



**MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR
NATTAN NISIMBLAT**



**MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR
UNIDAD TEMÁTICA I
LAS ETAPAS PROBATORIAS**



**AUTOR:
NATTAN NISIMBLAT**

Tabla de contenido

Contenido

1. Los principios rectores de la prueba	4
1.1 Importancia:	4
1.2 Objetivo General de la Unidad	5
1.3 Objetivos específicos de la Unidad	5
1.4 Antes de abordar el tema.	5
2.5 Mapa Conceptual.....	6
2. Los principios rectores y el camino de la prueba: Las etapas probatorias.....	7
2.1. Necesidad	7
2.2. Petición y aporte: Etapa petitoria	8
2.3. Decreto: Etapa ordenatoria.....	8
2.3.1. Requisitos intrínsecos de la prueba	9
2.3.1.1. Conducencia.	9
2.3.1.2. Pertinencia.	9
2.3.1.3. Utilidad.....	10
2.3.2. Práctica de la prueba.....	10
2.3.3. Valoración de la prueba.	10
2.3.4 Dimensión de la necesidad en el proceso de Tutela.....	11
2.4. Autorresponsabilidad, carga o incumbencia probatoria.....	11
2.5. Carga dinámica y de la probabilidad preponderante de la prueba.....	12
2.6. Contradicción	15
2.6.1. Aspectos procesales de la contradicción	15
2.6.2. Contradicción concentrada.....	16
2.6.3. Contradicción difusa	16
2.7. Publicidad	16
2.8. Inmediación	18
2.9. Concentración	18
2.10. Comunidad.....	19
2.11. Mismidad e inmaculación.....	19
2.12. Originalidad.....	20
2.13. La prueba indirecta o de referencia.	22

2.14. Libertad	24
2.15. Principio dispositivo, de deliberación o principio de parte.....	24
2.16. Carácter rogado de la jurisdicción	25
2.17. Principio de la rogación en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.	25
2.18. Principio de la rogación en la Jurisdicción Ordinaria	26
2.19. Principio Inquisitivo.....	27
2.20. Principio de la Duda: <i>in dubio</i>	28
3. CONCLUSIONES	32
BIBLIOGRAFIA	33

	MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR NATTAN NISIMBLAT	
---	--	---

1. Los principios rectores de la prueba

1.1 Importancia:

El derecho procesal es una ciencia que se ocupa de estudiar y establecer los procedimientos; El procedimiento es el sistema particular contenido en las leyes y en los códigos; El proceso es la actividad que surge de la pretensión o de la ley y que se sujeta a las leyes de procedimiento¹. Con base en lo anterior, la ciencia jurídica procesal ha definido principios que le atañen a ella misma (derecho procesal), al sistema normativo que regula el proceso (procedimiento) y a la actividad que surge de la pretensión (proceso).



Por ello, al estudiar los principios que rigen el procedimiento, debemos distinguir entre aquellos que se consideran rectores del proceso (actividad), o rectores del procedimiento (sistema).

Robert Alexi, citado por la Corte Constitucional², destaca que “los principios son mandatos de optimización. En tanto tales, son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Esto significa que pueden ser realizados en diferente grado y que la medida de su realización depende no solo de las posibilidades fácticas sino también jurídicas. Las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente, a más de por las reglas, por los principios opuestos. Esto significa que los principios dependen de y requieren ponderación. La ponderación es la forma característica de la aplicación de principios”.³ Para este mismo autor, la diferencia entre valores y principios viene dada porque los primeros tienen un carácter axiológico al paso que los segundos lo tienen deontológico. En tal medida, los principios entendidos como conceptos deontológicos, expresan un deber ser y se manifiestan bajo la forma de mandatos, prohibiciones, permisiones o derechos. Los valores, como conceptos axiológicos expresan en sí mismos algo bueno. Por ello afirma que “lo que en el modelo de los valores es prima facie lo mejor es, en el modelo de

¹ OVIEDO, AMPARO. *Fundamentos de Derecho Procesal, del procedimiento y del proceso*. Ed. Temis. Bogotá, 1995, pág. VII.

² Sentencia c-1287 de 2001.

³ ALEXI, ROBERT. *El concepto y la validez del derecho*. Editorial Gedisa, S.A. Barcelona, 1997.

	MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR NATTAN NISIMBLAT	
---	--	---

los principios, prima facie lo debido; y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente lo debido".⁴

La unidad temática invita a reconocer los principios que rigen e informan la prueba judicial, a partir de la visión general del proceso judicial, dentro del concepto "contenido – contenedor", siendo el proceso el contenedor y la prueba el contenido.

1.2 Objetivo General de la Unidad

Identificar los principios rectores de la prueba judicial, como moduladores de la actividad probatoria.



1.3 Objetivos específicos de la Unidad

- ✓ Comprender el concepto de etapa o *iter* probatorio.
- ✓ Reconocer cada una de las etapas que hacen parte del camino o sendero de la prueba.
- ✓ Comprender los conceptos que involucran la producción de la prueba en todo proceso judicial.
- ✓ Aplicar los conocimientos a casos particulares en los que cada medio probatorio exige el cumplimiento de los requisitos de ordenación, asunción, producción y valoración de la prueba.

1.4 Antes de abordar el tema.

Al abordar este curso el estudiante de postgrado debe poseer:

⁴ ALEXY, ROBERT. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 2002.

	MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR NATTAN NISIMBLAT	
---	--	---

- ✓ Un manejo conceptual y de expresión escritural del lenguaje.
- ✓ Comprensión e interpretación de los sistemas probatorios vigentes.
- ✓ Conocimiento de los sistemas procesales vigentes, inquisitivo y dispositivo.
- ✓ Habilidad en expresión oral y escrita y facilidad de conformar equipos de trabajo.
- ✓ Actitud ética y compromiso con los principios y valores de la universidad y con la sociedad.

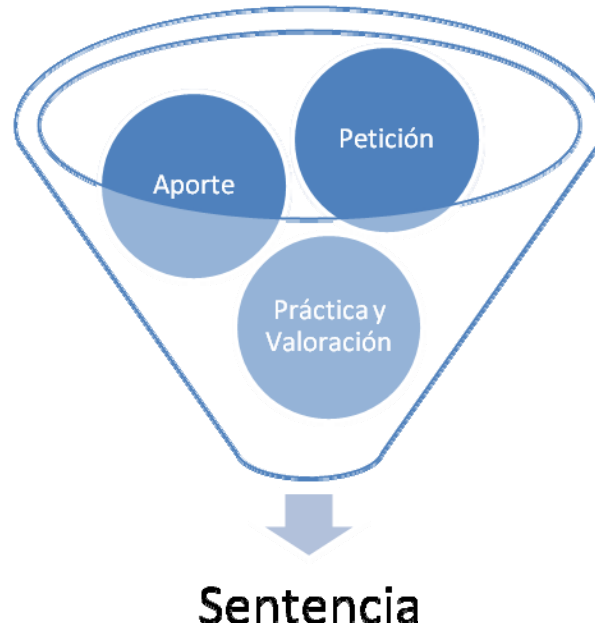
Además:

Los profesionales que tomen el curso deben contar con las bases conceptuales suficientes en Derecho Probatorio; conocer la estructura jurídica del sistema judicial colombiano; tener conciencia plena de la necesidad de que los medios de prueba son el sustento del conocimiento del juez para dictar una sentencia.

Además, debe poseer competencias básicas relacionadas con el uso de la Tecnología, y especialmente las relacionadas con las características generales de un procesador de texto; el trabajo práctico con el correo electrónico; los elementos básicos para la navegación en la Web y; los aspectos relevantes sobre la búsqueda de información en la Web.

El estudiante debe asumir la responsabilidad que el trabajo en equipo impone. El trabajo en equipo supone el aporte permanente y constructivo de cada participante.

2.5 Mapa Conceptual





2. Los principios rectores y el camino de la prueba: Las etapas probatorias

2.1. Necesidad

El principio de necesidad es el resultado de la prohibición constitucional del fallo sin pruebas. También es el resultado de la prohibición internacional de la decisión por sospecha, en oposición a la decisión por indicio.

De acuerdo con la legislación procesal, toda decisión deberá fundarse en pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Este concepto, que encierra varias previsiones de contenido sustancial, obliga al intérprete y por lo tanto al operador judicial a distinguir los “momentos procesales de la prueba”, también conocidos como el *iter* o el sendero probatorio.

	MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR NATTAN NISIMBLAT	
---	--	---

El *iter* o camino, es el sendero que debe recorrer la prueba para que pueda ser valorada en la sentencia o en la providencia, pues si bien se admite que la decisión debe fundarse en medio de prueba, también se admite que la valoración no es el resultado del capricho del juez.

Del principio de necesidad podemos citar las siguientes reglas: 1. No podrá valorarse la prueba que no fue pedida en tiempo, decretada legalmente y practicada en debida forma; 2. No podrá practicarse la prueba que no fue legalmente decretada; 3. No podrá decretarse la prueba que no fue oportunamente pedida o aportada o que, además, sea inconducente, impertinente o inútil, y; 4. No podrá pedirse o aportarse la prueba en oportunidad distinta que la prevista en la ley.



Las anteriores reglas obedecen a cada una de las etapas del *iter* probatorio, como son: 1. Petición y aporte; 2. Decreto; 3. Práctica y; 4. Valoración.

2.2. Petición y aporte: Etapa petitoria

Le corresponde a las partes pedir al juez que decrete las pruebas que apoyen sus alegaciones. Tal petición debe respetar momentos procesales en los cuales se permita la "socialización" del medio probatorio, en cumplimiento del deber de lealtad que rige el sistema procesal vigente. Se aporta lo que se tiene, se pide lo que debe producirse. Son ejemplos de pruebas que se aportan los documentos y las cosas que están en poder del demandante o del demandado. Son ejemplos de lo que se pide, aquello que debe ser producido por el juez o con su permiso, como son los testimonios, los interrogatorios, la interceptación de comunicaciones, los registros o los peritajes. Por regla general, la petición o el aporte de pruebas se realiza en la demanda y su contestación, a menos que la ley procesal disponga de otras oportunidades.

2.3. Decreto: Etapa ordenatoria

El decreto es, en suma, la autorización que imparte el juez a una prueba, que bien ha sido pedida o aportada, para que ingrese al debate procesal. Sin el decreto, la prueba es ineficaz y aún nula, pues hace parte del proceso de socialización, mediante el cual se da publicidad y por supuesto se garantiza contradicción, la cual podrá ser concentrada o difusa como más adelante se explicará. Para decretar una prueba, sin embargo, no basta con que la parte la haya aportado o pedido en

	MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR NATTAN NISIMBLAT	
---	--	---

tiempo; se requerirá además, que cumpla con unos requisitos que la doctrina ha denominado “intrínsecos” que garantizan su posterior eficacia, como son la conducencia, la pertinencia y la utilidad.

2.3.1. Requisitos intrínsecos de la prueba

La ley procesal impone al juez el estudio previo de la prueba, antes de proceder a su ordenación para incorporación o práctica en el proceso. Para ello debe verificar que la prueba esté permitida por el ordenamiento jurídico, que tenga relevancia con el tema debatido y que el hecho que se busque probar no esté suficientemente demostrado en el proceso con otros medios probatorios. Estos requisitos se denominan “intrínsecos”, porque corresponden a la calidad probatoria del medio, antes de su autorización para la incorporación al proceso judicial.

2.3.1.1. Conducencia.



La conducencia es la idoneidad del medio de prueba para demostrar lo que se quiere probar y se encuentra determinada por la legislación sustantiva o adjetiva que impone restricciones a la forma como debe celebrarse o probarse un determinado acto jurídico (elementos *ad substantiam actus* y *ad probationem*). Así, por estar regulada la compraventa como un contrato solemne y la tradición como el modo de adquirir dominio, no podrá demostrarse el derecho real que se tiene sobre la cosa inmueble sino mediante la exhibición de la escritura pública (título), debidamente registrada (modo). Tampoco podrá demostrarse el testamento por documento distinto de la escritura (salvo norma en contrario), ni el matrimonio por instrumento diferente al acta o la partida eclesiástica, o la unión marital por medio distinto que la sentencia, el acta de conciliación o la escritura pública⁵. La conducencia, en palabras de ROJAS⁶, es un rezago de tarifa legal probatoria, pues limita la posibilidad de aportar al proceso cualquier medio que sirva para demostrar la ocurrencia de un hecho.

2.3.1.2. Pertinencia.

Inutile est probare quod probatum non relevant y frustra probatum non relevant. La pertinencia demuestra la relación directa entre el hecho alegado y la prueba

⁵ Ley 979 de 2005, que modificó la Ley 54 de 1990.

⁶ ROJAS, JIMMY. “*Conferencias dictadas en la Universidad del Rosario*”. Junio de 2007.

	MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR NATTAN NISIMBLAT	
---	--	---

solicitada⁷. Bien puede ocurrir que una prueba sea conducente para demostrar un hecho determinado, pero que, sin embargo, no guarde ninguna relación con el “tema probatorio”. Son ejemplos de pruebas impertinentes las que tienden a demostrar lo que no está en debate, como el padre que alega no pagar alimentos a su hijo porque la madre sostiene relaciones con otro, y para ello pide testimonios que acreditan su afirmación. Como lo debatido no es la relación entre padre y madre, sino el deber de pagar alimentos, la prueba, aunque conducente para demostrar una relación sentimental entre la madre y un tercero, resulta impertinente para demostrar inculpabilidad frente al deber de pagar alimentos.

2.3.1.3. Utilidad.

En desarrollo del principio de economía, una prueba será inútil cuando el hecho que se quiere probar con ella se encuentra plenamente demostrado en el proceso, de modo que se torna en innecesaria y aún costosa para el debate procesal. Para que una prueba pueda ser considerada inútil, primero se debe haber establecido su conducencia y pertinencia. En virtud de este principio, serán inútiles las pruebas que tiendan a demostrar notorios, hechos debatidos en otro proceso o hechos legalmente presumidos.



2.3.2. Práctica de la prueba.

Se practica lo que no se tiene. La práctica, como se dijo, es el resultado del decreto y por lo tanto no se podrá practicar lo que no ha sido autorizado por el juez. En la práctica se asegurará siempre publicidad y contradicción, aspectos ambos que explicaremos más adelante en este mismo módulo.

2.3.3. Valoración de la prueba.

Por regla general, la valoración se realizará en la sentencia o en el auto que le ponga fin a una determinada actuación. La valoración es análisis que el juez realiza sobre el mérito de convicción de la prueba, pero, como afirmamos, el proceso de valoración comprende dos aspectos igualmente importantes para la formación del convencimiento y son: 1. La legalidad de la prueba, en la medida en que haya sido debidamente rituada en el proceso, y; 2. Eficacia. El mérito de convicción que

⁷ TIRADO Hernández Jorge. Curso de pruebas judiciales parte general. Ediciones doctrina y ley 2006. Tomo I, Página 246.

	MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR NATTAN NISIMBLAT	
---	--	---

ofrezca la prueba sobre la ocurrencia del hecho. La eficacia puede derivar de la imposibilidad de desconocer el valor probatorio de ciertos actos, como lo dicho en documento auténtico o público.

DEVIS afirma que son enemigos de la valoración probatoria la ignorancia, la pereza intelectual, el desconocimiento de la jurisprudencia y la doctrina, la falta de asesoría de expertos, la simpatía o antipatía, la suficiencia de la primera impresión, la ausencia de clasificación, la omisión u olvido en el examen de cada una de ellas y el estudio individual por sobre el estudio en conjunto⁸.

Iter probatorio

Petición y Aporte (Etapa petitoria)	Decreto (Etapa ordenatoria)	Práctica (Producción)	Valoración (Sana Crítica En conjunto)
---	---------------------------------------	---------------------------------	---



2.3.4 Dimensión de la necesidad en el proceso de Tutela

Aunque es claro que el brevísimo proceso de tutela se desarrolla en todas sus etapas en el lapso de 10 días, no por ello debe desconocerse el papel preponderante que cumple el principio de necesidad y sus sub- principios de conducencia, pertinencia y utilidad, así como la regla de itinerancia de la prueba, pues aunque el fallo debe proferirse en 10 días, si una prueba debe ser valorada en sentencia, el único medio para asegurar legalidad, licitud y contradicción, será respetando, en concordancia con el principio de adecuación⁹, el principio de necesidad.

2.4. Autorresponsabilidad, carga o incumbencia probatoria

⁸ DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Compendio de Derecho Procesal*, Pruebas Judiciales, Tomo II. Biblioteca Jurídica Dike. Décima Edición. 1994. Pág. 111.

⁹ También denominado "Adaptabilidad". Consiste en la libertad de adaptar el procedimiento a las necesidades del proceso, siempre que con ello se logre su finalidad y no se viole el derecho de defensa o de audiencias. Nattan Nisimblat, *Los Moduladores del Proceso de Tutela*. 2009.

	MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR NATTAN NISIMBLAT	
---	--	---

Citado por PARRA¹⁰, el principio de autorresponsabilidad se encuentra consagrado en el artículo 177 del actual Código de Procedimiento Civil, según el cual “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que aquellas persiguen”.

Según este principio, es a la parte a quien incumbe aportar al proceso las pruebas de sus alegaciones y de las normas que establecen los efectos perseguidos, y, por lo tanto, es a la parte a quien le corresponde sufrir las consecuencias de su propia inactividad.

Onus probando incumbit actori: Corresponde al actor probar.

Reus in excipiendo fit actori: El demandado que excepciona, ocupa la posición del demandante.

2.5. Carga dinámica y de la probabilidad preponderante o prevalente de la prueba

Si es el demandado quien se encuentra en mejores condiciones de demostrar determinados hechos, será a él a quien le corresponda acreditarlos y no al demandante. Así lo manifestó el Consejo de Estado en sentencia del 24 de febrero de 2005, con ponencia del Magistrado RAMIRO SAAVEDRA BECERRA:

“...el llamado principio de las cargas dinámicas (...) encuentra su fundamento en las normas constitucionales que consagran el principio de equidad, toda vez que en algunas ocasiones éste puede verse vulnerado por la exigencia hecha a la parte actora de aportar determinadas pruebas al proceso dada su dificultad; y por lo mismo, supondría la inaplicación, en tales eventos, de la norma procesal civil que consagra a su vez, el principio del *onus probandi*. Sin embargo, en otros casos es la parte actora la que está en condiciones de aportar los medios de convicción pertinentes, por lo cual resulta innecesaria la inversión de la carga de la prueba que conlleva la presunción de falla del servicio; opera entonces el principio de la carga dinámica de la prueba, en virtud del cual si es el demandante quien se encuentra en mejores condiciones de demostrar determinados hechos.”.

¹⁰ PARRA QUIJANO. JAIRO. *Manual de Derecho Probatorio*. Ediciones Librería del Profesional. 17ª Edición. 2009.

En sentencia del 10 de julio de 2004, la misma Sala de lo Contencioso Administrativo, había reconocido con base en este principio del dinamismo, la existencia de otro denominado probabilidad preponderante.

En la sentencia aludida, la sala expresó que “en algunos eventos no se requerirá que la prueba aportada por el demandante genere certeza sobre la existencia de la relación causal, pues en consideración a la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados, el juez puede darla por establecida con la probabilidad preponderante de su existencia.”.

Las reglas anteriores tienen sustento en el cálculo de las probabilidades, ciencia que estudia la ocurrencia de los fenómenos desde una perspectiva matemática. El cálculo de probabilidades y su incidencia en la determinación de un hecho, puede ser explicado con un ejemplo sencillo como podría ser el que el sol sale por el occidente y no por el oriente.



Supongamos el siguiente ejemplo: En un proceso penal, la parte demandante ha afirmado que el día antes de la muerte de la víctima, el sol salió por el occidente y que ello llevó a que el sindicado modificara su patrón de conducta.

Para resolver esta afirmación, el juez debe formularse dos preguntas iniciales, a efectos de determinar si una hipótesis, como la afirmada por la parte, es susceptible de ser verificada y como tal soporte de su eventual sentencia. Estas dos preguntas, en su orden son: 1.- ¿Es posible? y 2.- ¿Es probable?

Un hecho, es decir, su ocurrencia, puede verificarse sólo si es posible. La posibilidad responde a la pregunta ¿pudo ocurrir? Esta pregunta suele encontrar respuesta en la lógica (aquella que tiene como única restricción la que lleva a contradicción manifiesta en sí misma), la física (que no contradice a las leyes naturales) y la técnica (aquella que permite su verificación mediante mecanismos de contrastación).

Determinada la posibilidad, nace la probabilidad, en otras palabras, la posibilidad es presupuesto de probabilidad.

La probabilidad es el rango de ocurrencias que un fenómeno puede presentar en un determinado tiempo y bajo unas mismas condiciones. Así, si una persona dice a otra “ayer saqué un siete en los dados”, aclarando que tan sólo lanzó uno, el

	MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR NATTAN NISIMBLAT	
---	--	---

interlocutor, tras indagar qué tipo de datos son a los que refiere quien hace la afirmación y verificar que se trata de dados comunes de seis caras, dirá: “es imposible, el dado sólo tiene seis”. Si, por el contrario, la misma persona afirma “te apuesto a que al lanzar este dado saldrá un seis”, bastará con saber que frente a un lanzamiento y seis caras, la probabilidad de que salga seis, es de 6 a 1.

Ahora, en el caso de la afirmación “el sol salió por el occidente”, ¿se podría decir que tal suceso es imposible? Veamos:

El movimiento de la Tierra es el de rotación sobre su propio eje y el de traslación alrededor del Sol. El camino de la Tierra alrededor del Sol es su órbita. Tarda un año, es decir, 365 días en orbitar completamente alrededor del Sol.



El movimiento de rotación se realiza de Oeste a Este, por lo que el Sol aparenta salir por Oriente y se pone por Occidente, lo que da lugar a los días y las noches. En un marco de referencia de inercia, el eje de la Tierra sufre un movimiento precesional lento con un período de aproximadamente 25.800 años, así como de una nutación con un período principal de 18,6 años. Estos movimientos son causados por la atracción diferencial del Sol y la Luna sobre el aumento ecuatorial de la Tierra, debido a su aplastamiento en los Polos. El movimiento polar es casi periódico, conteniendo un componente anual y un componente de un período de 14 meses llamado el “bamboleo” o Wobbler. También la velocidad rotatoria varía, un fenómeno conocido como la longitud de variación del día.¹¹

Con base en estas afirmaciones y teniendo en cuenta cambios como los climáticos, las tectónicas de placas, los movimientos telúricos y aún las colisiones contra otros cuerpos celestes, cuya ocurrencia está plenamente demostrada a lo largo de los siglos, ¿podría afirmarse que un cambio en las condiciones de la rotación de la tierra llevaran, por un día, a que el sol saliera por el occidente y no por el oriente?

La respuesta, al parecer, es afirmativa¹². Sin embargo altamente improbable y para determinar esta última, bastará con realizar la siguiente operación matemática simple y unirla a la experiencia del juez (uno de los elementos de la sana crítica): Supongamos que el fallador es una persona de 35 años. Durante ese

¹¹ <http://www.alertatierra.com/TierMovimientos.htm>

¹² En 2010 varios movimientos telúricos sacudieron América y África (Haití y Chile, febrero de 2010), lo cual hizo que el eje de la Tierra se desplazara unos cuantos grados.

	MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR NATTAN NISIMBLAT	
---	--	---

tiempo, descontando sus primeros cinco años de vida, ha observado salir el sol por el oriente. 30 años son 10950 días. Entonces, un cálculo simple nos dirá que si bien es “posible” que el sol hubiere salido por el occidente, la probabilidad de tal ocurrencia es de 10950 a 1, teniendo en cuenta tan solo la experiencia de vida del juez, pues si utilizara una referencia más “científica”, el cálculo lo habría hecho con base en la vida histórica de la tierra, la cual está calculada en millones de años, todo lo cual podrá llevar a la conclusión de que una hipótesis semejante, si bien no es imposible, será altamente improbable, lo que llevará a una mayor exigencia en la carga probatoria.



La determinación de la probabilidad también puede medirse en escalas de 0 a 1 o de 1 a 10. Para ello, un ejemplo simple: A un concurso de talentos se presentan 10 personas, todas con iguales aptitudes. Cada concursante tiene una sola oportunidad para presentarse ante el jurado y con ello, su probabilidad de ganar será de 10 a 1. Al iniciar el concurso dos de los participantes se retiran, quedando tan sólo 8, es decir, la probabilidad de ganar aumenta, ya que no será de 10 a 1, sino de 8 a 1. Al cabo de un rato, tres competidores más se retiran, lo que deja tan sólo 5. Tres de ellos son descalificados por el jurado, con lo cual quedarán 2 competidores, lo que arroja una probabilidad cercana, en una escala de 0 a 1, al 1 y en una escala del 1 al 10, a 10.

2.6. Contradicción

El principio de contradicción tiene soporte constitucional directo en el artículo 29. En él descansa la legitimidad de toda la actuación judicial y, en general, estatal. Una prueba no controvertida es una prueba incompleta; una prueba no controvertida es una prueba írrita; por lo tanto, una prueba no controvertida, es una prueba nula.

2.6.1. Aspectos procesales de la contradicción

El ejercicio del derecho a controvertir se materializa a lo largo del proceso y en todas sus etapas, para lo cual las partes tienen derechos y deberes frente a la prueba y frente a los demás sujetos procesales, en la medida en que respeta otros principios de igual jerarquía, como son el de publicidad, eventualidad, preclusión e igualdad. Dos, son pues, las alternativas ofrecidas a la parte contra quien se aduce una prueba para controvertirla, según la naturaleza de la prueba y

	MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR NATTAN NISIMBLAT	
---	--	---

según el momento procesal en que esta produzca, aduzca o asuma, y son: 1. La contradicción concentrada y; 2. La contradicción difusa.

2.6.2. Contradicción concentrada

Por concentrado entendemos lo que se realiza en una misma audiencia o diligencia. El ejercicio concentrado de contradicción es, entonces, aquel que se realiza en el momento mismo en que la prueba se está produciendo, practicando, es decir, una contradicción directa, *in situ*, coetánea a la recepción o producción. Son ejemplos de contradicción concentrada la que se realiza al participar del interrogatorio al testigo, la participación en la inspección judicial, la intervención en la elaboración del dictamen pericial, presenciando la recolección de muestras, evidencias o información por parte del perito y el interrogatorio a este en el proceso oral y, en general, la asistencia personal a las audiencias y diligencias en las cuales se practican pruebas o se adoptan decisiones.



2.6.3. Contradicción difusa

Es aquella que se realiza en las demás etapas del proceso judicial, desde la demanda y hasta en la formulación de los recursos extraordinarios de casación y revisión. Son ejemplos de este ejercicio la oposición que se hace en la contestación de la demanda al decreto de las pruebas solicitadas por el demandante, el recurso de reposición que se interpone contra el auto que decreta pruebas o el de apelación contra el que las niega, la tacha de falsedad material de documentos cuando estos son aportados en la demanda, en las audiencias o en las diligencias, la contradicción al dictamen pericial en todas sus formas, cuando este es presentado en proceso escrito¹³, los alegatos formulados en la instancia o en el trámite del recurso de apelación, y en general, toda controversia que se realice frente a las pruebas, en oportunidad distinta a la práctica o la asunción.

2.7. Publicidad

Una prueba no conocida es una prueba inexistente. La publicidad, como garantía del derecho de defensa, exige que las pruebas, tanto las aducidas como las

¹³ El dictamen pericial en el proceso oral se contradice de manera concentrada, en la medida en que el perito asiste personalmente al proceso y declara sobre sus conclusiones verbalmente. L. 906 de 2004 y Ley

	MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR NATTAN NISIMBLAT	
---	--	---

practicadas, sean conocidas por las partes, quienes tienen derecho a controvertirlas mediante mecanismos legales y oportunos.



En desarrollo de ciertos procesos, no obstante, se legitima el decreto y práctica de ciertas pruebas que tienden a verificar hechos que son materia de actual investigación, tales como la interceptación de correspondencia y de comunicaciones o el allanamiento con fines de registro y recolección de evidencias.

Estas pruebas, aunque en principio reservadas a la parte, lo serán exclusivamente en cuanto a su decreto y a su práctica, pero no en cuanto a su valoración, pues es claro que una vez el fin de la reserva ha cumplido su cometido, esto es, preservar la materialidad (inmaculación) de la evidencia, de manera inmediata se debe proceder a socializarla, a fin de que la parte contra quien se aduce pueda ejercer su derecho de contradicción.

Así, pues, en aquellos casos en que la prueba sea reservada para alguna de las partes o para todas en el proceso, deberá el juez o el fiscal determinar a partir de qué momento el resultado debe ser público, ya que si se mantiene la reserva, aún después de haber sido practicada, perderá toda su eficacia y no podrá ser valorada posteriormente, ya que se entiende que no se ha garantizado contradicción cuando el juez o el fiscal permiten a las partes conocer el resultado de algunas diligencias donde se recaudaron evidencias, tan solo en la decisión, en espera de que ellas las controviertan mediante la interposición de recursos (contradicción difusa).

Es claro, que no garantizar a las partes el uso de mecanismos de defensa frente a la prueba que ya ha sido practicada, mediante el ocultamiento hasta la finalización de la respectiva etapa del proceso o peor aún hasta el final, para hacerla pública en sentencia, desconoce el núcleo esencial del debido proceso e impide que en adelante la prueba pueda ser convalidada, pues la nulidad que recae sobre ella será de carácter constitucional, al amparo del inciso final del artículo 29 de la Constitución, según el cual será nula la prueba obtenida con violación del debido proceso.¹⁴

¹⁴ "A partir de la regulación de la Carta Fundamental, en torno al debido proceso en las actuaciones judiciales surge la publicidad como uno de sus principios rectores, en virtud del cual, el juez tiene el deber de poner en conocimiento de los sujetos procesales y de la comunidad en general, los actos que conduzcan a la creación, modificación o extinción de un derecho o la imposición de una obligación, sanción o multa, teniendo en cuenta que su operancia no constituye una simple formalidad procesal, sino un presupuesto de eficacia de dicha función y un mecanismo

	MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR NATTAN NISIMBLAT	
---	--	---

2.8. Inmediación

El principio de inmediación obliga al juez a estar en permanente contacto con la prueba, a recaudarla personalmente, a presenciarla, a controlarla. La inmediación garantiza que el juez se familiarice con el medio, que se permee del hecho que antes le era desconocido, para así poder valorarlo.

La inmediación garantiza otros principios como son la originalidad y la inmaculación, en la medida en que permite al juez percibir directamente (originalidad) aquello que le desvela la verdadera ocurrencia de un hecho y a la vez impide que lo recaudado o producido se altere (inmaculación).

LEIBLE afirma: “El hoy vigente principio de inmediación en el procedimiento procesal civil no es un sobreentendido. Hubo ordenanzas de procedimiento, en que la reunión del material fáctico estaba encomendada a otro tribunal diferente del de la decisión. Tal regulación priva al tribunal interviniente de impresiones esenciales, que se derivan del contacto inmediato con las partes y los medios de prueba, como en la declaración de testigos. El mejor servicio para el descubrimiento de la verdad se logra primordialmente, cuando el tribunal interviniente recoge por sí mismo las informaciones que necesita para su decisión.”¹⁵

2.9. Concentración

Reza el artículo 110 del Código de Procedimiento Civil, tal y como quedó modificado por el artículo 13 de la Ley 794 de 2003: “Cuando su número, naturaleza o complejidad lo hagan necesario, el juez señalará de una vez fechas continuas e inmediatas para las audiencias y diligencias que deban practicarse, con el fin de que haya mayor concentración de ellas. En los casos indicados, cada audiencia o diligencia tendrá una duración mínima de tres horas, salvo que antes se agote el objeto de la misma. Cuando no sea posible concluir la diligencia o

para propender por la efectividad de la democracia participativa. Con todo, el mismo texto constitucional legitima que se establezcan mediante ley, excepciones al conocimiento de ciertos documentos o actuaciones públicas, para que a través de un juicio de ponderación constitucional, se otorgue prioridad al principio de reserva, como sucede con la etapa de instrucción en un juicio criminal. Corte Constitucional Sentencia 641 de 2002.

¹⁵ Op. Cit. Pág. 150.

audiencia el mismo día de su iniciación, el juez deberá, antes de cerrar la audiencia, señalar la fecha más próxima para continuarla.”

En igual sentido se pronuncia el artículo 424 de la Ley 906 de 2004, que determina: “La audiencia del juicio oral deberá ser continua salvo que se trate de situaciones sobrevinientes de manifiesta gravedad, y sin existir otra alternativa viable, en cuyo caso podrá suspenderse por el tiempo que dure el fenómeno que ha motivado la suspensión. El juez podrá decretar recesos, máximo por dos (2) horas cuando no comparezca un testigo y deba hacersele comparecer coactivamente. Si el término de suspensión incide por el transcurso del tiempo en la memoria de lo sucedido en la audiencia y, sobre todo de los resultados de las pruebas practicadas, esta se repetirá. Igual procedimiento se realizará si en cualquier etapa del juicio oral se debe cambiar al juez.”

2.10. Comunidad



El proceso se estructura como un colectivo de sujetos que acuden al debate en procura de la solución de un conflicto. Por ello, cuando la prueba se socializa, ya no pertenece a quien la aporta sino a toda la comunidad¹⁶, aún en el evento en que lo aportado no le favorezca a quien lo aportó.

El principio de comunidad impide, entonces, que una vez la prueba haya entrado válidamente al proceso pueda ser retirada por las partes, salvo que su eficacia o poder de convicción estén garantizados. Por ello, al estudiar las reglas relativas al retiro físico de documentos que obran en el expediente (desglose), encontramos que el estatuto procesal civil trae algunas previsiones que garantizan el principio, tales como la exigencia de la preclusión de la oportunidad para tacharlos de falsos, la imposibilidad de hacer entrega del título de cobro al deudor, cuando no ha pagado la obligación (art. 117-1) o al acreedor cuando ya se hubiere cancelado (117-3) y la imposibilidad de renunciar al testigo cuando ya hubiere iniciado el interrogatorio.¹⁷

2.11. Mismidad e inmaculación

¹⁶ FRAMARINO DEI MALATESTA. *Lógica de las pruebas en materia criminal*. 4ª ed. Editorial Temis. Bogotá, 1999.

¹⁷ DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Compendio de Derecho Procesal, Pruebas Judiciales*. Tomo II. Biblioteca Jurídica Dike. Décima Edición. 1994. Pág. 17.

	MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR NATTAN NISIMBLAT	
---	--	---

Non nisi parendo vincitur natura. A la naturaleza no se le vence más que obedeciéndola.

La prueba debe llegar al proceso en su estado original, pura, inmaculada. Por ello, las legislaciones modernas se han preocupado por regular los procesos de identificación, recolección, embalaje, transporte y manipulación de aquellos elementos que sirven de sustento a la actividad judicial.

El derecho procesal moderno, admite en este principio el mayor avance de la ciencia jurídica probatoria, en la medida en que incorpora los adelantos tecnológicos a las reglas de valoración que tradicionalmente han servido a los jueces para determinar con mayor o menor grado de certeza la ocurrencia de un hecho.



Los hechos, afirma DELLEPIANE, dejan huellas, rastros y vestigios, que nosotros llamamos “evidencias”. De la recolección de tales evidencias es que se obtiene la prueba, y es entonces cuando adquiere especial relevancia el proceso mediante el cual tales huellas y vestigios han de ser “manipulados” para ser ofrecidos al juez y admitidos por este en un proceso judicial.

Son enemigos de la prueba la naturaleza, el tiempo y el hombre. Hasta ahora, el mayor enemigo de la prueba es el hombre, por infortunado que parezca. Es el hombre, quien por su inexperiencia o bien por su curiosidad, o ambas, destruye la integridad de la prueba.

A veces el impedimento de conservación proviene de la propia ley, que limita su producción inmediata, tal y como ocurre con la regulación que sobre la declaración de terceros trae el Código de Procedimiento Civil, el cual prohíbe que los testimonios de quienes les consta o pueda constarle un hecho determinado, sean recepcionados antes del proceso como prueba extrajudicial y anticipada (C.P.C. Art. 298, según el cual “podrá pedirse que se reciban testimonios anticipados únicamente a personas que estén gravemente enfermas”).

2.12. Originalidad

En el proceso judicial se debe procurar porque la prueba que se ofrezca sea aquella que tenga una relación directa con el hecho y no la que lo indique. Por lo tanto, en desarrollo de este principio se preferirá el documento original que el

	<p>MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR NATTAN NISIMBLAT</p>	
---	---	---

autenticado, el testigo a quien le consta, que el testigo de referencia (*ex auditor*), el archivo digital que la impresión de su contenido.



A veces, por razón de las nuevas tecnologías, al juez se le dificulta la labor de identificar lo que es original de lo que no lo es. Tal es el caso de la evidencia digital o electrónica, regulada en Colombia desde 1999 con la ley 527, que de poco o ningún entendimiento ha gozado por los operadores judiciales y sus auxiliares, quienes a veces confunden lo que es un archivo digital, una firma digital, una firma electrónica, una mecánica o la simple impresión que de ellos se realice.

Supongamos lo siguiente: Dos personas están negociando un contrato de arrendamiento telefónicamente. Más tarde, una de ellas, quien va a tener la calidad de arrendataria, envía a la otra un correo electrónico (mensaje de datos), en el que le dice: “de acuerdo con nuestra conversación de esta mañana, le manifiesto que estoy de acuerdo en los términos del contrato; sin embargo, me gustaría que aclaráramos dos puntos esenciales, como son, el canon y las fechas de inicio y terminación”. El futuro arrendador, responde por el mismo medio: “Entonces, estamos de acuerdo en lo siguiente: El local es el 201 del Centro Comercial Los Robles de Pereira, el canon de arrendamiento es la suma de \$1.000.000, pagaderos los primeros cinco días de cada mes a mi favor, la entrega será el 1º de junio de este año y la duración del contrato será por un año. ¿Está usted de acuerdo?” El arrendatario replica nuevamente: “Estoy de acuerdo.”

Transcurrido un año, el arrendador pide al juez que decrete la terminación del contrato y ordene la entrega y para ello adjunta a su demanda una copia impresa de cada uno de los tres correos electrónicos donde constan las condiciones del arrendamiento.

En este caso, se entiende que el arrendador no ha cumplido con su carga de aportar el documento original donde consta el contrato, pues hasta ahora lo único que ha hecho es traer tres documentos impresos que, a lo sumo, serán indicio de la conversación, pero no el convenio en sí. Lo adecuado, entonces, para cumplir con la carga probatoria, es aportar al proceso la prueba de los correos en su estado original, y para ello el único medio admisible es aquel que permita transportar el documento electrónico tal y como fue creado y recepcionado, es decir, en medio igualmente digital, tal como un disco compacto o sistema de almacenamiento portátil.

AUTOR: NATTAN NISIMBLAT		abril de 2010
-------------------------	--	---------------

	MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR NATTAN NISIMBLAT	
---	--	---

2.13. La prueba indirecta o de referencia.

En sentencia del 30 de marzo de 2006¹⁸, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, analizó la regulación en Colombia de la prueba de referencia en materia testimonial, enmarcada dentro de los principios que rigen en el nuevo sistema penal de corte acusatorio, implementado mediante la Ley 906 de 2004. En la referida sentencia, la Corte determinó:

“Acreditar en modo razonable la imposibilidad de que el testigo directo comparezca, forma parte de las exigencias legales que condicionan la pertinencia, el decreto y la práctica excepcional del testimonio de referencia. Similar tipo de condicionamientos, mutatis mutandi, se predica en general de todas las pruebas de referencia.


En el anterior sentido el artículo 375 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), señala que el elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba serán pertinentes cuando se refieran directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y a sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado; y cuando solo sirvan para hacer más o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiera a la credibilidad de un testigo o de un perito. Y en el mismo orden de ideas, el artículo 379 dice una vez más que es excepcional la admisibilidad de las pruebas de referencia, porque la regla general es el acatamiento del principio de inmediación. (...)

Las particularidades de la prueba de referencia y la dificultad práctica de controvertir los contenidos referidos determinan que a ese género de pruebas la legislación reconozca un poder suasorio restringido, al estipular en el artículo 381 que “la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”, consagrando así una tarifa legal negativa, cuyo desacatamiento podría configurar un falso juicio de convicción¹⁹. (...)

Es factible que se decrete un testimonio, a solicitud de la Fiscalía, la defensa o el Ministerio Público (por excepción), y que en su desarrollo el testigo directo relate

¹⁸ Radicación 24468, Magistrado Ponente Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO.

¹⁹ Cfr. Sala de Casación Penal, Sentencia del 24 de noviembre de 2005, radicación 24.323.

	MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR NATTAN NISIMBLAT	
---	--	---

además de sus percepciones personales, algunos contenidos referidos o escuchados a otros. (...)

A manera de ejemplo del estudio del tema en el derecho comparado, se trae la Sentencia del 31 de octubre de 2000, proferida por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid²⁰:

“Es cierto que la regulación de la ley responde, como tendencia, al principio de inmediación de la prueba, entendiéndose por tal la utilización del medio de prueba más directo y no los simples relatos sobre éste, pero ello no significa que deba rechazarse en forma absoluta los testimonios de referencias u oídas, porque no siempre es posible obtener y practicar la prueba original y directa, que en muchos supuestos puede devenir imposible, y, en definitiva, la problemática que plantea la prueba de referencia es, como en cualquier otra prueba, el relativo a su veracidad y credibilidad.



...

El Tribunal Constitucional Español sigue la tesis jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, exigiendo para desplazar o sustituir totalmente la prueba testifical directa, que se trate de casos de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada al juicio oral (Sentencia del Tribunal Constitucional 303/93). En este punto la doctrina de este Tribunal sigue el canon hermenéutico proporcionado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (artículo 10.2 CE en relación con el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso Delta, de 19 diciembre 1990 caso ISGRO, de 19 de febrero 1991 caso ASCH, de 26 abril 1991, entre otras).

...

El Tribunal Constitucional Español reconoce que su doctrina sobre la prueba sumarial anticipada o la imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial en el juicio oral tiene su base y precedente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que había declarado como contraria a lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la sustitución del testigo directo por el indirecto sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquél al juicio oral (entre otras, Delta c. Franci Elena, 19 diciembre ISGRO c. Italia, 19 febrero 1991 ASCH c. Austria, 26 abril 1919 en particular, sobre

²⁰ <http://www.sc.ehu.es/dpwl/naa/legislacion/Jurisprudencia/Tribunal%20del%20Jurado/Jurisprudencia%20-%20Jurado%20-%20ad%20quem%20-%2083.htm>

	MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR NATTAN NISIMBLAT	
---	--	---

la prohibición de testigos anónimos Windisch c. Austria de 27 septiembre 1990 y Ludl c. Suiza de 15 junio 1992)”.

2.14. Libertad

El principio de libertad, en oposición al tarifario legal, permite al juez formar su convencimiento con el recurso de cualquier medio de prueba, siempre que no se oponga a la naturaleza del proceso, que no esté prohibido por la ley o la Constitución y que sea idóneo para demostrar el hecho alegado.

En cuando a la naturaleza del juicio, podemos afirmar que, en términos generales, existen dos tipos de procesos, según lo que en ellos se pretenda demostrar y son el constructivo y el reconstructivo. El primero es común en la averiguación penal, pues con él se busca encontrar tanto lo que pasó como lo que aún está sucediendo, en virtud de la necesidad, tanto de sancionar, como de evitar la continuidad del delito. El segundo es propio de los conflictos civiles, laborales y contenciosos, donde lo que se busca no es prevenir, sino reconstruir unos hechos que fundamentan las pretensiones de las partes.



En tal virtud, lo que es libre en un proceso no lo será para otro, tal y como ocurre, por ejemplo, con ciertos medios probatorios que, siendo admisibles en el proceso penal, no lo son en el proceso civil, tales como el allanamiento con fines de registro, la interceptación de comunicaciones y la interceptación de correspondencia.

2.15. Principio dispositivo, de deliberación o principio de parte

El principio dispositivo, denominado en el derecho alemán como la máxima de disposición o *dispositionsmaxime*²¹ de la prueba predomina en el proceso civil y ahora en el penal. Son reglas que definen este sistema: a) El juez no puede iniciar las actuaciones de oficio²²; b) Las partes aportan y piden las pruebas, no pudiendo

²¹ LEIBLE, STEFAN. *Proceso Civil Alemán*. Biblioteca Jurídica Dike. 2a. Pág. 130.

²² Ibid. Página 134. Leible afirma: “El principio de deliberación, también denominado principio fundamental de deliberación o de aporte o principio de parte, por ello expresa, que las partes deben aportar los hechos e inclusive sus medios de prueba, con base en los que el tribunal debe sentencias sobre el objeto litigioso sometido a decisión el Tribunal sólo puede basar su sentencia en aquellos hechos propuestos por las partes en el proceso, de decir, fundamentalmente en la audiencia oral y probados, en tanto fueran cuestionados.”

	MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR NATTAN NISIMBLAT	
---	--	---

hacerlo el juez, ni aún en caso de duda (*iudex iudicet secundum allegata et probata partium*); c) Los hechos confesados por las partes se deben tener por ciertos, y; d) La sentencia debe estar en consonancia con los hechos, las pretensiones y las excepciones (congruencia)²³.

2.16. Carácter rogado de la jurisdicción

Da mihi factum et dabo tibi ius. "Dadme los hechos y yo te daré el derecho".

Pero, ¿qué derecho? solo el que me habéis pedido. Es el principio de la congruencia, que limita al juez a pronunciarse exclusivamente sobre lo que se le ha llamado a resolver y para lo cual ha sido investido de jurisdicción y, además, de competencia.

El principio de congruencia informa igualmente otro de carácter constitucional que es la no reforma en perjuicio, antes tratada en este mismo escrito.

2.17. Principio de la rogación en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.²⁴

La competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está definida en los artículos 82 y 83, modificados por el Decreto-Ley 2304 de 1989 y los artículos 12 y 13 respectivamente, del Código Contencioso Administrativo, con las modificaciones introducidas por la ley 446 de 1998 y la ley 954 de 2005. Tales artículos definen las materias sobre las que recaen las decisiones tanto de los Juzgados, los Tribunales Administrativos, como del Consejo de Estado.

²³ ARAZI, ROLAND. *La prueba en el proceso civil*. Ediciones La Roca. Buenos Aires. 2001. Pág. 130.

²⁴No proviniendo de la ley en forma expresa, esta definición ha sido elaborada por la jurisprudencia y la doctrina nacional y extranjeras, como producto de la interpretación de las normas procedimentales del Código Contencioso Administrativo y de aquellas disposiciones constitucionales que otorgan competencia a los tribunales administrativos. Para mayor referencia, consúltese las obras de JAIME VIDAL PERDOMO "Derecho Administrativo". Ed. Temis. 10a. Edición. Bogotá 1994; Libardo Rodríguez R. "Derecho Administrativo general y Colombiano". Ed. Temis. Novena Edición. Santafé de Bogotá 1996. Pg. 222; CARLOS BETANCUR JARAMILLO "Derecho Procesal Administrativo". Señal Editora. Medellín. 1994"; GUSTAVO HUMBERTO RODRÍGUEZ "Derecho Administrativo General". Ediciones Ciencia y Derecho. Segunda Edición. Bogotá. 1995; EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ "Curso de Derecho Administrativo". Op. Cit. Ed. Civitas. Tomo II. Madrid. 1993. Págs. 432 a 470.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado en innumerables fallos el carácter de rogado que tiene la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y para ello se ha fundado en varios conceptos. El primero de ellos consiste en la vía procesal que corresponde a los ciudadanos y a la misma administración para acceder al control de legalidad de los actos emanados de la actividad estatal, la cual, por su naturaleza, es de índole activa, lo que quiere decir, en primer término, que se accede a la jurisdicción con el objeto de anular un acto de la administración por contrariar normas superiores de tipo constitucional o legal (atendiendo siempre al orden jerárquico que observan las normas dentro del ordenamiento jurídico constitucional) por la vía de la acción, bien sea esta pública o particular. El segundo de ellos se funda en un concepto meramente formal, contenido en el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo.



Este argumento esbozado por el Consejo de Estado lo encontramos a lo largo de su doctrina en torno de las acciones contenidas en el Código Contencioso Administrativo en sus artículos 84, 85, 86, 87 y 88.

2.18. Principio de la rogación en la Jurisdicción Ordinaria²⁵

Del artículo 2º del Código de Procedimiento Civil se extrae un concepto más flexible de la jurisdicción que el analizado en la sección anterior entorno a los procesos ante los jueces y los tribunales administrativos; en efecto, dispone el citado artículo: "Los procesos sólo podrán iniciarse por demanda de parte, salvo los que la ley autoriza promover de oficio".

Este carácter dispositivo de la jurisdicción, como regla general, es el que ha servido a la jurisprudencia y la doctrina para afirmar que la iniciación de la

²⁵El aspecto primordial a tratar en esta sección gira en torno al principio de la congruencia de las sentencias judiciales, por lo tanto haremos un análisis integral que comprenda las jurisdicciones Civil y Laboral, tomando como referencia para ambas el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil. Para mayor referencia consúltese las obras de HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO "Instituciones del Derecho Procesal Civil", parte general, Tomo I; HERNANDO DEVIS ECHANDÍA "Compendio de Derecho Procesal" Tomo I; HUGO ROCCO "Tratado de Derecho Procesal Civil", Vol. I, Ed. Temis, Bogotá, 1979 ; JAIRO PARRA QUIJANO; FRANCESCO CARNELUTTI "Sistema de Derecho Procesal Civil" "Colección Ciencias del Proceso", Tratado de SANTIAGO SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, Ed. Ejea, 1971; MARCO GERARDO MONROY CABRA "Derecho Procesal Civil" Parte General, Biblioteca Jurídica Dike, 4a. Edición, Medellín, 1996. Pg. 464; HERNANDO MORALES MOLINA "Curso de Derecho Procesal Civil", Ed. ABC, 4a. Edición, Bogotá, 1973; PIERO CALAMANDREI "Derecho procesal Civil", Vol. I, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1973.

	MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR NATTAN NISIMBLAT	
---	--	---

actuación judicial, en materia civil y laboral, sólo puede darse a través de una demanda de parte, principio este derivado del romano *nemo jure sine actore*.

Sin embargo la ley procesal ha admitido la intervención del juez para lograr el alcance de esa justicia material que atiende al fin mismo del proceso, incorporando en el sistema el principio inquisitivo, creando con esto así, una dualidad o mixtura que permite al fallador participar del *thema decidendum* y decretar oficiosamente las pruebas que considere necesarias para llegar a su convencimiento y en ciertos casos, definidos por el legislador, podrá también promover la actuación por su propia iniciativa.



Continúa el estatuto procesal con su artículo cuarto donde se establece la finalidad del proceso y la prevalencia del derecho sustancial, consagración que encontró eco en la redacción actual del artículo 228 de la Constitución Política siendo un complemento valioso para la disposición del artículo 4° superior en materia de procedimiento y del mismo artículo 29 que eleva a rango constitucional el derecho fundamental al debido proceso.

Dicho esto, viene a estudio el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil que ordena al juez emitir su sentencia en consonancia con las pretensiones de la demanda y en donde se le prohíbe condenar por cantidad superior (*ultra petita*) o por objeto distinto del pretendido en esta, ni por causa diferente a la invocada en ella (*extra petita*), o por monto o concepto inferior al probado (*citra, infra o minima petita*). Es lo que se conoce como el fallo inconsonante, que consiste básicamente en otorgar más de lo pedido en el primer caso, o hacer pronunciamiento sobre objeto distinto al ventilado en el proceso, en el segundo, o no conceder lo pedido a pesar de haberlo probado, en el último.

La norma continúa instruyendo al fallador para que declare las excepciones que sean alegadas por las partes y las que aparezcan probadas en el proceso, consagrándose así un poder para el Juez de declarar excepciones de manera oficiosa, con exclusión de tres de ellas que son, la nulidad relativa, la prescripción y la compensación, que deben ser alegadas en la contestación de la demanda (Art. 306 del C. de P. C.).

2.19. Principio Inquisitivo

AUTOR: NATTAN NISIMBLAT		abril de 2010
-------------------------	--	---------------

	MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR NATTAN NISIMBLAT	
---	--	---

Bajo este sistema, el juez tiene la carga de investigar, de averiguar, de producir la prueba y de encontrar el hecho, pues lo que se busca es la verdad material, y para ello utiliza sus poderes oficiosos. La oficiosidad, es, sin duda, la protagonista de este sistema, pues permite al juez iniciar el proceso e impulsarlo, convocar a las partes e interrogarlas, decretar pruebas y practicarlas y dictar la sentencia conforme a lo probado, sin consideración a lo pedido o alegado.

2.20. Principio de la Duda: *in dubio*

La duda, como principio del derecho probatorio, así como del sustancial, hace parte del régimen de la decisión, según el cual, el juez no podrá abstenerse de dictar sentencia ni aún en caso de incertidumbre. No hay lugar a discusión frente a ello.



Se acude a la duda únicamente cuando el juez no tiene certeza sobre lo ocurrido, bien porque las partes no le han ofrecido suficiente material probatorio, bien porque dicho material es tan rico y extenso que no permite fallar a favor de una o de otra.

La aplicación de la regla de duda en materia probatoria surge cuando el juez se encuentra frente a dos caminos, esencialmente opuestos, que lo llevan a acudir a reglas de reemplazo, las cuales la doctrina ha denominado “sucedáneos”.

Por sucedáneo se entiende aquello a lo cual se acude en caso de incertidumbre o, precisamente, de duda. Son otros ejemplos de sucedáneos, los indicios y la carga probatoria, en la medida en que resuelven un debate que aparentemente debe terminar, como en los juegos de ajedrez, en tablas.

Aunque en el derecho procesal, civil o penal, contencioso o laboral, existe la posibilidad de abstenerse de dictar sentencia (*non liquet*), tal circunstancia solo se presenta cuando no concurren en el proceso los presupuestos de jurisdicción, capacidad y claridad en la demanda, situaciones todas que excluyen la posibilidad de fallar de fondo, pero sin decretar un vencedor.

No existiendo esta posibilidad para el juez, la de resolver sin dar la razón a alguno de los litigantes (que es distinta de la posibilidad de dictar un fallo inhibitorio), la ley procesal lo faculta para acudir al sucedáneo, para inclinar su decisión a favor

	MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR NATTAN NISIMBLAT	
---	--	---

de una u otra parte, conforme se trate de derechos ciertos e indiscutibles o bien, inciertos y discutibles.

Una duda, entonces, deriva de la oposición de dos tesis igualmente aceptables en torno a la ocurrencia de un hecho. Para ello es necesario que existan igual número de pruebas, de igual poder de convicción, en favor de dos hipótesis frente a un mismo hecho.



Tal circunstancia, de difícil ocurrencia, solo se presenta cuando en el proceso:

1. Hay dos o más hipótesis fácticas;
2. Se practicaron pruebas a favor de todas las hipótesis;
3. Al valorar las pruebas resultan demostradas tanto las una como las otras.

En este caso se deberá resolver:

1. A favor de la hipótesis que resulte, además de posible, más probable (escala probabilística de 0 a 1: ver capítulo sobre la probabilidad prevalente o preponderante);
2. A favor del demandado si se trata de proceso civil, salvo que, a partir del cálculo de probabilidades, la carga se invierta por razón de la hipótesis fáctica del demandante;
3. A favor del demandante, si se trata de proceso laboral, siempre que el demandante sea el trabajador;
4. A favor del sindicado si se trata de proceso penal;
5. A favor del administrado si se trata de proceso fiscal (tributario).

Al efecto citamos el siguiente ejemplo: En un proceso penal, el fiscal ha aportado suficientes pruebas que demuestran la ocurrencia del hecho y la participación del sindicado. Al mismo tiempo, la defensa ha aportado el mismo número de pruebas que demuestran que el hecho no ocurrió. Es evidente que el juez debe proferir sentencia de mérito en la cual condenará o absolverá al sindicado y para ello tiene igual número de plenas pruebas que le indican, por una parte, que el hecho ocurrió y que el sindicado lo cometió, y, de la otra, que el hecho ocurrió y que por

	<p>MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR NATTAN NISIMBLAT</p>	
---	--	---

lo tanto, por sustracción de materia, el sindicato no pudo haberlo cometido, caso en el cual tendrá una verdadera duda.



En este caso, no pudiendo acudir a nuevas pruebas, bien porque se han agotado los medios o bien porque el término probatorio se encuentra vencido, debe resolver acudiendo a la regla de desempate, esto es, al *in dubio*, el cual, por tratarse de derecho penal, favorece al sindicato: *pro reo*.

Debe aclararse, con todo, que si una de las pruebas a favor o en contra de determinada hipótesis fáctica no ofrece el suficiente poder de convencimiento, no se estará ante un caso de duda, sino de incertidumbre y en este caso habrá que acudir a la regla de carga probatoria o a la de presunciones, como puede ser la de inocencia en el derecho penal.



En el ejemplo antes citado, podríamos suponer que tanto a favor de la tesis de la ocurrencia se practicaron dos testimonios (A y B) y a favor de la inexistencia igual número de declaraciones (C y D). Al valorar individualmente cada uno de los testimonios, el juez encuentra que en el testimonio de D concurren elementos de sospecha, que fueron formulados en tiempo por una de las partes mediante tacha, tales como la manifiesta incongruencia entre los hechos narrados, la inconsonancia entre las calidades del testigo y su lenguaje y un comportamiento evasivo durante la diligencia, todo lo cual lleva al juez a declarar fundada la tacha y desestimar el testimonio. En este evento, el juez tendrá tres declaraciones de los testigos A, B y C, respecto de quienes no se formularon tachas y al analizarlos encontró que fueron claros, responsivos y contestes, situación que lleva a un estado de certidumbre respecto de la teoría fáctica que soportan los testimonios A y B, por lo que no será necesario acudir a la regla del *in dubio*.

No ocurrirá lo mismo en el proceso laboral, pues en caso de duda sobre la ocurrencia de un hecho, como puede ser la existencia de contrato de trabajo y las condiciones de su ejecución, se estará a lo que el demandante afirma, en virtud de la regla del *in dubio*, la cual, en este caso, favorece al demandante, esto es al trabajador: *pro operario*.

Otros casos en lo que la duda reina en el proceso, se resuelven, por mandato de la ley, a favor o en contra de una de las partes, como ocurre en el caso del Estado, cuando opera como agente Fiscal, *in dubio contra fiscum*, o bien como agente legislador, *in dubio pro legislatoris*, o bien en el caso del sujeto disciplinado *in*

 <p>UNIVERSIDAD CATÓLICA de Colombia</p>	<p>MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR NATTAN NISIMBLAT</p>	 <p>UNIVERSIDAD CATÓLICA de Colombia</p>
---	--	---



dubio pro disciplinado, por citar solo algunos ejemplos extraídos de la doctrina procesal.

 UNIVERSIDAD CATÓLICA de Colombia	MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR NATTAN NISIMBLAT	 UNIVERSIDAD CATÓLICA de Colombia
--	--	--

3. CONCLUSIONES

La importancia del *iter probatorio* reposa en el núcleo esencial del debido proceso, en la medida en que una prueba irregularmente aportada o practicada en un proceso jamás podrá ser controvertida ni aún valorada por el Juez.

El Derecho Probatorio es una disciplina transversal, y por lo tanto nutre todos los ordenamientos procesales, sin importar la disciplina y o el foro donde deba verificarse un hecho, porque si bien las distintas regulaciones procesales apuntan a satisfacer o a tutelar bienes jurídicos de distinto linaje, la prueba de los hechos es una disciplina que les es común a todos, en la medida en que la demostración de la ocurrencia de un evento no debe estar ligada a la consecuencia que la ley le asigna a ese hecho, sino a la forma como el juez verifica el supuesto fáctico y ello es universal a todas las ramas del derecho.

	MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR NATTAN NISIMBLAT	
---	--	---

BIBLIOGRAFIA

NISIMBLAT, Nattan. *Los Modulares del Proceso de Tutela*. Universidad Católica de Colombia, Producto de Investigación PID 018D, Derecho Procesal Constitucional. 2009.

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Editorial Gedisa, S.A. Barcelona, 1997.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 2002.

ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. Ediciones La Roca. Buenos Aires. 2001.

AZULA Camacho, Jaime. *Manual de Derecho Probatorio*. Ed. Temis. Bogotá, 1998.

BALAGUER Callejón, María Luisa. *La Interpretación de la Constitución por la Jurisdicción Ordinaria* Ed. Civitas. Madrid, 1990.



BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho Procesal Administrativo*. Señal Editora. Medellín. 1994.

BLONDEL, André. *Le Contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois*. Aix, 1928

CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil Según el nuevo código*. Traducción del original "Istituzioni di Diritto Procesuale Civile, Secondo il Nuovo Codice", segunda edición actualizada. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1973.

CANOSA Suárez Ulises. *Derecho probatorio disciplinario*. Procuraduría general de la nación 1999.

CALAMANDREI, Piero. *Derecho procesal Civil*, Vol. I, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1973.

	<p>MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR NATTAN NISIMBLAT</p>	
---	--	---

CAPPELLETTI, Mauro. *La Giurisdizione costituzionale della libertà*. Milán, 1976. En La Cuestión de Inconstitucionalidad en el Proceso Civil.

CARNELUTTI, Francesco. *Cómo se hace un proceso*. Ed. Temis S.A., 3ª Edición. Bogotá, 2007.

CHARRY Urueña, Juan Manuel. *La Excepción de Inconstitucionalidad*. Asociación Colombiana de Derecho Constitucional y Ciencia Política. Jurídica Radar Ediciones, Santafé de Bogotá. 1.994.

CORREA, Henao, Néstor Raúl. *Derecho Procesal de la Acción de Tutela*. Pontifica Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 2005, 2ª Edición.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamento del Derecho Procesal Civil*. Ed. B de F. 4a. Edición. Buenos Aires, 2002.

DEVIS Echandía, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal, Pruebas Judiciales*, Tomo II. Biblioteca Jurídica Dike. Décima Edición. 1994.

DELLEPIANE, Antonio. *Nueva Teoría de la Prueba*. Ed. Temis. Bogotá, 2003.

FIERRO-Mendez, Heliodoro. *Manual de Derecho Procesal Penal, Sistema Acusatorio y Juicio Oral y Público*. Editorial Leyer. 3ª Edición. Bogotá, 2006.

FRAMARINO Dei Malatesta. *Lógica de las pruebas en materia criminal*. 4ª ed. Editorial Temis. Bogotá, 1999.



García de Enterría, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Ed. Civitas. Tomo I. Madrid 1995.

HERRERO Llorente, Víctor-José. *Diccionario de Frases y Expresiones Latinas*. Ed. Gredos. 3ª Edición corregida y muy aumentada. Madrid, 1995.

LEIBLE, Stefan. *Proceso Civil Alemán*. Fundación Konrad Adenauer, Biblioteca Jurídica Dike. 2a edición. Medellín, 1998.

LESSONA Carlos. *Teoría general de la prueba en el derecho civil*. Instituto editorial Revs. Madrid. 1964.

AUTOR: NATTAN NISIMBLAT		abril de 2010
-------------------------	--	---------------

	MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR NATTAN NISIMBLAT	
---	--	---

MORALES Molina, Hernando, *Curso de Derecho Procesal Civil*, Parte General, Undécima Edición, Ed. ABC, Bogotá, 1991.

MICHELLI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Ed. Temis. 1989.

NARANJO Mesa, Vladimiro. *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Ed. Temis. 4a. Edición. Bogotá. 1991.

NISIMBLAT Nattan, ATSHAN Gamal, TICORA Martha, González Martha, EFECTOS DEL FALLO DE TUTELA Y LA COSA JUZGADA INTER PARTES Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2006.

NISIMBLAT, Nattan. *Principios del Proceso para la Acción de Tutela*. Corporación Universitaria de Ciencia y Desarrollo. Enero 2009.

OVIEDO, Amparo. *Fundamentos de Derecho Procesal, del procedimiento y del proceso*. Ed. Temis. Bogotá, 1995.

PARRA Quijano. Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*. Ediciones Librería del Profesional. 17^a Edición. 2009.

PELÁEZ Ramón Antonio. *Manual para el manejo de la prueba con énfasis en el proceso disciplinario*. 2008.

PIZZORUSSO, Alexandro. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1.984.



Real Academia de la Lengua Española. "*Diccionario de La Lengua Española*". Ed. Espasa Calpe. Vigésima Primera Edición. Madrid, 1992. Tomo II.

RECASENS Siches, Luis. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. Ed. Porrúa. México. 1980.

ROJAS, Jimmy. "*Conferencias dictadas en la Universidad del Rosario*". Junio de 2007.

STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Ed. Temis. Bogotá. 1988.

AUTOR: NATTAN NISIMBLAT		abril de 2010
-------------------------	--	---------------

	<p>MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR NATTAN NISIMBLAT</p>	
---	--	---

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Colección de Estructuras y Procesos, serie derecho. Traducida por Jordi Ferrer Beltrán. Ed. Trotta. Madrid, 2002.

TIRADO Hernández Jorge. Curso de pruebas judiciales parte general. Ediciones doctrina y ley 2006. Tomo I.

TOLOZA Villabona, Luis Armando. Teoría y técnica de la casación. Ediciones doctrina y ley Ltda. 2005.

VELASQUEZ, Juan Guillermo. *Los Procesos Ejecutivos*. Librería Jurídica Sánchez. 13ª Ed. Medellín, 2006.

VOELTZEL, págs. 219, 237; THIEME, pág. 26, citados por Enrique Gómez Arboleda en *"El racionalismo jurídico y los códigos europeos"*. En Revista de estudios políticos, ISSN 0048-7694, N° 60, 1951.

VON Ihering, Rudolf. *La Dogmática Jurídica*. Ed. Losada. Buenos Aires, 1946.