, su cultura, ambiente familiar, experiencia jurídica, proceso de socialización y así mismo, aun cuando discutible, las concepciones morales, religiosas y hasta políticas²¹⁸.

Percepción, aprendizaje y pensamiento constituyen tres procesos cognoscitivos inseparables, de estrecha relación recíproca y de “muy difícil separación en situaciones prácticas”. De allí que, según MUÑOZ I SABATÉ, de la interrelación aprendizaje-percepción se infiere el conocimiento que de una cosa tiene quien sobre ella tenga conocimientos especiales²¹⁹.

Respecto de la experiencia se tiene que “el individuo más o menos barrunta merced a su experiencia, las consecuencias de su conducta”, enseña MUÑOZ I SABATÉ.

216 ARISTÓTELES, ob.cit, p. 9.

217 NIETO MARTÍN, ob.cit, p. 43. Los condicionantes personales del autor o sus cualidades específicas como las de “naturaleza cultural y profesional” son indicios de tal índole; FELIP I SABORIT, ob.cit, pp. 196 a 198. Tales criterios operan desde la antigüedad, habida cuenta que, como se vio, en el derecho romano se excusaba a ciertas personas por ignorar la ley en materia jurídica, atendiendo la situación consistente en que “sólo poseían una instrucción mínima” y como tal “no era posible exigir el conocimiento de un ordenamiento jurídico como el romano”; CORRAL TALCIANI, Hernán Felipe. De la ignorancia de la ley. El principio de su inexcusabilidad. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1987, p. 33.

218 NIETO MARTÍN, ob.cit, p. 160.

219 MUÑOZ I SABATÉ, ob.cit, pp. 14 y 15.

El conocimiento por el autor de estereotipos de conocimiento prohibidos que resultan equivalentes al realizado²²⁰, también es indicativo, dada la especial aptitud del hombre para realizar analogías, de que el individuo tuvo conocimiento de lo injusto de su acto.

Aquí también, *mutatis mutandi*, las reglas sobre el conocimiento que expone RAGUÉS IVALLÈS son valederas.

b2) Los relacionados con aspectos inherentes a la norma

-La pertenencia de la norma al derecho penal nuclear o al periférico cuando del numeral 1º del artículo 48 del CDU se trata u otra falta que coincida estructuralmente con un delito.

COSTA afirma que, si el legislador respetase la conciencia social, lo que se constituyera en ley no sería otra cosa que lo que como injusto entendiese el pueblo, de manera tal que derecho positivo sólo sería aquello que el pueblo sancione expresamente con su voto o "tácitamente acomodando a ella sus actos"²²¹.

Las reglas de la experiencia enseñan que "resulta razonable mantener que aquellas infracciones más arraigadas en nuestra legislación son conocidas generalmente"²²². Aquí, sin duda alguna, influye de una manera decisiva la importancia del bien jurídico, lo que se traduce en lo que la doctrina entiende como "la evidencia con que es percibida la dañosidad social de su injusto por el cúmulo de destinatarios más representativos"²²³.

No obstante, también se advierte, que dicha regla debe ir invirtiéndose "conforme nos alejamos del núcleo del derecho penal", para lo cual es muy importante tener en cuenta el criterio de ilicitud notoria²²⁴. La discusión sobre los alcances de los preceptos permisivos también dilatan de alguna forma la firmeza con que se perciben las motivaciones normativas inhibitoras²²⁵.

220 NIETO MARTÍN, ob.cit, p. 271.

221 Esto es, el legislador promulga la ley "siempre, tácitamente, *ad referendum*"; COSTA, Joaquín. La ignorancia del derecho. Editorial Partenón. Buenos Aires. 1945, pp. 128 y 129.

222 NIETO MARTÍN, ob.cit, p. 89.

223 NIETO MARTÍN, ob.cit, p. 161.

224 FELIP I SABORIT, ob.cit, pp. 193 y 202.

225 Así NIETO MARTÍN, ob.cit, p. 161.

Los tribunales europeos han venido utilizando con regularidad el reconocido carácter inmoral y réprobo de una conducta como un indicio de conocimiento de la antijuridicidad²²⁶. CORRAL TALCIANI enseña que “el que una conducta sea reprobada por la moral constituye no la seguridad, pero sí un indicio bastante fuerte de que está jurídicamente prohibida. Luego, quien se representa que su conducta es inmoral y no confirma antes de actuar que ella no vulnera el derecho positivo, obra en forma culpable y su error de derecho debe ser reputado vencible”²²⁷.

- La calidad de la norma

La indeterminación y complejidad de la norma inciden en la capacidad de orientación conforme a sentido, puesto que, mientras la indeterminación predispone a los errores en tanto no es claro el camino a seguir y por lo mismo debe ser precisado en un ámbito de diletantismo, la complejidad genera múltiples interpretaciones y consiguientemente varios caminos cuyo recorrido no es seguro hasta tanto la doctrina y la jurisprudencia decanten el punto.

Las dudas indisipables sobre la ilicitud no se cargan al procesado si no provienen de su propio comportamiento sino que son atribuibles al objeto del conocimiento, bien por cuanto la situación jurídica es “objetivamente incierta”, “contradicción de la ley o los pronunciamiento jurisprudenciales y doctrinales” o por la falta de los mismos²²⁸.

También los tipos en blanco, tipos abiertos y tipos con elementos normativos pueden predisponer, por su indeterminación o complejidad, a múltiples errores.

b3) Los conocimientos demandados al sujeto por virtud del oficio, actividad o profesión

El desconocimiento de las normas de contratación estatal por parte de los funcionarios titulares de dicha función obliga y demanda del servidor una especial diligencia, sin que pueda, sin más ni más, excusarse en su desconocimiento, aún cuando no ostente el título de abogado.

226 Cfr FELIP I SABORIT, ob.cit, p. 179.

227 CORRAL TALCIANI, ob.cit, p. 255.

228 Así FELIP I SABORIT, ob.cit, p. 150.

Con más razón cuando sea abogado: el desconocimiento de dichas normas “no lo excusaba por manera alguna para capacitarse en esa materia al afrontar un cargo en donde tal actividad constituye un ejercicio esencial”²²⁹.

b4) Los relacionados con el proceso de socialización de la norma

COSTA afirma que el Estado adquiere “la obligación” de desterrar y prevenir la ignorancia de manera positiva, “poniendo los medios necesarios para que los ciudadanos todos, así ricos como pobres, con o contra su voluntad, adquieran un conocimiento de las leyes”²³⁰.

Aquí, fundamentalmente, se trata de la difusión de la norma en términos de intensidad. Las diferentes formas de difusión inciden en la capacidad de conocimiento o en la generación de errores, aplicándose *mutatis mutandi* lo dicho respecto al indicio de actitud correspondiente.

Varias situaciones correlativas podemos encontrar en este sector:

-El afianzamiento temporal de la norma

Tiene que ver con la regularidad con que resultan percibidos los efectos del principio de determinación de la norma, para lo cual la doctrina acuña las expresiones de *normas ancianas y normas jóvenes*²³¹, siendo en las primeras donde más exigible se hace su cumplimiento, dada la oportunidad más amplia que ha tenido el sujeto para conocerlas.

-El afianzamiento espacial de la norma

Depende ya de la difusión en términos de extensión, esto es, cobertura suficiente y adecuada en todos los territorios donde debe ser aplicada.

b5) El comportamiento de los operadores jurídicos frente a la norma

La “fuente de la interpretación” y la proveniencia de un “operador jurídico competente y serio”, en palabras de NIETO MARTÍN, incide en el reconocimiento de un error o en su descarte.

-La interpretación de la norma jurídica por parte de las autoridades competentes

229 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de única instancia de febrero 9 de 2005.

230 COSTA, ob.cit, p. 78.

231 NIETO MARTÍN, ob.cit, p. 162.

La forma y manera como son interpretadas las normas por las autoridades encargadas constitucional o legalmente de ello, marcan pautas de comportamiento y guían la decisión de los destinatarios de las mismas o de otros funcionarios encargados de aplicarlas.

De manera que la falta de criterios oficiales o la existencia de criterios contradictorios²³² pueden generar errores o descartarlos.

-La interpretación de la norma jurídica por parte de otros operadores jurídicos con competencia intelectual y autoridad profesional o, como dice NIETO MARTÍN, por “operadores jurídicos a los que la sociedad les concede el papel de expertos en derecho”. “La regla general es que debe ser posible confiar en la opinión de los expertos, en cuanto que supone una expectativa normal pensar que estos tienen capacidad para resolver correctamente las cuestiones jurídicas”²³³.

El peso de dicha información se sopesa, debiéndose ultimar los controles, teniendo en cuenta “cuando el nivel de conocimientos del peticionario supera al de la fuente de información”, cuando “se aprecia una falta de parcialidad” en ésta, cuando aparece como simples consejos improvisados, se percibe una actitud de creación de un ambiente artificial favorable a la aplicación de la norma y cuando la información suministrada por el interesado en la opinión no es seria, completa y suficiente²³⁴.

-La tolerancia, por acción u omisión, de conductas incompatibles con el mandato de determinación por parte de la autoridad pública competente²³⁵.

Esto es, el comportamiento por acción o por omisión de las autoridades se constituye en mensaje o pauta de la conducta a seguir por los demás, generando errores o descartándolos.

Los indicios a) y b) de este aparte nos ubican en el ámbito de la consciencia actualizable de la ilicitud, que en nuestro medio jurídico ha sido entendida como error de prohibición vencible y por tanto merecedora de una rebaja en la sanción (artículo 47 literal i del CDU).

La consciencia actualizable de lo ilícito es la respuesta positiva a la relevancia del error de derecho y a la ignorancia de la ley en general, desterrando la presunción iure

232 NIETO MARTÍN, ob.cit, p. 193.

233 NIETO MARTÍN, ob.cit, pp. 162 y 212.

234 NIETO MARTÍN, ob.cit, p. 214.

235 Así NIETO MARTÍN, ob.cit, p. 162.

et de iure del conocimiento de la ley por todos y absolutamente todos, instrumento adecuado también para no dejar desprotegida a la sociedad ante los errores por negligencia, por ignorancia supina o generados por libertad en su causa. Aquí, esta última tipología de error, que denominamos “errores libres en la causa”, se corresponde con la tipología denominada por HERVADA “*ignorancia afectada*”, que se origina cuando por el sujeto “no se quisieron hacer las diligencias oportunas para conocer los propios deberes con el fin de no verse obligado a cumplirlos”.

Allí se comprende lo que ARISTÓTELES refería como la posibilidad del individuo de conocer “*sin gran dificultad*”, esto es, dependía de él salir de la ignorancia “*poniendo de su parte los medios necesarios para cumplir con su deber*”; que no es otra cuestión que la “*fórmula atemperada a la realidad*” de que hablaba COSTA, pues contiene, sin hesitación alguna, la medida de la ignorancia como “*límite cuantitativo de nuestra inteligencia, límite que procede de la relación de desigualdad entre la presencia de lo cognoscible, que es infinita, y nuestras facultades para percibirla, que son limitadas*”²³⁶.

Desde el punto de vista antropológico creemos, firmemente, que la demanda de una conciencia actualizable de lo injusto o ilícito del comportamiento, tiene su fundamento en el “*reconocimiento de lo humano por lo humano*” en orden a lograr un “*ejercicio intersubjetivo de la humanidad*” es un imperativo, que se logra con la “*maduración personal*”²³⁷ y que se ancla en la organización, cohesión y solidaridad social que nos aporta la inteligencia intersubjetiva²³⁸.

Allí radica la virtud humana de la responsabilidad y por tanto la idea de una reprochabilidad fundada en una *ética de la responsabilidad*, puesto que al hombre se le demanda y exige conocimientos en tanto está dotado racionalmente para ello. Lo anterior tiene soporte en la capacidad humana llamada neotenia, entendida como la aptitud de estar abierto a nuevos saberes, la disponibilidad siempre joven para conocer²³⁹.

En tal ámbito, pues, debe ser entendida la expresión oportunidad de actualizar el conocimiento del injusto o del ilícito, lo cual depende, como se vio, de múltiples situaciones vinculadas con la persona, la norma, el significado de la misma en el proceso de interacción social y circunstancias de tiempo, modo y lugar que tienen

236 COSTA, ob.cit, p. 40.

237 SAVATER, El valor de educar, ob.cit, p. 53.

238 GARCÍA GARCÍA, ob.cit, p. 169.

239 SAVATER, El valor de educar, ob.cit, p. 24.

ocurrencia en el momento de su interpretación, aplicación indebida o desaplicación de la norma.

- c) Los actos espirituales tienen siempre su correlato fisiológico y psíquico, puesto que también extraen la energía necesaria para su actividad de “la esfera de la vida impulsiva”²⁴⁰.

MUÑOZ I SABATÉ da cuenta magistralmente de esta situación, cuyo prototipo en materia civil es el contrato simulado, de cuya conciencia de la ilicitud en el simulador no se puede dudar en lo más mínimo, pero donde resulta evidente que la ocultación, el actuar sigiloso y de espaldas a la publicidad caracterizan el acto simulado. Aquí especialmente se destaca el hecho psicológico de la realización de una conducta que no pueda hacerse de modo lícito porque la ley no la autoriza²⁴¹.

También aquí quedan comprendidos los actos medios de naturaleza ilícita para obtener un fin lícito.

El que un determinado acto solo pueda realizarse por medios ilícitos o se persiga un fin lícito con medios ilícitos es sintomático de que el sujeto conocía que su conducta era contraria a derecho.

Estos indicios pueden ser anteriores o concomitantes a la conducta enjuiciada. Puede explicitarse su conocimiento de manera clara o por conducta concluyente, bien en forma verbal o actual.

- d) La acción es entendida como un movimiento cíclico complejo que se “conecta a través de las cosas del mundo exterior, y la conducta se modifica a través de los resultados que avisan de vuelta”²⁴². Aquí se expresa el espíritu del hombre que se caracteriza por “la riqueza y la sutileza, la variedad y versatilidad” de su naturaleza²⁴³.

Tal constatación del comportamiento humano genera el llamado por MUÑOZ I SABATÉ indicio de *responsio*, según el cual “la manera de reaccionar o de dejar de

240 SCHELER, ob.cit, p. 112.

241 MUÑOZ I SABATÉ, ob.cit, p. 322.

242 GEHLEN, ob.cit, p. 34. ARISTÓTELES captaba muy bien esta idea cuando afirmaba que “el que ha hecho algo por ignorancia y no recibe luego desagrado ninguno por lo que ha hecho, no ha ejecutado voluntariamente lo que no sabía, pero tampoco involuntariamente al no pesarle de haberlo hecho”, ob.cit, p. 52.

243 CASSIRER, ob.cit, p. 29.

reaccionar un individuo frente a un determinado hecho-estímulo relevante puede dar a inferir su grado de conocimiento frente al mismo o sobre otro hecho relacionado con aquél²⁴⁴. Nos encontramos frente a un rasgo típicamente humano, un rasgo que tiene significado para los demás miembros de la civilización, el cual se trasmite como expresión del sistema simbólico, donde lo físico no expresa nada si no media la artificialidad de la actividad simbólica²⁴⁵.

Por el comportamiento del sujeto y su forma de operar (en palabras de MUÑOZ I SABATÉ, por ejemplo el tono, entendido como el desviar la atención de lo principal hacia asuntos marginales), en particular la clandestinidad o la ocultación de la actuación o si se muestra dubitativo el sujeto, podemos inferir que tiene conocimiento de la ilicitud²⁴⁶.

Quien no tiene conciencia de estar realizando un comportamiento prohibido no necesita llevar a cabo una conducta adaptativa de sigilo o de encubrimiento de su propio comportamiento.

Estos indicios son, por naturaleza, anteriores, concomitantes y posteriores al comportamiento enjuiciado.

- e) Las conductas per se fraudulentas tienen como fin en sí mismas la apariencia de su verdad, por lo tanto del indicio del engaño se deriva el conocimiento del acto antijurídico.

Es así como se dice que “la prueba falsa se liga, por lo regular, a un interés ilícito de la parte, que tiende, por medio de ella, a asegurarse la impunidad o a conseguir otro fin ilícito”²⁴⁷. Quien quiere la impunidad es porque sabe que realizó un acto antijurídico o ilícito sustancialmente.

Al igual que con palabras, también con acciones se puede engañar, pues con el engaño se trata de “expresar claramente la abstracción interna, independientemente de la veracidad con que ésta represente la realidad externa”²⁴⁸.

244 MUÑOZ I SABATÉ, ob.cit, p. 111. Aquí también las manifestaciones falsas, habida cuenta que “nadie se separa de la verdad a no ser por un interés contrario y suficiente”; ELLERO, ob.cit, pp. 93 y ss.

245 CASSIRER, ob.cit, pp. 46 a 49.

246 FELIP I SABORIT, ob.cit, pp. 196 a 198.

247 GIAN TURCO, ob.cit, pp. 96 y 97.

248 LLINÁS, ob.cit, p. 289.

Aquí se ubica el indicio de la mala justificación, muy denostado pero significativo para la práctica judicial, ya esbozado con maestría desde hace mucho tiempo por GORPHE²⁴⁹.

La doctrina colombiana lo acepta, clasificando en su seno los llamados indicios provenientes de “explicaciones inverosímiles y contradictorias”, empero, como valor sólo tiene el de complementar otros indicios, en tanto facilita su interpretación²⁵⁰.

Tratar de engañar o comunicar algo diferente a lo que subyacentemente es inherente al acto, es sintomático de una actividad torticera meditada. Cuando coinciden tales manifestaciones torticeras en un contexto que involucra la actividad previa, concomitante y posterior a la conducta enjuiciada, dada la convergencia y complejidad de las mismas, no puede menos que inferirse que existe conciencia actual de la antijuridicidad o ilicitud.

Si se ha constatado que los modos de conducta, maneras de pensar, ver y formas de reaccionar generados en determinada sociedad, “les parecen naturales a quienes han crecido en ella”, en tanto forman el “conjunto de criterios de la cultura respectiva”²⁵¹, así también, del contexto social, pueden inferirse otras que son indicativas de lo fraudulento.

Aquí yace la objetividad de los criterios de atribución o adscripción de estos indicios.

La jurisprudencia penal ha utilizado varios de los indicios anteriores para la demostración del dolo en el prevaricato, especialmente del factor conciencia de la antijuridicidad, así:

“La intención se debe deducir de los factores demostrados, generalmente los objetivos, pues no se puede ocultar la dificultad que existe para obtener pruebas directas sobre el aspecto subjetivo. En consecuencia, circunstancias como la basta trayectoria y experiencia profesional en el ámbito de administrar justicia que poseía el procesado, la manera minuciosa y disfrazada como se llevó a cabo el comportamiento dirigido a infringir la ley penal, las explicaciones ofrecidas con base en hechos que procesalmente resultaron inexistentes, ocultados o tergiversados, son razones que permiten atribuir la acción como voluntaria e intencional”²⁵².

249 GORPHE, ob.cit, pp. 281 y ss.

250 ORTIZ RODRÍGUEZ, ob.cit, p. 220.

251 GEHLEN, ob.cit, p. 103 y 104.

252 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de noviembre 10 de 2005, radicación No 22.333.

Finalmente por virtud de la plasticidad infinita del ser humano, resulta imposible tabular con precisión los indicios a partir de los cuales se puede acreditar la culpabilidad, lo que indica que los anteriores son apenas una pequeña muestra de un recetario muy general.

Aquí, pues, como dice TARUFFO, se trata de “construir esquemas típicos de indicios para supuestos de hecho particulares”, esto es, de *esquemas tipificados*²⁵³.

No debe perderse de vista que para efecto de reducir equivocaciones y errores de juicio, en la mayor medida posible²⁵⁴, es absolutamente necesario concebir la “disponibilidad de criterios *tendencialmente* de orden general que instauren vinculaciones” entre hechos indicadores e indicados, que permitan inferencias lo más seguras posibles²⁵⁵; de todos modos para TARUFFO, en la fundamentación de los criterios de inferencia y las máximas de experiencia, ocupan papel muy importante “el sentido común o la cultura del hombre medio (aunque prefiera el de una cultura media-alta) en una determinada situación espacio-temporal”²⁵⁶.

Igual e indefectiblemente debe tenerse muy presente, sin que en lo más mínimo, como en ningún momento o estadio, pueda ser soslayada, la *importancia de interpretar el detalle dentro del contexto*, esto es, encontrar la correlación de los diferentes indicios no solo al interior de las tres grandes constelaciones —de aptitud, actitud y comprensión valorativa—, sino también en su conexión exterior. Sólo así puede afirmarse la valoración conjunta de la prueba y la determinación de la complejidad indicativa, gravedad y convergencia de los indicios²⁵⁷.

Con la acreditación de los indicios de aptitud y actitud, a los cuales se adosan los dos primeros de comprensión valorativa, son suficientes para la demostración de la culpabilidad.

253 TARUFFO, ob.cit, p. 165. Así también lo afirma RAGUÉS IVALLÈS, ob.cit, p. 460.

254 Para asegurar un trabajo lo más objetivo posible se requiere atender el principio de que “la tesis se convierte en regla cuando haya obtenido adecuadas confirmaciones, mientras observaciones menos imperfectas impongan una distinta”; CORDERO, ob.cit, p. 23.

255 TARUFFO, ob.cit, p. 269.

256 TARUFFO, ob.cit, pp. 273, 334 y 335.

257 El valor de las inferencias y su validez tiene que sopesarse, evidentemente, dentro de los contextos —ciencias física, económicas, estadísticas, sociales, de la naturaleza, etc.— en los que se plantee el problema de la inferencia”, dice TARUFFO, ob.cit, p. 270. La doctrina habla de armonía, concatenación general y determinación de eslabones de una misma cadena: VISHINSKI, ob.cit, p. 270. Para la praxis judicial colombiana resulta de significativa importancia la crítica-práctica que efectúa ARENAS SALAZAR, ob.cit.

<p><i>Ap</i></p>	<p><i>Actividades pedagógicas</i></p> <p><i>Reflexione y argumente sobre los siguientes temas:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Importancia y necesidad de la probática jurídica;</i> 2. <i>Estatus jurídico de la probática jurídica;</i> 3. <i>Estado del arte en el proceso judicial colombiano;</i> 4. <i>Su importancia teórica y práctica para la prueba de la culpabilidad; y,</i> 5. <i>Del conocimiento de la esencia del hombre podemos aprender para la demostración de sus actos.</i>
<p><i>ae</i></p>	<p><i>Autoevaluación</i></p> <p>ARISTÓBULO es procesado disciplinariamente, en su calidad de fiscal ante el Juez Penal del Circuito, por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria el Consejo Seccional de la Judicatura en razón de haber cometido un supuesto delito de abuso de función pública al archivar el expediente de plano en vigencia de la Ley 600 de 2000 (artículos 48 numeral 1º de la Ley 734 de 2002 y 428 de la Ley 599 de 2000), por lo que encontrándose el proceso para dictar el fallo de primera instancia los sujetos procesales alegan así:</p> <p>a) El Ministerio Público estima que está dada la prueba para condenar, puesto que existen indicios que apuntan a la demostración de la conciencia de la ilicitud en forma convergente, los cuales tiene la naturaleza de graves, siendo el primero la experiencia del juez por más de diez años como administrador de justicia penal en dicho campo, por lo que no podía desconocer que el delito cuyo conocimiento asumió era de competencia de un juez municipal; era compañero de curso en bachillerato del procesado, lo que demuestra el interés por favorecer a un viejo amigo, así entre ellos no existiera amistad íntima; se desempeña como profesor de derecho procesal penal en una reconocida universidad de la capital de la República, con más de quince años de experiencia; asumió la competencia del asunto sin someter el proceso a reparto y no practicó ninguna prueba, archivando el expediente de plano, todo lo cual demuestra una cadena compleja de finalidad ilícita, por quien comprendía que la conducta era antijurídica.</p>

<p><i>de</i></p>	<p>b) El defensor está de acuerdo con los indicios mencionados, empero, afirma que los mismos no demuestran el conocimiento y voluntad que caracteriza al dolo, mucho menos de la conciencia de la ilicitud, sólo de que el sujeto era imputable. Sólo el indicio de asumir el proceso sin reparto indica el dolo, pero por ello no puede converger con otro para infundir certeza, pues siendo atípica la conducta denunciada era perfectamente factible proferir inhibitorio de plano.</p> <p>Cuál sería su decisión como magistrado o magistrada del ente disciplinario.</p> <p>Responda los siguientes interrogantes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Es practicable judicialmente la demostración de la culpabilidad; 2. Cuáles pruebas sirven a la demostración de la culpabilidad; 3. Cuáles son los indicios a través de los cuales se demuestra la aptitud y actitud del comportamiento disciplinario relevante; 4. Cuáles son los indicios a través de los cuales se demuestra la comprensión valorativa como elemento central de la conciencia de la ilicitud; y, 5. Indicio para la demostración de los aspectos subjetivos del comportamiento.
------------------	---

Unidad 5

POLICÍA JUDICIAL

<p>Og</p>	<p>Objetivo general de la unidad:</p> <p><i>Al finalizar la unidad, los y las discentes concluirán que la institución de investigación referida como Policía Judicial, así no aparezca de forma explícita en las regulaciones normativas del derecho procesal disciplinario judicial, no por ello debe negarse su existencia jurídica para nuestra disciplina, lo cual demanda un esfuerzo importante de interpretación sistemática e integradora de diferentes leyes procesales.</i></p> <p><i>Para el efecto entonces identificarán cuáles son los fundamentos constitucionales y legales para hablar de una Policía Judicial Disciplinaria, las funciones que la misma puede cumplir en el ámbito del proceso judicial disciplinario, cuáles autoridades interviene en su desarrollo, las diferentes maneras de presentación de dicha función y cuáles concretamente son las actividades a su cargo.</i></p>
<p>Oe</p>	<p>Objetivos específicos de la unidad:</p> <p><i>Teniendo de presente los temas que se abordan en esta unidad, las y los discentes reflexionarán acerca de los siguientes puntos:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <i>1. El concepto Policía Judicial Disciplinaria;</i> <i>2. Diferencias entre los conceptos de investigación e instrucción como fundamento y límites de la existencia de funciones de Policía Judicial Disciplinaria;</i> <i>3. El concepto de funcionario competente en el ámbito del proceso disciplinario judicial para los efectos de cumplir con las reglas constitucionales de reserva judicial de afectación de derechos fundamentales;</i> <i>4. Las diferentes entidades que cumplen funciones de Policía Judicial Disciplinaria;</i>

<p><i>Oe</i></p>	<p>5. <i>El papel significativo que en tal tarea cumple la Procuraduría General de la Nación;</i></p> <p>6. <i>Las funciones por iniciativa propia y por comisión que cumple la Policía Judicial;</i></p> <p>7. <i>La importancia en tal cometido de la etapa de verificación;</i></p> <p>8. <i>Medidas de aseguramiento de la prueba y autoridad judicial competente para decretarlas;</i></p> <p>9. <i>Las deficiencias en tal materia cuando del derecho disciplinario de los abogados en el ejercicio profesional se trata; y,</i></p> <p>10. <i>La valía de la jurisprudencia penal para el entendimiento de nuestra problemática.</i></p>
------------------	---

El tema de la Policía Judicial en el proceso disciplinario judicial es absolutamente novedoso y parece no tener antecedentes en nuestro país.

En el proceso disciplinario administrativo el mismo tiene raigambre constitucional, habida cuenta de que el artículo 277 de la Carta Política, en su inciso final, declara que “para el cumplimiento de sus funciones, la Procuraduría tendrá atribuciones de policía judicial, y podrá interponer las acciones que considere necesarias”.

Dicha norma, como se vio en la unidad segunda, se desarrolla por el artículo 148 del CDU, el cual, a partir de lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución, que dispone que “excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas”, señala que la Procuraduría General de la Nación “tiene atribuciones de policía judicial”. Dichas atribuciones descansan en el Procurador General de la Nación, el Director Nacional de Investigaciones Especiales y en cualquier funcionario que el primero delegue dichas funciones, empero, cuando se demanda la afectación de derechos fundamentales, en razón de la cláusula constitucional de reserva, el Procurador General “tendrá atribuciones jurisdiccionales en desarrollo de las cuales podrá dictar las providencias necesarias para el aseguramiento y práctica de pruebas en el trámite procesal”.

Tal revisión de las normas jurídicas sobre la materia puede llevarnos, si nos atenemos a la literalidad de los textos, a la idea de que no existe la Policía Judicial respecto del derecho procesal disciplinario judicial, lo cual resulta equivocado.

En efecto, si toda decisión debe fundarse en “pruebas legalmente producidas y aportadas al proceso” (artículos 128 del CDU y 84 de la Ley 11 23 de 2007), significa lo anterior que previamente a la toma de una decisión se han tenido que llevar a cabo actos de instrucción, esto es, “la reunión de pruebas, procedimientos y formalidades para poner un negocio en estado de ser juzgado”, toda vez que instruir es “formalizar un proceso o expediente conforme a las reglas de derecho y prácticas recibidas”²⁵⁸.

Pero también, previamente a los actos de instrucción, pues de lo contrario quien los realiza actuaría a tientas e intuitivamente, tiene que haberse llevado a cabo actos de investigación, que permitan materialmente identificar líneas de investigación e hipótesis que expliquen la ocurrencia de unos hechos relevantes jurídicamente.

Dicha lógica nos permite señalar que si bien los actos de investigación e instrucción pertenecen a un mismo género, la búsqueda de la verdad, con relación a esta se comportan como especies y respecto de ellas como conceptos determinados por la progresión de la formalización de la verdad.

Esto es, primero deben realizarse los actos de investigación, lo que implica una labor altamente material a través de la cual de manera desformalizada se persigue obtener “datos fácticos” que conduzcan a la verdad, para lo cual, una vez se manejen determinadas hipótesis explicativas, las mismas se viertan jurídicamente al proceso a través de la instrucción.

Lo anterior es claro en el marco del inciso 3º, segunda parte, del artículo 116 de la Carta Política, toda vez que cuando se refiere a los actos de “instrucción de sumarios” para efectos de juzgar delitos, constituye al efecto una cláusula de reserva judicial. No así ocurre respecto de la búsqueda material de la verdad, pues la primera parte del mismo inciso señala que para ello se puede investir de facultad judicial a determinadas autoridades administrativas.

Los actos de investigación son desformalizados y como tal son adelantados por autoridades encargadas del descubrimiento de la verdad, pero los moldes jurídicos en los cuales se vierten esas líneas de investigación e hipótesis de explicación se encuentran a cargo de las autoridades judiciales.

Lo anterior es claro cuando se trata de identificar las líneas jurisprudenciales constitucionales:

²⁵⁸ ESCRICHÉ, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Librería de Rosa, Bouret y Cía, París. 1852, p. 885.

“La regla general debe ser, en consecuencia, que como el Estado tiene por misión el servicio a todas las personas, para ello debe dotarse, respetando los derechos humanos y el debido proceso, de idóneas herramientas que le permitan mantener un clima de paz y convivencia, de suerte que pueda incluso recopilar y archivar información sobre una persona, en el marco de sus legítimas y democráticas funciones, siempre y cuando no divulgue ni dé a la publicidad por ningún medio la información sobre esa persona, salvo el evento que ella tenga antecedentes penales o contravencionales, esto es, que tenga una condena proferida en sentencia judicial definitiva, como lo dispone el artículo 248 constitucional, que se reproduce en el artículo 12 del código de procedimiento penal, como principio rector del nuevo ordenamiento procedimental.

En otras palabras, los organismos de seguridad del Estado, internamente, pueden y deben contar con toda la información necesaria para el normal, adecuado, eficiente, legítimo y democrático ejercicio de su función de servicio a la sociedad civil y defensa del orden público y de las instituciones...

La recopilación y evaluación de la información que realizan la Fuerza Pública (Fuerzas Militares y Policía Nacional) y el Departamento Administrativo de Seguridad, tienen como fundamento los artículos 217 y 218 de la Constitución, en concordancia con los artículos 1° (dignidad humana y prevalencia del interés general), 4° (respeto y obediencia a las autoridades), 29 (debido proceso), 83 (presunción de la buena fe), en la función de mantener el orden constitucional y la convivencia pacífica y en el artículo 318 del Código de Procedimiento Penal (colaboración de organismos oficiales y particulares), así como por la Convención Americana de Derechos Humanos artículos 32 Nos. 1 y 2 que consagra la correlación entre derechos y deberes.

La labor de inteligencia tiene como finalidad detectar y realizar el seguimiento de conductas determinadas en la ley como punibles y prestar apoyo en la labor de investigación a la Rama Judicial del poder público.

Esta función requiere del máximo de discreción que redundará en el éxito de la posterior sanción penal, pues es de todos conocido que la desaparición de las pruebas o su deterioro normal por el transcurso del tiempo inciden en el desarrollo del proceso.

Razones suficientes asisten al Estado para mantener reserva en tan delicada labor y poseer no solo a nivel nacional sino internacional la información que le permita actuar rápidamente frente a las conductas delictivas...

*Sobre esta fase interna es necesario diferenciar la **recopilación de la información y el resultado de la misma**.*

En la recopilación los organismos del Estado poseen una facultad amplia y solo están limitados por los principios de respeto de los derechos humanos, por el debido proceso y por una reserva absoluta.

En cuanto al resultado, este solo puede ser conocido por el interesado directamente cuando forme parte de un proceso ante la jurisdicción penal, disciplinaria o fiscal, y allí pueda a través de los principios de contradicción de la prueba, cuestionar su legalidad a la luz del análisis probatorio que deberá realizar el funcionario competente.

Pero la recopilación y las evaluaciones internas son absolutamente reservadas; ellas son el soporte científico del resultado. A través de ellas se detecta la información y de su reserva precisamente se deriva, como se mencionó anteriormente, el éxito de una investigación²⁵⁹.

Lo expuesto hasta ahora es absolutamente concordante con el tratamiento legal dispensado, puesto que la Policía Judicial tiene como fin fundamental precisamente encargarse de la “investigación” en sentido material, de allí que el Capítulo I, de la “Policía Judicial”, se encuentra ubicado en el Título I sobre la “Investigación Previa” del Libro II de la Ley 600 de 2000, en cambio, cuando se trata de la investigación formal, esto es, de la instrucción, otras disposiciones rigen la temática, puesto que ya de ella se ocupa el Título II del mismo Libro, bajo el *nomen iuris* de “**INSTRUCCIÓN**”.

Ciertamente que la investigación previa o indagación preliminar se encuentra antes del capítulo de la “INSTRUCCIÓN” (Capítulo III del Título I del Libro II, artículos 322 a 328 de la Ley 600 de 2000), empero, debe aclararse que en ella los actos que se llevan a cabo en búsqueda de la verdad son formalizados, por lo que en esencia responden a la idea de actos de instrucción. Es una etapa de verdadera instrucción, que demanda, para la práctica de la prueba, todas las formalidades de la etapa de instrucción, puesto que se lleva a cabo precisamente cuando haya duda “sobre la procedencia de la apertura de la instrucción”, dice el artículo 322, lo cual revela como dicha etapa que en un principio de la evolución procesal no fue formalizada, en la actualidad adquirió pleno carácter jurisdiccional a la par de la etapa de instrucción, claramente identificada como tal por el artículo 329.

259 Corte Constitucional, sentencia T-444 de julio 7 de 1992, M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

De manera que, en la actualidad, la etapa verdadera de investigación como actuación desformalizada, tendiente a la búsqueda material de la verdad y de las hipótesis explicativas de los hechos, solo lo es la llamada “etapa de verificación”, insertada en el ámbito de las “FUNCIONES DE LA POLICÍA JUDICIAL” de que da cuenta el Capítulo II del Título I, “DE LA INVESTIGACIÓN PREVIA”, del Libro II de la Ley 600 de 2000.

Así de manera cabal lo ha entendido la jurisprudencia penal al señalar, refiriéndose a los organismos de Policía Judicial, que “el tipo de actividad pesquisitoria propia de estos organismos, a partir de los cuales, para citar algunos ejemplos comunes, debe recoger evidencias que eventualmente se requieran para demostrar los hechos, o acudir al lugar para la verificación de quiénes pueden conocer algo de lo sucedido y podrán ser citados por la Fiscalía a declarar, y en fin, esas labores investigativas de campo que permiten orientar al director de la investigación respecto de la mejor forma de abordar la demostración del objeto del proceso penal”²⁶⁰.

Tal esquema es aún más claro en el CDU, toda vez que la indagación preliminar y la investigación disciplinaria, ubicadas en los capítulos “primero” y “segundo” del Título IX, del “PROCEDIMIENTO ORDINARIO” del Libro IV sobre el “PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO”, son claras etapas de instrucción.

Ciertamente que ello no lleva a negar que en el Derecho Procesal Disciplinario Judicial exista una etapa de investigación en el más prístino sentido de la expresión, como aquí se ha esbozado, puesto que ello sería tanto como negar la existencia en su interior de la Policía Judicial.

Para fundamentar su existencia basta decir que:

- a) Si en derecho procesal disciplinario administrativo existe Policía Judicial nada obsta para que también tenga existencia en el derecho procesal disciplinario judicial, toda vez que ello viene impuesto por una necesidad vinculada con la naturaleza de las cosas: la búsqueda de la verdad.

Otra cosa es que, en este último sector no exista la necesidad de explicitarlo como sí sucede en el derecho procesal disciplinario administrativo, toda vez que, por la misma naturaleza de estas actuaciones, cuando se trata de solventar el problema de

260 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación de noviembre 5 de 2008, radicación No 27.508.

la reserva judicial de la actuación investigativa debe concederse facultades especiales a dichas autoridades, tal como sucede con el analizado artículo 148 del CDU.

- b) Igualmente, debe advertirse, que ciertamente no se encuentra organizada formalmente al interior del derecho disciplinario procesal judicial el funcionamiento de la Policía Judicial, pero ello no quiere decir que no exista, toda vez que el inciso 2° del artículo 136 del CDU, que habla precisamente sobre el “aseguramiento de la prueba”, tema típico de Policía Judicial, advierte que “si la actuación disciplinaria se adelanta por funcionarios diferentes a los de la Procuraduría General de la Nación, podrán recurrir a esta entidad y a los demás organismos oficiales competentes, para los mismos efectos”.

Esto es, toda autoridad con competencias disciplinarias tiene, como es lógico y necesario, atribuciones de Policía Judicial, empero, para solventar la problemática referida a la organización práctica de las instituciones o vinculada con las competencias para superar el tema de la reserva judicial en la afectación de derechos fundamentales, se disponga advertencias similares a las referidas por la norma anterior.

Así se establece de manera particular, ya también por efectos de la organización práctica de las instituciones, por el numeral 2 del artículo 83 del CDU que le atribuye, al Procurador General de la Nación “por sí, o por medio de comisionado”, como competencia especial, las funciones de Policía Judicial en materia de investigaciones disciplinarias cuya competencia radica en el Congreso de la República de conformidad con el numeral 2 del artículo 175 de la Carta Política cuando los investigados sean el Presidente de la República, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional y del Consejo Superior de la Judicatura.

- c) Por otro lado, debe advertirse, que los vacíos legales en los códigos disciplinarios no son óbice para la consideración de la Policía Judicial dentro de sus procedimientos, puesto que para ello se ha contemplado el principio de remisión normativa contemplado en los artículos 21 del CDU y 16 de la Ley 1123 de 2007.

Como en el derecho procesal disciplinario judicial quienes administran justicia son jueces en sentido material y formal, ninguna dificultad existe para aplicar el inciso 2° del artículo 136 del CDU, aplicable también en materia de derecho disciplinario de los abogados en el ejercicio profesional (artículo 16 de la Ley 1123 de 2007), y el 5° del artículo 84 de la Ley 600 de 2000, según el cual el instructor podrá comisionar

para la práctica de cualquier prueba o diligencia a otros funcionarios “con funciones de policía judicial”.

Pero ello debe hacerse bajo el entendido, según lo ha precisado la jurisprudencia, de que:

“Vale decir, no en todos los momentos citados la Policía Judicial puede adelantar cualquier tipo de actividad, ni es posible que la Fiscalía, cuando ya ha asumido el control y dirección de la investigación, comisione a ese ente para todo lo que estime menester.

Ello se desprende de la interpretación contextualizada de las normas regulatorias del asunto, donde expresamente el legislador establece diferencias puntuales que no pueden soslayarse por la Fiscalía o la Policía Judicial.

Así, en ese primer momento arriba destacado, que se rotula en el artículo 314 de la Ley 600 de 2000, como ‘Labores previas de verificación’, está claro que la Policía Judicial no practica ningún tipo de prueba, sino que se ocupa de ‘allegar documentación, realizar análisis de información, escuchar en exposición o entrevista a quienes considere pueden tener conocimiento de la posible comisión de una conducta punible’. Y ello, como también expresamente lo consagra la norma, carece de valor probatorio (ni testimonial ni indiciario), dado que solo sirve de criterio orientador de la investigación.

El artículo 315 ibídem, relaciona el segundo momento de intervención de la Policía Judicial, también ajeno a la dirección u orientación de la Fiscalía, en el cual, por iniciativa propia, sea que se trate de un caso de flagrancia o cuando por fuerza mayor no pueda asumir competencia inmediata el organismo instructor, esos funcionarios de apoyo ordenan o practican pruebas.

En este caso, es claro que directamente se le atribuye a la Policía Judicial una actividad probatoria que incluso supera la facultad de adelantar directamente la práctica y se extiende a la posibilidad de ordenar su ejecución a otra autoridad. Para citar un ejemplo común, ello se evidencia en la orden de que se practique la necropsia al cadáver del interfecto, o algún examen de alcoholemia al indiciado.

No cabe duda de que en estos casos los elementos de juicio practicados u ordenados practicar por la Policía Judicial, tienen virtualidad probatoria y pueden servir, por sí mismos, de fundamento para la demostración de la materialización del delito y la intervención del sindicado. En otras palabras, si se cumple con la hipótesis de la norma (flagrancia o imposibilidad de intervención inmediata de la Fiscalía), en términos generales debe

decirse que la prueba practicada u ordenada practicar por la Policía Judicial, es legal, regular y oportuna.

Mírese cómo esa amplia facultad otorgada a la Policía Judicial opera de manera excepcional, precisamente porque la urgencia del caso amerita que así sea, entendido, huelga anotar, que la potestad probatoria, en estricto sentido, se halla radicada en cabeza de la Fiscalía General de la Nación.

Precisamente por ello, para penetrar en el tercero de los momentos antes referenciados, cuando ya la Fiscalía ha asumido formalmente la dirección de la investigación, la facultad de la Policía Judicial se restringe en enorme medida, al punto que, como lo dispone el artículo 316 de la Ley 600 de 2000, únicamente puede actuar por orden del ente instructor 'para la práctica de pruebas técnicas o diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos'.

Estima necesario precisar la Corte el sentido de la frase citada, pues, se patentiza que la actividad de la Policía Judicial, por comisión del Fiscal, opera dentro de estrictos límites y precisos derroteros, dada la excepcionalidad que comporta.

En este sentido, es tempestivo denotar que respecto de las pruebas como tales, la facultad de comisión de la Fiscalía hacia la Policía Judicial, remite exclusivamente a aquellas de contenido eminentemente técnico —dígase, para citar un ejemplo, la experticia acerca de libros contables incautados—. Y ello asoma si se quiere natural, pues, se entiende que el fiscal no posee esos conocimientos requeridos para allegar el medio de prueba y debe recurrir al auxilio del personal de Policía Judicial para el efecto.

A renglón seguido, el artículo 316 citado, permite que se comisione a la Policía Judicial para desarrollar 'diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos'. Esas diligencias, estima la Corte, no dicen relación con la práctica de pruebas —con excepción, desde luego, de las técnicas, como se anotó en precedencia—, pues, ello atenta no sólo contra la excepcionalidad de la intervención probatoria de la Policía Judicial, sino con el tipo de actividad pesquisitoria propia de estos organismos, a partir de los cuales, para citar algunos ejemplos comunes, debe recoger evidencias que eventualmente se requieran para demostrar los hechos, o acudir al lugar para la verificación de quiénes pueden conocer algo de lo sucedido y podrán ser citados por la Fiscalía a declarar, y en fin, esas labores investigativas de campo que permiten orientar al director de la investigación respecto de la mejor forma de abordar la demostración del objeto del proceso penal.

Es esa una labor de apoyo investigativo que no puede tornarse abierta, global o genérica, para que no represente en la práctica un desplazamiento del órgano que en la Ley 600

de 2000 está directamente vinculado con la práctica probatoria, en seguimiento de ese principio de inmediación relativizado allí consignado y que deriva no sólo de las amplias facultades judiciales otorgadas a la Fiscalía, sino del principio de permanencia de la prueba.

Así lo entendió el legislador, en seguimiento de ese procedimiento que algunos dan en significar mixto, y por ello, una vez asumida la investigación por el fiscal encargado del caso, no corre de cargo de la Policía Judicial adelantar motu proprio la tarea investigativa, ni mucho menos, proceder a una práctica probatoria que en la generalidad de los casos, con excepción de la prueba técnica, corre de cargo directamente de la Fiscalía, en cuanto órgano, previo al Acto Legislativo 03 de 2002, que modificó el artículo 250 de la Carta Política, con plenas facultades judiciales en la fase instructiva del proceso.

En otras palabras, si por virtud de sus amplios poderes judiciales, la Fiscalía, en la investigación, toma decisiones trascendentes fundadas en pruebas, particularmente la que resuelve la situación jurídica del procesado y aquella que califica el mérito del sumario, lo natural, en aplicación adecuada del principio de inmediación, es que el funcionario judicial en la generalidad de los casos practique la prueba, o mejor, para precisar el tópico testimonial, ante él concurra el testigo para que pueda evaluarse directamente por aquél su credibilidad, y sólo en casos excepcionales o puntuales plenamente justificados —entre ellos el consagrado por la norma acerca de la prueba técnica, dada la ausencia de conocimientos calificados del Fiscal—, ello se delegue por vía de comisión a la Policía Judicial.

Y, para proseguir con el argumento de principalística, si esa normatividad ya en camino de derogación, consagra el principio de permanencia de la prueba, que en términos elementales conduce a que el juez perfectamente pueda fundar su fallo en los elementos suasorios recogidos o practicados en la investigación o incluso dentro de la indagación preliminar, lo menos que cabe esperar es que esa prueba sea siempre practicada por o ante el funcionario judicial (juez o fiscal).

Ahora bien, esas limitaciones constitucionales y legales explican, dentro de la obligada contextualización que el examen del tema demanda, lo contemplado por el artículo 84 de la Ley 600 de 2000, regulatorio del instituto de las Comisiones.

Allí, para lo que al caso compete, el inciso quinto establece: 'los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación no podrán comisionar a las corporaciones judiciales, pero podrán hacerlo para la práctica de cualquier prueba o diligencia a otros funcionarios judiciales o con funciones de policía judicial, conforme a lo dispuesto en el presente código.

La decisión mediante la cual se comisiona debe establecer con precisión las diligencias que deben practicarse y el término dentro del cual deben realizarse’.

En primer lugar, respecto de lo que la norma contempla, debe repararse en que si bien allí de manera genérica se establece la posibilidad de comisionar para la práctica de ‘cualquier prueba’, a renglón seguido precisa que ello opera ‘conforme a lo dispuesto en el presente código’, y precisamente el artículo 316 posterior, acota las facultades de la Policía Judicial, delimitando que sólo puede comisionársele para realizar pruebas técnicas y otras diligencias.

Así las cosas, el inciso quinto del artículo 84, en concordancia con el artículo 316, conduce a significar que si la comisionada es la Policía Judicial, esta solo puede practicar pruebas técnicas o diligencias que conduzcan al esclarecimiento de los hechos. En cambio, sí puede comisionarse a ‘otros funcionarios judiciales’, léase jueces o fiscales, para la práctica de cualquier tipo de prueba.

A su vez, en lo que atiende al inciso sexto, definido el campo de acción dentro del cual puede actuar por comisión la Policía Judicial, también se torna necesario, para la validez de su actuación, que el despacho comisario contemple ‘con precisión las diligencias que deben practicarse y el término dentro del cual deben realizarse’.

La claridad de la norma no admite interpretaciones subjetivas, tornándose imperioso el mandato para el fiscal, en cuanto, debe especificar cuáles diligencias es menester practicar y el lapso destinado para el efecto²⁶¹.

Así entonces, en el proceso disciplinario, bien de naturaleza administrativa o de naturaleza judicial, opera la institución de la Policía Judicial, por ello los desarrollos de su práctica los abordaremos en esta unidad.

5.1. EL JUEZ DISCIPLINARIO COMO “AUTORIDAD JUDICIAL COMPETENTE” CONSTITUCIONALMENTE

En el ámbito del derecho disciplinario procesal judicial no se demandan, como ya se advirtió, esfuerzos similares para la operatividad de la Policía Judicial como los realizados para el derecho procesal disciplinario administrativo, lo cual ha tenido

261 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación de noviembre 5 de 2008, radicación 27508.

desarrollo a partir del inciso 3° del artículo 116 de la Carta Política y del artículo 148 del CDU.

Como se advirtió de manera categórica, en el Tercer Módulo, los magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y de las salas jurisdiccionales disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura son, en toda su autenticidad y legitimidad, jueces de la República.

Para los efectos constitucionales son autoridades judiciales competentes para lo relacionado con sus específicas funciones.

Por ello cuando para efectos de remisión a las normas del Código de Procedimiento Penal se hable de fiscales delegados o jueces del conocimiento, se está haciendo referencia a los magistrados que cumplen tales funciones al interior de la jurisdicción disciplinaria.

5.2. AFECTACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Aún los actos de investigación en sentido material, así sean desformalizados, deben respetar un marco mínimo para que puedan ser considerados legítimos por el ordenamiento jurídico.

Incluso ello se predica de aquellas actuaciones que no demanden, para su validez jurídica, la intervención de un Juez de la República.

En efecto, el artículo 149 del CDU, sobre intangibilidad de las garantías constitucionales, señala que “las actuaciones de la Procuraduría General de la Nación, en ejercicio de sus atribuciones de policía judicial, se realizarán con estricto respeto de las garantías constitucionales y legales”.

Lo anterior es predicable tanto de las funciones de Policía Judicial que se lleven a cabo por iniciativa propia como por comisión (artículo 318 de la Ley 600 de 2000).

Es importante resaltar que, cuando ya existe proceso disciplinario, esto es, cuando la Policía Judicial practica pruebas por virtud de comisión según lo dispuesto en el artículo 316 ibídem, “los sujetos procesales tendrán las mismas facultades y derechos que les otorga la ley ante los funcionarios judiciales”.

Ahora, cualquiera que sea la modalidad de actuación de la Policía Judicial, cuando se requiera llevar a cabo actuaciones que demandan la afectación de derechos

fundamentales constitucionales, las mismas sólo podrán ser ordenadas por la autoridad disciplinaria judicial correspondiente.

De entrada el artículo 316 de la Ley 600 de 2000 precisa que la extensión de la comisión no podrá llevarse a cabo cuando la misma implique “interceptación de comunicaciones” o actuaciones que “atenten contra el derecho a la intimidad”.

Verdad de Perogrullo, entonces, es que tampoco puede hacerlo cuando realiza actuaciones por iniciativa propia o cuando se le han derivado las actuaciones por virtud de la inhibición en razón de tratarse de quejas anónimas como se verá más adelante.

Lo anterior por cuanto el artículo 15 de la Carta Política demanda que cualquier actuación que implique una afectación a la intimidad de las personas, de allí que, el registro de comunicaciones, su interceptación, el registro de libros de contabilidad y demás documentos privados sólo puede llevarse a cabo “mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley”.

Igualmente así debe procederse en aquellos eventos que impliquen seguimientos de personas, puesto que nadie puede ser molestado y su domicilio registrado, sino por orden escrita de autoridad competente (artículo 28 *ibidem*).

5.3. DILIGENCIAS DE POLICÍA JUDICIAL

Lo primero que debe advertirse es que la Policía Judicial Disciplinaria es diferente a la Policía Judicial en materia criminal, lo cual así se ha establecido a partir del artículo 250 de la Carta Política, lo cual desarrolla el artículo 33 de la Ley 270 de 1996, que excluye de la coordinación del Fiscal General de la Nación “*lo dispuesto en este artículo la estructura y funciones de policía judicial de la Procuraduría General de la Nación, de acuerdo con lo señalado por el artículo 277 de la Constitución Política*”, lo cual es corroborado por el parágrafo del artículo 311 de la Ley 600 de 2000.

Ciertamente que la disposición está referida a la Procuraduría General de la Nación, no obstante, debe entenderse que ello es así para distinguir los géneros Policía Judicial Penal y Policía Judicial Disciplinaria, a lo cual, sin duda alguna, apunta materialmente las disposiciones previsoras del fenómeno.

Las diligencias que puede practicar la Policía Judicial Disciplinaria podríamos clasificarlas de la siguiente manera:

- a) Por iniciativa propia en su fórmula de investigación previa (artículos 315 de la Ley 600, 21 del CDU y 16 de la Ley 1123 de 2007).

Particularmente creemos que tales diligencias, en materia exclusivamente disciplinaria y referidas a eventos vinculados excluyentemente con funcionarios judiciales, se encuentran a cargo de la Procuraduría General de la Nación, puesto que están por fuera del fuero constitucional de que da cuenta el numeral 3 del artículo 256 de la Carta Política, toda vez que el mismo está restringido al “examen de la conducta”, esto es, a su valoración jurídica y asignación de consecuencias, atribución diferente a las funciones de Policía Judicial.

Aquí se aplica, en toda su extensión, lo dispuesto en el artículo 314 de la Ley 600 de 2000 que dice:

“Labores previas de verificación. La policía judicial podrá antes de la judicialización de las actuaciones y bajo la dirección y control del jefe inmediato, allegar documentación, realizar análisis de información, escuchar en exposición o entrevista a quienes considere pueden tener conocimiento de la posible comisión de una conducta [infraccional disciplinaria]. Estas exposiciones no tendrán valor de testimonio ni de indicios y sólo podrán servir como criterios orientadores de la investigación”.

Pero cuando además de una falta disciplinaria se involucra también la comisión de un delito, podrán conocer también de hechos relacionados con el Derecho Disciplinario de los abogados en el ejercicio profesional, por virtud de que las faltas de la Ley 1123 de 2007 pueden coincidir con delitos que *per se* autorizan las funciones autónomas de la Policía Judicial Penal, lo cual es una previsión para los efectos de la validez de la prueba en materia del juicio disciplinario judicial.

Obviamente, por las mismas razones, lo anterior es predicable de los funcionarios judiciales, especialmente, por vía de ejemplo, por lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 48 del CDU.

Cuando se actúe por iniciativa propia, en aquellos eventos de fuerza mayor acreditada, deberá instrumentarse al Ministerio Público y al funcionario judicial disciplinario (artículo 315 de la Ley 600 de 2000).

- b) Por comisión en cualquier evento de infracción disciplinaria relacionada con funcionarios judiciales o abogados en el ejercicio profesional, para llevar a cabo la etapa de verificación.

La jurisprudencia constitucional tiene dicho que “la formulación de una queja formal responde a unos requisitos de especificidad y certeza mínimos que, lejos de ser expresión de un exagerado formalismo, propenden por la garantía de los derechos de quienes pueden verse afectados por la investigación”²⁶².

El artículo 38 de la Ley 190 de 1995 establece como régimen especial, constitutivo de un requisito de procedibilidad, en tratándose de quejas anónimas, que ellas solo activarán el respectivo ejercicio de la acción disciplinaria cuando “*existan medios probatorios suficientes*”, pues de lo contrario se inadmitirán de conformidad con el artículo 27 numeral 1 de la Ley 24 de 1992, lo cual es de obligatorio cumplimiento para el Ministerio Público. Así también se estableció por el artículo 81 de la Ley 962 de 2005.

El párrafo 1° del artículo 150 de la Ley 734 de 2002, siguiendo la misma línea legal anterior, señala que cuando “la información o queja sea manifiestamente temeraria o se refiera a hechos disciplinariamente irrelevantes” o “presentados de manera absolutamente inconcreta o difusa” se proferirá inhibitorio de plano, esto es, sin traslado alguno y sin llevar a cabo actividad procesal alguna.

El artículo 68 de la Ley 1123 de 2007 expresa que “la sala deberá examinar la procedencia de la acción disciplinaria y podrá desestimar de plano la queja si la misma no presta mérito para abrir proceso disciplinario o exista una causal objetiva de improcedibilidad”, la cual puede estar referida al caso de los anónimos de que da cuenta la parte final de su mismo artículo 67.

Tal decisión procesal también viene avalada por el artículo 29 de la Ley 600 de 2000, cuando requiere “una relación detallada de los hechos que conozca el denunciante”, pues si no se cumple con ello, por cuanto es una denuncia anónima que “no suministra prueba o datos concretos que permitan encauzar la investigación”, la decisión no puede ser otra que la inhibitoria, reconduciendo su tratamiento por la vía de la “investigación judicial” a través de la llamada “etapa de verificación” (artículo 314 *ibídem*), tanto en materia penal, como disciplinaria judicial en los ámbitos de los funcionarios judiciales como de los abogados en el ejercicio de la profesión.

La comisión a la Policía Judicial Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación o a la Policía Judicial Penal viene dada por lo dispuesto en los artículos 136 y 137 del CDU, 92 de la Ley 1123 de 2007 y 84 inciso 5° de la Ley 600 de 2000,

262 Corte Constitucional, sentencia T-412 de 2006.

en armonía con los artículos 21 y 16, respectivamente, de los códigos disciplinarios de funcionarios judiciales y abogados en el ejercicio profesional.

- c) Comisión durante las etapas de la indagación preliminar, investigación disciplinaria, juzgamiento o período probatorio en segunda instancia del proceso ordinario del CDU y, guardando la naturaleza, de los procesos verbales disciplinarios judiciales.

Su fundamento se encuentra a partir de una interpretación armónica de las etapas del proceso disciplinario que señalan las oportunidades para la realización de los actos de instrucción y el artículo 316 de la Ley 600 de 2000 que consagra las posibilidades de actuación de la Policía judicial “durante la investigación y el juzgamiento”. Sirve a lo anterior lo dispuesto en los artículos 136 y 137 del CDU, 92 de la Ley 1123 de 2007 y 84 inciso 5° de la Ley 600 de 2000.

Con base en ello, por tanto, el funcionario judicial disciplinario “podrá comisionar a cualquier servidor público que ejerza funciones de policía judicial para la práctica de pruebas técnicas o diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos”, según lo previene el artículo 316 de la Ley 600 de 2000. El mismo artículo dispone que los comisionados “pueden extender su actuación a la práctica de otras pruebas técnicas o diligencias que surjan del cumplimiento de la comisión”, excepto aquellos actos que impliquen atribuciones propias de la reserva judicial constitucional para la afectación de derechos fundamentales.

En todos los casos anteriores los informes de Policía Judicial deberán rendirse “mediante certificación jurada”, con plena identificación de quien los elabora y la prueba de la adscripción a una dependencia encargada de dichas funciones, especialmente precisando “si quien lo suscribe participó o no en los hechos materia del informe” (artículo 319 de la Ley 600 de 2000).

Para el efecto de la Policía Judicial Disciplinaria deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 310 de la Ley 600 de 2000, que señala como servidores públicos que ejercen tales funciones a los miembros de la Policía Judicial de la Policía Nacional, los miembros del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, el Departamento Administrativo de Seguridad, la Contraloría General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, las entidades públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control y los miembros de la Policía Nacional en los lugares donde no exista cuerpo de policía judicial de dicha institución.

5.4. INTEGRACIÓN EN EL SISTEMA GENERAL

Si bien, como ya se anotó, no existen normas que de manera explícita regulen la actividad de Policía Judicial en el ámbito de los procesos disciplinarios judiciales, la integración al sistema general de dicha función sí es posible y viable jurídicamente como se anotó.

Normativamente dicha integración parte de la remisión autorizada por los artículos 21 del CDU y 16 de la Ley 1123 de 2007, puestos en contacto, como ya se ha advertido en varias oportunidades en el Primero y Tercer Módulos, con el artículo 533 de la Ley 906 de 2004, cuando afirma la vigencia de la Ley 600 de 2000 para los efectos del numeral 3° del artículo 235 de la Carta Política.

Si al Procurador General de la Nación, que es una autoridad administrativa se le ha concedido funciones jurisdiccionales por excepción para el aseguramiento de la prueba, es claro que también la tienen los jueces disciplinarios que, por excelencia, son funcionarios judiciales.

Si de conformidad con la jurisprudencia constitucional las funciones jurisdiccionales otorgadas al Procurador General de la Nación tienen como fin y “se dirigen exclusivamente a dictar las providencias necesarias para el aseguramiento y práctica de pruebas, tanto en la etapa de indagación preliminar como durante la investigación disciplinaria”²⁶³, es claro que también las tienen los funcionarios judiciales disciplinarios, pues les compete el aseguramiento de la prueba, solo que, para su materialización, deben comisionar a la Procuraduría General de la Nación o a otras autoridades de Policía Judicial (artículos 136 y 137 del CDU y 92 de la Ley 1123 de 2007).

Esto es, a los funcionarios judiciales disciplinarios les corresponde emitir la orden, pero su ejecución está a cargo de quienes materialmente deben ejercer facultades de Policía Judicial.

Así, entonces, “para el aseguramiento de pruebas en procesos disciplinarios, se podrían cumplir actos como el registro de correspondencia, la interceptación de teléfonos, la vigilancia electrónica, etc., los cuales están íntimamente relacionados con la restricción de ciertos derechos fundamentales, es indispensable que sean ordenados por autoridad judicial”²⁶⁴.

263 Sentencia C-244 de 1996.

264 Ibídem.

Finalmente debe decirse que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004 para nada ha variado dichos criterios, “razón por la cual no se ha producido un cambio del contexto normativo constitucional que justifique apartarse del precedente sentado por esta Corporación”²⁶⁵.

5.5. CRÍTICAS Y PERSPECTIVAS

El funcionamiento del sistema, como se ha dejado planteado, puede ofrecer muchas discusiones y las mismas pueden introducir demasiadas dudas que vayan en perjuicio de una firme y segura aplicación de la ley, afectándose de manera significativa, de resultar contrarias algunas posiciones, la legalidad de la prueba.

Significa lo anterior que, para evitar tal diletantismo, se reclama una reforma legislativa que regule íntegramente el tema de la Policía Judicial Disciplinaria al servicio del derecho procesal disciplinario judicial.

Puede pensarse, al menos en lo que tiene que ver con el derecho procesal disciplinario de los funcionarios judiciales, que dicha actividad podría quedar radicada en cabeza de la Policía Judicial de la Procuraduría General de la Nación.

No obstante lo anterior, es perfectamente factible operar la materia a partir de una interpretación adecuada de las normas legales sobre la materia, empero, ello no es posible en lo que refiere a los abogados en el ejercicio profesional, toda vez que en materia legal de la actualidad solo permite entender a la Policía Judicial cuando la infracción disciplinaria envuelve igualmente la comisión de un delito.

Este tópico, por tanto, necesariamente solo puede ser superado a través de una reforma legal.

265 Sentencia C-1121 de 2005.

<p><i>ap</i></p>	<p><i>Actividades pedagógicas</i></p> <p>Reflexione y argumente sobre los siguientes temas:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Importancia y necesidad de la institución de la Policía Judicial en el ámbito del derecho procesal disciplinario judicial;</i> 2. <i>Viabilidad jurídica de entender la existencia de una Policía Judicial Disciplinaria;</i> 3. <i>Instrumentación de la operatividad de la Policía Judicial Disciplinaria a partir de lo dispuesto en los artículos 136 y 137 del CDU y 92 de la Ley 1123 de 2007;</i> 4. <i>Pueden aplicarse las expresiones y manifestaciones de la Policía Judicial Penal a la Policía Judicial Disciplinaria; y,</i> 5. <i>Depende la Policía Judicial Disciplinaria de la coordinación del Fiscal General de la Nación.</i>
<p><i>de</i></p>	<p><i>Autoevaluación</i></p> <p>PERFECTO, en su condición de Juez Civil del Circuito, es investigado por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura en tanto incurrió en la falta disciplinaria de incursión en conflicto de intereses (numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, en armonía con el artículo 196 del mismo estatuto), puesto que siendo propietario de un predio que colindaba por la parte de abajo con el de quien fuera demandante en un proceso, que a su vez reclamaba una servidumbre que soportaba el paso de unos postes para energía eléctrica a otro vecino de más arriba, con lo cual eventualmente podría verse favorecido, pues el cableado pasaría por su predio, no se declaró impedido y falló la litis, demostrándose que tenía unos planos para acceder al servicio de energía que databan de la misma fecha de la demanda. Esta prueba fue obtenida por el Consejo Seccional que ordenó, previa y motivadamente, un registro en el computador oficialmente asignado al investigado.</p> <p>Encontrándose el asunto para proferir fallo de primera instancia la judicatura se encuentra con las siguientes alegaciones.</p>

<p><i>de</i></p>	<p><i>El representante del Ministerio Público solicita la declaratoria de responsabilidad y la imposición de la sanción de destitución e inhabilidad de conformidad con la ley, haciendo un recuento de la prueba que a ello conduce, muy especialmente los registros encontrados en el computador, prueba de la cual se infiere que para la época de la presentación de la demanda existía un interés actual y expreso del procesado en las resultas del proceso.</i></p> <p><i>La defensa impugna dicha opinión, afirma que la orden de registro en el computador del procesado fue ilegal, pues muy a pesar de que constituye un instrumento oficial de trabajo, de todos modos en el mismo se encontraban registrados asuntos personales de su sola y exclusiva incumbencia, por lo que se quebrantó su intimidad, la cual sólo puede injerirse por las autoridades del orden penal de conformidad con los artículos 15 y 250 numeral 2 de la Carta Política.</i></p> <p><i>Cuál sería su decisión como magistrado o magistrada del ente disciplinario.</i></p> <p>Responda los siguientes interrogantes:</p> <ol style="list-style-type: none"> <i>1. ¿Quién es la autoridad competente para ordenar, en el ámbito del proceso disciplinario judicial, el aseguramiento de la prueba?</i> <i>2. ¿Cuáles actuaciones pueden llevarse a cabo para efectos de asegurar la prueba en materia disciplinaria judicial?</i> <i>3. ¿Cuáles normas permiten la aplicación de las reglas de Policía Judicial de la Ley 600 de 2000 al Derecho Disciplinario Judicial?</i> <i>4. La expedición de la Ley 906 de 2004 modificó legalmente las atribuciones y autonomía de la Policía Judicial Disciplinaria derivadas del artículo 148 del CDU; y,</i> <i>5. ¿En cuáles etapas del procedimiento disciplinario se puede comisionar a los funcionarios de Policía Judicial para la práctica de pruebas?</i>
------------------	---

BIBLIOGRAFÍA

ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel. *La dignidad de la persona*. Universidad de León. 1996.

ALEXI, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1995.

ARENAS SALAZAR, Jorge. *Crítica del indicio en materia penal*. Temis. Bogotá. 1988.

ARISTÓTELES. *Ética nicomaquea*. Ediciones Universales. Bogotá. 1987.

BARBOSA CASTILLO, Gerardo y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Bien jurídico y derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1996.

BENDA Ernesto. "Dignidad Humana y Derechos de la Personalidad" en *Manual de Derecho Constitucional*. Marcial Pons. Madrid. 1996.

BUBER, Martín. *¿Qué es el hombre?*. Fondo de Cultura Económica. México. 2002.

CASSIRER, Ernst. *Antropología filosófica*. Fondo de Cultura Económica. México. 1997.

CHILDE, Gordon. *Los orígenes de la civilización*. Fondo de Cultura Económica. México. 1997.

CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal Tomo II*. Temis. Bogotá. 2000.

CORRAL TALCIANI, Hernán Felipe. *De la ignorancia de la ley. El principio de su inexcusabilidad*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1987.

COSTA, Joaquín. *La ignorancia del derecho*. Editorial Partenón. Buenos Aires. 1945.

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Depalma. Buenos Aires. 1981.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General del Proceso, T II, pruebas judiciales*. Editorial A.B.C. Bogotá. 1984.

b

b

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas.* Tirant lo blanch. Valencia. 1990.

ELLERO, Pietro. *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal.* Editorial Reus S.A. Madrid. 1968.

ESCRICHÉ, Joaquín. *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia.* Librería de Rosa, Bouret y Cía, París. 1852.

FÁBREGA, Jorge. *Teoría General de la Prueba.* Jurídicas Ibáñez. Bogotá. 1997.

FELIP I SABORIT, David. *Error iuris. El conocimiento de la antijuridicidad y el art. 14 del Código Penal.* Atelier. Barcelona. 2000.

FLORIÁN, Víctor. *Diccionario de filosofía.* Panamericana. Bogotá. 2002.

GARCÍA GARCÍA, Emilio. *Mente y cerebro.* Editorial Síntesis. Madrid. 2001.

GEHLEN, Arnold. *Antropología filosófica. Del encuentro y descubrimiento del hombre por sí mismo.* Paidós. Barcelona. 1993.

GIANTURCO, Vito. *Los indicios en el proceso penal.* Editorial Presencia Ltda. Bogotá. 1975.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *La dignidad de la persona.* Civitas. Madrid. 1986.

GONZÁLEZ VALENZUELA, Juliana. *Genoma humano y dignidad humana.* Anthropos. Barcelona. 2005.

GORPHE FRANCOIS. *Apreciación judicial de las pruebas.* Bogotá, Temis, 1985.

GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. *Fundamentos Teórico Constitucionales del nuevo proceso penal.* Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá. 2007.

HAEFFNER, Gerd. *Antropología filosófica.* Editorial Herder. Barcelona. 1986.

IGARTUA SALAVERRIA, Juan. *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal.* Tirant lo Blanch. Valencia. 1995.

b

IGARTUA SALAVERRIA, Juan. *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*. Tirant lo blanch. Valencia. 1995.

IRRAGORRI DÍEZ, Benjamín. *Curso de pruebas penales*. Temis. Bogotá. 1983.

LESSONA, Carlos. *Teoría General de la Prueba en Derecho Civil*. Editorial Reus. Madrid. 1983.

LINTON, Ralph. *Estudio del hombre*. Fondo de Cultura Económica. Bogotá. 1976.

LÓPEZ MIRÓ, Horacio. *Probar o sucumbir. Los tres grados del convencimiento judicial y la regla procesal del onus probandi*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1998.

LORITE MENA, José. *El animal paradójico. Fundamentos de filosofía antropológica*. Alianza Editorial. Madrid. 1982.

LLINÁS, Rodolfo. *El cerebro y el mito del yo*. Editorial Norma. Bogotá. 2003.

MARTÍNEZ PINEDA, Ángel. *Filosofía Jurídica de la Prueba*. Editorial Porrúa. México. 1995.

MITTERMAIER, C.J.A. *Tratado de la prueba en materia criminal*. Editorial Reus S.A. Madrid. 1979.

MONTERO AROCA, Juan. *Proceso y Garantía. El proceso como garantía de libertad y responsabilidad*. Tirant lo blanch. Valencia. 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Hammurabi. Buenos Aires. 2003.

MUÑOZ I SABATÉ, Lluís. *Tratado de probática judicial, Tomo I*. J.M. Bosch Editor S.A. Barcelona. 1992.

NEUMANN, Ulfried. *La pretensión de verdad en el Derecho*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2006.

NIETO MARTÍN, Adán. *El conocimiento del derecho. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*. Atelier. Barcelona. 1999.

b

ORTEGA Y GASSET, José. "Introducción a la estimativa" en *Obras Completas Tomo VI*. Editorial Revista de Occidente. Madrid. 1952.

ORTIZ RODRÍGUEZ, Alfonso. *Lecciones de Derecho Probatorio Penal. Análisis de las pruebas en el nuevo Código de Procedimiento Penal*. Impresos Baena Garcés. Medellín. 1987.

PARRA QUIJANO JAIRO. *La Prueba Pericial*, Tomo V. Bogotá, Ediciones Librería del Profesional. 1991.

PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*. Librería del Profesional. Bogotá. 1988.

PARRA QUIJANO, Jairo. "Indicios y presunciones" en *Tratado de la Prueba Judicial*, Tomo IV. Librería del Profesional. Bogotá. 1990.

PORRAS, Demetrio. *Práctica Forense*. Tomo II.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *¿Adónde va el Derecho Penal? Reflexiones sobre las Leyes Penales y los penalistas españoles*. Thomson-Cívitas. Madrid. 2004.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. J.M. Bosch Editor. Barcelona. 1999.

REYES ALVARADO, Yesid. *La prueba indiciaria*. Ediciones "Reyes Echandía Abogados Ltda.". Bogotá. 1989.

ROCHA ALVIRA, Antonio. *De la prueba en Derecho*. Lerner. Bogotá. 1967.

RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto. *La calificación de la prueba*. Ediciones Ciencia y Derecho. Bogotá. 1997.

RUBIANES, Carlos. *Manual de Derecho Procesal Penal Tomo II*. Depalma. Buenos Aires. 1983.

RUIZ VADILLO, Enrique. *Estudios de Derecho Procesal Penal*. Comares. Granada. 1995.

RUFFIÉ, Jacques. *De la biología a la cultura*. Muchnik Editores. Barcelona. 1982.

SAVATER, Fernando. *El valor de educar*. Ariel. Barcelona. 1997.

SAVATER, Fernando. *El valor de elegir*. Ariel. Barcelona. 2003.

b

STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Temis. Bogotá. 1999.

SCHELER, Max. *El puesto del hombre en el cosmos*. Alba Editorial. Barcelona. 2000.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Editorial Trotta. Madrid. 2002.

VISHINSKI, A. *La teoría de la prueba*. Ediciones Pueblos Unidos. Montevideo, 1950.

WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Temis. Bogotá. 1985.

WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Ariel. Barcelona. 1964.



Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"