



Autor: Verónica Molina Mesa
Título: Sin señal
Técnica: óleo-pastel sobre papel
Dimensiones: 21,6 cm x 14 cm

VALORACIÓN DE LA VALIDEZ Y DE LA EFICACIA DE LA PRUEBA. ASPECTOS EPISTEMOLÓGICOS Y FILOSÓFICO-POLÍTICOS*

* Este artículo es parte de los resultados del trabajo de investigación terminado y denominado “*El derecho constitucional a la prueba, análisis de la jurisprudencia de las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia*”. Inscrito en el Comité para el Desarrollo de la Investigación (CODI) de la Universidad de Antioquia. En este proyecto actuó como investigador principal Luis Bernardo Ruiz Jaramillo. Estudiantes en formación: Adriana María Ruiz Gutiérrez y Lesney Katherine González Prada. Estudiantes auxiliares: Nidia Cristina Montoya, María Eugenia Naranjo y Dary Luz Restrepo. El informe final de esta investigación se presentó el 25 de septiembre de 2006 en el Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia. Luego de su evaluación por los jurados respectivos fue, finalmente, aprobado el 7 de diciembre de 2007.

Fecha de recepción: Septiembre 26 de 2008

Fecha de aprobación: Noviembre 6 de 2008

VALORACIÓN DE LA VALIDEZ Y DE LA EFICACIA DE LA PRUEBA. ASPECTOS EPISTEMOLÓGICOS Y FILOSÓFICO-POLÍTICOS

*Luis Bernardo Ruiz Jaramillo***

RESUMEN

En este artículo se plantea la importancia de las reflexiones que de la filosofía política y la epistemología se hagan sobre la prueba judicial. Se abordan los dos aspectos principales de la valoración de la prueba, la validez y la eficacia. La validez es una temática que lleva a estudiar, principalmente, desde la filosofía política, la relación entre el individuo y el Estado ya que la prueba judicial en su obtención y valoración tiene la potencialidad de afectar a la persona en todos los aspectos de su vida existencial: el corporal, el psicológico y el social; lo cual también puede implicar la vulneración de los derechos fundamentales. De otro lado, la valoración de la eficacia conlleva, principalmente, a reflexiones epistemológicas de la verdad sobre los hechos. Se analiza la verdad por correspondencia como el ideal. También se estudian las concepciones de verdad consensuales, coherencistas y pragmatistas que han sido enarboladas como negación de aquélla.

Palabras clave: prueba, valoración, validez, eficacia, debido proceso, derechos fundamentales, verdad procesal, verdad como correspondencia, verdad pragmática, cognoscitismo, estándar de prueba.

EVALUATION OF VALIDITY*** AND CREDIBLE EVIDENCE OF THE PROOF. EPISTEMOLOGICAL AND PHILOSOPHICAL-POLITICAL ASPECTS

ABSTRACT

This article raises the importance of the thoughts made about the proof from philosophical-political and epistemological perspectives. Also raises the two main aspects of the evaluation evidence: validity and credible. Validity is a topic that leads to study, mainly from the political philosophy, the relationship between the individual and the State because the proof since its obtaining and evaluation have the potential to affect the person in all his life aspects: physical, psychological and social, so a wrong method on the obtaining and evaluation may lead to harm fundamental rights. In the other hand, the credible evaluation involves, mainly, epistemological reflections about the truth of the facts. We analyze the truth by correspondence as *the ideal*. Also, we study the concept of consensual, coherence and pragmatist truth, wich are theories that have been used to deny, precisely, the truth.

Key words: proof, evaluation evidence, validity evidence, credible evidence, due process, fundamental rights, procedural truth, truth by correspondence, pragmatic truth, cognitivism, standard of proof.

** Docente ocasional de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de las asignaturas en Derecho Probatorio y Teoría General del Proceso.

*** Exclusionary rules: "Validity" is taken in the legal sense of the word. It means, as the consistency of procedural activity with the law and the Constitution. It is similar to the rules of evidence admissibility.

VALORACIÓN DE LA VALIDEZ Y DE LA EFICACIA DE LA PRUEBA. ASPECTOS EPISTEMOLÓGICOS Y FILOSÓFICO-POLÍTICOS

INTRODUCCIÓN

La prueba judicial presenta una configuración intelectual más compleja de lo que aparenta ser. En la prueba judicial confluyen asuntos relacionados con la validez y la eficacia de la misma. La validez, desde un punto de vista filosófico jurídico conlleva a hacer reflexiones del orden político por los retos que plantea con respecto a la legitimidad de la misma cuando en la obtención de la prueba se afectan derechos fundamentales. Por su parte, la eficacia tiene otro mundo muy diferente ya que tiene un importante componente epistemológico o de teoría del conocimiento aunque con implicaciones políticas, como se verá luego.

En efecto, la valoración de la prueba recae sobre dos aspectos fundamentales de la misma: la validez y la eficacia. Además, existe un tercer elemento, la regla de la carga de la prueba, la cual opera en forma residual ante la ausencia o la duda probatoria. No obstante, este último aspecto no se abordará en esta oportunidad.

En este artículo se presentarán las teorías que de alguna manera han abordado los problemas de validez y de eficacia de la prueba. Aunque son temas que tienen dos mundos teóricos diferentes no obstante tienen un tema en común, la prueba judicial. El más importante reto que se plantea sobre la validez de la prueba es el de la legitimidad de la obtención de la prueba cuando se encuentran en juego los derechos fundamentales de las personas; no debe olvidarse que la actividad probatoria tiene incidencia en el individuo en todas las esferas de su existencia, en su cuerpo, su psiquis y su vida social. Con respecto a la eficacia, se cuestiona sobre si es posible obtener la verdad sobre los hechos y bajo qué condiciones; la prueba judicial participa, en este campo, de la misma problemática de la verificación de los hechos en las ciencias y en la vida social.

En relación con la validez se presentará la discusión teórica con la posición de dos autores, Luigi Ferrajoli y Robert Alexy. Se advierte que estos autores no se han pronunciado en forma expresa y sistemática sobre esta problemática; no obstante, sí

tienen dos teorías diversas sobre los derechos fundamentales que es bueno evaluar con respecto a sus consecuencias últimas en esta temática de la prueba judicial.

En cuanto a la eficacia de la prueba, se aborda nuevamente el pensamiento de Ferrajoli como también de Michele Tarufo y Marina Gascón Abellán. Asimismo, sobre esta temática se profundiza un poco más sobre lo que ocurre en los códigos procesales penal, civil y administrativo.

Es de anotar que los teóricos clásicos de la filosofía del derecho no se han ocupado de estos asuntos de la prueba judicial. En realidad esta temática de la prueba judicial ha sido considerada como un saber “práctico” de menor importancia teórica o filosófica. Sólo en la década de los noventa comienza una importante reflexión por la filosofía del derecho en estos aspectos. Precisamente, con este artículo se quiere mostrar cómo se ha planteado en el ámbito filosófico-jurídico.

1. LA VALIDEZ DE LA PRUEBA JUDICIAL

1.1 El debido proceso en la valoración de la prueba

En su obtención, la validez de la prueba se relaciona con el debido proceso. Existe una validez formal que se refiere a los condicionamientos de órganos legítimos y a las formalidades de tiempo, lugar y modo de obtención del acto procesal probatorio y la validez material, la cual se relaciona con la conformidad de los contenidos de la decisión judicial en materia probatoria respecto a los contenidos constitucionales; este último se refiere básicamente a que la decisión del juez respete el principio de proporcionalidad lo mismo que el de racionalidad en su argumentación sobre los hechos como condición de legitimidad de la decisión.

El debido proceso se entiende en dos sentidos, uno formal y otro sustancial.¹ El criterio de distinción alude simplemente a que el formal se refiere a los condicionamientos de validez (formal y material) que brindan las garantías legales y

¹ A propósito de la interpretación del art. 29 de la Constitución sobre el debido proceso por la Corte Constitucional (sentencia SU-159 de 2002, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, Cons. 4.2.2) preceptúa: “(...) 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”.

constitucionales para los actos procesales-probatorios de admisión, práctica y valoración de la prueba dentro del proceso. En cambio, el sustancial se refiere a que la restricción de los derechos fundamentales sustanciales tanto en el ámbito extraprocésal como en el intraprocésal cumpla con los presupuestos constitucionales de validez (formal y material).

Al momento de la valoración, las partes o los intervinientes, en virtud del derecho a la prueba, tienen la posición iusfundamental de exigir que la prueba relacionada con su interés material tenga validez y que después el juez establezca su capacidad demostrativa. No obstante, a la parte que se ve afectada en su interés material o en general en sus derechos fundamentales con alguna prueba, en virtud del debido proceso constitucional, le asiste el derecho de invocar los mecanismos procesales de exclusión de la prueba que no cumpla con los presupuestos de validez.

Debe precisarse que la valoración de la validez de la prueba depende del motivo de la irregularidad probatoria. Si se trata de la ausencia de un requisito relacionado con la práctica de la prueba en el ámbito del proceso, y por tanto del debido proceso formal, ordinariamente son irregularidades subsanables o que pueden convalidarse con la conducta de la parte dentro del proceso; excepto que se trate de fallas estructurales relacionadas con el derecho de defensa en la vinculación de la parte al proceso. En este evento, si se anula el acto procesal de la vinculación de la parte, por efecto reflejo, la prueba también se considera viciada de nulidad. Lo mismo ocurre cuando la falla estructural del proceso se relaciona con los períodos probatorios o con las oportunidades para solicitar pruebas. La omisión de estas fases del proceso conlleva a la nulidad procesal y a la afección como consecuencia de las pruebas allí obtenidas. El debido proceso también se conculca al momento de la sentencia por ausencia o insuficiencia en la motivación de la prueba para establecer la verdad procesal. Quitarle una oportunidad de prueba a la parte en razón de la extemporaneidad de la petición puede afectar la validez material de la posición iusfundamental de la parte a la luz del principio de proporcionalidad y, por ende, es posible la nulidad procesal por violación al debido proceso sustancial.

En los eventos en que se trata de pruebas obtenidas como consecuencia de la violación de un derecho fundamental sustantivo debe analizarse el cumplimiento de los presupuestos constitucionales que del debido proceso constitucional y sustantivo se desprenden para la restricción de los derechos fundamentales en la obtención de la prueba. Si se presenta incumplimiento de estos presupuestos el juez debe aplicar la nulidad de pleno derecho de que trata el inciso final de artículo 29 de la Constitución Política. Entre estos presupuestos existen unos de carácter formal (ley previa, orden del juez, motivación, personal autorizado para la práctica de la medida) y otros de naturaleza estrictamente material, el uno jurídico, que es el

juicio de proporcionalidad y el otro fáctico que se denomina principio de la prueba mínima para intervenir, el cual se basa en los elementos probatorios existentes al momento de realizar la medida de obtención de prueba.

Como se observa, la validez constitucional tanto de las fuentes como de los medios de prueba tiene un importante nivel de complejidad, ya que implica realizar juicios jurídicos de carácter procedimental así como de valores y principios constitucionales; lo mismo que juicios de carácter probatorio los cuales se refieren a la capacidad demostrativa de los elementos de conocimiento disponibles en un momento determinado y permiten apuntalar la decisión en cuestión. Estos juicios valorativos se realizan tanto al momento de la sentencia, como en otros momentos procesales en los cuales debe valorarse la prueba. En especial en materia procesal penal los realiza el juez de garantías cuando enjuicia los actos de investigación con miras a ordenarlos o rechazarlos a solicitud del fiscal delegado; o cuando realiza el control posterior sobre actos que hayan sido previamente ordenados por la fiscalía. Ese control posterior es en realidad poco serio, porque se realiza sobre actas o documentos y con el efecto psicológico que producen los hallazgos positivos. A continuación se analizará cómo los juicios con base en los valores y principios constitucionales llevan a discusiones del ámbito filosófico-jurídico.

1.2 El problema de la restringibilidad de los derechos fundamentales

Las personas poseen derechos fundamentales en virtud de la posición jurídica que crean las normas constitucionales y el orden legal que les permiten exigir de otros individuos o del Estado una prestación o la obligación de no hacer o afectar. Asimismo, los derechos fundamentales establecen obligaciones de las personas frente a otros y al Estado.

La Constitución colombiana y, en general, las constituciones contemporáneas, frente a la regulación de los derechos fundamentales tiene como particularidad que, en algunos casos, al mismo tenor que establece el derecho también crea su restringibilidad. De esta forma, por ejemplo, el art. 15 establece el derecho a la intimidad personal y familiar, lo mismo que el derecho al *hábeas data* y la inviolabilidad de las comunicaciones; no obstante, a renglón seguido, autoriza al legislador con el fin de disponer las formalidades para interceptar las comunicaciones; además, establece que los documentos privados y la contabilidad pueden intervenir en los términos que establece el legislador. El art. 16 establece el derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin embargo, admite las limitaciones que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico. El art. 24 establece la libertad de locomoción, aunque al mismo tiempo faculta a la ley para su limitación. El art. 28 determina el derecho a la libertad, a no ser molestado en su persona lo mismo que

la inviolabilidad del domicilio, pero al mismo tiempo faculta al legislador para la limitación de los mismos.

El gran reto que plantea esta regulación constitucional es cómo entender que para la misma Constitución primen los derechos inalienables de las personas dentro del Estado y, al mismo tiempo, establezca y proteja la prevalencia del interés general y, en concreto, el monopolio de la justicia que ejerce el Estado. Se plantea, en la misma Constitución, un conflicto entre el interés individual que se desprende de los derechos fundamentales y el concepto de interés general, que seguramente también incluye el respeto a los derechos fundamentales, pero también otros elementos de más difícil delimitación que pueden desembocar en el concepto de razones de Estado.

Sin duda alguna, existe cierta esquizofrenia en la regulación que la Constitución hace de los derechos fundamentales, pues en la misma norma que establece la libertad aparece la restricción: al mismo tiempo que busca proteger los derechos fundamentales los restringe en aras de la realización de la justicia estatal. La cual para poderse realizar en forma efectiva requiere del aseguramiento de la prueba, y éste, dado que la prueba se encuentra en los ámbitos íntimos y públicos de la persona humana, para hacerse efectivo requiere afectarlos. La afectación de estas esferas de la persona por el aparato de justicia corre el riesgo de arrasar con el sistema de garantías del individuo; sin embargo, no hacerlo en pos de la realización de la justicia llevaría al absurdo de que los derechos mismos de las personas no pudieran justificarse o quedarán a la merced del criminal que utiliza los ámbitos íntimos o sociales propios o ajenos para producir daño.

Frente a lo anterior, existen dos planteamientos diversos que pueden ejemplificarse en igual número de teóricos contemporáneos (aunque se trata de corrientes del pensamiento clásico). De un lado, Ferrajoli caracteriza los derechos fundamentales como de universales y de indisponibles, y deriva este último carácter del primero.² Incluso, frente al carácter de la indisponibilidad dicho autor³ sustenta la tesis del deber de la indisposición del derecho por parte de la persona titular misma y con mayor razón para el Estado.

Del otro, Robert Alexy⁴ plantea una tesis que coincide con la misma Constitución, porque establece la disponibilidad del legislador de esos derechos bajo ciertos re-

² Luigi Ferrajoli. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, pp. 20, 160, 161, 291, 292.

³ *Ibid.*, p. 32.

⁴ R. Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 268.

quisitos; y es la tesis que acogen abiertamente la Corte Constitucional y los distintos tribunales colombianos. Hay que advertir que esta tesis la acogen estos tribunales de justicia colombianos con algunas particularidades que no se encuentran en la original. La particularidad de los tribunales de justicia colombianos, básicamente, plantea que deben hacerse compatibles los derechos fundamentales con los colectivos, como el del interés general o el de hacer justicia.

En esta discusión, de fondo, existe un conflicto entre el individuo y el Estado; en última instancia, la posición que se tome depende de la concepción de Estado de la cual se parta: si el Estado se concibe como una herramienta de protección de los derechos de las personas, no cabe pensar que en protección de ese fin se afecten los derechos de otros; y si se concibe como un ente que tiene un carácter sustancialmente más importante que el individuo este se ve limitado por aquél. Al respecto López Barja de Quiroga⁵ reseña la historia de la relación individuo Estado y señala que en Aristóteles el Estado se encuentra naturalmente por encima del individuo; en la antigua Roma en la época del imperio se hacía valer la *res pública* como argumento para ignorar la ley y perseguir al conspirador. En contraste, los estoicos planteaban la dignidad del hombre en tanto que hombre, y su libertad no puede ser arrebatada por ningún tirano. En el pensamiento de Agustín, el gobernante por haber sido creado por Dios no puede tener límites; en el pensamiento de Tomás de Aquino es Estado, es creación natural y como tal tiene límites. En la época moderna aparecen los derechos humanos colocando al Estado como instrumento para el cumplimiento de los mismos. Por su parte, Max Weber asume: el Estado se compone de una relación de dominación del Hombre sobre el Hombre, fundada sobre la violencia legítima (es decir, sobre la violencia considerada legítima). El Estado no puede sino existir a condición de que los Hombres dominados se sometan a la autoridad reivindicada por los dominadores. Entonces, se plantean las cuestiones: ¿En qué condiciones se someten y por qué? ¿En qué justificaciones internas y en qué medios externos se apoya esta dominación?

En el presente trabajo se asume que existen unos elementos ineludibles de la realidad: la prueba se encuentra en los ámbitos íntimos y públicos de la persona; esto es, en su cuerpo, su psiquis y en las cosas que usa, en los lugares públicos por los que se desplaza, etc. También es una realidad que la afectación de los derechos, sean o no fundamentales, puede ocurrir en ámbitos íntimos o públicos de la vida de las personas. Asimismo, usualmente algunos individuos, empresas o instituciones utilizan sus ámbitos íntimos o privados para afectar a otras personas. Por tanto, si no fuera posible interferir en el ámbito íntimo de las personas en la obtención de la

⁵ J. López Barja de Quiroga. *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Madrid: Akal, 1989, *op. cit.*, pp 10 y ss.

prueba sería como dejar este ámbito a la ley del más fuerte. Sin duda, es necesario elaborar toda una teoría sobre el aseguramiento de la prueba de tal suerte que se permita la realización del bien justicia.

En Colombia el problema lo representa la legitimidad del aparato de justicia y en general del Estado para el desempeño de la justicia. Históricamente las ignominias realizadas por el Estado en nombre de la justicia han sido más graves que las efectuadas por unos individuos contra otros. Por tanto, en Colombia no estamos simplemente ante un problema técnico de dogmática constitucional, el cual de por sí aún no se ha abordado en profundidad, también es un problema político de legitimidad de sus instituciones.

La teoría de Ferrajoli de la universalidad y la indisponibilidad de los derechos fundamentales debe ubicarse con carácter prescriptivo o del deber ser. Este autor ha tenido una constante preocupación en su obra que consiste en fundamentar la legitimidad del Estado en unos principios políticos o morales de carácter extra-sistemático, como un modelo que permite realizar una crítica a un sistema legal que incluya su Constitución Política. Ferrajoli en su texto *Los fundamentos de los derechos fundamentales* no trata de describir el estado de los derechos fundamentales sino que se preocupa por crear una teoría formal e ideal que sirva de modelo universal de los derechos y establece los condicionamientos para que se cumplan en serio. El problema de este modelo teórico es que no tiene presente los elementos de la realidad que se describen antes. Por ello, se llega a una paradoja: en la búsqueda de la protección estricta de los derechos fundamentales termina desprotegiéndolos al no permitirse el aseguramiento de la prueba para poder propender por su realización ante la justicia.

El planteamiento de Alexy al menos parte de una realidad, la imposibilidad de una teoría absoluta de los derechos fundamentales. No obstante, se llega al extremo en nuestro sistema judicial de aprovechar esta teoría para fundamentar, de forma indebida, el relativismo de los derechos fundamentales, los cuales se ven prácticamente diluidos al socaire del principio de proporcionalidad. La aplicación de éste sin premisas ni supuestos empíricos termina por arrasar con los derechos fundamentales, que constituyen las conquistas liberales más importantes de la época moderna y aún de la contemporánea.

Existe, entonces, una relación inversamente proporcional entre el interés general o público de obtener la verdad y las libertades de las personas. La maximización del interés general en la consecución de la verdad reduce o anula el autogobierno de la persona sobre su cuerpo, su psiquis y su vida social o moral. La consideración de derechos irrenunciables o absolutos de los derechos fundamentales sustantivos en el contexto del aseguramiento de la prueba afecta la obtención efectiva de los

bienes de las personas en muchos casos vinculados con su condición existencial misma. Precisamente, uno de los aciertos importantes del constituyente colombiano es que vincula el debido proceso tanto a la decisión política del legislador como a la jurídica del juez, con el fin de graduar esta relación inversamente proporcional entre el interés general y las libertades negativas para la obtención de la prueba.

En materia procesal probatoria aludir a un debido proceso sustantivo significa que el debido proceso no sólo se refiere a las formas propias de cada juicio sino que disciplina el juicio de ponderación entre el interés general y las libertades de las personas al momento de decidir sobre una medida imperativa o coactiva, lo mismo que el juicio de razonabilidad que hace el juez al momento de decidir sobre el grado de convicción que genera la prueba. El debido proceso sustantivo regula estos espacios abiertos para evitar que en la jurisdicción se entronice el arbitrio o el capricho judicial. Así, el debido proceso dentro del Estado constitucional de derecho le otorga supremacía a la razón jurídica sobre la de Estado así como al derecho sobre la política o la moral.

De conformidad con lo anterior, desde el punto de vista constitucional la verdad sobre los hechos que se busca en los procesos judiciales es la mínima posible, pues se trata de una verdad que se obtiene dentro de los límites de los derechos fundamentales.⁶ Una verdad relativa porque depende de los datos de que dispone el juez en un momento determinado dentro del proceso, proscribiéndole fundar la decisión sobre su conocimiento privado o sobre verdades sustanciales de tipo político o religioso. De acuerdo con el esquema constitucional colombiano, se brinda primacía a los derechos inalienables de la persona; sin embargo, debe tenerse presente que la realización del interés general de hacer justicia debe ser el mínimo posible que permita la máxima eficacia de los derechos fundamentales.

Respecto a las medidas de aseguramiento de la prueba debe tenerse presente su fin exclusivo que propende por la protección de la verdad mínima sobre los hechos, por eso, de manera alguna poseen la naturaleza de prevención del delito, ni de preservación de la moral y las buenas costumbres, ni de protección a las víctimas de los crímenes, ni mucho menos son medidas retributivas del perjuicio del delito, ni de prevención especial (inocuidación o resocialización social) para el criminal. Como consecuencia de lo anterior, tales medidas tienen un límite máximo en la gradación de la afectación de los derechos fundamentales, lo cual consiste en que de ninguna manera pueden afectar los derechos a la vida y la prohibición de tratos crueles,

⁶ En términos de C. Roxin (*Derecho procesal penal*, 25ª ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 191) “la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal; antes bien, el propio proceso penal está impregnado por las jerarquías éticas y jurídicas de nuestro Estado [...] No es un principio de la *StPO* que la verdad deba ser averiguada a cualquier precio”.

inhumanos y degradantes, pues su afectación los desnaturaliza convirtiéndoles en medidas de castigos, de prevención general o especial del crimen. La muerte y la afectación de la salud física y psíquica de las personas son medidas propias de castigo, de inocuidad o se usan para generar temor persuasivo a la comunidad.

2. LA VALORACIÓN DE LA EFICACIA DE LA PRUEBA

2.1 El derecho a la valoración racional de la prueba

Es el derecho de las partes en el proceso a que las afirmaciones que hayan realizado se declaren oportunamente y se den a conocer mediante providencia escrita y con argumentación racional, como verdaderas, falsas o en duda con base en la prueba en el proceso.

Debe precisarse que la valoración de la prueba puede darse en muchos eventos distintos dentro y fuera del ámbito del proceso. En materia procesal penal se toman muchas decisiones de probabilidad de verdad, tanto en el ámbito extraprocesal como en el procesal. Se requiere de una aproximación de verdad probatoria en los siguientes eventos: para decidir sobre medidas restrictivas a los derechos fundamentales sustantivos en aras de la obtención de la prueba; para resolver sobre medidas de aseguramiento o cautelares sobre los bienes y, desde luego, para establecer la prueba mínima necesaria que concurra con la aceptación de cargos del procesado para emitir una sentencia condenatoria producto de un preacuerdo con la Fiscalía General de la Nación. Todas las decisiones que se relacionan con estos eventos tienen como condicionamiento de validez material una valoración racional de los datos probatorios.

Incluso, en materia procesal civil, así la normatividad no lo exprese, se requiere de una verdad aproximativa de la obligación sustancial y de su incumplimiento para poder legítimamente sustentarse una medida cautelar sobre un bien del demandado.

El derecho a la prueba para la Corte Constitucional,⁷

“(…) incluye no solamente la certidumbre de que, habiendo sido decretada, se practique y evalúe, sino la de que tenga incidencia lógica y jurídica, proporcional a su importancia dentro del conjunto probatorio, en la decisión que el juez adopte”.

⁷ Sentencia T-555 de 1999, MP: José Gregorio Hernández Galindo.

Dice además esta misma providencia Sentencia T-555 de 1999, MP: José Gregorio Hernández Galindo:

“[La vía de hecho puede] consistir, entre otros factores, en el desconocimiento absoluto del material probatorio, en la vulneración del debido proceso dentro del incidente, en la falta de conexidad entre lo probado y lo deducido por el juez, o en el desconocimiento del derecho de cualquiera de las partes a la prueba, tanto en el plano de su práctica como de su evaluación, y en el de las inferencias que haga el fallador”.

Uno de los principios fundamentales de toda la actividad jurisdiccional del Estado de derecho lo constituye la racionalidad de las decisiones, la cual se relaciona con la conexidad lógica, con la coherencia interna, es decir, es un fenómeno estructural, expresa el ejercicio de la razón como regla y medida de los actos humanos; es, simplemente, producto de la esencia racional del ser humano. Por ello, se erige como un elemento esencial de la jurisdicción sin la cual se desnaturaliza el acto jurisdiccional y aparece la llamada vía de hecho o el acto material.⁸ En materia de la valoración probatoria la racionalidad supone necesariamente la adopción de criterios objetivos, racionales, responsables y serios.

“[Por ello,] no se adecua a este desiderátum, la negación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba, que se presenta cuando el juez simplemente ignora la prueba u omite su valoración o sin razón valedera alguna no da por probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente”.⁹

Así, las partes no sólo tienen el derecho subjetivo a que el juez valore la prueba, sino que también lo haga en forma racional; vale decir, que las inferencias que realice con base en las pruebas sí sean posibles desde un punto de vista epistemológico. Debe existir conexión entre lo probado y lo decidido por el juez. De esta manera, el derecho a la prueba implica una posibilidad de exigencia de la parte hacia el juez de un determinado contenido en la valoración. Al fin y al cabo, si la parte en su pretensión o en su defensa le exige al juez el reconocimiento de un derecho o de algún interés material en concreto, igualmente le exige que le reconozca un determinado contenido de verdad que le sea favorable para acceder a aquél; las partes buscan que el juez declare como verdad en el proceso los presupuestos fácticos del interés material perseguido con el proceso. Por tanto, la valoración consiste en la

⁸ Corte Constitucional, sentencias, C-543 de 1992 (MP: José Gregorio Hernández Galindo), C-530 de 1993 (MP: Alejandro Martínez Caballero); T-336 de 1993 (MP: Alejandro Martínez Caballero), T-442 de 1994 (MP: Antonio Barrera Carbonell).

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-442 de 1994, MP: Antonio Barrera Carbonell.

evaluación que realiza el juez para determinar si las afirmaciones introducidas en el proceso a través de los medios de prueba pueden aceptarse como verdaderas.

La irracionalidad en la valoración de la prueba atenta contra el debido proceso y el derecho de defensa. La racionalidad de la actividad jurisdiccional emerge del axioma constitucional del imperio de la ley (artículo 230 de la Constitución Política) que da sentido a la independencia de la función de la justicia frente a los demás órganos de poder del Estado y de las manifestaciones sociales de poder (cfr. artículo 228, *ibíd.*). Así, el derecho al acceso a la justicia (véase artículo 229, *ibíd.*) contiene la garantía de que la decisión judicial se basa en el mandato del legislador y no en el arbitrio del juzgador, ni a las influencias externas (políticas, morales, etc.).

2.2 Concepto y características de la verdad procesal

La verdad judicial es la decisión del juez respecto a las afirmaciones de los hechos que hacen las partes a partir de argumentos de convicción basados en la prueba obtenida con legalidad en el proceso y, sucedáneamente, si no se conforma un grado de certeza en su intelecto, la declara mediante la respectiva regla de la carga de la prueba que señale la ley según el tipo de proceso.

De esta definición operacional de verdad procesal se establecen varias características de la misma de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales sobre el derecho probatorio.

2.2.1 El cognoscitivismo como modelo de verdad

Según este modelo, la verdad se conforma en el intelecto del juez con base en las pruebas que existen en el proceso. Cuando el juez declara la verdad acepta una de las hipótesis de las partes en competencia sobre los hechos como la que está acorde con los argumentos de convicción que se desprenden de las pruebas, pues encuentra la debida justificación en razón de la calidad de los argumentos probatorios que la sustentan y porque tiene mayor capacidad explicativa de los hechos analizados en su conjunto. Por tanto, la verdad no constituye algo que esté previamente dado por la autoridad divina, del legislador, del sacerdote o druida, ni es la aprehensión mecánica de algo que haya existido en forma pura en algún sector de la realidad ni tampoco es producto del consenso.

La concepción de verdad de la cual se parte en un orden jurídico es determinante en la calidad de la justicia que se imparte. A su vez, esta concepción depende en gran medida del modelo constitucional de justicia y jurisdicción. En este sentido, de conformidad con los valores constitucionales de la justicia, el conocimiento, la

libertad y la igualdad, el modelo de justicia del Estado debe ser en alguna manera con verdad; vale decir, juicios con predominio cognoscitivo y reconocitivo y sujetos a verificación empírica. El carácter empírico de la ley y del proceso judicial permiten, al menos la tendencia, que la persona tenga certeza del ámbito de libertad que le admite la ley y de que no será objeto de discriminación alguna. Por tanto, del lenguaje que utilice el legislador para establecer las conductas desviadas o en general de los deberes e incluso de los derechos depende la aplicación efectiva de las garantías procesales, en especial, de la prueba.¹⁰

En contraste, cuando en materia penal, por ejemplo, la conducta desviada establecida en la ley no tiene carácter empírico sino que en sus supuestos existen contenidos ontológicos, es decir, morales, políticos, éticos, religiosos o referidos a la naturaleza, se prefigura la persecución de las personas, no por los hechos que realicen sino por su modo de ser o por su postura política, religiosa, moral o ética; lo anterior conlleva a que el proceso se convierta en una inquisición sobre la personalidad, la posición política o moral de la persona; lo cual genera inseguridad para las personas porque no tienen certeza sobre el ámbito de su libertad y porque resultan discriminadas en razón de su opción política, religiosa o raza.

De lo anterior se perfilan dos clases de verdades en los procesos judiciales, la que se desprende de la Constitución Política, de carácter cognoscitivista o empírica que se construye en el intelecto del juez a través de la prueba; y la otra, de carácter sustancialista, absoluta o fundamentalista que constituye anticipadamente el carácter de desviado por la calidad moral, política o natural de la persona. Esta última verdad se encuentra preconstituida (antes del juicio) en la conciencia política o moral del juez o por sus preferencias de raza o modo de ser de otras personas; por ello, no se construye en el intelecto del juez en el proceso. Esta verdad es propia del derecho premoderno, del modelo inquisitivo de proceso que se caracteriza por la persecución de las personas en razón de su opción política o religiosa; se trata de una verdad apodíctica y, por tanto, incontrovertible. Por su lado, el modelo cognoscitivista de la verdad permite la contradicción de las hipótesis en competencia porque dado su carácter empírico son susceptibles de falsabilidad o contrastabilidad.

¹⁰ Luigi Ferrajoli (*Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y otros. Madrid: Trotta, 1995, p. 37) se refiere a un modelo cognoscitivista de la jurisdicción y uno convencionalista y empírico de la legalidad; y precisa que en la medida en que el lenguaje legal sea empírico, con la debida denotación, los supuestos de hecho de la conducta desviada son objeto de prueba y de confutación. En este sentido, el juicio es de carácter reconocitivo del derecho y cognoscitivo de los hechos si el lenguaje legal con el que se construye la desviación punible tiene un carácter empírico. Así, la concepción cognoscitivista de la jurisdicción y la convencionalista y empírica de la legalidad aseguran: la certeza y la separación entre derecho y moral y entre derecho y naturaleza; en otras palabras, permite que en efecto se aplique el derecho y se preserve el ámbito de libertades de las personas.

En la época contemporánea la mayor manifestación del modelo sustancialista de verdad se encuentra en la cada vez más usual técnica legislativa de los tipos penales abiertos, la cual no describe la conducta punible con un lenguaje empírico sino mediante connotaciones del autor como terrorista o subversivo o mediante el establecimiento de diversas modalidades de conciertos o asociaciones para delinquir que borran toda diferencia entre las formas de imputación. Este lenguaje valorativo y metafísico del legislador no contiene supuestos de hecho que sean susceptibles de prueba y, por tanto, el juicio no versa meramente sobre hechos sino también sobre connotaciones morales o políticas de las personas que en última instancia se someten al arbitrio del juez. En estos casos, si se habla estrictamente, el juez no aplica la ley sino sus propias valoraciones o prejuicios y el derecho a probar se vuelve insulso o de poca importancia.

Otro modelo de verdad anticognoscitivista, propio de las épocas primitivas, corresponde a las pruebas mágicas, en las cuales el resultado de una prueba física (lucha entre los contendientes) o el signo de la naturaleza se considera por una norma como prueba o como signo suficiente de culpabilidad o de inocencia. Se trata de un sistema irracional en el que no existe la prueba ni la investigación; la decisión se supedita a la intervención divina, que interpreta un sacerdote o un druida a favor de uno de los contendientes. Una manifestación contemporánea de este fenómeno se encuentra en la valoración potestativa en la que el juzgador cree estar autorizado para utilizar diversos signos como el intuicionismo o el sexto sentido y algunas circunstancias libradas a la suerte o al azar se interpretan como voluntad divina.

Igualmente, resulta irracional el sistema de las pruebas legales en las cuales una norma preestablece que una determinada cantidad de prueba le confiere pleno valor probatorio para dar por establecido un hecho. Este sistema que excluye la investigación de la verdad y la libre apreciación del juez sobre la prueba, imperó en la época de la inquisición ya que constituía el perfecto acompañante de la tortura; esta última, a su vez, operaba como una forma de ordalía, de un juicio de dios (prueba mágica), en la que se consideraba que si el torturado sucumbía ante la misma era signo de culpabilidad, y si resistía, de inocencia.¹¹

En el siglo XVIII, en Europa el modelo cognoscitivista reaparece con la recuperación de la tradición greco-romana del proceso, que conservan los ingleses como *ars disputando*. En ella prevalece la libertad de contradecir, la igualdad y paridad entre los disputantes en cuanto a las condiciones de discusión y de investigación y tolerancia frente a las hipótesis en conflicto; imparcialidad e independencia del juez y la libre convicción del mismo. No obstante, por diversos factores en la pos-

¹¹ L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, op. cit., pp. 135, 136.

tilustración la libre apreciación se entendía como una valoración potestativa del juez, eludiendo el problema de la justificación de la inducción; de hecho la libre convicción se convirtió en todo lo contrario a su ideario inicial, en una forma de negación de las pruebas.¹²

En la actualidad también se presenta una importante corriente filosófica y jurídica de la verdad concebida como consenso, la cual aparece con mucha fuerza ante teorías que reniegan del concepto de verdad por correspondencia. Este modelo de verdad es el que subyace en la concepción cognoscitivista de verdad. Como se aborda más adelante, el modelo consensual de verdad es también anticognoscitivista.

2.2.2 Características de la verdad procesal

La verdad procesal es subjetiva, formal y relativa. Subjetiva en el sentido de que la misma se conforma en el intelecto del juez. Por tanto, la verdad sobre los hechos se forma en un sujeto, en una persona. Precisamente, el aspecto más característico del derecho a la prueba lo constituye la posibilidad de las personas de convencer al juez sobre la verdad de los presupuestos de hecho del interés material perseguido. El poder de decisión del juez sobre la verdad resulta inevitablemente subjetivo. Es pertinente advertir que esto no significa que se trate de una mera actividad de arbitrio o de poder, sino que la legitimidad de la decisión se encuentra en directa relación con la racionalidad de la misma; vale decir, la determinación de la verdad a partir de las pruebas debe seguir el razonamiento inductivo y los elementos que lo corrigen o lo controlan como la lógica, la aplicación de las máximas de experiencia, algunas reglas epistemológicas y las garantías procesales, como se ve después.

Asimismo, la verdad procesal es formal y relativa ya que se obtiene mediante reglas precisas y se restringe o reduce a los meros hechos o circunstancias perfilados como procesalmente pertinentes. Esta verdad la condicionan los procedimientos y garantías de acceso al proceso y la defensa; no se obtiene mediante indagaciones inquisitivas ajenas al objeto procesal. Esta verdad se reduce en su contenido en cuatro sentidos: 1) se circunscribe al *thema probandum* de cada proceso en particular; 2) debe corroborarse por pruebas obtenidas con las técnicas preestablecidas; 3) es una verdad probable, opinable; y 4) ante la duda o falta de prueba ritualmente formada se aplica la carga de la prueba que sea pertinente según la clase de proceso de que se trate.¹³

¹² Al respecto, L. Ferrajoli (*ibid.*, p. 139) dice que esto último se ha constituido en una de las “páginas políticamente más amargas e intelectualmente más deprimentes de la historia de las instituciones penales”.

¹³ *Ibid.*, p. 45.

Se habla de verdad relativa en el sentido de que sólo es obtenible dentro del contexto del proceso con sus reglas y limitaciones temporales, espaciales y modales. Los procesos judiciales establecen una configuración legal de los medios de prueba, la pretensión procesal limita el objeto de la misma, los derechos fundamentales restringen los medios y los objetos de conocimiento, las cargas procesales restringen las oportunidades procesales, las formas y los procedimientos confinan los momentos y los tiempos para los actos de investigación, y las cargas procesales, lo mismo que las presunciones, crean artificios en relación con la existencia de los hechos, etc.

2.2.3 El carácter mínimo de la verdad procesal

La única verdad posible en los procesos jurisdiccionales es una verdad mínima. Con este término se quiere significar que se trata de una verdad que se obtiene con unas reglas de imperativo cumplimiento que limitan la adquisición de la prueba. Se trata de una verdad que se restringe a lo empíricamente verificable; en esencia no contiene valoraciones morales o políticas (separación derecho de la moral y derecho de la política). Se diferencia este modelo del de la verdad máxima en los procesos inquisitivos premodernos en los que el juez no tenía límites para la adquisición de la prueba y realizaba todas las tareas relacionadas con la prueba, recogía, indagaba, interrogaba y valoraba. En un modelo de verdad máxima no existe división de funciones en la actividad probatoria y, por tanto, no hay controles en su obtención.

La verdad mínima entendida en su carácter esencialmente cognoscitivo y limitada respecto de los derechos fundamentales y a las formas y garantías procesales se constituye en una fuente de legitimación específica de la jurisdicción en un Estado de derecho.¹⁴

2.3 La verdad como correspondencia

El derecho penal cuando prescribe mediante ley abstracta y general conductas como desviadas, pretende, luego, mediante el derecho procesal, verificarlas dentro del proceso para someterlas a la refutación o contradicción por el presunto infractor, e imponer la sanción correspondiente como consecuencia de la declaración por parte del juez de la responsabilidad del sujeto en cuestión. Lo mismo ocurre cuando el legislador en el Código Civil o de Comercio establece derechos u obligaciones y en el Código de Procedimiento Civil crea los órganos, ritos y formas de verificar los presupuestos fácticos de aquellos para efectos de su reconocimiento o rechazo

¹⁴ *Ibid.*, p. 542.

en un caso concreto. Este esquema legal, que funciona desde la antigüedad con muchas variaciones, parte de la idea según la cual las proposiciones legales se relacionan biunívocamente o, por lo menos, como reflejo de la realidad. Por lo tanto, el derecho da por supuesto que es posible la verdad por correspondencia.

Debe advertirse que la idea de la verdad como correspondencia en el derecho para que pueda cumplirse, al menos tendencialmente, exige dos condiciones de carácter metalegal: la una, se refiere al lenguaje que utilice el legislador al momento de definir las conductas o derechos y, la otra, también depende del lenguaje que utilice la pretensión al momento de afirmar los hechos sobre aquellas. La exigencia para uno y otro caso es que las proposiciones, tanto del legislador al momento de definir la conducta desviada o el derecho, como las del pretendiente al señalar el marco jurídico y fáctico del proceso, sean verificables empíricamente de tal suerte que sean contrastables o falseables. De este condicionamiento del lenguaje, como se ha visto, depende el cumplimiento en serio de las garantías procesales. En caso de que estos condicionamientos no se efectúen, tales garantías tampoco se cumplen; y en este caso, el proceso no logra su cometido de castigar al culpable y al mismo tiempo protege al inocente o le adjudica el derecho a quien en realidad lo merece.

Históricamente este modelo no siempre ha funcionado tal como se presenta. Sólo en algunas épocas de la historia se han dado las condiciones para que el mismo funcione. En los procesos penales de algunas épocas el lenguaje de la definición del delito ha hecho imposible su funcionamiento porque contenía connotaciones que no se referían a la prueba. En La Ilustración se pretendió estructurar sistemas procesales con la definición de la conducta desviada con perfecta correspondencia con los fenómenos de la realidad material. No obstante, se incurrió en la ingenuidad epistemológica de considerar al juez como la boca de la ley. En la época contemporánea también han aparecido importantes cuestionamientos a la verdad como correspondencia y se han formulado alternativas como la de las concepciones subjetivistas de la verdad y la verdad por consenso.

2.3.1 La verdad como correspondencia y los criterios de verdad

Este trabajo propone el objetivismo crítico, el cual constituye la tesis central de los trabajos de Ferrajoli y Gascón Abellán, y consiste en la aceptación del concepto de verdad como correspondencia con los complementos de los criterios de la coherencia, la aceptabilidad justificada y los correctivos provenientes de las reglas epistemológicas y las garantías procesales. Se trata de asumir una perspectiva prescriptiva aunque la realidad funcione hacia el pragmatismo y el consensualismo. Representa una puesta de fe en el derecho para superar la fuerza y la violencia.

La verdad como correspondencia se toma como un ideal, como un principio regulativo, el cual le indica al juez que su conocimiento sobre los hechos debe adecuarse con los eventos del mundo real sobre los que recae su decisión. Este modelo ideal se entiende como un principio regulativo en la jurisdicción.¹⁵ Debe precisarse que la verdad se caracteriza por ser formal, relativa, lo mismo que probabilística o aproximativa. Pese a tal caracterización de la verdad procesal, ésta puede lograrse en el proceso mediante la adopción de un modelo epistemológico de corte racionalista, es decir, de un criterio de análisis que permita desechar el escepticismo sobre la verdad de los hechos en el proceso y determinar en el plano procesal, de manera racional, la justicia de la decisión.

La importancia de acoger la verdad como correspondencia alude al hecho de que la administración de justicia recrea dentro del proceso fenómenos de la vida real, en ningún caso sueños ni productos imaginarios; resulta innegable que el litigio se gana o se pierde con fundamento en la efectiva demostración de la realidad de los hechos, además de una adecuada interpretación normativa, de esta manera introduce dentro del contexto procesal la exigencia de que exista una correspondencia entre la determinación judicial y la realidad a la que se refiere la decisión.¹⁶

Debe advertirse que es imposible una verdad absoluta, así como un estado de certeza total, incuestionable, fuera de toda duda.¹⁷ Sostener una verdad objetiva o absolutamente cierta es “una ingenuidad epistemológica que las doctrinas jurídicas ilustradas del juicio como aplicación mecánica de la ley comparten con el realismo gnoseológico vulgar”. Aseverar una verdad cierta es un escepticismo tan noble como estéril que conlleva el bloqueo y limitación de toda aspiración de proyecto de postulados racionales con respecto a la información sobre las modalidades del mundo. Una jurisdicción completamente sin verdad equivale a un sistema de arbitrariedad, y *contrario sensu*, una jurisdicción con verdad completa constituye una utopía; caer en el extremo de renunciar a la verdad conlleva a la estructuración de sistemas procesales sustancialistas o decisionistas de carácter totalitario.¹⁸

¹⁵ L. Ferrajoli. Derecho y razón, *op. cit.*, p. 50.

¹⁶ Michele Taruffo. *La prueba de los hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002, p. 171.

¹⁷ Al respecto, Marina Gascón Abellán (*Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 47 y ss.) agrupa estas características sobre la verdad dentro del paradigma epistemológico denominado “objetivismo crítico”, que constituye la base de un modelo cognoscitivista de la prueba judicial.

¹⁸ *Ibid.*, p. 50. L. Ferrajoli dice: “Esta teoría de la verdad como correspondencia es ciertamente valiosa, pues permite emplear el término sin implicaciones de tipo subjetivista o realista-metafísico, superando así la idea de que el conocimiento humano sobre el mundo debe basarse sobre bases empíricas objetivas, fuera de toda duda”.

Debe mencionarse que el proceso no constituye una empresa filosófica ni científica y como tal no necesita de verdades absolutas, pudiéndose conformar con mucho menos, con verdades relativas, siempre y cuando ofrezcan una base sólida y suficiente para fundar en ellas la decisión. Dicho de otra manera: si las verdades absolutas fuesen posibles no serían necesarias al proceso, a la vez, si ellas fueran imposibles no interesarían a los efectos que no son necesarios en el mismo.¹⁹

Aceptar el concepto relativista y aproximativo de la verdad procesal, respecto a la verdad como correspondencia, conlleva a dilucidar que existen grados o medidas de conocimiento que necesariamente se sitúan a lo largo de una escala en la cual se pueden ordenar, distinguir y comparar. En un extremo se halla el desconocimiento y en el extremo opuesto, la verdad absoluta, pero se considera que este último constituye un valor de referencia, un valor tendencial que no puede alcanzarse, pero que sirve para orientar y concretar los valores *relativos concretos* que se sitúan entre los dos extremos de la escala. Un grado de conocimiento constituye un *grado* en la medida en que se ubica en un punto intermedio entre el desconocimiento y la verdad absoluta de algo.²⁰

La razón para que la verdad de los hechos dentro del proceso judicial sea probabilística es que el razonamiento hecho a partir de las pruebas es inductivo, porque se trata de hacer inferencias basándose en premisas que no son seguras ni ciertas, puesto que de forma regular admiten varias explicaciones alternativas y en que su verdad no está demostrada ni deducida desde la lógica de las premisas sino sólo probada como posible o razonablemente plausible de acuerdo con unos o varios principios de inducción.²¹ Por eso, el conocimiento que proporcionan las pruebas en el proceso admite grados, según la mayor aproximación a la verdad, la cual se determina a partir de los criterios de verdad.

De lo anterior surge la necesidad de distinguir entre la verdad como correspondencia y los criterios de verdad (la coherencia y la aceptabilidad justificada), el primero, como se ha visto, es el modelo límite o regulativo o ideal al que debe llegarse en los procesos judiciales, y los segundos indican los criterios de aceptación de una hipótesis fáctica a ese modelo regulativo. Estos criterios se consideran como subjetivos toda vez que hacen referencia a la aceptación por parte del juez de una proposición fáctica como verdadera.²² De esto se deduce que el grado máximo de verdad al cual puede aspirarse en un proceso judicial es el de la certeza subjetiva.

¹⁹ M. Taruffo. *La prueba de los hechos*, op. cit., p. 177.

²⁰ *Ibid.*, pp. 179, 180.

²¹ L. Ferrajoli. *Derecho y razón*, op. cit., p. 53.

²² *Ibid.*, pp. 65-69.

Asimismo, el máximo grado al que puede llegar el juez en la valoración de la prueba es el de la certeza subjetiva, rechazando, por tanto, la posibilidad de llegar a una certeza objetiva. Para esta conclusión se parte de la diferencia que existe entre la probabilidad objetiva y la subjetiva, pero se aclara que lo posible es la valoración subjetiva de la probabilidad que realiza el juez en relación con las pruebas y los indicios disponibles concretamente. *Verdad objetiva* significa probabilidad o verdad probable y la *verdad subjetiva* es el criterio de la aceptación de una hipótesis como probable o probablemente verdadera.²³

Se busca no renunciar a la verdad material, así se tenga como un ideal nunca alcanzable plenamente, pero al mismo tiempo considerar que la coherencia interna de las proposiciones sobre los hechos resulta indispensable lo mismo que el criterio pragmático de la aceptabilidad justificada. Este último resulta útil en la valoración de los hechos en los eventos en los que el juez se encuentre con dos hipótesis frente a las cuales existan argumentos de prueba que la sustentan y que cumplen con el criterio de la coherencia; el juez en estos casos tiene que decidirse por una de ellas dando por verdadera la tesis que sea prevaleciente o preponderante en virtud de la mayor calidad en las pruebas que la sustentan y en la capacidad explicativa de los hechos. En todo caso, la hipótesis prevaleciente o preponderante debe superar el estado de duda probatoria llegando a darle al juez certeza sobre los hechos.

La racionalidad refuerza mucho más la idea de que la intervención de la prueba en el proceso hace del mismo un sistema tendencialmente cognoscitivo y reduce de forma substancial el decisionismo; por tanto, hace más democrático el proceso y menos autoritario. Es una exigencia para el juez al momento de valorar la capacidad demostrativa de la prueba disponible en el proceso, cuando utiliza su conocimiento privado y recurre a herramientas del saber como las de las ciencias y a la exigencia de excluir al máximo sus prejuicios morales o políticos.

Debe advertirse, lo que se prueba no son los hechos en sí mismos sino las proposiciones que sobre los mismos se construyan en el ámbito del proceso judicial. Por tanto, en la sentencia lo que el juez declara como verdadero son los enunciados que sobre los hechos le han presentado los distintos sujetos procesales que intervienen legítimamente en el proceso. De esta forma, el juez al momento de emitir una sentencia debe pronunciarse y declarar la verdad sobre las hipótesis fácticas que le presentan las partes durante el proceso. Para estos efectos, el juez realiza razonamientos de carácter inductivo basándose en las pruebas para establecer la verdad de tales hipótesis. Por ello, son útiles los llamados criterios subjetivos de verdad en aras de establecer la elección de la hipótesis que se tenga como verdadera.

²³ *Ibid.*, p. 149.

Se aclara que estos criterios difieren de la teoría semántica de la verdad como correspondencia, la cual alude al significado de la palabra verdad,²⁴ mientras aquellos son criterios de decisión de la verdad.

Ambos criterios de decisión de la verdad (coherencia y aceptabilidad justificada) constituyen criterios conforme a los cuales el juzgador evalúa y decide sobre la verdad o fiabilidad de las premisas probatorias de la inducción de hecho. Éstos son pues necesarios para establecer la verdad en el plano sintáctico y pragmático, pues en el plano semántico se alude a la correspondencia “sólo por lo que sabemos y sólo de forma aproximativa”. La coherencia apunta a las teorías sintácticas de la verdad que imponen considerar falsa a una proposición si está en contradicción con otra reputada verdadera o si es derivable de ella otra reputada falsa, y considerarla verdadera si se deriva de otra reputada verdadera o si está en contradicción con otra reputada falsa; y, finalmente, la aceptabilidad justificada se refiere a las teorías pragmatistas de la verdad, las cuales indican que un enunciado es verdadero porque sirve a algún fin o porque es aceptado, versión instrumentalista y consensualista respectivamente. En suma, un enunciado es verdadero porque está justificado y no está justificado porque sea verdadero.²⁵ Por ello, Ferrajoli advierte, siguiendo a Popper:

[Lo que] llamamos ordinariamente como “verdad” es la correspondencia con los hechos, más bien, que a la coherencia o a la utilidad práctica. “El juez que exhorta al testigo a que diga la verdad y nada más que la verdad”, no le exhorta a decir lo que considera útil, sea para sí mismo, sea para alguien más. El juez exhorta al testigo a decir la verdad y nada más que la verdad, pero no dice ‘lo que queremos de usted es que no incurra en contradicciones’, que es lo que debería decirse si se creyera en la teoría de la coherencia. En otras palabras, no cabe duda de que es la correspondencia el sentido ordinario de verdad tal como se emplea en el juzgado.²⁶

Después de los temas analizados en el presente texto, cabe cuestionarse sobre la posibilidad de tener algún estándar mediante el cual pueda darse por probada una proposición sobre los hechos. Al respecto, Ferrajoli plantea:²⁷ se parte de que ninguna prueba es suficiente para suministrar una justificación absoluta de la in-

²⁴ Al respecto L. Ferrajoli (*ibid.*, p. 66) dice: “Este criterio es el único que indica el significado de la palabra “verdadero”, como también de los términos de “fiable”, “probable”, “verosímil”, “plausible” o similares, indicando la correspondencia argumentada y aproximativa de las proposiciones de las que se predica con la realidad objetiva, previo análisis de las hechos juzgados.”

²⁵ *Ibid.*, p. 66.

²⁶ *Ibid.*, p. 89. En este mismo sentido, M. Gascón Abellán. *Los hechos en el derecho*, *op. cit.*, p. 64.

²⁷ L. Ferrajoli. *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 147.

ducción judicial, por ello se pregunta: ¿cuáles son las pruebas y las contrapruebas necesarias que permite su justificación, aunque sólo sea relativa? ¿Cuáles son las condiciones en presencia de las cuales una o varias pruebas son adecuadas o convincentes y en ausencia de cuales no lo son? La respuesta a esto se identifica con las garantías procesales cuya satisfacción justifica la libre convicción del juez, esto es, su decisión sobre la verdad fáctica en el proceso. Tema éste que se aborda más adelante en este mismo trabajo.

2.3.2 Teorías que cuestionan la verdad por correspondencia

- *Las coherencistas y pragmáticas de la verdad:* entre las concepciones subjetivistas de la verdad se encuentra la teoría sintáctica de la verdad, la cual parte de la idea según la cual ante la imposibilidad de establecer una verdad objetiva para los procesos judiciales, en la sentencia sólo puede exigírsele al juez que sea coherente o lógico al momento de realizar sus inferencias a partir de la prueba. Por tanto, no puede pretenderse que su decisión corresponda con la realidad objetiva. La coherencia es una consecuencia de la aplicación de la lógica en la argumentación del juez a partir de las pruebas.

Las teorías pragmáticas tienen dos planteamientos básicos, el denominado criterio de la aceptabilidad justificada y la verdad por consenso. La aceptabilidad justificada se refiere a un problema que no pueden resolver las teorías coherencistas, y ocurre en la práctica judicial con la existencia en muchos casos de dos o más hipótesis contradictorias y que son posibles ya que se basan ambas en pruebas. En este caso se considera que la hipótesis con mayor capacidad explicativa de los hechos, lo mismo que la que tenga mejores elementos probatorios que la sustenten, debe predominar o prevalecer en la decisión del juez. De la verdad por consenso se hace referencia más adelante.

La teoría coherencista y la aceptabilidad justificada se denominan teorías subjetivas de la verdad, pues las mismas prescindieren de la verdad objetiva de los hechos. Una de las manifestaciones más importantes de esta concepción de la verdad la constituye la que se denomina *teoría de la disminución del estándar de prueba* que aplica en la actualidad la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de responsabilidad médica. Según esta teoría, como no puede obtenerse la verdad objetiva de la relación de causalidad en la imputación de la responsabilidad por el daño a la salud o muerte por la práctica médica en consideración a la multiplicidad de factores que inciden, entonces no es exigible el estándar de prueba de la certeza sino el de la probabilidad prevaleciente o preponderante.

Para esta teoría, en los eventos sobre responsabilidad médica en que existan dos o más hipótesis verosímiles sobre la relación de causalidad por el resultado daño ante la práctica médica, el usuario de la salud o sus herederos no tienen la carga probatoria para establecer tal causalidad con el estándar de certeza sino que sólo basta con una probabilidad o verosimilitud preponderante. Vale decir, basta con que el demandante de la responsabilidad médica demuestre la probabilidad de la relación de causalidad para que se le reconozca la indemnización que por el daño resultado se deriva de la responsabilidad médica.²⁸

Lo cuestionable de esta jurisprudencia del Consejo de Estado que aplica la disminución del módulo o estándar de prueba radica en el hecho de que esta solución se revierte en una disminución en las garantías constitucionales procesales, en especial el derecho a la prueba, toda vez que el enunciado fáctico que el juez declara como verdadero no resiste las garantías de la verdad o las reglas epistemológicas de la contrastación, necesidad de prueba y la refutación, que se instauraron precisamente como cautela contra el arbitrio judicial. Se abandona con esta línea jurisprudencial el sentido de verdad como correspondencia o como principio regulativo de la jurisdicción para acoger los principios de coherencia o aceptabilidad justificada que son criterios de decisión sobre la verdad, pero que no son la verdad misma. Asimismo, el hecho de que el enunciado fáctico que el juez declara como verdadero no resista un examen crítico de racionalidad conlleva a soslayar la valoración racional de la prueba, porque la decisión judicial en realidad no se basa en pruebas que generen convicción cierta sobre los hechos sino en ficciones de verdad creadas por el juz-

²⁸ Véase sentencia del 3 de mayo 1999 (sección tercera, radicado 11169, Consejero Ponente (CP): Ricardo Hoyos Duque), trata sobre una menor de edad que ingresó a una institución de salud en búsqueda de un diagnóstico en relación con una masa dorso-lumbar que presentaba, los médicos optaron por practicarle una biopsia, sin ordenar otros análisis previos; durante la intervención resultó que la menor no padecía de un tumor sino de una hemangioma, y sufrió una hemorragia que obligó a los médicos a aplicar sobre las vértebras “cera ósea” para salvar su vida, posteriormente, la paciente resultó con paraplejía flácida e incontinencia de esfínteres. En este caso el Consejo de Estado, aunque existía duda sobre la causa del resultado daño, decidió favorecer con la sentencia a la parte demandante, pues si bien no logró probar el nexo causal con certeza probatoria, no obstante, ante la imposibilidad práctica de hacerlo decidió que bastaba para declarar la responsabilidad una probabilidad preponderante.

Otro caso lo trata esta misma corporación en la sentencia del 22 de marzo de 2001 (sección tercera, CP: Ricardo Hoyos Duque, radicado 13284) se trata de una recién nacida que muere por bronco-aspiración, no obstante, se discute si la causa se debió a la falta de asistencia oportuna en la institución de salud en la cual se encontraba luego del parto de la madre o por causas atribuibles a una regurgitación de la leche que se le había suministrado a la bebé dado que se encontraron residuos de leche en sus vías respiratorias. En este evento también se decidió favorecer a la parte demandante pese a la duda probatoria en consideración a que sólo es exigible en virtud de las circunstancias una probabilidad preponderante.

Otras jurisprudencias en este mismo sentido: sentencia del 10 de febrero de 2000 (radicado 11.878, MP: Alier Eduardo Hernández Enríquez), sentencia del 21 de febrero de 2002 (radicado 13166, CP: Alier E. Hernández Enríquez).

gador. En este caso el juez no aplica en sentido estricto el derecho sino su propio criterio de autoridad.²⁹

Debe advertirse que la probabilidad es un concepto que trasciende al derecho y hace parte de las ciencias empíricas. En el campo científico, en la epidemiología, por ejemplo, se habla de factores de riesgo con el fin de establecer dentro de un posible conjunto de causas de un fenómeno cuáles son las determinantes, pero de ninguna manera se habla de certeza sino de probabilidad. En el campo del derecho sustancial, en especial desde la teoría de la imputación objetiva en el derecho penal, se habla de la teoría del riesgo cuando en la realización de un fenómeno concurren múltiples factores causales; esta teoría parte de la idea según la cual la responsabilidad por el daño se asigna al agente que puso el factor que haya creado el riesgo no permitido. Por tanto, el nexo causal se considera acreditado por el hecho de que se pruebe que el agente creó el riesgo quedando a salvo el derecho de desvirtuarlo por parte del contradictor; entonces, para acreditar la responsabilidad no hay que reducir el módulo de prueba, sino que se establece con certeza probatoria cuál fue el agente que puso el factor de riesgo desaprobado. En estos casos responde el prestador del servicio de salud si se comprueba con certeza que puso el factor de riesgo determinante y jurídicamente desaprobado para producir el daño. Aquí se trata de examinar el factor que con probabilidad preponderante conllevó al resultado. En estos casos el riesgo puesto por el prestador del servicio de salud puede tratarse, por ejemplo, omitir la realización de un adecuado diagnóstico que confirme el estado real del paciente, previo al procedimiento quirúrgico.

De lo anterior se concluye que la teoría de la disminución del estándar de prueba además de que implica una reducción significativa en las garantías procesales resulta innecesaria dado que existen otras soluciones que desde el campo sustantivo solucionan el mismo problema, sin acudir a desestructurar el sistema de garantías.

En la práctica judicial, aunque no se conoce estudio empírico al respecto, es muy común que los jueces civiles fallen con base en los criterios subjetivos de verdad de la coherencia y la aceptabilidad justificada. Vale decir, los jueces civiles optan declarar como verdad entre las hipótesis en disputa en el proceso aquella que sea coherente, además probable y preponderante así exista duda probatoria, en vez de aplicar la carga de la prueba. Debe aceptarse que en muchos casos la aplicación de la carga de la prueba puede verse como una solución más injusta que disminuir

²⁹ Adriana María Gutiérrez y otros. "Valoración de la prueba en la responsabilidad por la actividad médica, concepto de probabilidad y garantías procesales". *Debates*, N.º 43, Medellín: Universidad de Antioquia, 2006, pp. 30, 31. Trabajo dirigido por Luis Bernardo Ruiz Jaramillo y coordinado por Rosmery Velásquez. Semillero de investigación en derecho procesal de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

el estándar de prueba con el fin de adjudicar el derecho aun con duda probatoria siempre que se trate de la hipótesis probable pero prevaleciente en el proceso.

Al respecto, el procesalista Gerhard Walter³⁰ hace un extenso estudio sobre la aplicación de la doctrina de la disminución del módulo de prueba en los años setenta; él propone esta teoría tanto para los casos de causalidad hipotética y en ciertos eventos para la real; también la propone para algunas situaciones de responsabilidad extracontractual y del derecho laboral. De ninguna manera esta solución práctica puede prescribirse como regla general para solucionar todos los problemas en materia civil y laboral, puesto que esto implicaría un desbarajuste de las garantías constitucionales del proceso. Queda claro que en materia procesal penal esta teoría resulta inaplicable; pues en esta materia cuando se presente la duda probatoria hay que absolver. La verdad por correspondencia en materia penal es imprescindible puesto que las dificultades probatorias no puede soportarlas el ciudadano inocente con su libertad o sus bienes.

- *La teoría consensual de la verdad:* en la legislación colombiana, en los últimos años, incursionaron las teorías pragmáticas del consenso con todos los mecanismos alternativos de solución de conflictos, entre ellas la de mayor impacto la constituye la conciliación procesal y la extraprocesal en los distintos órdenes jurídicos. Los mecanismos alternativos de solución de conflictos tienen como base la idea según la cual al derecho en muchos eventos le resulta imposible la obtención de la verdad de los hechos. Por tal razón, se renuncia a ella y se mira hacia el consenso dentro de una determinada comunidad jurídica y de personas insertas en un conflicto.

Para la concepción de la verdad la finalidad del proceso no es la verdad sino la solución al conflicto. El problema de esta proyección del proceso consiste en que desnaturaliza a la jurisdicción concediéndole funciones propias de la actividad administrativa.

En el campo de los derechos patrimoniales y, en general, de los disponibles puede justificarse plenamente la conciliación y los demás métodos de autocomposición o de heterocomposición de conflictos. Sin embargo, cuando se trata de bienes fun-

³⁰ Un estudio completo sobre la teoría de la disminución del estándar de prueba véase Gerhard Walter (*Libre apreciación de la prueba. Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial*. Bogotá: Temis, 1985, pp. 229 y ss.). La posición de este autor la ilustran los siguientes casos en que aplica la disminución del estándar de prueba: en las enfermedades profesionales o accidentes de trabajo, se plantea en muchas ocasiones si la incertidumbre sobre la relación causal es insalvable, como la situación de la persona a la cual un accidente le deja un brazo paralizado. No obstante, existe la posibilidad de que la causa haya sido la práctica de un deporte y no el trabajo. Exigir el grado de certeza en estas situaciones es hacer nugatorio el derecho material de las personas dentro de una comunidad, que tiene por objetivo la realización del Estado social; por tanto, basta como prueba una “verosimilitud rayana con la certeza”.

damentales no disponibles como la libertad de las personas, estos métodos, de *lege ferenda*, no son aplicables, máxime cuando están incentivados con premios.

En materia procesal civil estas formas consensuales de definir los litigios tienen cierto grado de “validez” desde el punto de vista de la racionalidad con que se llega a los acuerdos. Al menos se trata de un trámite en el que el legislador no establece ningún elemento que interfiera en la voluntad de los intervinientes al momento de expresar su voluntad; no se ofrecen premios para las partes, ni existen presiones con pruebas ocultas o con algún elemento que distorsione esa voluntad. Quizá lo crítico de estos consensos lo constituye la omisión del legislador en la previsión de situaciones en las que exista una desigualdad material entre los intervinientes, lo cual puede llevar a que una de las partes aproveche su condición dominante desde lo económico o de otra índole para imponer sus fórmulas de arreglo afectando el interés material de la parte más débil; esto crea más injusticia que la que existiría si el proceso jurisdiccional se realizara con todas sus fases.

— *Consenso y eficientismo procesal penal en Colombia*: de acuerdo con García Inda,³¹ el derecho posmoderno se caracteriza por su multiplicidad (plurales objetos y fuentes), por su versatilidad o ductibilidad dado que ya no es la ley la que determina el derecho sino los principios y valores deónticos que se desprenden de los derechos fundamentales los que por interpretación racional llevan a establecer qué es derecho en cada caso en particular. Se presenta la flexibilidad ya que a medida que aparecen nuevos fenómenos su estructura soporta que se le acomoden nuevos conceptos, nuevas instituciones. Asimismo, puede verse que el crecimiento de la alegalidad y la ilegalidad ha llevado a que los conceptos fundamentales del derecho se diluyan cada día más.

En fin, la complejidad del orden jurídico, su ductilidad y su desbordamiento ante nuevos fenómenos de delincuencia han producido en el derecho un revolcón en sus principios básicos, en especial para la legalidad, la publicidad y el control como postulados básicos de cualquier sistema. Es pertinente analizar la adaptación del nuevo sistema procesal de inspiración angloamericana que se estrena actualmente en Colombia a todos los nuevos fenómenos globales. En este campo existe al menos una figura de por sí suficiente muestra del espíritu de la época, es la llamada *plea bargaining*.

Precisamente, una de las características de la globalización contemporánea la constituye la extensión de la cultura estadounidense a todos los países del mundo y con mayor razón a los países latinoamericanos. El derecho de Italia, España,

³¹ Andrés García Inda. “Cinco apuntes sobre derecho y posmodernidad”, *Doxa*, (en línea) 24, 2001. Acceso: noviembre de 2006. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/doxa/>

Alemania y de muchos otros países del mundo ha recibido influencia, de la mano de la industria de la televisión y el cine, del sistema procesal penal de justicia de Estados Unidos, como un propósito del imperio de globalizar un sistema procesal que unifique las formas de persecución punitiva estatales. Entre las figuras más influyentes de este sistema penal angloamericano se encuentra el *plea bargaining*, que se conoce en Colombia y España con los nombres de *negociación de penas*, *preacuerdos*, *principio de oportunidad*, *suspensión a prueba o conformidad*.

Esta figura jurídica obedece en mucho a la corriente del pensamiento angloamericano del pragmatismo ya que se basa en el consenso como criterio de verdad; parte de la idea según la cual deben utilizarse todas las herramientas posibles que tengan resultados prácticos. No obstante, esta institución en el derecho tiene un resultado en la legitimidad política de la jurisdicción, la cual es a todas luces rechazable, pues de manera alguna contribuye al afianzamiento de la libertad de las personas, sino que por el contrario se convierte en un mecanismo discriminatorio y aberrante, aunque muy eficiente.

Esta figura constituye una respuesta eficientista del Estado ante la delincuencia que desborda la capacidad de éste de utilizar las herramientas procesales de inspiración iluminista, como la exigencia de pruebas como presupuesto de la sentencia, la prohibición de utilizar al sindicado como objeto de conocimiento, la igualdad de armas entre acusación y defensa, la total libertad del procesado para confesar los hechos, la inmediación del juez en todos los actos procesales, la presunción de inocencia. El *plea bargaining* busca que el sindicado acepte, bajo la promesa de un premio, los delitos que se le imputen antes de que se inicie un proceso con el fin de imponerle una pena. Por tanto, el Estado cambia con el sindicado las garantías de éste por una rebaja en la pena. Se renuncia a las garantías del juicio oral: el juez, la prueba, la defensa a cambio de una rebaja de pena.

Se produce como efecto práctico un ahorro para el Estado, la celeridad en la investigación y el establecimiento de la culpabilidad. Este último aspecto se hace en forma consensuada con el sindicado y los demás sujetos que hacen parte de la comunidad legal que interviene en el caso penal en concreto.

El neopragmatismo y, en general, posmodernos rechazan los postulados metafísicos de justicia, libertad o de lo bueno, así como los conceptos de verdad empírica de los hechos. Para estas corrientes del pensamiento no existen principios metafísicos universales que puedan establecerse a partir de la razón, como en su momento lo propuso Kant y el iluminismo en general; tampoco es posible para el ser humano conocer la realidad material, porque la realidad no existe. Es tan absurdo pensar en términos metafísicos como de realidad. No hay hechos ni principios universales lo que existen son interpretaciones que hace la gente en su interacción con el lenguaje.

Pero las interpretaciones son contextuales y varían en cada época en particular. Para el neopragmatismo, la única verdad posible es consensuada mediante las reglas de la argumentación retórica.³²

En cambio, en el proceso típico estructurado a partir del siglo XVIII con el iluminismo penal debe obedecerse a los postulados jurídicos de la necesidad de prueba (valga decir, correspondencia con la realidad), la contradicción (posibilidad de refutar y defenderse), juez (todos los actos deben ocurrir en audiencia pública ante un juez); y a su vez estos postulados pertenecen extra sistemáticamente a unos principios racionales axiológicos, leyes naturales, universales, irrenunciables, inenajenables. Desde esta perspectiva, resulta imposible que pueda renunciarse a garantías procesales con fundamento en el consenso o de celeridad o economía; mucho menos aún cuando estas renunciaciones se provocan mediante premios. No se trata de un acto seriamente libre sino que se incita, instiga o persuade mediante diversos mecanismos de presión como rebaja de penas, la conveniencia ante el costo de un proceso y la posibilidad de obtener el doble de la pena.

Aquí se presenta como fenómeno político que el poder del Estado termina por estructurar sistemas de justicia que, aunque obedecen al consenso y a los fines económicos, borran todas las garantías penales procesales, que en últimas son las que salvaguardan la libertad de las personas. En este caso la culpabilidad se establece en forma secreta en un acuerdo entre el acusador y el sindicado, por tanto, no existe control y se presta para la corrupción y la ilegalidad. Mediante este sistema muchas personas inocentes, al menos relativamente inocentes, aceptan culpas para evitarse procesos costosos y desgastantes; además crean una evidente injusticia frente al verdadero criminal a quien se castiga con benevolencia si acepta su responsabilidad. Un sistema cruel para quien es inocente y no se acoge al sistema de rebaja de pena y al final se le condena a penas en extremo altas.

En la historia de los sistemas punitivos se observa un fenómeno de circularidad, puesto que con este método consensual de justicia se retrocede a sistemas premodernos que se fundamentaban en la confesión o aceptación del imputado de los cargos. La diferencia radica en que antes la tortura era física, y ahora consiste en una presión psicológica. Se retrocede en cuanto a las garantías de la publicidad y del control de los actos judiciales, puesto que con el *plea bargaining* se entronizan negociaciones secretas, incluso fuera de las sedes propias de la jurisdicción ya que pueden desplazarse hacia otros espacios, como las políticas o de negocios; y la pérdida de publicidad conlleva de por sí a la pérdida de controles. La inquisición

³² Véase, Suárez Molano, Olimpo. *Richard Rorty, El neopragmatismo norteamericano*. Medellín: Universidad de Antioquia, 2005, p. 231.

también se caracterizó por una relajación o ausencia de legalidad, por el secreto y el arbitrio de los funcionarios que actuaban sin control. Se pasa de una verdad relativa, contextual, propia del garantismo, a una verdad absoluta que se obtiene sin límites morales, éticos o políticos. Este constituye el resultado paradójico de las posturas que niegan el valor de la verdad en la justicia, puesto que terminan en última instancia inspirando sistemas, aunque sin proponérselo, de una verdad absoluta sin límites y sin controles.

Como para el consensualismo la verdad objetiva o como correspondencia no existe, entonces, todo es negociable. En Colombia el clímax del escepticismo sobre la verdad y la confianza en la negociación llegó a un extremo inconcebible con la ley de justicia y paz (Ley 975 de 2005), que se dirige nominalmente a grupos armados organizados al margen de la ley, pero que desde la perspectiva política sólo tiene en la mira a los grupos paramilitares. Para su aplicación se crean tribunales especiales de justicia, condiciones particulares para quienes se sometan a ella, sobre todo de la pena de prisión hasta límites simbólicos, aunque se trata de los delitos más atroces cometidos en el mundo en las dos últimas décadas. La verdad en este caso no resulta de un contradictorio de hipótesis que ayudan a la conformación de la convicción del juez, sino que consiste en una creación unilateral del delincuente en otros escenarios diferentes al del proceso y se dirige estratégicamente para obtener el respectivo beneficio en la rebaja de la pena.

De lo anterior se concluye que el consenso en materia procesal penal tiene una alta dosis de irracionalidad y, por ende, desde esta perspectiva carece de “validez”. Estos acuerdos no son “válidos”, porque en gran medida se imponen mediante diversos mecanismos, a tal punto que el trámite de los mismos se parece más a las ordalías premodernas que a los consensos racionales que reclaman las actuales teorías pragmáticas sobre la verdad.

- *El pragmatismo en materia procesal civil*: la aplicación por el juez al momento de la sentencia de las cargas procesales como los indicios, la confesión ficta, la presunción de autenticidad y el reconocimiento ficto de documentos convierten la prueba más en un artificio que en un constructo racional. Puede decirse que en un alto porcentaje las decisiones judiciales del juez civil se basan en las ficciones legales que se desprenden de tales cargas. Por tanto, en estos casos la declaración de la verdad no se basa propiamente en pruebas sino en el valor legal que le asigna el legislador al comportamiento de la parte dentro del proceso. Valor legal que el juez de manera alguna puede soslayar so pena de incurrir en prevaricato. Toda vez que se presente el comportamiento procesal de parte, el juez se encuentra en el deber legal de aplicar el desfavorecimiento probatorio.

De esta forma, en materia procesal civil la verdad por correspondencia que representa el ideal propio de la jurisdicción se sustituye legalmente en gran medida por ficciones legales en la declaración legal de la verdad procesal. En buena medida, se explica porque las decisiones en materia civil la mayoría de las veces responden a una verdad formal fundada en criterios subjetivos de verdad, lo mismo que en ficciones más que al ideal de verdad por correspondencia.

CONCLUSIONES

1. Las reflexiones sobre la validez de la prueba judicial conllevan a plantear los grandes problemas de filosofía política que subyacen en la obtención de la prueba; ya que en esta actividad es necesario resolver sobre la intervención en todos los ámbitos de la persona humana, en su cuerpo, en su psiquis y vida social. Aspecto este que conlleva a plantear la relación misma entre el individuo y Estado. Dependiendo de la respuesta que se dé a esta relación se plantea la validez de tales intervenciones. Esto conlleva a hacer estudios de los valores y derechos fundamentales constitucionales y por ende a reflexiones con incidencia en la filosofía del derecho y en las teorías jurídicas.
2. En la valoración racional de la prueba se tienen entre sus componentes primordiales la epistemología y las teorías del conocimiento. En este campo se examina cómo la verdad por correspondencia se encuentra en franca retirada en el derecho contemporáneo por teorías consensuales de la verdad, lo mismo que con las coherencistas. En materia penal el consensualismo ha llevado a estructurar procesos judiciales basados en la confesión obtenida con diversos procedimientos entre ellos los premios o diversas ventajas para el procesado; procesos en los que no interesa la verdad sino extraer el alma criminal del cuestionado. Procedimientos estos que afectan las garantías procesales.
3. En materia contencioso administrativa también el ideal de correspondencia se ha cuestionado por la jurisprudencia y se han propuesto modelos en los cuales se disminuye el estándar de prueba necesario para dictar sentencia, aceptando la mera probabilidad o verosimilitud preponderante de la hipótesis fáctica que sobre la relación de causalidad entre el daño y la responsabilidad plantea el demandante en un proceso de responsabilidad médica. Esta teoría es cuestionable porque afecta las garantías procesales del demandado, tales como la necesidad de prueba y la contradicción.
4. En materia procesal civil con todos los mecanismos imperativos como las cargas procesales hay una importante tendencia hacia un sistema procesal que

prefiere el pragmatismo. Lo que interesa en estos sistemas es la conducta de la persona ante el proceso antes que la verdad misma. De la conducta del litigante se establece por ficción la verdad que interesa para el proceso. Este el caso de los desfavorecimientos probatorios por el no ejercicio de un derecho subjetivo procesal.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Consejo de Estado, sentencia del 10 de febrero de 2000, radicado 11.878, MP: Alier Eduardo Hernández Enríquez
- Consejo de Estado, sentencia del 3 de mayo 1999, sección tercera, radicado 11169, Consejero Ponente (CP): Ricardo Hoyos Duque
- Consejo de Estado, sentencia del 21 de febrero de 2002, radicado 13166, CP: Alier E. Hernández Enríquez
- Consejo de Estado, sentencia del 22 de marzo de 2001, sección tercera, CP: Ricardo Hoyos Duque, radicado 13284
- Corte Constitucional, Sentencia C-530 de 1993, MP: Alejandro Martínez Caballero
- Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 1992, MP: José Gregorio Hernández Galindo
- Corte Constitucional, Sentencia SU-159 de 2002, MP: Manuel José Cepeda Espinosa
- Corte Constitucional, Sentencia T-336 de 1993, MP: Alejandro Martínez Caballero
- Corte Constitucional, Sentencia T-442 de 1994, MP: Antonio Barrera Carbonell
- Corte Constitucional, Sentencia T-442 de 1994, MP: Antonio Barrera Carbonell
- Corte Constitucional, Sentencia T-555 de 1999, MP: José Gregorio Hernández Galindo
- Ferrajoli, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2001.
- . Derecho y razón: teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y otros. Madrid: Trotta, 1995.
- García Inda, Andrés. “Cinco apuntes sobre derecho y posmodernidad”, Doga, (en línea) 24, 2001. Acceso: noviembre de 2006. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/doga/>
- Gascón Abellán, Marina. Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 1999.
- Gerhard, Walter. Libre apreciación de la prueba. Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial. Bogotá: Temis, 1985.

- Gutiérrez, Adriana María y otros. “Valoración de la prueba en la responsabilidad por la actividad médica, concepto de probabilidad y garantías procesales”. Debates, N° 43, Medellín: Universidad de Antioquia, 2006.
- López Barja de Quiroga, Jacobo. Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida. Madrid: Akal, 1989.
- Roxin, Claus. Derecho procesal penal, 25ª ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.
- Suárez Molano, Olimpo. Richard Rorty, El neopragmatismo norteamericano. Medellín: Universidad de Antioquia, 2005.
- Taruffo, Michele. La prueba de los hechos. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002.