



No diga nada
Acrílico sobre tela
Sergio Bedoya
2006

EL DERECHO A LA PRUEBA COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL

-
- * Este artículo hace parte de la investigación “El derecho constitucional a la prueba, análisis de la jurisprudencia de la Cortes Constitucional y Suprema de Justicia”. Inscrita en el Comité para el Desarrollo de la Investigación (CODI) de la Universidad de Antioquia. En este proyecto actuó, como investigador principal, Luis Bernardo Ruiz Jaramillo. Estudiantes en formación, Adriana María Ruiz Gutiérrez y Lesney Catherine González Prada y como auxiliares, Nidia Cristina Montoya Restrepo, María Eugenia Naranjo y Dary Luz Restrepo.

Fecha de recepción: Enero 30 de 2007

Fecha de aprobación: Marzo 7 de 2007

EL DERECHO A LA PRUEBA COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL

*Luis Bernardo Ruiz Jaramillo**

RESUMEN

El derecho a la prueba es fundamental en la medida en que es inherente a la persona y tiene además diversos mecanismos de refuerzo propios de los derechos fundamentales. El contenido esencial del derecho a la prueba es la posibilidad que tiene la persona de utilizar todos los medios posibles en aras de convencer al juez sobre la verdad del interés material perseguido. Se caracteriza, además, por ser un instrumento de la persona por lo que de manera alguna puede expandirse hasta el límite de arrasar con los demás derechos fundamentales. Se trata de un derecho subjetivo exigible al juez cuyo objeto es una acción u omisión en la actividad probatoria. Incluso, en su conexión con el derecho al acceso a la justicia, puede tratarse de una prestación económica para hacer seriamente efectivo este derecho, operando en todo tipo de proceso judicial o extrajudicial.

Palabras clave: Derecho a la prueba, derecho fundamental y derecho subjetivo, límites a los derechos fundamentales, aseguramiento, obtención y valoración de la prueba, regla de exclusión probatoria.

THE RIGHT TO THE EVIDENCE AS FUNDAMENTAL RIGHT

ABSTRACT

The right to the evidence is fundamental not only because it is inherent in the nature of the human person, but because it come across the constitutional text among those rights that have such as quality and are reinforced by means of diverse constitutional mechanisms of protection. The essential content of the right to the evidence consists in the person's possibility of using all means available to convince the judge on the truth of the persecuted material interest. In addition, it cannot expands until devastating the other fundamental rights because it is either a person's instrument and also a subjective right that can be demand to the judge which object is an action or an omission during the probatory activity. Even in its connection with the right to the access to justice, it can be an economic benefit in pursuit of its operating effectiveness in all type of judicial or extra judicial process.

Key words: right to the evidence, fundamental right and subjective right, fundamental rights limits, right to the evidence development, securing, obtaining and valuation of the evidence, exclusion rule of the evidence.

* Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia en las áreas de Derecho probatorio y Teoría General de la prueba. Candidato a magister en Filosofía Política en la misma Universidad. Miembro del grupo de Investigación "Derecho y Sociedad" de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la misma Universidad.

EL DERECHO A LA PRUEBA COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL

INTRODUCCIÓN

Expresamente la Constitución Política (en adelante CP) de 1991 prevé el derecho del “sindicado” “a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra”, lo cual de por sí genera inquietudes tales como el carácter de fundamental o no de este derecho, su naturaleza como derecho subjetivo y sus elementos estructurales como tal, y su ámbito de aplicación dentro del orden jurídico. La respuesta que se le dé a estas inquietudes, sin duda alguna, tiene trascendencia sobre la interpretación que de este derecho se haga tanto en el ámbito constitucional como en el legal. En el constitucional, en especial, con su relación con garantías como la del debido proceso y el acceso a la justicia. En el legal, por la incidencia que tiene en la configuración que de este derecho hacen los diversos códigos procesales.

La importancia de abordar estas inquietudes está directamente relacionada con la idea de contribuir en algo a la gruesa tarea de construir una teoría jurídico-constitucional en torno al problema del aseguramiento de la prueba. Tema éste conectado, entre otras cosas, con otra de las novedades de la CP de 1991 consistente en la nulidad de “pleno derecho” de “la prueba obtenida con violación al debido proceso”.

En aras de abordar la temática en cuestión, el presente artículo se divide en cuatro acápites: en el primero, se estudiará en qué sentido el derecho a la prueba es un derecho fundamental; en el segundo, se estudiarán algunas de las características más importantes de este derecho; en el tercero, se aborda el derecho a la prueba desde una perspectiva subjetiva; y en el cuarto, se estudiará el ámbito de aplicación de este derecho.

1. CONCEPTO DE DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRUEBA

Se puede entender el derecho fundamental a la prueba como la posición jurídica fundamental que posee, en razón de la CP y la ley, aquel que tiene el carácter de

parte¹ o de alguna forma de interviniente² o que pretende serlo en un futuro proceso, consistente en la exigencia al juez del aseguramiento, admisión, práctica y valoración de la prueba propuesta con el fin de propender por la formación de la convicción de éste sobre la verdad de los hechos que son presupuesto del derecho o del interés material que se disputa.³ Como se verá luego, esta definición se hace desde el punto de vista subjetivo del concepto; en el sentido propio de lo que se entiende por derecho.

A continuación, se analizarán las características del derecho fundamental a la prueba que se desprenden del concepto aludido.

2. ASPECTOS CARACTERÍSTICOS DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRUEBA

2.1 Concepto de prueba judicial

El tema al cual se hace referencia con el derecho a la prueba es de la prueba judicial. Por ello, es imprescindible expresar el concepto del cual se parte para efectos de delimitar de mejor manera el objeto de este derecho. La prueba judicial puede entenderse como los argumentos o motivos que se desprenden de las fuentes o medios de conocimiento de los que hacen uso las partes o los intervinientes en el proceso para conformar la convicción del juez sobre los hechos que son los presupuestos de sus intereses materiales perseguidos.

En este concepto se reúnen las tres acepciones como puede ser entendida la prueba judicial: como argumentos sobre la existencia de los hechos, como instrumentos que contienen tales argumentos y como convicción del juez sobre los hechos que se forman a partir de los argumentos.⁴ La prueba como instrumento hay que entenderla como fuente o como medio; el uno y el otro son el mismo pero en momentos diferentes; la fuente es el momento principalmente sensible y el medio es esencialmente

¹ Para los efectos del presente texto, el término partes designa al demandante y al demandado en un proceso civil y, grosso modo, al acusador y a la defensa en el proceso penal.

² El término interviniente puede designar tanto a los intervinientes en sentido estricto, a lo que hacen referencia el Código de Procedimiento Civil y el Código de Procedimiento Penal, como también al caso especial de la Víctima o al Ministerio público en el proceso penal.

³ Al respecto, PICÓ I JUNOY —Derecho a la prueba [...] p.18-19— define este derecho como el “[...] que posee el litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso”.

⁴ Cfr., DEVIS ECHANDÍA, Teoría general ... *Op. Cit.* T.I. p. 28

la formalización legal. No empece, el uno y el otro tienen un momento sensible y uno formalizado. Por ejemplo, la persona que percibe el suceso de la vida real, en el momento de la percepción se le denomina fuente; luego, cuando declara al proceso con la intermediación del juez se le llama medio de prueba. Los dos momentos son inescindibles pero en la valoración de la prueba adquiere importancia su distinción pues existe diferencia entre los argumentos que se extraen entre el momento sensible del testigo y el momento de su comportamiento procesal ante el juez.

Finalmente, la prueba como convicción del juez es la misma verdad fáctica que el juez como autoridad jurisdiccional del Estado declara en el proceso; esta convicción del juez es la que las partes o los intervinientes en el proceso propenden porque el juez reconozca en su decisión en aras a que se les reconozca el derecho o el interés perseguido.

2.2 El derecho a la prueba se entiende en un sentido subjetivo y objetivo

Los derechos fundamentales tienen dos perspectivas: la subjetiva y la objetiva. Desde la objetiva los derechos fundamentales muestran “[...] su trascendencia del ámbito propio de los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo del Estado”. En este sentido los derechos fundamentales asumen, en el conjunto normativo, el carácter de principios, como punto referencial del ordenamiento. La vertiente subjetiva consiste en la posibilidad de los individuos de ejercitar y exigir la protección de los derechos; a la vez, que son el elemento esencial del conjunto normativo, asumen el carácter de posiciones jurídicas exigibles por los individuos. La función que tiene la fase objetiva es la de servir de parámetro de validez, tanto formal como material de todas las instituciones del Ordenamiento Jurídico, mediante el juicio de exequibilidad de las leyes y de los actos legislativos secundarios que se ejercen por la Corte Constitucional, y desde luego, como criterio de interpretación de todas las normas jurídicas.

Es preciso señalar, que esta doble perspectiva de los derechos siempre ha existido, aunada a la fundamentalidad que de por sí implica un cambio de paradigma en la práctica del derecho, a tal punto que ha variado la forma de entender la división y colaboración entre los poderes del Estado, ubicando a la Jurisdicción constitucional como la autoridad de control de mayor trascendencia en el ordenamiento jurídico, tanto desde el punto de vista formal —la que ha sido la forma tradicional—, como del material —que es la forma novedosa de ejercerlo— de todos los actos del Es-⁵ tado, teniendo como baremo los derechos fundamentales.

⁵ Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia T-406 de 1992 —MP: Ciro Angarita Barón—, es en la que, sin duda alguna, abre el camino a la concepción de derechos fundamentales que hoy se tiene en Co-

El derecho fundamental a la prueba se entiende como un derecho subjetivo en el que el ordenamiento jurídico crea una posición jurídica de un sujeto de exigir la prueba frente a otro —el juez— quien actúa como obligado. Esta exigencia, de conformidad con el inc. 4 del Art. 29 de la CP, consiste en la presentación de pruebas y en la contradicción de las que se alleguen en su contra en aras de propender por el interés material que se demanda o que se defiende.⁶

Sobre este doble carácter del derecho a la prueba puede verse cómo el artículo 29, inciso cuarto de la CP permite fijar la validez formal y material de las normas jurídicas procesales del orden legal y, hacer ejercitable el derecho por los individuos destinatarios del mismo. Desde una fase objetiva de este derecho, la Corte Constitucional asume la competencia para enjuiciar la exequibilidad de la norma jurídico-procesal controlando que se cumplan los requisitos del órgano legitimado para crearla, los procedimientos o ritos de su formación —validez formal— y, el control de su contenido —validez material—; de tal suerte que el juez constitucional

lombia, haciendo referencia, en uno de sus apartados —Cons. II,13— a las dos dimensiones de los derechos fundamentales, de la siguiente forma: “En primer lugar su dimensión objetiva, esto es, su trascendencia del ámbito propio de los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo del Estado. Más aún, el aparato no tiene sentido si no se entiende como mecanismo encaminado a la realización de los derechos. En segundo lugar, y en correspondencia con lo primero, la existencia de la acción de tutela, la cual fue establecida como mecanismo de protección inmediata de los derechos frente a todas las autoridades públicas y con posibilidad de intervención de la Corte Constitucional para una eventual revisión de las decisiones judiciales, que sirva para unificar criterios de interpretación”. Explica, además, en otro de sus apartes —Cons. I,A,1-6—, que el concepto de Estado Social de Derecho de la CP de 1991 comprende dos nuevas reformas del Estado contemporáneo, la una denominada el Estado de bienestar que hizo énfasis en garantizar unos estándares mínimos de salario, alimentación, salud, educación y habitación. Y la otra, el Estado constitucional democrático que es la respuesta jurídico-política a la actividad intervencionista del Estado; esta respuesta se hace a través de la consagración de un catálogo de principios y derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y funcionamiento de la organización política. De esta forma, existe una conexión entre la parte dogmática de la Constitución en la que establece los valores, principios y derechos fundantes y parte orgánica en la que se instituyen la estructura y funciones de los poderes, mecanismos de control y elecciones, procedimientos de reforma, etc., de tal suerte que “[...] No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales”. Esto ha generado, en la interpretación del derecho, un cambio radical consistente en la “[...] pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos”.

⁶ Al respecto, DEVIS ECHANDÍA —Op. Cit. p. 36— dice: “Su naturaleza de derecho subjetivo es clara, porque la obligación que genera depende de un acto de voluntad: la petición del interesado; en cambio, cuando en el proceso inquisitivo, civil o penal, el juez tiene el deber de practicar oficiosamente la prueba, su deber emana de la ley directamente y no existe entonces un derecho subjetivo de las partes a esas pruebas; pero existirá siempre el derecho a que se practiquen las que ellas soliciten”. En este mismo sentido, PICÓ I JUNOY —Derecho a la prueba [...] Op. Cit. p. 20— dice que el carácter subjetivo del derecho a la prueba se manifiesta en que su ejercicio demanda la voluntad de una de las partes, quedando a su arbitrio la posibilidad de proponer el medio probatorio que pretende para que sea admitido, practicado y valorado judicialmente; este derecho puede radicar en un sujeto, en una persona u órgano.

se encuentra por encima de las mayorías o del consenso en cuanto a la creación de las normas.

Además, mediante la acción de tutela y otros mecanismos constitucionales, la persona puede exigirle al juez constitucional el control de todos los procedimientos y contenidos de las decisiones emanadas por las autoridades públicas e incluso de particulares que puedan afectar sus derechos fundamentales. Por ejemplo, la Corte Constitucional ha resuelto tutelas en los siguientes casos: el médico que revela el secreto profesional e informa a la empresa que su paciente, el trabajador, tiene Sida, razón por la cual éste es despedido; el fiscal delegado ante la Corte Suprema de Justicia que obtiene la prueba para incriminar a un ciudadano sin darle la oportunidad de conocerla ni de contradecirla; la conformación de listas negras de “revoltosos del orden público” por parte de los organismos de seguridad afectando los derechos de reunión o de asociación. En estos casos la tutela ha buscado poner el derecho por encima de las autoridades políticas, o de los poderes jurisdiccionales o administrativos que asumen el carácter de autoridad “suprema”, de “máximo tribunal” o “máxima autoridad” como si fueran una especie de jerarquía social o nobleza propia de la época premoderna. En este sentido la tutela es un remedio, aunque incipiente, contra los “poderes salvajes” institucionales, paralelos o a los micropoderes o macropoderes privados.⁷

2.3 El derecho a la prueba como un derecho fundamental

La fundamentalidad del derecho a la prueba⁸ está en que es un derecho típicamente individual, inherente a la persona, de aplicación directa, justiciable mediante la acción de tutela. Se encuentra entre los derechos que deberían ser regulados me-

⁷ En este sentido, FERRAJOLI —El garantismo y la filosofía del derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. p. 122 y ss.— menciona el papel de los derechos fundamentales en el control de los micropoderes sociales en distintos ámbitos como el hogar, la escuela, la cárcel, partidos políticos o la burocracia en las entidades públicas etc.

⁸ Sobre el derecho a probar como fundamental la Corte Constitucional —Cfr. Sentencia T-393 de 1994, MP: Antonio Barrera Carbonell— ha dicho lo siguiente: “El derecho de toda persona de presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra dentro de un proceso disciplinario, constituye un derecho constitucional fundamental, y dado que la declaratoria de inconducencia de una prueba puede conllevar la violación del derecho de defensa y del debido proceso, con innegable perjuicio para el inculpado, el investigador debe proceder con extrema cautela y en caso de duda, optar por la admisión de la prueba”.

Sobre la fundamentalidad del derecho a la prueba, ver, GONZÁLEZ PRADA, Lesney Catherine. Raíces constitucionales del derecho fundamental a la prueba. Trabajo de grado realizado dentro del marco del proyecto de investigación el “Derecho Constitucional a la prueba” —investigadores Álvaro García Montoya y Luis Bernardo Ruiz Jaramillo—, Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Medellín, 2004, p. 16.

dante ley y de los que no son susceptibles de suspensión durante los estados de excepción. Tiene un contenido esencial consistente en la facultad de las personas de propender por la formación de la convicción del juez sobre la verdad de los presupuestos fácticos del derecho o del interés material en litigio.

Precisamente, la acepción de prueba como convicción se erige en el contenido esencial del derecho a probar. Este contenido esencial aglutina los demás componentes del derecho a probar: a asegurar los instrumentos o las fuentes de prueba, a solicitar medios de prueba, a la admisión, a la práctica y a la valoración; asimismo, incluye el proponer al juez argumentos de prueba y a contradecir los que este aduzca como fundamento de su convicción.

El contenido esencial de este derecho pone el acento en uno de sus aspectos más característicos y es la conexión entre la actividad procesal y el derecho material. Conexión que no es otra, que la verdad sobre los presupuestos fácticos del derecho material. La prueba es el elemento conector entre el derecho procesal y el sustancial, es el puente entre ellos. Las instituciones procesales y sus garantías son los condicionamientos de legitimidad constitucional de la determinación que hace el juez sobre la verdad jurídica y fáctica. Las diversas garantías procesales y probatorias son instrumentos de validez constitucional de la decisión del juez sobre la verdad jurídica y la verdad fáctica.

Debe tenerse presente que la adjudicación del derecho sustantivo en el Estado de Derecho se supedita a la coherente interpretación de las normas que regulan tal derecho —*Quaestio iuris*— y de la convicción sobre los hechos que son el presupuesto del mismo —*Quaestio facti*—. El derecho a la prueba tiene como contenido principal la facultad de la parte o del interviniente de exigir un determinado contenido de la verdad sobre los hechos favorables al interés material que persigue. En estas condiciones el papel del debido proceso es configurar y limitar el contenido de esa verdad a los condicionamientos de validez constitucional o legal. Y la función del derecho al acceso a la justicia es exigir una respuesta del juez sobre el derecho material en discusión, condicionando el contenido al debido proceso. La prueba entendida en su acepción de instrumento debe seguir el debido proceso en su configuración legal como derecho. El debido proceso, en general, sirve de presupuesto de validez en la obtención de la verdad de los hechos.

⁹ Sobre el debido proceso la Corte Constitucional —Sentencia T-140 de 1993. MP: Vladimiro Naranjo Mesa— ha dicho: “la finalidad del debido proceso está constituida por la forma de asegurar la objetividad en la confrontación de las pretensiones jurídicas”. “Con respecto a la causa final del debido proceso, hallamos que no es otra que garantizar el equilibrio armónico de las partes entre sí, bajo la dirección de un tercero imparcial que estará dispuesto a dar el derecho a quien le corresponda, en virtud de lo probado, es decir, de lo evidenciado por las partes bajo parámetros de legitimidad y oportunidad. Y esto se entiende como la

Aunque no es necesario que un derecho fundamental tenga un contenido totalmente independiente de otros derechos, se quiere demostrar que no todos los contenidos del derecho a la prueba se incluyen en algún otro derecho. De conformidad con el esquema constitucional colombiano el debido proceso es límite al ejercicio del derecho a probar; el derecho de acceso a la justicia sitúa los condicionamientos institucionales y económicos para que el ciudadano ejerza el derecho a la prueba y obtenga una respuesta efectiva al derecho material en cuestión. El derecho a la prueba, en esencia, busca es convencer al juez sobre un determinado sentido de la verdad de los hechos para satisfacer el interés material perseguido.¹⁰ El papel del debido proceso y del acceso a la administración de justicia es el de delimitar y restringir el derecho a la prueba.

No obstante, el derecho de la parte a convencer al juez sobre el interés perseguido puede darse aun en contravención con el debido proceso. Piénsese, por ejemplo, en las excepciones que ha creado la Corte Constitucional a la exclusión de la prueba ilícita y de sus efectos reflejos.¹¹ Por lo tanto, no todos los contenidos del derecho a la prueba hacen parte del debido proceso. El derecho a la prueba se puede hacer valer, en algunos casos, aun contra el debido proceso. En última instancia lo que señala esto es que el debido proceso es un derecho de carácter relacional y que no tiene un contenido único sino que depende del ámbito jurídico en el que se enmarque un problema jurídico especial. Con respecto al derecho a la prueba sirve de configurador del mismo —condiciones legales y constitucionales de validez—, pero al mismo tiempo, y en aparente contradicción, le establece restricciones —regla de exclusión—; y en ciertos eventos, la prueba tiene eficacia así viole el debido proceso —excepciones a la regla de exclusión y a sus efectos reflejos—.

expresión más clara de un sistema que desea que los fallos de sus jueces se aproximen con la mayor certeza posible a la verdad de los hechos, porque el sistema de la legalidad de la prueba, y de la debida notificación de las partes, no busca otra cosa que conservar la garantía mínima a los ciudadanos, de que tendrán siempre la posibilidad de ser escuchados, esto es, que el juez parte de un principio de incertidumbre que sólo puede ser llevado a través de la convicción positiva de los hechos, fruto de un debate”.

¹⁰ Al efecto, la Corte Constitucional en la sentencia T-171 de 2006 —MP: Clara Inés Vargas Hernández, Cons. 4.2.6— considera que “[...] el derecho a la prueba constituye uno de los principales ingredientes del debido proceso, así como del derecho al acceso a la administración de justicia y el más importante vehículo para alcanzar la verdad en una investigación judicial”.

Frente a esta posición de la Corte Constitucional hay que estar de acuerdo en que muchos de los componentes del derecho a probar están insertos en las garantías del debido proceso y del acceso a la justicia; empero, el contenido de la verdad fáctica del derecho a probar tiene como particularidad que es el perseguido por la parte de acuerdo al interés que persigue. Diferente es el contenido de la verdad que se obtiene bajo las exigencias del debido proceso y de la tutela judicial efectiva; se trata de una verdad restringida.

¹¹ Ver sentencia SU-159 de 2002.

No sólo hace parte del derecho a la prueba el que en caso de condena esta se base en pruebas que respeten el debido proceso y el acceso a la administración de justicia, sino también el que la convicción del juez sobre los hechos sea conforme al interés material perseguido por la parte o el interviniente. A lo que no se tiene derecho es a la nulidad o ineficacia de la prueba, pues estas son reglas probatorias que hacen parte del debido proceso cuyos efectos van en contravía del derecho a probar.

Con respecto al derecho a la prueba como inherente al ser humano es necesario precisar que la virtud de la verdad jurídica y fáctica que se extraiga de los procesos judiciales depende en gran medida la calidad de la adjudicación del juez sobre los bienes materiales de las personas que previamente han distribuido los derechos subjetivos de carácter sustantivo. Los derechos sustantivos distribuyen en abstracto facultades, obligaciones, sanciones, compensaciones, indemnizaciones, servicios asistenciales, etc.; pero la justicia de la adjudicación de estos bienes o sanciones dependerá de la interpretación que el juez haga del derecho, y de la conformación de su convicción sobre los hechos. Existe una estrecha relación entre el respeto a la ley —Constitución Política y legislación— y la virtud de la verdad jurídica y fáctica. De todo esto se extrae que la dignidad humana está en íntima conexión con el establecimiento de la verdad jurídica y la verdad fáctica en los procesos judiciales. La calidad de la condición existencial de las personas depende en gran medida de la virtud de la verdad jurídica y la fáctica.

La verdad jurídica es un asunto de interpretación del orden jurídico y la verdad fáctica de la racionalidad de los juicios a partir de la experiencia. El mundo jurídico y el de los hechos vienen indisolublemente unidos desde el lenguaje utilizado en la construcción de la norma jurídica. La proposición “quien matare a otro”, es un problema de interpretación jurídica pero tiene correspondencia con la experiencia del mundo material. La virtud de la verdad de la una y de la otra se relaciona íntimamente con la justicia del castigo. La dignidad humana en gran medida depende de la virtud de la convicción que sobre los hechos se ha formado el juez.

El derecho a la prueba es fundamental en la medida que es inherente al ser humano. La condición humana está íntimamente ligada al uso que de la prueba se haga y de la justicia de la decisión sobre la existencia de los hechos por parte del juez. La inherencia al ser humano del derecho a la prueba también puede verse con el fenómeno consistente en que el objeto de la prueba se encuentra en todos los ámbitos de la vida de la persona: en el cuerpo, en la psiquis, en la conciencia y en las expresiones de la vida social; de tal suerte que el ejercicio del derecho a la prueba tanto en su obtención como en su valoración incide en el ámbito de la persona en todas las esferas de su existencia.

El carácter de fundamental del derecho a la prueba también significa que tiene un alto grado de importancia. El grado de importancia de un derecho encierra un juicio de valor en el plano deontológico, como relación fundamental. Puede decirse que los derechos fundamentales son derechos humanos constitucionalizados y con garantía reforzada; la fundamentalidad de los derechos, grosso modo, deviene por lo siguiente:¹² se encuentran en la CP¹³ o en los tratados internacionales¹⁴ de derechos humanos, poseyendo tal carácter de fundamental, en principio, los individuales y, los que se encuentran reforzados, formalmente, mediante mecanismos como la eficacia directa —aplicabilidad inmediata—, justicialidad con la acción de tutela,¹⁵ reserva de ley como garantía contra las mayorías parlamentarias y la prohibición de suspensión mediante la normatividad de estados de excepción o emergencia.

La consagración constitucional se orienta a dotar a los derechos de alto grado de importancia y protección, no siendo posible su modificación por medio de simples leyes, de lo contrario, no serían realmente derechos fundamentales sino meros derechos legales. A propósito, ALEXY¹⁶ define los derechos fundamentales como “posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria”.

¹² Al respecto, CHINCHILLA HERRERA, Tulio Elí. *¿Qué son y cuáles son los Derechos Fundamentales?*. Bogotá: Temis, 1999. p. 89 y ss.

¹³ Colombia no es el único país que ha constitucionalizado este derecho con el carácter de reforzado, por ejemplo, el Art. 24-2 de la Constitución española contempla el derecho de probar con este carácter.

¹⁴ También, de una u otra forma los principales tratados internacionales de derechos humanos han consagrado este derecho a probar, por ejemplo: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —ratificado por la ley 74 de 1968—, consagra en su artículo 14-3-d, el derecho de toda persona acusada de haber cometido un delito, de interrogar o hacer interrogar en el proceso, tanto a los testigos de cargo como a los de descargo y ello en las mismas condiciones. La Convención Interamericana —ratificada por la ley 16 de 1972—, establece en su artículo 8-2-f, el derecho del inculpado a obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos. También lo consagra el art. 6-3 del convenio Europeo de Derechos Humanos, al contemplar el derecho del acusado a “interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra”.

¹⁵ La Corte Constitucional ha establecido que la acción de tutela en materia probatoria procede en los siguientes eventos: 1) Ante la negativa y práctica de la prueba: sentencia T-324 de 1996, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, FJ 12; y sentencia T-694 de 2000, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz. 2) En omisión de valoración de la prueba en la sentencia: Sentencia T-237 de 1995 —MP Alejandro Martínez Caballero, Cons.II,B,14—; Sentencia T-329 de 1996, MP: José Gregorio Hernández. 3) En caso de decisión judicial sin sustento probatorio: Sentencia T-556 de 2002, MP: Jaime Córdoba Triviño; Sentencia T-1342 de 2001, MP: Álvaro Tafur Galvis. En los eventos de omisión de apertura de la fase de práctica de pruebas en el proceso: Sentencia T-140 de 1993. MP: Vladimiro Naranjo Mesa. También en los casos en que en la obtención de la prueba se afectan derechos fundamentales sustantivos, ver las siguientes sentencias: T-097 de 1994, T-159 de 2002, T-690 de 2004, T-702 de 2001, T-301 de 2004.

¹⁶ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 3ª Ed. Frankfurt, A.M., 1996. p.406. Citado por: ARANGO, Op. Cit. p. 31.

Un derecho fundamental es aquella situación subjetiva ventajosa que por tener una sustentación deontológica sólida —derivar de un valor ético-jurídico fundante del orden constitucional—, está dotada del máximo nivel de garantías jurídicas reforzadas, como el supremo poder de reclamación que alguien puede hacer a la comunidad en la que vive. Son derechos originalmente morales llamados a proyectarse sobre la juridicidad por su hondo anclaje en la ética discursiva compartida por los integrantes de las sociedades occidentales.¹⁷

Otra de las características que se le asigna a los derechos fundamentales es la existencia de un contenido esencial que “[...] no depende de las mayorías parlamentarias sino que se impone a ellas y que resiste con dureza a las restricciones o limitaciones que legítimamente y en aras de la protección de otros bienes colectivos deba sufrir el derecho; zona central que cuando se toca, inmediatamente ese derecho se torna nugatorio o se desnaturaliza o se transforma en otra cosa (en otro derecho o en un deber)”.¹⁸

El derecho fundamental a la prueba tiene un contenido esencial que debe ser respetado por el legislador y las autoridades públicas. No empece, si se observa atentamente el inc. final del Art. 29 de la CP, este contenido esencial se restringe cuando se aplica la regla de la nulidad de pleno derecho de la prueba por violación al debido proceso. Hay que advertir que esta restricción obedece a la delimitación que desde la misma CP se puede extraer de los valores constitucionales, como la libertad y la igualdad de las personas. Valores que le imprimen a la prueba el carácter de instrumento de la persona en pos de sus intereses; de ahí que la prueba no puede constituirse en un fin en sí mismo que ponga a la persona como su instrumento.

Finalmente, hay que precisar que el derecho a la prueba tiene categoría de fundamental en el evento en que cumpla con la inherencia al ser humano y su condición existencial. Cuando el titular del ejercicio del derecho a la prueba coincide con la persona misma titular de un bien o de un interés jurídico se puede hablar sin duda alguna de que existe una posición iusfundamental a la prueba. Cuando se trata de casos en los

¹⁷ Al respecto, la Corte Constitucional —Sentencia T-418/92, MP: Simón Rodríguez Rodríguez. Cons. V.2— considera que los derechos son fundamentales “[...] por su inherencia con respecto al núcleo jurídico, político, social, económico y cultural del hombre [...] Estos constituyen las garantías ciudadanas básicas sin las cuales la supervivencia del ser humano no sería posible [...] Un derecho es fundamental por reunir estas características y no por aparecer reconocido en la Constitución Nacional como tal”. Esta misma Corte, en otra oportunidad —Sentencia T-419/92, MP: Simón Rodríguez Rodríguez. Cons. III,3,A—, consideró: “Los derechos fundamentales son los que corresponden al ser humano en cuanto tal, es decir, como poseedor de una identidad inimitable caracterizada por su racionalidad que le permite ejercer sus deseos y apetencias libremente. De ahí que se le reconozca una dignidad -la dignidad humana- que lo colocan en situación de superior en el universo social en que se desenvuelve, y por ello, es acreedor de derechos que le permiten desarrollar su personalidad humana y sin los cuales ésta se vería discriminada, enervada y aún suprimida”.

¹⁸ CHINCHILLA HERRERA. *Op. Cit.*, p. 89 y ss.

cuales el titular del derecho a la prueba nombra un representante judicial escogido y controlado por aquel, se puede decir que se tiene un derecho fundamental de similar calidad. Pero cuando el bien o el interés jurídico es perseguido por un órgano o alguna autoridad sin consentimiento alguno del titular del mismo esa posición iusfundamental se diluye. Por ejemplo, en el caso penal, la víctima es el titular del bien o del interés jurídico sustantivo en cuestión, por lo que debe tener una mejor posición iusfundamental frente la prueba que la que tiene el funcionario de la Fiscalía General de la Nación (FGN) que sin el querer ni la confianza de aquella ejerce la acción penal. El mismo fenómeno ocurre con la Defensoría Pública. Se trata de abogados que son impuestos al imputado o acusado y que no son de su confianza.

El derecho a la prueba y el acceso a la justicia en materia penal para la víctima y el procesado se ven mejor protegidos en su contenido esencial si el asesor jurídico o el representante judicial de sus intereses, bien que esté vinculado a la FGN o a la Defensoría Pública se ejercieran con la escogencia y el control de aquellos. Este sistema podría mejorar sensiblemente el control sobre la calidad del derecho a la prueba y en general permite más eficiencia en el servicio público de la acusación o de la defensa. Entre más próximo sea el sujeto procesal al interés o al derecho sustancial, más eficaz será el derecho a la prueba y al acceso a la justicia. Entre más lejano se encuentre el sujeto procesal de tal interés o derecho, menos controles, más injusticia, más capricho, más deficiencia. En nuestro medio el abogado del pobre, la FGN, la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría Pública se encuentran muy alejados del bien jurídico o del derecho fundamental del ciudadano. Estos órganos lo que hacen es defender directamente los intereses del Estado y sólo indirectamente lo hacen con los de los ciudadanos. Debe tenerse presente que los intereses del Estado son muy importantes, pero no tienen el carácter de derechos fundamentales.

En Colombia se ha instaurado un sistema político de Estado Social de Derecho fundado en los derechos fundamentales, pero en el aparato de justicia la inmensa mayoría de los ciudadanos no tienen representación en serio de sus derechos. Sólo existen una serie de instituciones burocráticas que bajo el expediente de obedecer intereses estatales o colectivos antes que tutelar realmente a las personas de carne y hueso sólo funcionan en protección de intereses privados de presión que se agazapan en sedes paraestatales ubicadas ordinariamente en partidos políticos o en grupos económicos o en sindicatos. El “paraestatalismo” en nuestro país no sólo es un fenómeno militar sino que también lo es para la justicia, la seguridad social y otros ámbitos.¹⁹

¹⁹ Al respecto, FERRAJOLI, Luigi. El garantismo y la filosofía del derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. p.71 y ss, se refiere al fenómeno en Italia de la distribución de prestaciones sociales a cargo del Estado a favor de los ciudadanos en sedes ocultas paralelas al Estado que favorecen a algunos intereses privados y no a la población general.

2.4 El carácter negativo y a la vez positivo del derecho fundamental a la prueba

Tradicionalmente, los derechos fundamentales se clasifican en derechos de defensa y derechos de prestación, según la función que cumplen en la relación Estado-ciudadano. Los primeros, refieren a la acción negativa del Estado que limita su campo de acción asegurando la libertad del ciudadano, es decir, actúan como un contenedor del poder del Estado. Los segundos, requieren de la acción positiva del Estado, la cual asegura la intervención del ciudadano en prestaciones normativas o la participación del ciudadano en prestaciones fácticas. El derecho a la prueba y en general los derechos procesales hacen parte de los derechos civiles del ciudadano con su carácter negativo o defensa.

Esta clasificación entendida en forma rigurosa es propia de una concepción decimonónica del Estado mínimo. Desde el punto de vista del Estado Social de Derecho es una clasificación sesgada, ya que los derechos negativos implican, para su efectiva realización, acciones positivas del Estado, como es la de establecer leyes, infraestructura económica o de seguridad policial evitando que los derechos se tornen nugatorios; pues de qué sirve el derecho a la vida si el Estado no presta el servicio de seguridad ciudadana.²⁰

El derecho a la prueba es un derecho negativo que implica la obligación correlativa del Estado frente al titular de ese derecho consistente en un no hacer; abstenerse de vulnerar el derecho de la parte al aseguramiento, la proposición, admisión y valoración racional de la prueba. Simultáneamente, implica una obligación positiva por parte del Estado de contribuir a la efectividad de este derecho y de los valores que representa, obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o un valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos

²⁰ Al respecto, ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Cristian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Trotta, 2004. p. 19 y ss., dicen: “Así, aún aquellos derechos que implican una limitación de acción del Estado conllevan una intensa actividad estatal destinada a que otros particulares no intervengan en esas libertades y al restablecimiento de la libertad o a la reparación del perjuicio en caso de la interferencia realizada. Así, la contra-cara de estos derechos civiles y políticos está en la acción del Estado para el cumplimiento de funciones de policía, seguridad, defensa, justicia, etc. (Ej. Defensa de la propiedad). En este orden de ideas, la estructura de los derechos [civiles y políticos] puede ser caracterizada como un complejo de obligaciones negativas y positivas del Estado”. Así, las diferencias entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos y culturales son de grado, más que sustanciales. Los últimos, son obligaciones de hacer “[...] pero es fácil descubrir en su estructura la existencia concomitante de una obligación de no-hacer. Ej. El derecho a la salud implica la obligación de no dañar la salud, el derecho a la educación supone la obligación de no empeorarla, el derecho al medio ambiente implica la obligación de no afectarlo”.

para su defensa.²¹ Estos supuestos para hacer efectivo el derecho a probar son el establecimiento de una regulación normativa, el disponer de la existencia de una infraestructura económica y la asistencia legal que permitan el acceso a la justicia al ciudadano para efectos de hacer realidad la actividad probatoria.

Si la posición jurídica que implica el derecho al acceso a la administración de justicia —Cfr. Art. 228 de la CP— no incluyera estas acciones de prestación por parte del Estado se produciría un daño irremediable para las partes en su derecho a “presentar las pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra” —Art. 29 de la CP—. Carecer del recurso económico para realizar un dictamen pericial equivale a no tener un derecho en serio a la prueba. Por esta vía argumentativa, la posición jurídica que le da la CP de probar a las partes presupone una obligación correlativamente implícita para la rama legislativa y ejecutiva del poder público de asegurar los recursos económicos para el acceso a la justicia al ciudadano que carece de capacidad económica.

Con el derecho fundamental al acceso a la justicia, no sólo el juez en el ámbito del proceso resulta obligado, sino las demás ramas del poder público; de lo contrario, no sería posible, en serio, el acceso a la justicia, a la defensa ni a la prueba. Al Estado no le basta estructurar un sistema de justicia para aparentar que cumple con la potestad de monopolizar su ejercicio, sino que deben tener la posibilidad de acceder, en condiciones de igualdad, todos los ciudadanos, ricos o pobres; ya que se le daría un trato discriminatorio al que no tiene capacidad económica, siendo tratado por el Estado más como un simple súbdito de la autoridad que como un verdadero ciudadano. Tal como se verá más adelante, el cumplimiento del derecho al acceso real efectivo a la justicia es presupuesto del derecho fundamental a la prueba.

2.5 El derecho a la prueba tiene el carácter de procesal

El carácter de procesal es obvio, se ejercita y desarrolla en el marco de un proceso. Incluso, si un ciudadano interpusiera una acción de tutela o una acción de cumplimiento²² con miras a hacer efectivo el derecho a la prueba a fin de obtener la prestación económica para la realización de un dictamen, por ejemplo, se estaría haciendo valer un derecho de carácter procesal. El dictamen se realizaría como parte del ejercicio del derecho al acceso a la justicia. Aun en el caso de los llama-

²¹ En el caso de los derechos fundamentales en general, ver PRIETO SANCHIS, Luis. Estudios sobre derechos fundamentales. Madrid: Debate, 1990. p. 413.

²² Siempre y cuando se cumplan los requisitos para la procedencia de la acción de cumplimiento: rubro debidamente aprobado y en ejecución.

dos documentos que sirven de requisitos *Ad Substantiam actus* de ciertos negocios jurídicos, también para efectos del proceso judicial tienen el carácter de procesales, aunque en el ámbito extraprocesal cumplan el papel de requisito sustancial. Queda claro, que sobre estos documentos, en el ámbito del proceso, se tiene el derecho a su admisión y valoración racional.

2.6 Carácter instrumental del derecho a la prueba

A la prueba, intrínsecamente, se le puede atribuir un carácter epistemológico o intelectual por tratarse de una construcción lógica o racional,²³ manifestándose esta particularidad en preceptos que se sobreentienden como parte de la cultura científica, entre estos: la necesidad de prueba, la contradicción de la misma y la apreciación racional, aspectos que son componentes básicos del derecho a la prueba. El derecho a probar es un instrumento racional que permite a las personas propender porque el interés material sea reconocido dentro de un proceso. La prueba es una opción estratégica de parte, en función de intereses legítimos frente al juez que aplica justicia.

Este carácter instrumental se muestra reparando en que la utilidad de la prueba en los procesos judiciales es la de servir como requisito de validez para la asignación gradual, de acuerdo a la naturaleza del acto procesal o del estado del proceso penal, de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales del procesado.²⁴ La prueba, especialmente en el sistema penal, es un condicionamiento para la dosificación de la violencia institucional a las personas. Así, la prueba a pesar de su carácter gnoseológico cumple un papel político importante en la práctica de la jurisdicción; en ésta, el reconocimiento o la supresión de los derechos y las libertades de las personas depende, entre otros elementos, de la prueba.

²³ Cfr. FERRAJOLI. Derecho y razón ... *Op. Cit.* p. 152-153.

²⁴ Al respecto, el derecho procesal penal establece diferentes tarifas o grados de convicción probatoria como requisito sustancial dentro del proceso según la fase o la naturaleza del acto procesal en la aplicación de las medidas restrictivas a los derechos fundamentales del procesado: para la medida de aseguramiento, el Art. 308 del Código de Procedimiento Penal de 2004, exige que de los elementos materiales probatorios y la evidencia física recogida y asegurada; o de la información obtenida legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o participe de la conducta delictiva que se investiga; con respecto a la acusación se exige probabilidad de verdad de que la conducta existió y que el imputado es autor o participe —Art. 336 *Ibíd.*—; por su parte, para emitir sentencia condenatoria se exige “conocimiento más allá de toda duda” —Ver, Art. 381—; en relación con las medidas cautelares sobre los bienes del procesado se exige como requisito que se haga en o desde la imputación —Art. 97 *Ibíd.*—, la cual a su vez, por interpretación debe ser la misma de las medidas de aseguramiento; y en el caso concreto del allanamiento y otras medidas restrictivas en procura de la preconstitución de la fuente de prueba se exige como respaldo probatorio mínimo en la motivación de las mismas los medios de convicción de que trata el Art. 221 *Ibíd.* Finalmente, como requisito de legalidad de los preacuerdos y aplicación de principio de oportunidad se exige “un mínimo de prueba” de responsabilidad —Cfr. Art. 327 *Ibíd.*—.

Una consecuencia política importante del carácter instrumental de la prueba es que es un simple medio al servicio de las personas; por lo tanto, es inaceptable que la prueba sea un fin en que se puedan hasta sacrificar los derechos y las libertades de las personas para su obtención. A pesar que la fundamentalidad del derecho a probar implica que este derecho debe realizarse siempre en la mayor medida de lo posible; no obstante, este derecho —como ningún otro— no puede expandirse en su efectividad a tal extremo que en su realización se sacrifiquen los demás derechos fundamentales. El instrumento, en un Estado Constitucional de Derecho, de manera alguna puede llegar a afectar a la persona; pues esta última es la finalidad de un sistema como el declarado en la CP colombiana. Por lo tanto, la verdad que se obtenga en los procesos judiciales debe ser la mínima posible que permita la máxima eficacia de los demás derechos fundamentales.²⁵

3. PERSPECTIVA SUBJETIVA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRUEBA

3.1 Características del derecho subjetivo a la prueba

Todos los derechos fundamentales son subjetivos y comparten las siguientes tres características: una norma jurídica, una obligación jurídica y una posición jurídica; las cuales, referidas a los derechos fundamentales, adoptan una cualidad especial: como normas jurídicas valen sólo las normas de derechos fundamentales. Como obligaciones jurídicas sólo cuentan aquellas fundamentales y como posiciones jurídicas aquellas que sólo pueden ser obtenidas de las disposiciones de derechos fundamentales mediante una justificación jurídica fundamental correcta.²⁶

²⁵ Al respecto, Ferrajoli (Derecho y razón [...] Op. Cit. p. 542) señala que la verdad procesal posible es la mínima entendida en su carácter esencialmente cognoscitivo y limitada al respeto de los derechos fundamentales y a las formas y garantías procesales; en estas condiciones la verdad procesal se constituye en una fuente de legitimación específica de la jurisdicción en un Estado de Derecho. En contraste, el modelo de verdad máxima es el propio de los sistemas inquisitivos premodernos en los que la prueba no tenía límites en su obtención. En términos de ROXIN —Op. Cit. p. 191— “[...] la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal; antes bien, el propio proceso penal está impregnado por las jerarquías éticas y jurídicas de nuestro Estado”. “No es un principio de la StPO que la verdad deba ser averiguada a cualquier precio”.

²⁶ ARANGO, Rodolfo. El concepto de derechos sociales fundamentales. Bogotá: Legis. 2005. p. 31-32. En este sentido, también CHINCHILLA. Qué son y cuáles son los Derechos [...] p. 16 y ss.

En lo que respecta a la primera característica mencionada es preciso establecer que todo derecho subjetivo reconoce al menos una norma jurídica válida; entendiendo por tal, un enunciado normativo de carácter legal o fundamental cuyo cumplimiento puede ser forzado por el poder estatal mediante el cual se declara que una acción es ordenada, prohibida o permitida.²⁷

La segunda característica de los derechos subjetivos alude a la obligación jurídica que impele a otro a hacer o dejar de hacer algo.²⁸ En el caso de la regulación del derecho fundamental a la prueba —Art. 29 de la CP— se establece una obligación jurídica para el órgano jurisdiccional que es ante el cual se presentan y se controverten las pruebas. Las obligaciones jurídicas derivadas de los enunciados normativos pueden establecerse de manera directa o indirecta. La directa es la que se encuentra en forma expresa por la norma jurídica y la indirecta es la que se establece por interpretación del enunciado normativo y se justifica por medio de una norma. *Ad exemplum*, el Art. 29 *Ibidem* establece una posición jurídica expresa a favor del sindicado de “[...] presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra”. Empero, en este enunciado, expresamente, no se dice quién es el obligado ni tampoco se esclarecen todos los contenidos posibles de la obligación.

Como tercera característica se encuentra la posición jurídica. Esta es la que tiene un sujeto de derecho en el ordenamiento jurídico y que debe entenderse, de un lado, la que puede ser fundamentada con razones válidas y suficientes y, del otro, aquella cuyo no reconocimiento injustificado ocasiona un daño inminente al sujeto de derecho. En cuanto a lo primero, la posición jurídica del individuo se establece a partir de una argumentación racional que se funda en un enunciado normativo o en una red de enunciados normativos explícitos o implícitos establecidos a partir de la interpretación sistemática.²⁹ Y en cuanto a lo segundo, el criterio del daño facilita la determinación de la posición jurídica de un sujeto al evitar complicadas interpretaciones de las normas sobre la intención del legislador.³⁰

²⁷ *Ibid.* pp. 10-12

²⁸ *Ibid.* p. 13

²⁹ *Ibid.* p. 20

³⁰ Al respecto, ARANGO —*Ibid.* p. 123— explica que lo común a las teorías positivistas —KELSEN, BENTHAM y HART— sobre la posición jurídica es que ésta se justifica a partir de las razones de derecho derivadas de la interpretación semántica o genética de las normas jurídicas a partir de las cuales se derivan obligaciones jurídicas explícitas; por lo tanto, presupone conceptualmente una relación necesaria entre el derecho fundamental y la disposición normativa individual, de esta manera, la existencia de una disposición normativa expresa es condición necesaria que crea el derecho subjetivo.

De esta forma, se asume una teoría analítica de la posición jurídica mediante la cual se le reconocen tres elementos: la posición en sentido lógico (formal), en el sentido de su contenido (sustancial) y en sentido político. Desde un punto de vista lógico, una posición es la relación deóntica en virtud de la cual el individuo está habilitado para exigir algo de otro. Desde la perspectiva sustancial, una posición es la situación reconocida y protegida a un individuo dentro del ordenamiento jurídico. Y en sentido político, significa que un individuo es tomado en serio.³¹ Lo complementario de esta teoría analítica con respecto a la positivista es el último elemento, ya que si a partir del desconocimiento de un contenido se afecta un derecho reconocido por la CP, a partir de este daño se pueda dar por reconocido implícitamente aquel contenido.³²

La revisión de la posición jurídica del sujeto con respecto al ejercicio del derecho a la prueba nos lleva a revelar la existencia de privilegios, por ejemplo, en materia de prueba documental en protección de ciertos derechos o intereses materiales en desmedro de otros sujetos.³³

Con base en esta teoría analítica puede decirse que el no reconocimiento de un contenido normativo como el de exigir del juez la valoración racional de la prueba produce como daño hacer nugatorio o insulso el contenido constitucional expreso de la Constitución Política del derecho a presentar pruebas y contradecir las que se alleguen en su contra. De esta forma se puede sustentar que el derecho fundamental a la prueba tiene como contenido implícito el derecho al aseguramiento de la

³¹ Ibid. p. 19-20

³² Para el profesor ARANGO—Ibid. p. 20— “[...] los derechos subjetivos no son tan sólo aquellas posiciones jurídicas que aparecen de manera expresa o como reflejo de un deber jurídico en un enunciado normativo. Los derechos subjetivos son todas las posiciones jurídicas que se le pueden adscribir a un enunciado normativo o a una red de enunciados normativos por medio de razones válidas”.

³³ Existen documentos que ponen a los titulares de ciertos derechos subjetivos en una situación de privilegio con respecto a los ciudadanos que ostentan la calidad de titulares de otros bienes de igual valor o quizás superior. Por ejemplo, los documentos que a su vez son requisitos *Ad substantiam actus* como las escrituras públicas debidamente registradas son el modo en el que el legislador ha querido concederle un estatus especial a las personas que tienen título de propiedad sobre los inmuebles por encima de las personas que tienen la calidad de poseedores materiales sobre los mismos. Estas últimas personas tienen un interés material sobre la tierra o sobre la vivienda en una estrecha conexión con la condición existencial de la persona pero con una protección probatoria más precaria o débil. Lo mismo ocurre con los documentos títulos valores que sirven de título ejecutivo que crea el legislador para proteger los intereses materiales de los comerciantes o de las entidades financieras. El dueño del capital accede al proceso en una situación de privilegio con respecto al deudor. Desde este punto de vista, aunque la prueba en abstracto pudiera ser tendencialmente neutra, su configuración legal de manera alguna es neutra ya que tiene una honda repercusión en las condiciones existenciales de las personas. Desde esta perspectiva el ejercicio de litigio, los juicios de los jueces, las enseñanzas de los catedráticos en muchos casos lo que hacen es transmitir y reproducir las posiciones de privilegios que crea el legislador a favor de unos ciudadanos en desmedro de otros.

prueba, ya que si no se reconociera, se haría insulso el derecho a la contradicción de la misma.³⁴ La posición jurídica del derecho a probar también la tiene la parte de un proceso civil o de cualquier otra naturaleza, de lo contrario se le daría un trato discriminatorio sin justificación alguna a los sujetos procesales diferentes al sindicado en el proceso penal.³⁵

Cabe decir que se le da mayor prioridad a la interpretación sistemática y teleológica sobre la semántica y la originalista, debiendo el juez, a partir del respeto a las reglas de la argumentación jurídica, pronunciarse en un caso específico a favor del derecho fundamental interpretativamente construido. Esto conduce a afirmar, en términos de ARANGO,³⁶ la supremacía de los derechos subjetivos sobre el derecho objetivo porque aquellos pueden ser ganados mediante argumentación.

A manera de ejemplo, puede analizarse la posición jurídica de la víctima frente al proceso penal. La Corte Constitucional³⁷ realizando un análisis sistemático de la Constitución ha extendido el derecho a intervenir de la víctima en el proceso en igualdad de condiciones a la del procesado. Aunque la víctima en el Código de Procedimiento Penal de 2004 no es parte en los procesos penales sí tiene derecho a intervenir y, por lo tanto, puede ejercer el derecho a la prueba; es evidente que si la víctima tiene derecho a acceder al proceso en aras de obtener la reparación a raíz del delito de nada sirve este derecho si no cuenta con la posibilidad de solicitar pruebas que propendan por la conformación de la convicción del juez sobre la verdad de la responsabilidad criminal. La posición iusfundamental de la víctima frente al proceso puede extenderse por interpretación a otros contenidos no reconocidos expresamente en la ley.

³⁴ Para ARANGO —Ibíd. p. 124— una interpretación sistemática de los derechos fundamentales se hace a partir de la conexión de diversas disposiciones normativas, y mediante un procedimiento racional y controlable. Esto ocurre, por lo general, mediante una argumentación contrafáctica: la necesidad del reconocimiento de un derecho se demuestra atendiendo a los efectos que la negación del pretendido derecho tendría a la luz de determinadas condiciones fácticas. Si el no reconocimiento de un derecho fundamental innominado conlleva una consecuencia contraria a la Constitución, entonces se hace jurídicamente necesario su reconocimiento.

³⁵ Sobre las limitaciones en cuanto a la titularidad del derecho a la prueba se pronunció DEVIS ECHANDÍA —Op. Cit. p. 35— aseverando que no sólo se vulnerarían el derecho a la igualdad real y efectiva de las partes en el proceso, del contradictorio efectivo, de la audiencia bilateral, sino que además resultaría nugatorio el ejercicio de la acción e ilusorio el derecho material lesionado, discutido o insatisfecho.

³⁶ ARANGO, Op. Cit. P. 22. También, PICÓ IJUNOY —Derecho a la prueba [...]. Op. Cit. pp. 157-158— con toda razón dice que los derechos fundamentales desde esta perspectiva se configuran como auténticas normas jurídicas con vigencia y efectividad propias.

³⁷ En este sentido, ver la Sentencia C-228 de 2002 y la C-054 de 2006.

3.2 Estructura del derecho subjetivo a la prueba

La estructura del derecho fundamental a la prueba es la siguiente: existen unos titulares del derecho, unos obligados y, finalmente, tiene un objeto.³⁸ A continuación se estudiarán estos elementos estructurales del derecho fundamental a la prueba.

3.2.1 Titulares del derecho fundamental a la prueba

Son todos aquellos sujetos de derecho a los cuales el ordenamiento jurídico les ha conferido una posición jurídica determinada, esto es, tanto la persona física como la jurídica, los grupos e incluso órganos como la Fiscalía³⁹. Hay que advertir, que se incurre en una falacia naturalística al pensar que sólo los individuos de la especie humana son titulares del derecho a la prueba como derecho fundamental; si bien ellos son sujetos de ese derecho no lo son de manera exclusiva.⁴⁰ De ahí que el órgano jurisdiccional deba propender porque el proceso se desarrolle en plena contradicción de los litigantes, que posean idénticas posibilidades de afirmar, pedir, probar, alegar y recurrir. De lo contrario, resultaría nugatorio el ejercicio de la acción e ilusorio el derecho material lesionado, discutido o insatisfecho.⁴¹

El sujeto activo de la relación jurídica procesal, son en general, las personas naturales, jurídicas y los grupos; incluso en el ámbito penal y otros órdenes jurídico-normativos, este derecho lo poseen órganos como el Ministerio Público, los defensores de familia o la misma FGN. El derecho a la prueba lo puede ejercer la parte procesal o el interviniente presente o futuro, bien se trate de persona natural, moral o un órgano. La parte procesal puede ser el demandante, el demandado en un proceso civil, la Fiscalía o el imputado en un proceso penal. En general, los intervinientes en las diversas modalidades de procesos. La FGN en los eventos de aseguramiento de prueba del ord. 2 del Art. 250 de la CP no actúa en ejercicio del derecho de probar sino mediante una facultad oficiosa sujeta a un control posterior por el Juez de Control de Garantías. No obstante, sobre los órganos que representan intereses de otras personas que son las legítimas titulares del interés material en cuestión, debe tenerse presente lo dicho antes sobre la inherencia de su derecho a probar.

³⁸ Al respecto, ARANGO —*Op. Cit.*, p. 59-113— hace referencia en concreto a los derechos sociales. No obstante, lo que se pretende en el presente trabajo es aplicar esta estructura, en lo posible, al derecho fundamental a la prueba.

³⁹ En términos similares, ver PICÓ I JUNOY, *Op. Cit.*, Derecho a la prueba [...]. pp. 33-35.

⁴⁰ Al respecto, ARANGO —*Op. Cit.*, p. 71-72— haciendo referencia a los derechos sociales.

⁴¹ ECHANDÍA, Devis. Teoría general de la prueba judicial. Citado por: JUNOY PICÓ, Derecho a la prueba [...]. *Op. Cit.*, p.35.

3.2.2 *El obligado con el derecho fundamental a la prueba*

En el ámbito intraprocesal el obligado con respecto al derecho a la prueba es el juez en la actividad probatoria. En el ámbito extraprocesal, el obligado es el juez en los casos del aseguramiento de prueba mediante el trámite de la prueba anticipada tanto en materia civil como penal. Lo es el Juez de Control de Garantías en los casos en que a petición de un órgano como la FGN se pronuncia sobre la admisión de actos de investigación que afecten derechos fundamentales de las personas.

En el ámbito extraprocesal para el ciudadano, entidades diferentes a la FGN o la PJ, el mecanismo para la obtención de documentos o de certificaciones mediante las cuales no se afecten derechos fundamentales de las personas es el derecho de petición. El derecho de petición es un derecho subjetivo que contiene la misma estructura básica aquí enunciada. En este caso, los obligados son, por ejemplo, las entidades públicas o privadas como es el caso de las bancarias o las que certifican los registros de diversa índole —Cámaras de Comercio, Oficinas de Tránsito o de Instrumentos Públicos, etc.—.

3.2.3 *El objeto del derecho fundamental a la prueba*

El objeto del derecho fundamental a la prueba es señalado por el contenido de una norma de derecho fundamental y de la obligación jurídica fundamental; el cual consiste en una acción fáctica positiva u omisión a cargo del obligado, cuyo cumplimiento es necesario para la realización del derecho, vale decir, para la posición jurídica del sujeto.⁴²

En el ejercicio del derecho fundamental a la prueba el juez tiene la obligación negativa de omitir cualquier acción lesiva a la posición jurídica de los sujetos procesales, sin que para ello tenga razones debidamente justificadas. Tiene la obligación positiva de admitir, practicar y valorar la prueba en forma racional; y la obligación de conceder el amparo de pobreza para el ejercicio del derecho a la prueba. Sólo puede denegar estas acciones cuando exista justificación constitucional o legal que así lo prevea.

⁴² Según el profesor ARANGO —Op. Cit. p. 108— el objeto de un derecho fundamental depende de cómo ha de realizarse un derecho fundamental; de esta forma, cuando el derecho fundamental tan sólo necesita de la no intromisión de otros para su realización entonces el objeto del derecho fundamental es una omisión; en este caso se trata de un derecho de defensa. En contraste, si para la realización del derecho fundamental se requiere de una acción, entonces el objeto del mismo se cumple a través de una conducta positiva a cargo de otro; en este caso se trata de un derecho de prestación.

Esta estructura del derecho subjetivo a probar tiene importancia en la protección, no sólo de este derecho sino de los demás derechos fundamentales sustantivos y procesales, tanto frente a las partes como a los terceros. Este derecho, genera una relación jurídica entre el juez y las partes en la que además de hacer valer derechos y obligaciones, permite un mutuo control entre las partes, entre éstas y el juez.

Aunque la actividad probatoria comienza con la iniciativa de la parte, debe tenerse presente que la admisión, la práctica y la valoración de la prueba no dependen del capricho de alguna de las partes, sino del juez que como tercero supraordenado decide sobre estas actividades. La parte interesada en la prueba tiene la posibilidad de ejercer un contrapeso a este tercero, bien exigiéndole una conducta positiva o de abstención, según las circunstancias; también la contraparte puede exigir otras pruebas o interponer recursos para hacer realidad sus derechos al igual que las obligaciones del juez.

Esta estructura provee una cautela contra el abuso que se pueda presentar en el ejercicio del derecho a la prueba cuando interfiere con otras posiciones iusfundamentales como la intimidad, la autonomía de la persona o la integridad física tanto de las partes como de terceros. En este caso, el juez no sólo está obligado a proteger estas últimas posiciones iusfundamentales de las personas, sino que además existen diversos mecanismos que pueden hacer realidad este control, como la nulidad de pleno derecho de la prueba de que trata el inc. final del Art. 29 de la CP.

Este es el gran problema de la prueba de oficio, que como se trata de una actividad potestativa del juez o del funcionario instructor se reduce la posibilidad de control por parte de un tercero ajeno al interesado en la prueba. Prestándose para el abuso, como de hecho se da en Colombia en la preconstitución de prueba mediante algunos actos de investigación que se realizan por mano propia por parte de la FGN.

4. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRUEBA

Este derecho es extensible a todos los órdenes jurisdiccionales, merced al cual “toda persona puede defender y proteger sus intereses sin limitación alguna por razón del tipo de tribunal al cual se requiere su tutela”,⁴³ es aplicable en actividades extraprocesales de carácter judicial como el trámite de la prueba anticipada, en las diligencias penales que realizan los Jueces de Control de Garantías con respecto a las decisiones que afectan derechos fundamentales de las personas, como la liber-

⁴³ JUNOY PICÓ I, Joan. El derecho a la prueba [...] p. 32.

tad, la intimidación, a no ser molestado en su persona, etc; se extiende a todo tipo de procedimiento sancionatorio o disciplinario bien del ámbito judicial o extrajudicial como los que se presentan en diversas instituciones públicas o privadas, como en las empresas y establecimientos educativos.

La redacción que trae el inc. 4 del Art. 29 CP en la que pareciera, a primera vista, que el derecho a probar solamente lo tuviera el sindicado dentro del proceso penal, debe ser interpretada de conformidad con el principio de igualdad, según el cual, no es posible el trato discriminatorio injustificado por la ley procesal para las partes en los procesos civiles⁴⁴ o de cualquier otra naturaleza; al respecto, se ha pronunciado la Corte Constitucional prescribiendo que en esta materia no se excepcionan las garantías del debido proceso del Art. 29 de la CP para ningún tipo de procedimiento judicial, administrativo o sancionatorio⁴⁵. De este modo, la interpretación restrictiva del derecho a la prueba implicaría un trato discriminatorio injustificado que debe remediarse mediante una interpretación facilitándole la oportunidad a las partes de otros procesos a acceder a tal garantía y a las demás que hacen parte del debido proceso constitucional, para el sindicado en el proceso penal.

Finalmente, las locuciones derecho a presentar y a contradecir pruebas hacen referencia tanto a la parte activa como también a la pasiva del proceso; tanto para el sindicado como para la acusación, para el demandante como para el demandado. Pese a que tales locuciones no contienen vocablos que hagan referencia a las fases de la actividad probatoria de la admisión, práctica y valoración racional, por interpretación sistemática se hace evidente la posición iusfundamental de exigir la presentación y contradicción de la prueba, que ésta sea asegurada, admitida, practicada y valorada racionalmente para efectos de que aquellas no se hagan nugatorias o baladíes.

⁴⁴ Según el Art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 19 de diciembre de 1966 —ratificado por Colombia mediante Ley 74 de 1968— “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tiene derecho a ser oído públicamente y con las debidas garantías por un tribunal [...] para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”.

⁴⁵ Al respecto, la Corte Constitucional interpretando el Art. 29 de la CP y sus diversas garantías como el debido proceso y el derecho de probar, ha dicho que este derecho no comprende solamente al sindicado sino a las partes, en general, en los procesos judiciales, e incluso al disciplinado en diversos procesos sancionatorios acogiendo los que realice el juez dentro del proceso; al respecto ver sentencias: T-351 del 30 de agosto de 1993 —Cons. II,5, MP: Antonio Barrera Carbonell—; Sentencia C-218 de 1996 —MP: Fabio Morón Díaz—; T-242 de 1999 —MP: María Victoria Sáchica Méndez, apartado II—; y la Sentencia T-538 de 1993, MP: Hernando Herrera Vergara. En contraste, la Corte Suprema de Justicia bajo la Constitución de 1886 —mediante Sentencia 6 de febrero de 1889, MP: Jaime Sanín Greiffenstein— consideraba que los poderes correccionales del juez constituían una excepción al debido proceso.

5. CONCLUSIONES

PRIMERA: El derecho a la prueba es un derecho fundamental en consideración a la inherencia con la persona, debido a que en gran medida la condición existencial de aquellas depende de la virtud de la verdad que declaren los jueces en los procesos judiciales y porque la prueba se encuentra en todos los ámbitos de la vida de las personas, en su cuerpo, en su intimidad o en sus actividades sociales. Se trata de un derecho formalmente establecido en la CP como individual y con mecanismos de refuerzo como la aplicación directa y la tutela; y tiene un contenido esencial que es el de formar la convicción del juez sobre la verdad del interés material que persigue la persona.

SEGUNDA: Se trata de un derecho subjetivo que implica una posición iusfundamental de las personas frente al juez, para exigirle a éste el aseguramiento, la admisión, la práctica y la valoración de la prueba; además, tiene como requerimiento para el juez evitar todo tipo de obstáculo legal o de hecho para poderse realizar su ejercicio efectivo de este derecho.

TERCERA: El derecho a la prueba tiene un carácter instrumental que le sirve a la persona para la realización de su derecho o interés material, resultando ilegítimo en la obtención de la prueba, la afectación de los derechos fundamentales de las personas. La verdad sobre los hechos que se busca en los procesos judiciales es la mínima posible ya que se trata de una verdad que se obtiene dentro de los límites de los derechos fundamentales

CUARTA: Los contenidos del derecho fundamental a la prueba se pueden establecer a partir de una argumentación sistemática desde los principios constitucionales. Por lo tanto, la posición iusfundamental de las personas tiene otros contenidos no expresos en el inc. 4 de la CP pero que se pueden establecer implícitamente mediante una argumentación racional.

QUINTA: La fundamentalidad del derecho a probar implica que la posición jurídica de la parte, o del interviniente, presente o futura, debe tener la máxima eficacia posible en aras de llevarle al juez los medios de convicción que ayuden a establecer la verdad del interés material que pretende le sea declarado por éste en la sentencia. Por lo que sólo por excepción y por razones iusfundamentales puede limitarse este derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. T. I. ed. 5ª. Bogotá: ABC, 1995. p. 38-40.
- CHINCHILLA HERRERA, Tulio Elí. ¿Qué son y cuáles son los Derechos Fundamentales?. Bogotá: Temis, 1999.
- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Cristian. Los derechos sociales como derechos exigibles, Madrid: Trotta, 2004
- ARANGO, Rodolfo. El concepto de derechos sociales fundamentales. Bogotá: Legis. 2005. p. 31-32.
- FERRAJOLI, Luigi. El garantismo y la filosofía del derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995. 991 p. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y otros
- GONZÁLEZ PRADA, Lesney Catherine. Raíces constitucionales del derecho fundamental a la prueba. Trabajo de grado realizado dentro del marco del proyecto de investigación el “Derecho Constitucional a la prueba” —investigadores Álvaro García Montoya y Luis Bernardo Ruiz Jaramillo—, Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Medellín, 2004
- PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho a la prueba en el proceso civil. Barcelona: Bosch, 1996. p. 14.
- PRIETO SANCHIS, Luis. Estudios sobre derechos fundamentales. Madrid: Debate, 1990.

JURISPRUDENCIA

- Sentencia T-406 de 1992. MP: Ciro Angarita Barón
- Sentencia T-140 de 1993. MP: Vladimiro Naranjo Mesa
- Sentencia T-324 de 1996. MP: Eduardo Cifuentes Muñoz
- Sentencia T-237 de 1995. MP: Alejandro Martínez Caballero
- Sentencia T-393 de 1994
- Sentencia T-418/92. MP: Simón Rodríguez Rodríguez
- Sentencia T-351 del 30 de agosto de 1993. MP: Antonio Barrera Carbonell
- Sentencia C-218 de 1996. MP: Fabio Morón Díaz
- Sentencia T-242 de 1999. MP: Maria Victoria Sáchica Méndez
- Sentencia T-538 de 1993. MP: Hernando Herrera Vergara.