

VALORACIÓN DE LA PRUEBA POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL

Ana GIACOMETTE FERRER*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Preámbulo*. III. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La presente ponencia se construye de acuerdo con la legislación colombiana, desde la doctrina clásica, el derecho comparado y la jurisprudencia local. En realidad el tema no es tan pacífico, como eventualmente se pudiera pensar, en primer lugar, porque en Colombia se encuentra en construcción la teoría procesal constitucional con sustento normativo en la Constitución Política de 1991; los artículos 29, 228, 229, 230 de la carta política, entre otros, muestran: *a)* la comprensión y desarrollo del proceso jurisdiccional como categoría de derecho fundamental al debido proceso; *b)* el conjunto de normas necesarias para la plena eficacia de la Constitución, cuando surgen conflictos entre un acto de autoridad o un acto de un particular y las disposiciones contempladas en la Constitución —artículos 4o. y 241 de la Constitución, *c)* la jurisdicción constitucional, definida para la resolución de los conflictos constitucionales por medio de determinados procesos también llamados constitucionales —artículos 86 y 87—; en segundo lugar, porque esta nueva disciplina jurídica —derecho procesal constitucional— ha permitido el surgimiento de una moderna ciencia del proceso, como es el proceso constitucional —derivados de los controles de constitucionalidad, tanto abstractos como concretos—, que si bien una posición minoritaria de la

* Doctora en jurisprudencia por la Universidad del Rosario; miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

doctrina se refiere a ellos como meros “trámites”, nuestro enfoque es que se trata de verdaderos “procesos”, en la medida en que el esquema procesal en los procesos de constitucionalidad sobre la base de sus tres elementos: sujeto, objeto y actividad procesal, defendidos tanto por la concepción clásica como contemporánea de la teoría general del proceso, son de recibo en el proceso de control de constitucionalidad.

Conscientes de que sin un debido proceso constitucional, sin acciones y procedimientos, la Constitución no sería más que una simple retórica, incapaz de cumplir su fin esencial cual es la salvaguarda de los derechos de los ciudadanos, tanto individuales como colectivos, y por tanto, se deslegitimaría la consagración del principio Estado social de derecho y, en consecuencia, no se podría materializar una justicia constitucional.

Estamos conforme con el profesor argentino Walter Peyrano, al definir a los procesos de control constitucional, como “procesos atípicos”; atipicidad que se predica respecto de: las atribuciones judiciales, las medidas cautelares, etapa de constitución de la litis, en materia probatoria y, por supuesto, lo atípico del pensamiento procesal.¹

Ahora bien, para no alejarnos del tema asignado, mencionemos sólo lo relacionado con la “atipicidad” en materia probatoria, bajo el entendido que a diferencia de lo que ocurría en el campo del derecho privado en el que la actividad probatoria no era más que una fase o etapa dentro del proceso, en los procesos de marras, la actividad probatoria se surte de una manera muy “particular”, en la que hay un “nuevo rostro de la prueba”, cual es el derecho a probar.

Sobre la base que los principios generales de la prueba en los procesos ordinarios orientan la actividad probatoria en los procesos de control constitucionales, se acepta que hay que hacer algunas pequeñas adaptaciones o “ajustes”, que para nada alteran el ordenamiento jurídico, en la medida que son orientaciones de índole filosófica reconocidas por la carta política, que se erigen como normas imperativas que guían el desarrollo del proceso de control constitucional y la actuación de los sujetos que en él intervienen.

En el presente trabajo, en esta categoría de proceso de control constitucional en lo atinente a la parte general del derecho probatorio, se siguieron de cerca los “problemas jurídicos” del derecho en cuestión, plan-

¹ Peyrano, Jorge Walter, *El proceso atípico*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1993.

teados por Eduardo J. Couture, a saber: ¿qué es probar?, ¿qué se prueba?, ¿quién prueba?, ¿cómo se prueba?, ¿cómo se valoran las pruebas?; de los problemas jurídicos señalados, se hizo referencia, muy sucintamente, a los cuatro primeros mencionados, para enfatizar en el problema relacionado con la valoración de la prueba y articularlo con el tema central de la presente ponencia: ¿cómo valora la prueba el juez constitucional?

En un verdadero ejercicio hermenéutico, para responder la interrogante planteada, se consideró indispensable hacer una breve reseña histórica de los sistemas de valoración de la prueba en el derecho romano, definir qué se entiende por valorar o apreciar una prueba, para finalmente adentrarnos a la valoración de la prueba por el juez constitucional, con la sola pretensión, de que tanto constitucionalistas como procesalistas reflexionemos que un juez —incluso el constitucional— no puede ser mezquino con la prueba, porque de serlo, transgrede no sólo el derecho sino el principio del Estado social de derecho (caracterizado por la separación de los tres poderes y por la vigorización de los derechos fundamentales), establecido en Colombia por la Constitución Política de 1991, con todas las implicaciones que ello conlleva: si bien el papel del juez constitucional en el Estado social de derecho al tomar una decisión es discrecional, se trata de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales.

II. PREÁMBULO

La teoría general del proceso, tanto en su concepción clásica como contemporánea, ha planteado y defendido que son tres los elementos que sirven de base al proceso: los sujetos, el objeto y la actividad procesal. Cabe entonces preguntarse, si estos tres elementos son de recibo en el proceso de control constitucional y de ser así, cómo se proveen en el mismo. Conviene aclarar que, sólo se hará referencia, en lo que respecta al control abstracto de constitucionalidad, a los llamados procesos ordinarios que se surten ante la Corte Constitucional, los cuales son consecuencia no sólo de las demandas de inconstitucionalidad presentadas por los ciudadanos, sino de aquellas que se adelantan obligatoriamente por mandato de la Constitución, y en lo que hace al control concreto de constitucionalidad, se abordarán únicamente los procesos preferentes de acción de tutela.

Como el tema central de la presente ponencia, es determinar cómo valora el juez constitucional la prueba, no se estudiará aquí el esquema pro-

cesal en los procesos constitucionales, no porque carezca de importancia el tema, todo lo contrario, la razón es que su estudio deja abierta la “brecha” a problemas jurídicos que tendrían que avocarse y ello —se insiste— despistaría el rumbo que se pretende en esta disertación.²

Frente al sistema de control constitucional imperante en Colombia, los jueces de instancia, los funcionarios públicos en desarrollo de su cargo y los ciudadanos, participan activamente y, en consecuencia, deben afrontar retos dinámicos; uno de ellos es precisamente adoptar un sistema de procedimiento constitucional general que anclado en el principio de igualdad, respete los elementos integradores del debido proceso como derecho fundamental en el entendido que no es idóneo frente a la filosofía del principio del Estado social de derecho argumentar que las acciones de control constitucional escapan a la aplicación del artículo 29,³ pues de ser así, la actuación judicial sería arbitraria; supone lo anterior la necesidad de mantener también, en los procesos constitucionales, la garantía fundamental del debido proceso, por lo tanto, deben adelantarse con estricto apego a los procedimientos consagrados en los decretos 2067 de 1991 y 2591 de 1991. De manera tal, que el quebrantamiento de las reglas procesales aplicables a los procesos constitucionales —previstas en los mencionados decretos— constituyen notoria y flagrantemente vulneración del derecho al debido proceso.

En atención a lo anteriormente expuesto, el discurrir del presente estudio será: 1. En primer lugar, una síntesis problematizada de la teoría general de la prueba; 2. Una breve reseña histórica de los sistemas de valoración de la prueba; 3. ¿Qué debe entenderse por valorar una prueba?; 4. La valoración de la prueba por el juez constitucional; 5. Decisión del juez constitucional en materia probatoria.

² Remito al lector, para ampliar este apartado, a mi libro *La prueba en los procesos constitucionales*, Medellín, Señal Editora-Ediciones Uniandes, febrero de 2007, en donde de manera extensa se estudia el tema y se sacan conclusiones importantes que conviene socializar y discutir en otros espacios.

³ El artículo 29 de la carta política, consagra el derecho al debido proceso; su corpus, su ethos histórico, como corresponde a todo principio constitucional es el siguiente: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”.

“Es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

1. *Teoría general de la prueba. Sinopsis*

Toda persona que tenga una aspiración tiene derecho a alcanzarla. Y si para ello ha de demostrar una afirmación, tiene derecho a probarla a fin de vencer a quien corresponda de la certeza de su afirmación. Es un derecho implícito en el desarrollo de su personalidad. El derecho a probar es indiscutiblemente fundamental en torno al derecho sustancial cuando se discute en el proceso o actuación judicial o administrativa, por la muy elemental razón de que toda decisión tiene que fundarse en la aportación oportuna y por los ritos preestablecidos de los medios que conduzcan a la convicción de certeza de los hechos que dan nacimiento, extinción o modificación al derecho reclamado o a la imposición de la pena. Desde este punto de vista, el derecho a probar es, ni más ni menos, “un aspecto del derecho de acción y del de contradicción”, sin que sea dable deferir si es derecho de acción civil o es *ius puniendi*, toda vez que la función de los medios de prueba es idéntica: llevar a la mente del funcionario la convicción o la certeza de la ocurrencia o no, del hecho, que tenga la prueba del supuesto y aplique la consecuencia jurídica.

El profesor Gozaíni, expresa en lo que respecta al derecho a probar:

Acompañando la prueba en su misión de verificar y esclarecer para llegar a la verdad, existe un derecho constitucional de la prueba. Por su carácter esencial, fundante del derecho al debido proceso (toda vez que es parte vital del derecho de defensa), eleva sus premisas sobre las solemnidades del procedimiento para consagrar un “derecho a la prueba (...)”.

El derecho a probar es una parte del debido proceso, tal como lo ha subrayado la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ello importa abandonar la idea probatoria como un acto del proceso, para encolumnarlo tras las garantías del derecho de defensa, y, como tal, un “resguardo del debido proceso adjetivo (...)”.

Si la prueba sigue vista como un proceso de acreditación de afirmaciones a cargo exclusivamente de las partes, es posible que el acierto logrado en los hechos personifique un absurdo, porque el juez estará ausente en la aclaración.⁴

Los criterios fundamentales de derecho probatorio que venían manejando en Colombia, tanto el legislador como el funcionario público, están

⁴ Gozaini, Osvaldo, *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1999, t. I p. 171.

consagrados en la Constitución Política de 1991 como derechos fundamentales o como instrumentos de garantía de derechos fundamentales; se estructura de esa manera un verdadero derecho probatorio constitucional, cuyas prescripciones conforman los fundamentos constitucionales de la prueba, imponiéndose al legislador y, por supuesto, al intérprete. El artículo 29 superior, impone la observancia del debido proceso como insoslayable en toda actuación judicial y administrativa, no sólo para el funcionario en ejercicio de sus actividades, sino también para quienes intervienen en dicha actuación. Como reiteradamente lo ha explicado la Corte Constitucional, el debido proceso comprende el conjunto de garantías mínimas que buscan asegurar en toda actividad oficial ciertos derechos fundamentales y uno de ellos es el llamado “derecho a la prueba”; entiéndase: presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra. Al respecto el profesor Morello señala que: “Es que el debido proceso lo integran, además de la audiencia, entre otros datos insorteables la posibilidad cierta y real de poder probar...”.⁵

Se tiene entonces que del contexto del artículo 29 superior, se desprenden cardinalmente unos principios probatorios constitucionales que obligan tanto al legislador a programar cualquier actuación como al oficio público a desarrollarlos; se destacan el principio de publicidad, de contradicción, de adecuada defensa, el deber del funcionario de no estimar medios probatorios aducidos a la actuación sin la observancia del rito procedimental, así como no tener en cuenta hechos que no hayan sido llevados a la actuación por medios probatorios legítimos, uniéndoseles otros muchos conocidos como tradicionales, tales como Principio de necesidad de la prueba, principio de eficacia jurídica, principio de unidad de la prueba, principio de comunidad de la prueba de interés público de la función de la prueba, principio de lealtad y probidad o veracidad de la prueba, principio de libertad de prueba.

Tratando de encontrar un orden lógico y metodológico en la enseñanza del derecho probatorio en esta categoría de procesos de control constitucional en lo atinente a la parte general, se sigue de cerca los “problemas generales” del derecho en cuestión, planteados inicialmente por Eduardo Bonnier y Carlos Lessona; alcanzados luego por Eduardo J. Couture; a sa-

⁵ Morello, Augusto M., *La prueba: tendencias modernas*, Buenos Aires, Librería Editora Platense, 2001.

ber: ¿qué es probar?, ¿qué se prueba?, ¿quién prueba?, ¿cómo se prueba?, ¿cómo se valoran las pruebas? Sobre el particular, resumiendo se tiene:

1. Que en el derecho procesal constitucional debe entenderse por prueba: las razones, los argumentos, los instrumentos o los medios, de naturaleza predominantemente procesal, dirigida a verificar el cumplimiento o no de la Constitución.
2. Que el objeto de prueba en el proceso de control abstracto de constitucionalidad, son los hechos generadores de los vicios de inconstitucionalidad y que lo que constituye el tema a probar una vez que el vicio es formal o de procedimiento, es poder establecer en dónde se presentaron dichos vicios, si durante el trámite de formación de la ley o a través de hechos que fueron relevantes al tomar la decisión, lo que se infiere del mismo artículo 10 del Decreto 2067/91. En tanto que lo que constituye el *thema probandum* dentro de la acción de tutela, son los hechos relacionados con la acción u omisión que ponga en peligro el derecho fundamental del accionante, ya sea porque se generó el daño o porque se produjo la amenaza.
3. Que del numeral 3 del artículo 2o. del Decreto 2067/91, igualmente se infiere que para la efectividad del derecho político ejercido, las razones presentadas por el actor deben ser claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes; justamente con respecto al requisito de suficiencia que se predica de las razones de la demanda de inconstitucionalidad; además, debe guardar relación con los elementos argumentativos y probatorios necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad. En conclusión, la expresión “razones” constituye ni más ni menos que las pruebas con las que el actor pretende demostrar el vicio formal de inconstitucionalidad, en la misma forma que existen otro u otros interesados en desvirtuar tales vicios; de ahí lo que señala el artículo 11 de Decreto 2067/91 que debe ser estudiado armónicamente con el artículo 244 de la carta. En lo atinente a la acción de tutela, el *onus probandi* está en cabeza del peticionario o accionante de la tutela; pero el accionado también puede aportar los instrumentos que de acuerdo a criterio favorezcan sus intereses y sean procedentes para coadyuvar sus afirmaciones y posiciones frente a la acción que se desata en su contra.

4. Que de la lectura del artículo 10 del Decreto 2067/91 en concordancia con los artículos 56, 57 y 58 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional (Acuerdo 004 de 1992), se infiere que dentro de esta clase de proceso tiene que surtirse igualmente un procedimiento, por supuesto menos riguroso y exigente que en el proceso judicial, en otras palabras un tanto “informal”, cual es: solicitud, decreto y práctica de la pruebas. En materia de procesos de control concreto, también se cumple un procedimiento para probar, restringidísimo por cierto, en la medida en que el término para fallar, en primera instancia, es de 10 días.

El punto relacionado con la valoración de la prueba, merece estudio especial, y por tanto, más detenido, pues —se reitera— es el eje central de esta ponencia. Mismo que se aboca de manera inmediata.

2. Breve reseña histórica

A. La valoración de la prueba en el derecho romano

La llamada “civilización romana” presenta diferentes periodos o épocas, dentro de los cuales, la prueba —concretamente su valoración—, marca algunas características, alcanzando más desarrollo en unos periodos respecto de otros; ellos son: a) el antiguo proceso romano o *per legis actionis*, en donde el juez tenía la condición de árbitro y la absoluta libertad para valorar las pruebas aportadas por las partes; b) la República, aquí el pueblo, reunido en centurias o tribus, era el que juzgaba, lo que no permitió la existencia de reglas especiales, ni una libre valoración jurídica de la prueba; c) el Imperio, aparece el procedimiento *extra ordinem*, en el cual el juez ya no es árbitro, sino que representa al Estado en la función de administrar justicia; d) el periodo justiniano, se observa un sistema mixto de valoración de la prueba, en el que existe una regulación legal de las pruebas, pero sin abolirse algunas reglas que permiten la apreciación personal del juez, no obstante, existe una preponderancia de la primera tendencia.

Teniendo en cuenta lo expresado en el párrafo anterior, surge en el derecho romano, como sistemas de convicción: la íntima convicción, la tarifa legal y la sana crítica; que hoy día denomina la doctrina mayoritaria

sistemas de valoración de la prueba. A manera de ilustración y por ser conveniente, se explica sucintamente las diferencias y evolución de cada uno de tales sistemas, y para ello, se seguirá de cerca al profesor colombiano Cuello Iriarte:⁶

a. Íntima convicción

La íntima o libre convicción es “el sistema que consagra la libertad absoluta del juez para formar su convencimiento a través de los diferentes medios de prueba; para, por un juicio, adquirir su certeza de acuerdo con la impresión que un medio de prueba le produzca”.⁷ De acuerdo con este sistema no existen reglas que determinen previamente el valor de cada prueba, por lo que, el juez aprecia y analiza en conciencia y según la impresión que le cause, determina si es o no plena prueba.

En cuanto a su evolución histórica en el mundo antiguo, se afirma que este sistema de íntima convicción fue el primer sistema de valoración de la prueba empleado por el hombre. Como consecuencia de que el hombre primero hablara y después escribiera, el procedimiento oral apareció antes que el escrito y con este nació a la vida jurídica el sistema de convencimiento íntimo para la valoración de la prueba.

Este método se dio primero en la fase primitiva de los pueblos, época en la cual existía un sistema procesal rudimentario y las pruebas se valoraban de acuerdo a las impresiones personales.

En Roma lo hallamos en el nacimiento de su derecho (Periodo arcaico siglo VII a. C. hasta mitad del siglo IV a. C. Leyes de las XII tablas; año 450); periodo preclásico mitad siglo IV hasta el fin del siglo I a. C. (año 27 a.C.), y periodo clásico siglo I (año 27 a.C., en el cual la influencia helénica se introduce en el derecho sustituyendo este sistema por el de la sana crítica...)⁸

Este sistema se consolidaría nuevamente después de la caída del Imperio Romano de Occidente a manos de los bárbaros. No obstante, debido al arraigo de la cultura del pueblo romano, los bárbaros construyeron un

⁶ Cuello Iriarte, Gustavo, *La sana crítica, sistema de valoración de la prueba judicial*, tesis de grado, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, 1974.

⁷ *Ibidem*, p. 150.

⁸ *Ibidem*, p. 162.

sistema híbrido con la implantación del sistema de tarifa legal. Después del periodo de anarquía se procedió a una refundición del derecho romano, fue así como jurisconsultos galorromanos prepararon compilaciones para los jueces, en las que se ajustaba el derecho a las nuevas condiciones. De esta manera se dicta el “Breviario de Alarico” o “Ley romana de los visigodos” en el 506, el cual sería la base del derecho escrito de lo que posteriormente sería la temprana Francia. Asimismo se dictó “La Ley Romana de los Burgundios”.

b. Tarifa legal

También es denominada “sistema de la prueba tasada”, se caracteriza porque “el legislador le señala a cada medio probatorio el grado de convicción; dice qué medio es plena prueba y cuál no lo es”.⁹ Lo importante de este sistema es que el juez no forma su convencimiento, sino que le es impuesto por la ley.¹⁰ La labor del juez es únicamente mecánica en este sistema, pues sólo debe comparar el medio de prueba con el valor que el legislador le ha dado a ese medio, y a pesar de que considere que un hecho existe, si no corresponde a lo establecido por el legislador, no puede darlo por existente. En palabras de Cuello Iriarte, es aquél sistema en que “la convicción del juez no se forma espontáneamente por la apreciación de las diligencias probatorias practicadas en el proceso sino que su eficacia depende de la estimación que la ley hace previamente a cada uno de los medios que integran el derecho probatorio. En él, la prueba tiene un valor inalterable y constante independiente del criterio del juez”.¹¹ Además, usando “este sistema, el juez podría resultar aceptando como cierto lo que no creería como hombre”.¹²

Históricamente, este sistema de tarifa legal se inicia en Roma en la época del Imperio en la que en el año 294 Dioclesiano implanta el sistema extraordinario en una Constitución, aboliendo el procedimiento formulario. Mediante la tarifa legal el juez deja de ser un árbitro y se convierte en un representante del Estado que tiene la función de administrar justicia. Se le comienza a imponer límites al juzgador en lo referente a la

⁹ *Ibidem*, p. 175.

¹⁰ *Ibidem*, p. 178.

¹¹ *Ibidem*, p. 176.

¹² *Ibidem*, p. 177.

valoración de la prueba y nace una hostilidad contra la prueba testifical. También comienzan a surgir las presunciones iuris, así como se comienza a consolidar la institución de la carga de la prueba.

No obstante, en esta época los jueces aún siguen obedeciendo a su íntima convicción, pues no existen reglas que los obliguen a rechazar la declaración de determinadas personas, ni tampoco se había instituido aquélla en la cual debían negarle todo valor probatorio al dicho de un solo testigo. De acuerdo con esto, Cicerón afirma que el juez examina los testimonios no de acuerdo a su número sino a su grado de credibilidad; por ello el juez debe profundizar el examen del testimonio y sólo condenar a los que produzcan un convencimiento verdadero de ser culpables. Además, el citado autor romano nos dice que el objeto de la prueba era “despejar las dudas del juez, estableciendo lo probable”.¹³

En el 527 Justiniano asume el trono y en su gobierno constituye el Corpus Iuris Civilis, allí se incluyen unos principios que serían posteriormente la base del derecho canónico. Aunque no se excluye totalmente la apreciación personal del juez, se excluye el testimonio de la mujer, el delincuente, el impúber, el perjuro y el loco; se instituyen las reglas de la carga de la prueba como medio de defensa frente a la arbitrariedad de los jueces; surgió el principio del contradictorio, como sucede con el interrogatorio de parte, que debía ser conocido por ambas partes.

Ulteriormente, vienen las invasiones de los bárbaros, cuyos vínculos de solidaridad eran el culto y la sangre. El individuo no existía como concepto jurídico y las familias reunían a todos los descendientes de un mismo antepasado común. Estas invasiones suponen un retroceso en la medida en que sus instituciones son muy incipientes en comparación con las romanas, y, como consecuencia, es inconcebible un principio de tarifa legal, pues éste supone la existencia de un orden jurídico. Empero, posteriormente surgirían las ya mencionadas leyes “Romana de los Visigodos” y la “Ley Romana de los Burgundios”.

Finalmente, es conveniente afirmar que la justificación histórica del nacimiento de esta modalidad de valoración probatoria yace en la asunción por el Estado de la función jurisdiccional, con el fin de demostrar el desaparecimiento de la “autotutela del derecho” y, por tanto, del libre entendimiento de cada quien de lo que era la justicia.. De esta manera, se sustituye la actividad mental del juez, que era susceptible de errores en la

¹³ *Ibidem*, p. 192.

apreciación de la pruebas, por una actividad mecánica de subsunción de la prueba a su correspondiente valor.

c. La sana crítica

También denominado “la apreciación razonada de las pruebas” o persuasión racional. Para este sistema, “el juez es libre de formarse su convencimiento, pero tiene que dar las razones que expliquen cómo o el por qué de su convicción sobre la masa de pruebas o determinado medio de prueba”.¹⁴ “En la sana crítica, interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no sea lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas”.¹⁵

En lo que corresponde a la Edad Antigua, se tiene que los antecedentes de este sistema de valoración se encuentran en Grecia, conforme a lo expuesto por Aristóteles en su obra. Como ya se ha afirmado en ocasiones anteriores, allí se habla de una crítica lógica y razonada de la prueba, que abandona los criterios religiosos y demás conceptos y cuya base principal se encuentra en el entimema o silogismo y la inducción.

En Roma, debido a la conquista del pueblo heleno, se arrogan las costumbres griegas y ello repercutió en el derecho en lo atinente a la prueba judicial. Por ello, en el periodo clásico romano la íntima convicción se reemplaza por la persuasión racional, que continuará vigente hasta el siglo III, año 284, en que sube Dioclesiano al poder y hace uso de las *legis actionis*, llamadas así porque o provenían de la ley o porque estaban moldeadas sobre la ley y eran fórmulas solemnes que recordaban las leyes que se empleaban en juicio. Incluso se ve esta influencia griega en el procedimiento formulario, en el que se emplea la fórmula, que es “una instrucción escrita con la que el magistrado nombra al juez y fija los elementos sobre los cuales éste deberá fundar su juicio, dándole a la vez el mandato, más o menos determinado, para la condenación eventual o para la absolución en la sentencia”.¹⁶ Sin embargo, en el siglo II Dioclesiano

¹⁴ *Ibidem*, p. 210.

¹⁵ *Ibidem*, p. 212.

¹⁶ Scialoja citado por Cuello, p. 244.

implanta el procedimiento *extraordinem* o período de las *cognitio extraordinem* en el cual el procedimiento se hacía ante un único magistrado como juzgador desde el principio hasta el fin; situación que era excepcional en el procedimiento formulario.

No obstante, desde la culminación del periodo formulario, la libertad en la valoración de las pruebas se comienza a ver limitada, primero por la jurisprudencia y luego por la labor legislativa de los emperadores que adoptaban en cánones jurídicos lo acogido por la jurisprudencia y comienzan a restringir el desarrollo de la libre valoración de la prueba. Y, de esta manera, al ponérsele límites valorativos al juez, se comienza a introducir el sistema de la tarifa legal.

Empero, incluso en la época justiniana, se perciben textos que permiten la lógica y razonada apreciación del juzgador, como los siguientes:

- La esencia de la verdad, no cabe alterarla con una falsa demostración.
- En todas las causas parece más atendible la razón de justicia y equidad que la de derecho escrito.
- Los actos simulados no pueden alterar la sustancia de la verdad.¹⁷

2. Graficación

Graficando los sistemas de valoración de la prueba, se tiene:

Íntima convicción	Consagra la libertad absoluta del juez para formar su convencimiento; para adquirir su certeza de acuerdo con la impresión que un medio de prueba le produzca. No requiere de motivación.
Tarifa legal	En principio, se estableció el sistema de la tarifa legal en donde era el legislador el encargado de otorgarle o señalarle un valor a la prueba. El juez estaba sujeto a reglas previas y abstractas.

¹⁷ *Ibidem*, p. 246.

Libre apreciación y sana crítica	En principio, se estableció el sistema de la tarifa legal en donde era el legislador el encargado de otorgarle o señalarle un valor a la prueba. El juez estaba sujeto a reglas previas y abstractas.
----------------------------------	---

3. *¿Qué significa valorar una prueba?*

A. Concepto de valor probatorio

Valorar es asignarle a una cosa el valor que corresponde a su estimación. Es una acción que se materializa en la actividad concreta del juez de apreciar las pruebas conforme a las cuales debe fundamentar su decisión judicial. “Se entiende por apreciación o valoración de las pruebas la operación intelectual o proceso mental de orden crítico, que hace el juez sobre los medios de prueba que se han empleado en el proceso, con el fin de obtener certeza respecto de los hechos afirmados por las partes como fundamento de sus pretensiones, si estamos en el campo civil, o llegar a la certeza del hecho punible y de la responsabilidad del sindicado, si nos encontramos en el campo penal”.¹⁸

B. *¿En Colombia a través de qué sistemas ha sido regulada la valoración de las pruebas?*

El Código Judicial o Ley 105 de 1931 que consagraba el sistema de tarifa legal, fue sustituido por el actual Código de Procedimiento Civil (CPC), contenido en los decretos 1400 de 1970 y 2282 de 1989, éste último conservó la misma orientación que el primero; más recientemente, en la Ley 794 de 2003, que no representa una reforma integral, ni estructural, sino simplemente operativa, en el sentido que con los cambios introducidos contribuiría a solucionar los inconvenientes que más frecuentemente se presentan en los litigios y, por tanto, dilatan innecesariamente el trámite de los mismos. Entonces desde 1970 se introducen cambios

¹⁸ Giacomette Ferrer, Ana, *Módulo “teoría general de la prueba judicial”*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura-Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Imprenta Nacional de Colombia, 2003, p. 75.

importantes en materia probatoria, en lo que interesa al presente estudio, uno de ellos es el que establece, como regla para la apreciación de la prueba, la sana crítica.¹⁹

Queda entendido que, con la valoración o apreciación de la prueba, se conocen tres sistemas: *a)* sistema de la libre apreciación, o íntima convicción; sistema de la prueba tasada o tarifa legal; *c)* sistema de la sana crítica. Empero, no faltan autores que sostengan que en realidad se trata de dos sistemas: sana crítica y tarifa legal; por cuanto que consideran que la diferencia entre sana crítica y la libre convicción, no es más que una “ilusión óptica”.²⁰ Posición que no se comparte; no debe confundirse la “libre convicción” con lo que en otros países (*verbigratia* Francia, Alemania) denominan “libre apreciación”, por cuanto que lo que en esos países se denomina libre apreciación se asemeja más a lo que nosotros llamamos sana crítica. Se trata entonces, de categorías diferentes: una cosa es la “apreciación según la sana crítica” y otra es “apreciación en conciencia”; son métodos distintos y distintas perspectivas de evaluación probatoria, además de corresponder a disímiles estructuras político-sociales: “El sistema de la prueba legal corresponde a una sociedad medieval con su concepción escolástica; la libre convicción a la época posrevolución francesa, de carácter individualista, y la sana crítica a una concepción intermedia”.²¹

¹⁹ En efecto el artículo 187 del actual CPC., señala: apreciación de las pruebas: “Las pruebas deberán apreciarse en conjunto, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”.

²⁰ Devis Echandía, Hernando, “*Compendio de derecho procesal pruebas judiciales*”, Bogotá, Editorial ABC, 1984, t. II, precisa: “La libertad de apreciación no exime de someterse a las reglas de la lógica, de la psicología y a las llamadas máximas generales de la experiencia; es decir, siempre debe existir sana crítica, pero puede haber o no obligación de motivar la conclusión que se adopte. De lo anterior, se deduce: 1. que no existen sino dos sistemas, 2. que la libre convicción debe ser razonada, crítica, basada en las reglas de la lógica, la experiencia, la psicología, no arbitraria, 3. que ese proceso de convicción debe explicarse en la motivación del fallo, y 4. que el sistema de la libre apreciación presenta modalidades cuando los encargados de juzgar son los llamados jurados de conciencia”.

²¹ Fábrega P. Jorge, “*Teoría general de la prueba*”, 3a. ed., Panamá, Editora Jurídica Iberoamericana, 2006, p. 452.

En el campo del derecho comparado no existen sistemas absolutos o puros; sino lo que en realidad existe es la prevalencia de un sistema sobre otro; así: en el sistema de prueba tasada se le da al juez la facultad para apreciar otras pruebas, y a la inversa, en el sistema de la sana crítica se le da a algunos medios de pruebas el valor de plena prueba.

Esto es lo que ocurre en el ordenamiento procesal civil colombiano; en materia de valoración probatoria, el sistema actual es el de la sana crítica. Sin embargo, el sistema inicial de la tarifa legal ha dejado algunos rezagos, como los que se citan a continuación, sólo a manera de ejemplo, subrayándose la parte que específicamente hace referencia al tema.

Se observa como en cada uno de estos ejemplos, se le indica al juez de manera expresa la forma cómo debe valorar o apreciar la respectiva prueba, excluyendo así una valoración personal e independiente. Se trata de reglas preestablecidas que obligan al juez apreciar la prueba de una manera determinada.

<p>Artículo 232 del CPC. Limitación de la eficacia del testimonio.</p> <p>...Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, <i>se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto</i>, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión.</p>	<p>Artículo 242 del CPC Deber de colaboración de las partes.</p> <p>Las partes tienen el deber de colaborar con los peritos, de facilitarles los datos, las cosas y el acceso a los lugares que ellos consideren necesarios para el desempeño de su cargo; <i>si alguno no lo hiciere se hará constar así en el dictamen y el juez apreciará tal conducta como indicio en su contra...</i></p> <p>En cuanto a que las partes impidan la práctica del dictamen. <i>Tal conducta se apreciará como indicio en su contra.</i></p>	<p>Artículo 246 del CPC Práctica de la inspección.</p> <p>Si alguna de las partes impide u obstaculiza la práctica de la inspección, el juez dejará testimonio de ello en el acta y le impondrá multa de cinco a diez salarios mínimos mensuales, <i>y apreciará tal conducta como indicio en contra de aquella...</i></p>	<p>Artículo 279 del CPC Alcance probatorio de los documentos privados.</p> <p>Los documentos privados auténticos tienen el mismo valor que los públicos, tanto entre quienes los suscribieron o crearon y sus causahabientes, como respecto de terceros.</p> <p><i>Los documentos privados desprovistos de autenticidad tendrán el carácter de prueba sumaria, si han sido suscritos ante dos testigos.</i></p>
---	--	--	---

Adicionalmente en Colombia, de manera residual también coexiste el sistema de la íntima convicción, así tenemos: i) los jueces ordinarios también pueden fallar en equidad o en conciencia, cuando estén autorizados para ello, como se dispone en los artículos 38 y 435 (numeral 10 del párrafo 1);²² ii) el estatuto de los mecanismos alternos de solución de conflictos

²² En efecto el artículo 38 del C. P. C. señala: “El juez tendrá los siguientes poderes de ordenación e instrucción: 1º. Resolver los procesos en *equidad*, si versan sobre derechos disponibles, las partes lo solicitan y son capaces, o la ley lo autoriza (...)”. En lo tocante a los asuntos que se tramitan por el Proceso Verbal Sumario, el artículo 435 párrafo 1, numeral 10 señala: “Se tramitarán en única instancia por el procedimiento que regula este capítulo, los siguientes asuntos: 10. Los que conforme a disposición especial deba resolver el juez con conocimiento de causa, o breve y sumariamente, o a su prudente juicio, o a manera de árbitro...”.

—MASC— reconoce en Colombia, la modalidad de arbitraje en equidad o en conciencia en el entendido que el árbitro en conciencia no está sujeto a reglas de derecho para emitir el laudo, ni obligado a aplicarlas, sino que falla conforme a su prudencia y buen juicio;²³ iii) dentro de la estructura de la rama judicial establecida por la carta política de 1991,²⁴ la referida a jurisdicciones especiales consagra, entre otras, la de jueces de paz, quienes resolverán en equidad los conflictos individuales y comunitarios. Es así, como mediante la Ley 497 de febrero 10 de 1999 se crean los jueces de paz y se reglamenta su organización y funcionamiento.²⁵

Pero, cada uno de los sistemas de valoración comentados, gozan de ventajas y desventajas, que impone precisarlas, para que quede expedito el camino en lo atinente a la valoración de la prueba por el juez constitucional.

a. ¿Cuáles son las ventajas y desventajas del sistema de tarifa legal?

Ventajas:

- Podría considerarse que si se habla de un sistema en donde el legislador previa y expresamente ha señalado el valor de cada prueba, las partes conocerían desde un principio el valor de las pruebas que se practican en el proceso. Esto, como podrían pensar algunos, genera una seguridad jurídica para las partes además de una uniformidad en las decisiones judiciales. Asimismo, algunos autores han considerado que el sistema de tarifa legal llena los vacíos, falta de experiencia o ignorancia de algunos jueces, y que evita subjetividades.

²³ El estatuto de los llamados MASC (Decreto 18181 de 1998) en su artículo 115-2 indica: “(...) El arbitraje puede ser en derecho, en equidad o técnico (...) El arbitraje en equidad es aquél en que los árbitros deciden según su sentido común y la equidad (...)”.

²⁴ El artículo 247 de la Constitución Política señala: “La ley podrá crear jueces de paz encargados de resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios. También podrá ordenar que se elijan por votación popular”.

²⁵ El artículo 29 de la Ley 497 de 1999, a su turno indica: “De la sentencia. En caso de fracasar la etapa conciliatoria, el juez de paz así lo declarará. Dentro del término de cinco (5) días proferirá sentencia en equidad, de acuerdo con la evaluación de las pruebas allegadas (...)”.

- Se considera que, realmente la existencia de una uniformidad jurídica en las decisiones judiciales no significa o no equivale necesariamente a una seguridad jurídica. Al contrario, se cree que es relevante atender las circunstancias concretas y las condiciones de cada caso y, sobre todo, la apreciación en conjunto de las pruebas que han sido legalmente producidas y oportunamente allegadas al proceso para poder estimarlas, apreciarlas y evaluarlas. Por otro lado, no sólo es más humano sino más razonable que el juez pueda libremente valorar la prueba sin que sus decisiones o conclusiones estén obligatoria y expresamente atribuidas por unas reglas prescritas por el legislador.
- Finalmente, y atendiendo a que los jueces no son infalibles en sus decisiones y que pueden evidentemente equivocarse, se considera que el sistema de tarifa legal no es el medio idóneo para evitar la subjetividad de los jueces (por ejemplo que un juez favorezca por razones personales a una de las partes); sino los mecanismos consagrados legalmente para tales casos, como son los impedimentos o recusaciones.

Desventajas:

- Relega la función del juez, sobre todo, en las pruebas personales, ya que, al preestablecerse su valor, se desvirtúa, prácticamente, la función del proceso.²⁶
- En segundo lugar, realmente se desvirtúa el papel proactivo del juez, su condición de director del proceso. Es evidente que la tarifa legal, así como lo plantea Merryman, mecaniza la función del juez; “su figura es la de un empleado público que desempeña funciones importantes pero que resultan esencialmente poco creativas”.²⁷

²⁶ Parra Quijano, Jairo, *Manual de derecho probatorio*, 11a. ed., Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2000, p. 148.

²⁷ Merryman, Jhon Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 7.

b. ¿Cuáles son las ventajas y desventajas de la sana crítica?

Ventajas:

- Se obliga al juez al empleo de reglas de la experiencia, de la sociología, psicología, historia, y lógica con el objeto de que en la administración de justicia no se consagre la arbitrariedad aplicando una crítica razonada a las pruebas.
- La sana crítica muestra a un juez independiente, director del proceso, que no solo debe evaluar que las pruebas aportadas al proceso cumplan con las formalidades requeridas, sino que además hace viable la facultad officiosa del juez en la producción de la prueba.
- El resultado de la apreciación razonada de la prueba, debe ser explicado en el fallo, en su motivación.

Desventajas:

- Descriptivamente Fábrega lo resume de esta manera:

la natural inclinación por las normas establecidas, el temor a la incertidumbre, la necesidad psíquica de la seguridad, la aprensión de precipitarse a una decisión, el deseo de apoyarse en esquemas sencillos, la aspiración a no ser perturbado con análisis complejos que requieren una serie de operaciones, la aceptación de decisiones a base de la autoridad de la ley, todo ello hace que la clase profesional prefiera la prueba tasada al de la sana crítica.²⁸

Se agrega, que estas fortalezas para algunos de la tarifa legal son las debilidades de la sana crítica.

c. ¿Cuáles son las ventajas y desventajas del sistema de la íntima convicción?

- En la estructura socio-política actual, se coincide, que en este sistema de valoración de prueba, predominan las desventajas a saber:

²⁸ Fábrega, *op. cit.*, nota 22, p. 462.

- No existe la obligación de razonar la prueba, ni se dan puntos objetivos de referencia.
- La operación probatoria virtualmente no es susceptible de control, por cuanto que predomina es el subjetivismo del juez; en consecuencia, uno de los problemas que se suscita es la dificultad de la impugnación.
- Finalmente, la certeza del juez no está ligada a un criterio legal.

4. *¿Cómo valora el juez constitucional la prueba?*

Se recuerda que, en el sistema probatorio colombiano, opera la “Sana Crítica”, como sistema de valoración probatoria por la cual, el legislador faculta al juzgador para establecer su convencimiento a través de la certeza inferida de la masa de pruebas, de acuerdo a su libre criterio, regulado tan sólo por la sana razón, las formas procesales, el objeto y tema de la prueba y exigiéndole la motivación de sus providencias. Esta valoración se da gracias al convencimiento del juez, al sentimiento de certeza que logre al haber adquirido todo el conocimiento sobre el caso.

Hay entonces, libertad de apreciación para el sujeto protagonista de esta etapa —juez— lo que genera un fallo basado en su libre apreciación, pero no de manera discrecional y arbitraria; pues si ello fuera así su manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción; si bien el juez no tiene parámetros rígidos determinados por el legislador que le otorgan valor a cada prueba —lo cual sería tarifa legal— si le demanda una gran preparación de su parte.

El tema es tan amplio que reclama un desdoblamiento de las diversas cuestiones que en él van implícitas, por lo tanto, este estudio se abordará como sigue: i) la motivación como elemento esencial de la valoración de la prueba; ii) la valoración de la prueba en los procesos constitucionales de control abstracto: ¿íntima convicción o sana crítica? iii) la valoración de la prueba en los procesos constitucionales de control concreto; iv) ¿Libre apreciación o íntima convicción?

A. *La motivación como elemento esencial de la valoración de la prueba*

Los antecedentes históricos-normativos —de siempre— han hecho referencia a la obligatoriedad de la motivación de las decisiones judiciales; pero, la evolución histórica del derecho, hace extensiva esta motivación, tanto a los hechos y particularmente a las pruebas; el juez tiene la obligación de motivar el recaudo probatorio procesal, por la urgente necesidad de generar o de dotar con un mayor grado de solidez, confianza, certeza, justicia y aceptación, sus decisiones judiciales de cierre; sin que se pueda hacer distinción ni por la clase de controversia que se deba dirimir, ni por el juez que deba decidir; por lo tanto, se incluye tanto a los procesos constitucionales como al juez constitucional.

Como es de amplio conocimiento, la valoración de las pruebas, se realiza en la sentencia, momento que resulta de mayor exigencia para el funcionario judicial en lo atinente a la motivación; pues es el momento en que debe sustentar, con las pruebas que obran en el diligenciamiento, las razones por las cuales su decisión se inclina en un sentido determinado.

Sobre este particular Piero Calamandrei señala:

este requisito de la motivación tiene preponderantemente una función exhortativa y por así decirlo pedagógica. El juez no se conforma con ordenar...enunciando desde lo alto de su sitial, sino que desciende al nivel del justiciable y al mismo tiempo que manda, pretende explicarle la racionalidad de esa orden. La motivación es antes que nada la justificación que quiere ser persuasiva de la bondad de la justicia..., pero además de esa finalidad psicológica de justificación y persuasión, la motivación tiene también otra función más estrictamente jurídica, o sea la de poner a las partes en condición de verificar si el razonamiento que ha conducido al juez a decidir en determinado sentido, puede descubrirse alguno de aquellos defectos que dan motivo a los diversos motivos de impugnación... la motivación llega a ser de este modo el espejo regulador de los errores del juzgado.²⁹

Se está conforme entonces, que la motivación de la prueba, cumple una doble función: i) de carácter extraprocesal, en la medida en que muestra al usuario y/o a la sociedad, el esfuerzo realizado por el juez

²⁹ Calamandrei, Piero, *La crisis de la motivación. Proceso y democracia*, Buenos Aires, 1960, pp. 155 y ss.

frente a la valoración de cada prueba; ii) de carácter endoprocesal o técnica jurídica, que se ejerce respecto de los tribunales superiores, de las partes o del mismo juez, por cuanto que permite el control judicial de cada una de las pruebas como fundamento en la decisión acogida por el juez de instancia, lo que determina que exista una clara racionalidad en la valoración de la prueba. En este sentido se está conforme con Calamandrei, sobre los componentes pedagógico y jurídico, arriba señalados.

a. ¿Es la libre apreciación una herramienta que faculta al juez para no motivar sus decisiones?

Evidentemente no lo es. La motivación constituye un deber del juez. El juez debe siempre motivar sus razonamientos para cumplir con los principios de contradicción y de defensa. La motivación es el conjunto de razones o explicaciones que fundamentan la decisión judicial y, por tanto, es sobre la parte motiva donde las partes pueden fundamentar sus argumentos para impugnar la decisión, y así hacer efectivos sus derechos constitucionalmente consagrados.

Reiteradamente ha expresado la Corte Suprema de Justicia: “El libre convencimiento en consecuencia, no puede asimilarse a una forma amañada u oculta de decidir; de ser así carecería de sentido la exigencia de la ley al juez para que motive la decisión. La prueba debe ser valorada explicándose los motivos por los cuales ofrece o no credibilidad”.³⁰

A su turno la Corte Constitucional ha señalado,

Ahora bien, una de las dimensiones del debido proceso es la motivación del acto, según se desprende de la expresión “con observancia de la plenitud de las formas de que trata el artículo 29 de la Constitución” ... Finalmente, la motivación —que es la expresión del principio de publicidad— ante todo debe ser seria, adecuada, suficiente e íntimamente relacionada con la decisión que se pretende, rechazándose así la que se limite a expresar fórmulas de comodín o susceptible de ser aplicada a todos los casos.

³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Bogotá, Sentencia del 18 de abril de 1988, M. P. Dr. Edgar Saavedra Rojas. Salvamento de Voto. En este mismo sentido y más recientemente véanse las siguientes sentencias: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 19192 del 12 de noviembre de 2003, ponente Mauro Solarte Portilla; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 24011 del 18 de diciembre de 2003, ponente Jorge Luís Quintero Milanés.

Estas fórmulas se estiman insuficientes y el acto que la presenta como justificación carente de motivación.³¹

b. ¿Qué ocurre con la motivación probatoria?

El problema radica, que, en tratándose de la motivación de las sentencias, paradójicamente, la Constitución Política de Colombia de 1991, no consagra de manera expresa la exigencia de la motivación, que en la Constitución de 1886 aparecía explícita en el artículo 163; así que quedó como sustituto su consagración, en la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia —artículo 55—;³² sin embargo, háyase o no consignado expresamente en la carta política, todo indica que parte esencial del principio del debido proceso lo constituye la motivación de la sentencia judicial, pues sin ella el justiciable quedaría a merced del capricho del juez y confinado a la ignorancia sobre móviles que definen su suerte; adicionalmente porque una de las dimensiones del debido proceso es la motivación del acto.

Con fundamento en la carta política de 1991, se entiende que la motivación tenga una aplicación más amplia; se insiste, referida al aspecto probatorio, por ello el tema está tomando impulso, no obstante que nuestro ordenamiento jurídico procesal civil tiene una referencia normativa expresa, cual es el artículo 187-2, al indicar que “el juez debe exponer razonadamente el mérito que le asigna a cada prueba”; está hablando nada más y nada menos que de la motivación de la prueba.

Se tiene que, desde la perspectiva constitucional, la obligación de motivar la decisión jurídica y probatoria, ello ha originado el surgimiento de las llamadas “*taras*” para no motivar la prueba; dichas fallas pueden obedecer: i) a la técnica o estilo de motivación empleada; en este sentido se tiende más a la técnica globalizadora o del relato o narración —que enfáticamente debe ser rechazada, porque presupone la verdad de los enunciados que lo componen— que a la técnica o estilo analítico que implica

³¹ Corte Constitucional. Sentencia T-314/1994, ponente Alejandro Martínez Caballero.

³² El mencionado artículo se refiere a la elaboración de las providencias judiciales; su inciso 4 predica: “(...) La pulcritud del lenguaje, la claridad, la precisión y la concreción de los hechos materia de los debates y de las pruebas que los respaldan, que los magistrados y jueces hagan en las providencias judiciales, se tendrán en cuenta como factores esenciales en la evaluación del factor cualitativo de la calificación de sus servicios”.

una valoración individual y ordenada de la prueba; definitivamente, el estilo globalizador debe ser reemplazado por el analítico; ii) a, un desconocimiento de las exigencias de la motivación de la prueba y se produce una “relajación” de la misma, verbi gratia que la motivación no sea explícita sino implícita, o que no sea exhaustiva, sino parcial, etcétera, olvidándose que se trata de adoptar una justificación que siga rigurosos cánones de constitucionalidad.

Lo anterior, porque se rescatan cuatro situaciones que pueden conducir a la anulación de la sentencia por la falta de motivación, distinguiéndose: a) la ausencia absoluta de motivación, que surge cuando no se precisan las verdades fácticas y jurídicas que sirven de soporte a la decisión, b) la llamada precaria o incompleta o deficiente motivación, cuando no alcanza a traslucir el fundamento del fallo; c) la motivación dilógica o ambivalente, se presenta cuando la sentencia se cimienta en razones contradictorias y excluyentes que impiden conocer su verdadero sentido; d) la motivación sofisticada o aparente, que tiene lugar cuando se aparta del contenido de las pruebas.³³

Finalmente, siendo la motivación un proceso lógico y racional, en virtud del cual el juez parte de la ignorancia o ausencia de conocimiento del caso, con base en reglas lógicas universales estudia cada una de las pruebas, primero de manera individual y luego se van concatenando en ese mismo plano una con la otra, para volcar en la decisión final el conjunto de esos razonamientos, que son uno sólo, y que se condensa en la sentencia. Se observa como no es posible que sea la parte resolutive de la sentencia la única en que se conozca la decisión; pues la construcción lógica del argumento inicia en la dimensionalidad que se le dio a cada prueba en particular.

B. La valoración de la prueba en los procesos constitucionales de control abstracto

El Decreto 2067/91, nada dice sobre la valoración de las pruebas de los procesos que se surten ante la Corte Constitucional; por ello el ejercicio hermenéutico propuesto, implica acudir a las normas generales que tratan el tema y que en análisis precedente ya se estudiaron: íntima convicción, tarifa legal y la sana crítica, si bien es esta última la que prevale-

³³ Parafraseando la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, del 12 de noviembre de 2003, ponente Mauro Solarte Portilla.

ce en la legislación procesal colombiana como sistema de valoración, por cuanto, se reconoce, aún quedan rezagos de tarifa legal en algunas normas procesales y de manera residual se ha implementado la íntima convicción.

Quedó claro que en el sistema de prueba tasada o tarifa legal, es el legislador el que le indica al juzgador qué valor debe otorgarle a cada medio de prueba; de manera tal, que si el juez le daba a una prueba un valor que no le reconocía la ley, o no le reconocía el valor que la ley le atribuía o admitía una prueba sin que se hubieren llenado los requisitos legales, incurría en error de derecho en la apreciación de la prueba. El juez, en este sistema, estaba condenado a apreciar la prueba según esquemas abstractos y apriorísticos consagrados en la ley, sin atender a elementos concretos o modalidades especiales, que inciden en la credibilidad de los instrumentos probatorios. Es fácil inferir, que este sistema adolecía de dos defectos: uno, consagrar una oposición antinatural entre el convencimiento humano y lo jurídico; dos, la imposibilidad por parte del legislador de agotar el número inmenso de posibilidades de la vida cotidiana.

Este sistema si bien en su momento histórico desempeñó un papel importante, en legislaciones modernas está aceptado sólo como excepción; se trata de un caso especial de valoración “formal” que desdibuja claramente el objetivo de búsqueda de la verdad; por obvia razones se descarta dicho sistema en la valoración de la prueba por el juez constitucional.

a. ¿Íntima convicción o sana crítica?

Se había hecho mención de cómo para algunos doctrinantes, no hay ninguna línea que separe la “libre convicción” de la “libre apreciación” por cuanto que en amplios sectores de la ciencia y la praxis procesal la “libre valoración” pasó a ser entendida como “valoración libre”, sin sujeción a reglas de ninguna naturaleza.

El juez —se dice— llega a la libre convicción de los hechos a través de un sistema intelectual tan particular y subjetivo como el de cada persona. La libre convicción se interpreta entonces como una convicción “íntima”, y por tanto intransferible e incommunicable, sobre los hechos que se enjuici-

cian; una especie de momento “místico”, “extático” del juzgador, insusceptible de ser captado por los demás y en consecuencia incontrolable.³⁴

Esa valoración libre e incontrolable del juez, es una puerta abierta a la irracionalidad y arbitrariedad judicial, se reitera.

Ahora, si bien la libre valoración o apreciación de la prueba, implica una valoración discrecional por cuanto no está vinculada a la ley, esa discrecionalidad, no es arbitraria; y no lo es, porque debe hacerse conforme a reglas o criterios racionales de determinación de la verdad de los hechos del caso concreto. ¿Cuáles son esas reglas? Las de la sana crítica. El profesor uruguayo Couture señala sobre el particular:

Las reglas de la sana crítica, son ante todo reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de experiencia del juez... La sana crítica es la unión de la lógica y la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero sin olvidar los preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes asegurar el más certero y eficaz razonamiento.³⁵

Esas reglas que orientan la sana crítica constituyen los límites o “talanqueras” que tiene el juez para no desbordarse en sus decisiones, por cuanto que lo conducen al descubrimiento de la verdad, según la lógica del sentido común y los consejos de la recta razón. Pero, además el otro límite lo constituye el imperativo de que el juez debe motivar la prueba: el juez siempre expone razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.

En consecuencia, frente al proceso constitucional, se trata de una libre valoración del juez, pero conforme a las reglas de la sana crítica y por supuesto a la motivación de la prueba, independientemente de la sumariedad de la misma; pensar en sede de esta clase de procesos, en una íntima convicción no sólo atenta contra el Estado de derecho sino que atropella los derechos políticos de los ciudadanos, en el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad.

Por lo tanto, cuando se habla de la discrecionalidad en el juez constitucional, tanto en la admisión como en la interpretación de la prueba, se

³⁴ Gascón Abellán, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2004, p. 139.

³⁵ Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3a. ed., Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1981, p. 271.

debe pensar no en un régimen dentro del cual el magistrado puede actuar aún contra la prueba de autos, sino en un método de liberación de la estrictez de la prueba legal; gobernado por ciertas normas lógicas y empíricas, que deben también exponerse en los fundamentos de su sentencia.

b. El papel de los elementos empíricos en la valoración de la prueba por el juez constitucional.

Se tiene entonces, que el juez constitucional profiere su fallo una vez decretada, recaudada y practicada la prueba —cuando ella fuere necesaria— en una situación que es lo usual; pero lo que sí es una novedad es que en el ejercicio de ese control constitucional en abstracto, los denominados elementos empíricos jueguen un papel fundamental en la valoración y por tanto en la decisión.

¿Qué tan relevantes son esos datos empíricos para el ejercicio del control constitucional?

Antes de la vigencia de la Constitución de 1991, la doctrina y la jurisprudencia tendieron a considerar que el control constitucional era puramente abstracto y normativo. Los elementos empíricos referidos a la realidad del país no sólo eran calificados como innecesarios para ejercer ese control sino que incluso eran considerados ilegítimos, ya que contradecían la naturaleza puramente jurídica del juicio de constitucionalidad, pues en estos casos la labor de la Corte debería limitarse a comparar el contenido de la disposición acusada con lo preceptuado por la carta.

Para la Corte, es claro que el control constitucional de las leyes, cuando éstas son acusadas por los ciudadanos, o cuando la revisión es oficiosa, es en principio abstracto, por cuanto se trata de determinar, con fuerza *erga omnes*, si un determinado contenido normativo legal se ajusta o no a la Constitución. Por ello no es propio de los juicios de constitucionalidad analizar ciertas vicisitudes concretas de las normas, como por ejemplo su indebida aplicación, pues para tal efecto existen otras instancias y mecanismos judiciales. La Corte sobre el particular ha señalado:

No se puede pretender que se declare la inconstitucionalidad de una disposición que se ajusta a la Carta, simplemente porque algunos particulares no la cumplen, pues es deber de todas las personas y de las autoridades acatar la Constitución y las leyes (CP artículo 4o.). Por ello la Corte, cuando estudia la constitucionalidad de una determinada disposición, efectúa

su análisis bajo el supuesto de que ella será interpretada en forma razonable y que, además, será acatada y cumplida, pues mal podría esta Corporación suponer que las normas son promulgadas para no ser observadas o para ser aplicadas en forma arbitraria.³⁶

Pero en determinados casos, la propia Constitución obliga directamente a tomar en cuenta elementos empíricos para poder adelantar adecuadamente el juicio de constitucionalidad. La sentencia 1489 de 2000, ilustra el tema con ejemplos, que muestran la trascendencia del punto que se estudia:

- i) En el estudio de la declaratoria de constitucionalidad de los estados de excepción, ya que la única posibilidad que existe para que la Corte ejerza sobre esos decretos el control material que la carta ordena, es que esta corporación examine si en realidad los hechos invocados por el presidente de la República en el decreto declaratorio existen y tienen la gravedad suficiente para legitimar el recurso a la conmoción interior, o al estado de emergencia, según sea el caso. Por ello, en todos estos casos, la Corte, y de manera invariable, ha adelantado el control constitucional de estos decretos con un estudio empírico muy detallado de la realidad del país.³⁷
- ii) Asimismo, cuando la Constitución utiliza en algunas de sus disposiciones conceptos técnicos, resulta en ocasiones ineludible verificar, con elementos científicos y empíricos, la norma estudiada. Es el caso, en donde la Corte tuvo que estudiar si la arena de los ríos debía o no estar sujeta a regalías. Y para responder a ese interrogante era necesario determinar si la arena constituía o no un recurso renovable, elemento empírico y técnico que tuvo una incidencia indiscutible en la decisión.³⁸
- iii) Cuando la Corte se pronunció sobre la constitucionalidad del aumento de la edad de jubilación de hombres y mujeres, tuvo en cuenta la evolución histórica y las proyecciones sobre esperanza de

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-081 de 1996. Fundamento jurídico 8.

³⁷ La sentencia 1489 de 2000 de la Corte Constitucional, ponente Alejandro Martínez Caballero, explica de manera detallada y enriquecedora la importancia de la inclusión de los métodos empíricos en la decisión del juez constitucional.

³⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-221 de 1997, ponente Alejandro Martínez Caballero.

vida. Ese análisis empírico le permitió concluir que el aumento en dos años previsto por la disposición acusada era razonable, “toda vez que encuentra fundamento en el crecimiento con respecto a la expectativa de vida de los colombianos, lo que hace permisible el aumento en relación con la capacidad laboral de la persona.³⁹ Por su parte, la sentencia C-410 de 1994, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz, discutió si violaba o no el principio de igualdad que la Ley 100 de 1993 previera una edad de jubilación menor para las mujeres que para los hombres. La Corte concluyó, con base en elementos empíricos, que esa diferencia de trato no era discriminatoria, por cuanto las mujeres en Colombia realizaban, en general, una doble jornada laboral, por lo cual, “la previsión de una edad diferente, menor en la mujer, para acceder a la pensión de vejez y a la pensión sanción, así como para otros efectos pensionales, es una medida que precisamente, toma en consideración fenómenos sociales anómalos con un indudable propósito corrector o compensador que se acomoda muy bien a la normativa constitucional que lejos de ser contrariada resulta realizada”.

- iv) En la revisión de constitucionalidad de la ley estatutaria que pretendía, por un sistema de cuotas, favorecer la participación de la mujer en los niveles decisorios del Estado, la información empírica sobre los niveles educativos actuales de las mujeres y su participación en las instancias directivas del Estado jugó un papel esencial en el examen de constitucionalidad de la legitimidad de esas formas de acción afirmativa.⁴⁰
- v) En el análisis de la conciliación como requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción laboral, la Corte consideró que si bien esas normas perseguían finalidades legítimas, que tienen apoyo constitucional, sin embargo, debían ser retiradas del ordenamiento, entre otras cosas, por un factor empírico que era el siguiente: en la práctica el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social no contaba con los elementos físicos y personales para atender en forma pronta, oportuna, eficaz y eficiente las funciones que en ma-

³⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-126 de 1995, magistrado ponente Hernando Herrera Vergara.

⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-371 de 2000, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.

teria de conciliación le habían sido asignadas a los inspectores del trabajo, con lo cual la exigencia de intentar la conciliación como requisito de procedibilidad se convertía en un obstáculo inconstitucional para acceder a la justicia.⁴¹

- vi) Con el régimen legal del sistema UPAC, declarado inexecutable por la Corte, se consideró que si bien en teoría, y dadas ciertas condiciones macroeconómicas, la capitalización de intereses y la vinculación de la corrección monetaria a la tasa de interés pueden funcionar como un sistema adecuado de financiación a largo plazo de vivienda, en la práctica, en 1999, ese sistema se había tornado inconstitucional, pues había desbordado ampliamente la capacidad de pago de los deudores hipotecarios. La Corte lo retira del ordenamiento, a pesar de que teóricamente ese mecanismo puede funcionar en otros contextos y con ciertos ajustes normativos e institucionales.

¿Cómo definir los elementos empíricos? Se entienden los elementos empíricos, como medios que emplea el juez constitucional fundado en su experiencia, tomando como base el mundo social, político, económico y cultural, que lo rodea. Elementos, que en muchas ocasiones han jugado un papel determinante en el sentido de la decisión.

Para que una regulación legal, que en apariencia y en abstracto se ajusta a la carta, pueda ser declarada inexecutable, debido a consideraciones empíricas, es necesario establecer que las situaciones inconstitucionales derivan de los diseños institucionales y de las regulaciones establecidas en la ley. Por ende, en tales eventos es necesario demostrar que el sistema previsto por la ley puede hipotéticamente funcionar pero que, en la práctica, y por factores que eventualmente los redactores de la ley no previeron adecuadamente, el sistema ha dejado de tener un desarrollo satisfactorio, y esa evolución afecta derechos constitucionales y es, por consiguiente, contraria a la Carta.

Ciertamente la Constitución no le ordena a la Corte tener en cuenta los elementos empíricos para la toma de sus decisiones, pero el papel determinante que ellos han ejercido en las discusiones constitucionales,

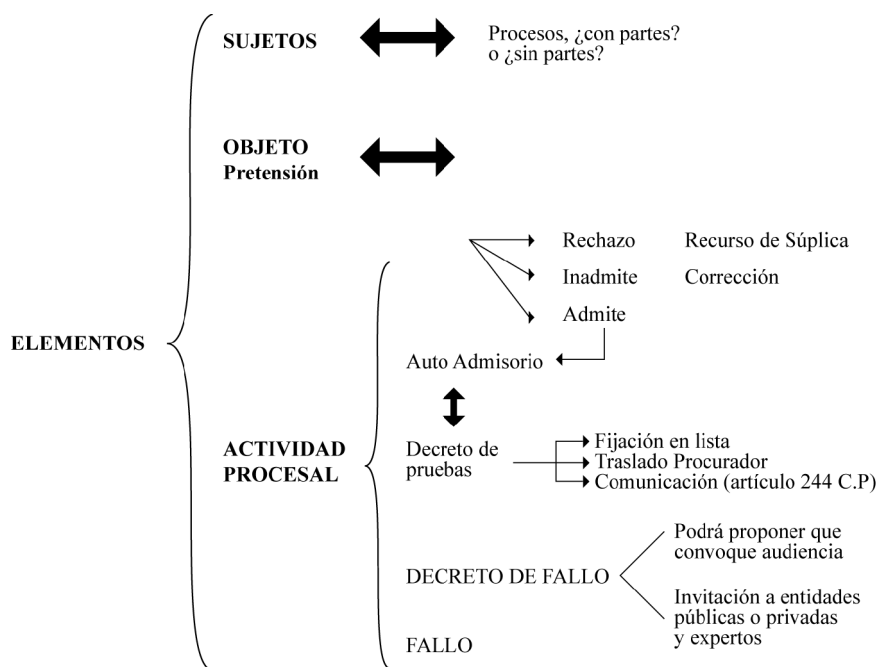
⁴¹ Corte Constitucional. Sentencia C- 160 de 1999, magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell; declaró la inconstitucionalidad de los artículos 68 y 82 de la ley 446 de 1998.

ha conducido a que una misma norma se declare exequible dentro de un contexto histórico, pero inexecutable dentro de otro; lo que ha impulsado a la corporación para que por vía jurisprudencial corrija su doctrina anterior, cuando las variaciones en el contexto de vida o en las creencias sociales, por ejemplo, le obligan evaluar nuevamente la misma norma y declarar inconstitucional hoy lo que ayer estimó conforme a la Constitución. Pero estos problemas no son exclusividad de Colombia; otros países con un modelo de control constitucional similar, en donde las vías de superación de los mismos pueden ser de índole constitucional o legal afrontan dificultades similares; verbi gratia, la Ley de Jurisdicción Constitucional 7135 de Costa Rica, en su artículo 13 facilita los cambios mencionados al disponer que la jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional “son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma”. Aún más, se ha desarrollado lo que se denomina doctrina de la posibilidad de rediscusión, conforme a la cual, “Si el Tribunal Constitucional reputa a una norma inconstitucional, la elimina del ordenamiento jurídico; pero si la considera constitucional, ello no impide evaluar nuevamente otra objeción de inconstitucionalidad sobre la misma norma, sea dejando un lapso de intervalo, sea de inmediato”.⁴²

En conclusión: se observa entonces, como el juez constitucional al proferir su sentencia, no es libre de razonar a voluntad, entiéndase arbitrariamente; si así lo hiciera estaría actuando conforme a la libre convicción. Por el contrario, existen algunos principios lógicos que no pueden ser desoídos por él, aunados a ciertas proposiciones de experiencia que adopta del mundo que le rodea, acompasados con elementos empíricos que son contingentes y variables respecto al tiempo y lugar.

Para mejor comprensión del tema que se analizó, es conveniente tener presente el siguiente mapa conceptual, que sintetiza los aspectos procesal y probatorio en los procesos de control abstracto de constitucionalidad.

⁴² Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires. Ediciones Depalma, 1998, p. 230.



C. La valoración de la prueba en los procesos de control concreto

Sobre este tema particular, el estudio se circunscribe a la prueba en la acción de tutela y se precisa que, si bien el procedimiento de tal acción constitucional es sui generis, el que se trate de un término breve y sumario, no pretermite la etapa probatoria que en tales procesos debe surtirse; de hecho, en todo este accionar se tienen que cumplir las normas y principios que rigen el debido proceso y que a partir de la carta política de 1991, se han erigido en principios probatorios constitucionales, de acuerdo al artículo 29 de la Constitución y que, por supuesto, son de aplicabilidad en los procesos de acción de tutela: publicidad de la prueba, contradicción de la prueba, necesidad de la prueba, comunidad de la prueba, unidad de la prueba, intermediación; sólo por mencionar algunos, por cuanto que conforme al artículo 4o. del Decreto 306 de 1992 “los principios aplicables para interpretar el procedimiento pre-

visto en el Decreto 2591/91 (reglamentario de la acción de tutela), serán los principios generales del CPC, en todo aquello que no sea contrario a dicho decreto”. Los artículos 18 a 22 y 32 del Decreto 2591/91 puntualizan las disposiciones relacionadas con la actividad probatoria en esta clase de procesos, que no obstante la precaria normatividad, se cumple una actividad probatoria muy particular, y es lo que justifica abordar su inmediato estudio.

Es necesario recordar que el estudio del derecho probatorio comprende la teoría general de la prueba y la parte especial de la misma; la primera, referida a los cinco grandes interrogantes o problemas jurídicos: ¿qué es probar? ¿Qué se prueba? ¿Quién prueba? ¿Cómo se prueba? ¿Cómo se valora la prueba?; la segunda, relacionada con los medios de pruebas o instrumentos probatorios. Siguiendo el mismo esquema estudiado para los procesos de control abstracto de constitucionalidad, se hace innecesaria la pertinencia de abordar algunos temas ya analizados y que al traspolarlos al control concreto, no contrarían la naturaleza jurídica⁴³ de la acción de tutela; *verbi gratia*, la noción de probar y prueba, que constituyen el objeto y tema a probar, el problema de la carga de la prueba y el procedimiento para probar.

a. ¿Cómo se valora la prueba?

Al igual que cualquier proceso contencioso, en el de tutela las pruebas se apreciarán y/o valorarán de acuerdo con las reglas de la sana crítica,⁴⁴ debiéndose someter para el efecto a las exigencias del ordenamiento procesal civil; teniendo claro que la apreciación de las pruebas que haga un juez al fallar un proceso, dentro de su competencia, pertenece al ámbito de su autonomía y no puede convertirse en causal de la acción de tutela, pues ella nada tiene que ver con la violación del principio del debido proceso. Excepto, naturalmente, cuando se desconozcan las pruebas váli-

⁴³ Tobo Rodríguez, Javier, p. 250, sobre este punto expresa el autor: “...Su naturaleza jurídica, dentro del marco del estado social de derecho, es la de servir de medio para que la autoridad competente dé aplicación al texto constitucional, haciendo prevalecer la justicia material sobre la formal, dando mayor importancia al derecho sustancial sobre los formalismos legales...”.

⁴⁴ En punto a la sana crítica, se remite al lector a las explicaciones otorgadas al tratar el mismo tema en el proceso de control abstracto de constitucionalidad, incluyendo, por supuesto, lo relacionado con los denominados “elementos empíricos”.

damente practicadas, y ese desconocimiento implique la violación del derecho de defensa.

b. Pruebas en segunda instancia

Impugnado el fallo de tutela en primera instancia, el juez remitirá, dentro de los dos días siguientes, el expediente al superior jerárquico correspondiente, para que lo revoque o confirme. Para el efecto, el juez que conozca de la impugnación estudia el contenido de la misma y la coteja con el acervo probatorio y el fallo proferido. En lo tocante a nuestro estudio, puntualmente el artículo 32 del Decreto 2591/91 señala: “...*El juez de oficio por sí mismo o a petición de parte, podrá solicitar informes y ordenar la práctica de pruebas y proferirá el fallo dentro de los 20 días siguientes a la recepción del expediente*”(cursivas nuestras).

c. Pruebas en revisión de tutelas

Ante una “eventual” revisión del fallo de tutela, el plazo para tal reconocimiento es de tres meses, al cabo de los cuales el resultado sólo tiene dos posibilidades: que se revoque o se modifique el fallo de revisión, debiendo estar en ambos casos motivado o justificado. Aquí también se contempla la posibilidad de decretar pruebas. El Reglamento Interno de la Corte Constitucional, capítulo XIV, artículo 57, indica que “Con miras a la protección inmediata y efectiva del derecho fundamental vulnerado y para allegar al proceso de revisión de tutela elementos de juicio relevantes, el magistrado sustanciador, si lo considera conveniente decretará pruebas. En este evento, la sala respectiva podrá ordenar que se suspendan los términos del proceso, cuando ellos fueren necesarios”.

5. Decisión del juez constitucional en materia probatoria

Por supuesto que la suerte de la Constitución depende en mucho de su interpretación, en la medida en que ésta no puede escindirse de los trasfondos ideológicos del intérprete; pero como estos exégetas pueden ser particulares, sindicatos, litigantes, jueces (el ordinario o el juez constitucional), el interés de este trabajo se centra en la interpretación del juez

constitucional por cuanto tiene rasgos distintivos de las demás interpretaciones que circulan en la sociedad; además, porque en tratándose de interpretación constitucional, la tarea intelectual que realiza el juzgador es mucho más compleja y especial; el profesor Marco Gerardo Monroy Cabra, puntualiza sobre el particular: “La interpretación constitucional tiene principios especiales dada la naturaleza jurídica sui generis de las normas constitucionales que tienen tipo abierto, conceptos jurídicos indeterminados, y que además involucran valores y principios constitucionales”.⁴⁵ Se pretende mostrar si en las decisiones del juez Constitucional, hay “manipulaciones interpretativas” que provienen del sentido político que ellas puedan tener, o, por el contrario, están basadas en una realidad jurídica, o si dichas decisiones son a la vez realidad jurídica y política fundidas en un mismo acto.

Ahora bien, en materia de decisión del juez constitucional, la especialidad de las normas constitucionales ha llevado a la Corte Constitucional en lo tocante a la interpretación constitucional, a introducir una serie de criterios que marcan las diferencias entre esta clase de interpretación y la interpretación legal. En efecto la interpretación de la Corte Constitucional, a diferencia de la jurisprudencia de los demás jueces, en cuanto desentraña el significado de la Constitución, no puede tener valor opcional o puramente ilustrativo, puesto que sirve de vehículo insustituible para que ella adquiera el status activo de norma de normas y como tal se constituya en el vértice y al mismo tiempo en el eje del entero ordenamiento jurídico. Son esos criterios:

- a) las decisiones de los jueces deben ser razonadas y razonables;⁴⁶
- b) la presunción de Constitucionalidad de una norma vigente en el ordenamiento jurídico;⁴⁷

⁴⁵ Monroy Cabra, Marco Gerardo, *La interpretación constitucional*, Bogotá, Ediciones Librería del profesional, 2002.

⁴⁶ Corte Constitucional Sentencia C- 147/98, ponente Alejandro Martínez Caballero: “Cuando el efecto de la interpretación literal de una norma conduce al absurdo o a efectos contrarios a la finalidad buscada por la propia disposición, es obvio que la norma, a pesar de su aparente claridad, no es clara, porque las decisiones de los jueces deben ser razonadas y razonables”.

⁴⁷ Corte Constitucional Sentencia C- 070/96, ponente Eduardo Cifuentes Muñoz: “El principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución impide a la Corte excluir del ordenamiento una norma cuando existe por lo menos una interpretación de la misma

- c) la cosa juzgada absoluta y la cosa juzgada relativa;⁴⁸
- d) las sentencias de constitucionalidad tienen efectos *erga omnes*;⁴⁹
- e) la interpretación sistemática y finalística de las normas.⁵⁰

Se tiene entonces, que la única herramienta con que cuenta el juez constitucional, es la interpretación constitucional, y como intérprete final de la carta le corresponde definir cuál es la supremacía normativa y cuál es la supremacía ideológica de la Constitución. Ante esta disyuntiva, el papel del juez constitucional en el Estado social de derecho al tomar una decisión, es discrecional, pero una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales; por lo anterior, no es posible pensar que el juez constitucional al tomar una decisión —en el campo del derecho— anteponga su pensamiento, su ideología, medio social y económico del que proviene, convicciones religiosas, capacidad de manejo de las situaciones, su habilidad y destreza para convencer, etcétera. Por supuesto que ello “pesa”, pero es innegable que su prudencia ha impedido que desborde (en unos casos) y/o atenúe (en otros) la Constitución.

Han actuado como antídoto constitucional:

que se concilia con el texto constitucional. Este principio maximiza la eficacia de la actuación estatal y consagra una presunción en favor de la legalidad democrática. El costo social e institucional de declarar la inexecutable una norma jurídica infraconstitucional debe ser evitado en la medida en que mediante una adecuada interpretación de la misma se respeten los postulados de la Constitución”.

⁴⁸ Corte Constitucional Sentencia C- 527/94, ponente Alejandro Martínez Caballero: “Esta Corporación ha considerado que cuando existe un ataque general contra una ley pero no ataques individualizados contra todos los artículos de la misma, la vía procedente es limitar el alcance de la cosa juzgada constitucional, en caso de que la acusación global no prospere. En tales eventos, lo procedente es declarar constitucionales los artículos contra los cuales no hay acusación específica, pero precisando que la cosa juzgada es relativa, por cuanto sólo opera por los motivos analizados en la sentencia”.

⁴⁹ Corte Constitucional Sentencia SU- 640/98, ponente Eduardo Cifuentes Muñoz: “La institución de la cosa juzgada constitucional, en primer término, garantiza el carácter general de las sentencias de inexecutable proferidas por la Corte Constitucional que, por lo tanto, están dotadas de efectos *erga omnes*”.

⁵⁰ Corte Constitucional Sentencia C-147/98, ponente Alejandro Martínez Caballero: “en virtud del principio de integridad de la Constitución, las distintas disposiciones de la Carta no deben ser interpretadas de manera aislada, sino de manera sistemática y tomando en cuenta la finalidad que cumplen”.

- a) El control jurídico, en el que la interpretación constitucional, está basada en un discurso jurídico sometido a reglas preexistentes de verificación que la condicionan. Es aquí en donde los aspectos probatorios, estudiados in extenso en capítulos anteriores de la presente ponencia, se justifican,⁵¹ por cuanto es a través de ellos que se garantizan los preceptos y principios establecidos en la Constitución, de manera que se reintegre el orden violado o se impida la conculcación de los derechos fundamentales de los ciudadanos, tanto de parte de los órganos estatales como de los particulares. Sin olvidar que cuando las controversias políticas se plantean en términos jurídicos, deben ser igualmente resueltas a través de mecanismos jurisdiccionales, es decir, por medio de un órgano independiente súper partes y conforme a reglas jurídicas;
- b) El control que se llamará “metajurídico”, representado por las críticas de la opinión pública, los medios de comunicación, grupos políticos y económicos;
- c) Las llamadas nuevas tendencias de la hermenéutica, basadas en la razón, en los hechos, en la persuasión, en la argumentación y en el conocimiento del juez que han permitido no sólo materializar el Estado social de derecho, sino además, equilibrar la circulación de poderes entre las distintas ramas de la organización del Estado.

Sin desconocer la influencia que tales aspectos puedan ejercer en la decisión del juez constitucional, lo único cierto es que a él sólo le queda cumplir con la ley, y ésta le dice que su papel no es el del flautista de Hamelin; por el contrario, la misma ley le permite entender la importancia de la función social del derecho, la justicia particular de una norma, la ética y la política y las realidades humanísticas que subyacen al aplicar el derecho.

Es por ello, que concluimos diciendo con Duncan Kennedy: “...*por lo tanto el único camino lícito para un juez que se ve frente a un conflicto*”

⁵¹ El juez constitucional al decidir con indiferencia estos aspectos, incurre en arbitrariedad: de carácter normativo, si la sentencia padece de defectos de derecho o de carácter fáctico, si el fallo es cuestionado porque prescindió de pruebas incorporadas válidamente al proceso, o resolvió con oposición a esas probanzas, o porque se basó en prueba inexistente, o simplemente analiza y/o pondera irrazonablemente los hechos y pruebas.

*entre la ley y la sentencia a la que quiere llegar es, siempre, cumplir con la ley...*⁵² (las cursivas son nuestras).

III. BIBLIOGRAFÍA

- CALAMANDREI, Piero, *La crisis de la motivación. Proceso y democracia*, Buenos Aires, 1960.
- COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3a. ed., Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1981.
- CUELLO IRIARTE, Gustavo, *La sana crítica, sistema de valoración de la prueba judicial*, tesis de grado, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, 1974.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Compendio de derecho procesal, Teoría general del proceso*, Bogotá, Editorial ABC, 1983.
- FÁBREGA P., Jorge, *Teoría general de la prueba*, 3a. ed., Panamá, Editora Jurídica Iberoamericana, 2006.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004.
- GIACOMETTE FERRER, Ana, *Módulo teoría general de la prueba judicial*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura-Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Imprenta Nacional de Colombia, 2003.
- _____, *La prueba en los procesos constitucionales*, Medellín, Señal Editora, 2007.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Introducción al derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores.
- _____, *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1999, t. 1.
- MERRYMAN, Jhon Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

⁵² Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá, Ediciones Uniandes. 1999, p. 212. Kennedy a través de una casuística laboral, esto es, la huelga de un sindicato de choferes de buses de Boston vs. ¿qué puede hacer o no el patrón con los medios de producción durante una huelga?, muestra la delicada tarea del juzgador; el juez de Kennedy —como cualquier otro— no quiere quedarse en la superficie de lo visible a los ojos de la sociedad. Quiere internarse en las profundidades de la condición humana e ir más allá del conocimiento, el instinto y la misma intuición.

- MONROY CABRA, Marco Gerardo, *La interpretación constitucional*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2002.
- MORELLO, Augusto M., *La prueba tendencias modernas*, Buenos Aires, Librería Editora Platense, 2001.
- PARRA QUIJANO, Jairo, *Manual de derecho probatorio*, 11a. ed., Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2000.
- PEYRANO, Jorge Walter, *El proceso atípico*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1993.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Editorial Alfredo y Ricardo de Palma, 1989, t. I.
- _____, *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1998.