



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

SISTEMA PROBATORIO DEL JUICIO ORAL

Módulo de autoformación



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

**SISTEMA PROBATORIO DEL JUICIO ORAL
MÓDULO DE AUTOFORMACIÓN**

Rafael Velandia Montes¹

¹ Abogado especialista en Ciencias penales y Criminológicas, con Diploma de Estudios Avanzados en Filosofía del Derecho y Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas.

TABLA DE CONTENIDO

PRESENTACIÓN.....	6
SINOPSIS PROFESIONAL Y LABORAL DEL AUTOR.....	8
JUSTIFICACIÓN.....	9
RESUMEN.....	10
0	
MAPA CONCEPTUAL DEL MÓDULO.....	11
OBJETIVOS MÓDULO.....	122
DEL	
UNIDAD 1. EL PROCESO PENAL EN LA LEY 906 DE 2004.....	14
MAPA CONCEPTUAL DE LA UNIDAD.....	15
1. EL PROCESO PENAL: SISTEMA PENAL INQUISITIVO VS SISTEMA PENAL ADVERSATIVO.....	17
1.1. EL SISTEMA PENAL INQUISITIVO.....	18
1.1.1. CARACTERÍSTICAS.....	18
1.1.2. CRÍTICAS.....	20
1.2. EL SISTEMA PENAL ADVERSATIVO.....	22
1.2.1. CARACTERÍSTICAS.....	23
1.2.2. CRÍTICAS.....	25
1.3. ¿SISTEMAS PUROS O MIXTOS?.....	28
2. ¿VERDAD, JUSTICIA Y REPARACIÓN COMO FINALIDAD DEL PROCESO PENAL?.....	33
3. ¿LA GESTIÓN (RESOLUCIÓN) DE CONFLICTOS COMO OBJETIVO DEL PROCESO PENAL?.....	46
4. LOS FINES DEL PROCESO PENAL EN COLOMBIA.....	49
ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS.....	59
AUTOEVALUACIÓN.....	60
JURISPRUDENCIA.....	61
BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA.....	62
UNIDAD 2. EL DESCUBRIMIENTO PROBATORIO.....	644

MAPA CONCEPTUAL DE LA UNIDAD.....	65
1. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS Y EL DESCUBRIMIENTO PROBATORIO.....	66
2. EL DESCUBRIMIENTO PROBATORIO.....	72
2.1. A CARGO DEL ACUSADOR.....	72
2.2. A CARGO DE LA DEFENSA.....	78
2.3. ¿DESCUBRIMIENTO A CARGO DE LA VÍCTIMA?.....	79
ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS.....	83
AUTOEVALUACIÓN.....	84
JURISPRUDENCIA.....	85
BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA.....	87
UNIDAD 3. LOS MEDIOS DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO...88	
MAPA CONCEPTUAL DE LA UNIDAD.....	89
1. LAS ESTIPULACIONES PROBATORIAS.....	90
1.1. INTRODUCCIÓN.....	90
1.2. LAS ESTIPULACIONES PROBATORIAS EN EL DERECHO PROCESAL PENAL COLOMBIANO.....	92
1.3. ¿IRREVOCABILIDAD UNILATERAL DE LAS ESTIPULACIONES PROBATORIAS?.....	100
2. LOS DOCUMENTOS Y EL TESTIGO DE ACREDITACIÓN.....	103
3. EL DICTAMEN PERICIAL.....	106
ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS.....	128
AUTOEVALUACIÓN.....	129
JURISPRUDENCIA.....	130
BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA.....	133
BIBLIOGRAFÍA GENERAL.....	134
JURISPRUDENCIA.....	137
ANEXO 1.....	138
ANEXO 2.....	140
ANEXO 3.....	142
ANEXO 4.....	144

CONVENCIONES

Og	Objetivo General
Oe	Objetivo específico
Co	Contenidos
Ap	Actividades pedagógicas
Ae	Autoevaluación
J	Jurisprudencia
B	Bibliografía

PRESENTACIÓN

El módulo Sistema Probatorio del Juicio Oral busca contribuir en la formación de funcionarios y funcionarias judiciales en los campos del saber, del saber hacer y del saber ser, para que ellos y ellas sean más efectivos en la función que desempeñan, con el objetivo final de mejorar la calidad de la Administración de justicia en el ámbito probatorio en el proceso penal. Mediante el Acto legislativo 3 de 2002 y la Ley 906 de 2004, el proceso penal colombiano ha sufrido una transformación, tal vez la de mayor magnitud en la historia del Derecho Procesal Penal colombiano, que implica una visión distinta del proceso penal, de sus fines y, entre otros aspectos, del campo probatorio. Esta transformación representa un reto permanente para todas las personas que interactúan en el sistema penal, entre ellos los magistrados, magistradas, jueces y juezas, que deben contar con las herramientas teóricas que les permitan llevar a cabo su quehacer de manera satisfactoria frente a los retos que enfrentan diariamente, con el propósito de lograr una Administración de Justicia justa y eficaz en relación con la conflictividad social que es objeto de discusión en el proceso penal. La dinámica de esta nueva visión nos plantea un sistema de partes, representado por el acusador, Fiscalía General de la Nación, y el acusado, el ciudadano sujeto de la acción penal, que concurren ante un tercero imparcial, juez o jueza, para que resuelva sobre si hay o no responsabilidad penal del acusado, decisión que debe tomarse con base exclusiva en las pruebas practicadas en el juicio oral. Precisamente, esta nueva visión del proceso penal plantea que las pruebas, con algunas contadas excepciones y limitaciones, son solo aquellas que han sido practicadas en la presencia del juez y con ello se abandona un sistema probatorio que en Colombia se había caracterizado, entre otros aspectos, por la permanencia de la prueba, es decir, era prueba todo aquello obtenido durante el desarrollo de la investigación sin que fuera necesaria la presencia del juez que había de resolver sobre la responsabilidad penal del procesado.

Sin embargo, este nuevo sistema penal imperante en Colombia y su ámbito probatorio no han estado exentos de inconvenientes en su funcionamiento, lo cual no debe sorprender por la naturaleza dialéctica del proceso penal y porque ningún sistema normativo puede prever todas las posibles escenarios que pueden darse en aquel: solo el desarrollo de los procesos penales permite advertir problemas en su ejercicio y corresponde es, en consecuencia, identificarlos, analizarlos y plantear propuestas a ellos que permitan corregirlos en aras de un mejor desempeño por parte de la Administración de Justicia.

Entre otras dificultades en relación con lo probatorio en el proceso penal, se ha encontrado la necesidad de fortalecer los conocimientos en los siguientes aspectos²:

- Introducción y autenticación de los documentos en el juicio.
- Prueba de referencia.
- Prueba de refutación.
- Reglas de exclusión.
- Valoración probatoria (en especial en casos de retractación de la víctima).
- Prueba indiciaria.
- Prueba digital.
- Pruebas reales y tangibles.
- Técnicas de interrogatorio.
- Preguntas sugestivas.
- Descubrimiento de la prueba.
- Estipulaciones probatorias.
- Interrogatorio cruzado y objeciones.
- Complejidad probatoria en relación con las pruebas periciales.

De tal suerte, el módulo se enfila a fortalecer los conocimientos en algunos de los diversos aspectos probatorios planteados, lo que busca que los magistrados, magistradas, jueces y juezas puedan hacerle frente de manera satisfactoria a los problemas que enfrentan en el ejercicio de su cargo, con el propósito final de mejorar el funcionamiento de la Administración de Justicia y conseguir la confianza de los miembros de la sociedad en ella, en una época en donde la legitimidad de la justicia, y de manera especial para nuestro caso la justicia penal, depende cada vez más de la perspectiva social sobre su justedad y eficacia. Por último, debe advertirse que las posiciones planteadas en este texto no representan la posición de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, sino que constituyen la visión del autor del texto.

² Esta es una lista enunciativa y no taxativa, porque es claro que los problemas en el ejercicio de la administración de justicia seguirán surgiendo, lo que pone de presente que la investigación científica sobre ellos es una necesidad permanente e imperiosa.

SINOPSIS PROFESIONAL Y LABORAL DEL AUTOR

Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad de Zaragoza, España; abogado de la Universidad Externado de Colombia; con especialización en Ciencias Penales y Criminológicas de la misma casa de estudios y con Diploma de Estudios Avanzados (D. E. A.) de la Universidad de Zaragoza, España, en el área de Filosofía del Derecho. Se ha desempeñado como docente e investigador en Derecho penal y Criminología en universidades de Bogotá. Autor de libros, capítulos de libro y artículos resultado de investigación tales como *La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas, Tomos I y II*, ambos publicados por el Instituto Latinoamericano de Altos Estudios -ILAE-; *Los sí delincuentes: visiones sociales sobre la pena, la criminalidad y el sistema penal*, publicado por el Instituto Latinoamericano de Altos Estudios -ILAE-, *Del populismo penal a la punitividad: la política penal en Colombia en el siglo XXI*, publicado por la Universidad Católica de Colombia; *La política criminal en el marco del conflicto armado en Colombia*, publicado por el Centro de Investigaciones y Altos Estudios Legislativos - CAEL-, Senado de la República de Colombia; *Crisis de la prisión en Colombia y derechos humanos* y *El uso recreativo de las drogas: derechos humanos y política penal*, publicados en la revista Opción; *El delito de Pánico Económico en Colombia*, publicado en la revista Verba Iuris; *Medios de comunicación y su influencia en la punitividad de la política penal colombiana*, publicado en la revista Utopía y Praxis Latinoamericana; *Inseguridad vial y política penal en Colombia*, publicado en Derecho Penal Contemporáneo -Revista Internacional; *Sexualidad y políticas penales contemporáneas*, publicado en la Revista Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas; *Delincuencia sexual y populismo penal en Colombia*, publicado en URVIO, Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana; *Deberes de la Fiscalía con relación al descubrimiento de elementos probatorios en poder de terceros en los derechos procesales penales colombiano e inglés*, publicado en la revista Prolegómenos, Derechos y Valores; y *El Principio de Oportunidad en el Derecho Procesal Penal Inglés*, publicado en la revista Derechos y Valores. Ha participado como conferencista y ponente en varios encuentros académicos de carácter nacional e internacional. Actualmente es investigador de la Maestría en Derecho Penal de la Universidad Santo Tomás y está clasificado por Colciencias como investigador asociado.

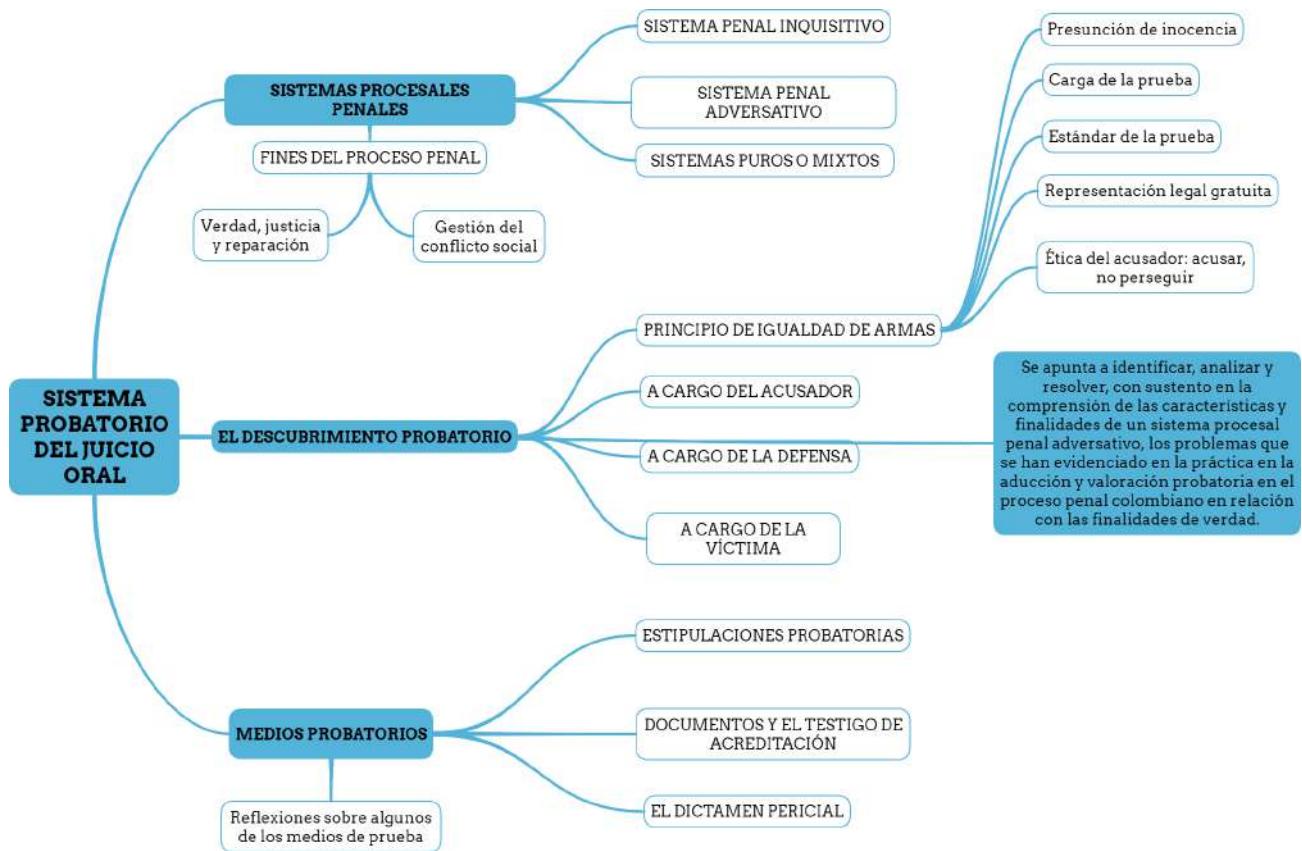
JUSTIFICACIÓN

Con el módulo Sistema probatorio del juicio oral se busca contribuir en la formación de magistrados, magistradas, jueces y juezas en los campos del saber, del saber hacer y del saber ser, para que ellos y ellas sean más efectivos en la función que desempeñan, con el objetivo final de mejorar la calidad de la Administración de justicia. De tal suerte, este módulo apunta a contribuir en tal meta en lo que concierne al ámbito probatorio en el proceso penal. En efecto, con la Ley 906 de 2004 se estableció en Colombia un sistema procesal de naturaleza adversativa y que representó una ruptura de la tradición inquisitiva predominante en la cultura jurídica colombiana. Empero, luego de más de 12 años de operación, se han advertido problemas en el funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio que afectan los derechos de quienes son sujeto del poder punitivo del Estado y la eficacia misma del sistema, lo que representa un problema para la legitimidad de la justicia a nivel social, pues se está presentando a la Administración de Justicia como un sistema que opera a favor del delincuente y en contra de las víctimas, bajo la idea de que quienes cometen delitos son seres distintos a quienes no los cometan, perspectiva que pasa por alto que el Derecho Penal se estableció como medio de control del poder del Estado para criminalizar conductas y sancionar a los ciudadanos por su comisión y que todos los ciudadanos gozan de tal protección al margen de la gravedad de la conducta que hayan cometido. En esta visión social sobre la ineficaz Administración de Justicia, que tiene como consecuencia, por ejemplo, reivindicaciones de justicia por propia mano, se pasa por alto que dentro del proceso penal existen instituciones y mecanismos que, justamente, buscan proteger al ciudadano del poder punitivo del Estado y dentro de ellos está el sistema probatorio, que establece unos parámetros para la producción y aporte de pruebas sobre la responsabilidad penal de una persona en un proceso penal. Empero, el proceso penal, como es esperable, no se trata de una relación de cooperación entre partes, sino de un debate entre dos partes que defienden posturas antagónicas y cuya decisión por parte de un tercero imparcial, el juez, depende de las pruebas que se aporten legalmente al proceso. De tal suerte, el módulo Sistema probatorio del juicio oral busca contribuir al desarrollo humano integral de quienes actúan como magistrados, magistradas, jueces y juezas del sistema judicial penal fortaleciendo sus conocimientos, habilidades y actitudes y, en consecuencia, a mejorar el funcionamiento de la Administración de Justicia, con el fin último de lograr una convivencia tan pacífica como sea posible. En conclusión el módulo Sistema probatorio del juicio oral apunta a la misión de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” de “mejoramiento de la Administración de Justicia, mediante un sistema integrado de aprendizaje”.

RESUMEN

Este trabajo inicia examinando los parámetros normativos de configuración del sistema procesal penal colombiano en contraste con los desarrollos doctrinales sobre los sistemas penales para así comprender la naturaleza del sistema establecido en la Ley 906 de 2004, para, una vez hecho esto, emprender un estudio de problemas que se han identificado que se están presentando en el ámbito probatorio en el sistema procesal penal colombiano, para analizarlos reflexivamente y plantear propuestas que permitan darles solución, con el propósito final de contribuir al mejor funcionamiento de la Administración de Justicia en lo penal.

MAPA CONCEPTUAL DEL MÓDULO



OBJETIVOS DEL MÓDULO

O	<p><i>Objetivo general:</i></p> <p>Identificar, analizar y resolver, con sustento en la comprensión de las características y finalidades de los sistemas penales, los problemas que se han evidenciado en la práctica en la aducción y valoración probatoria en el proceso penal colombiano en relación con las finalidades de verdad, justicia y reparación que se atribuyen a este hoy en día.</p>
----------	--

O

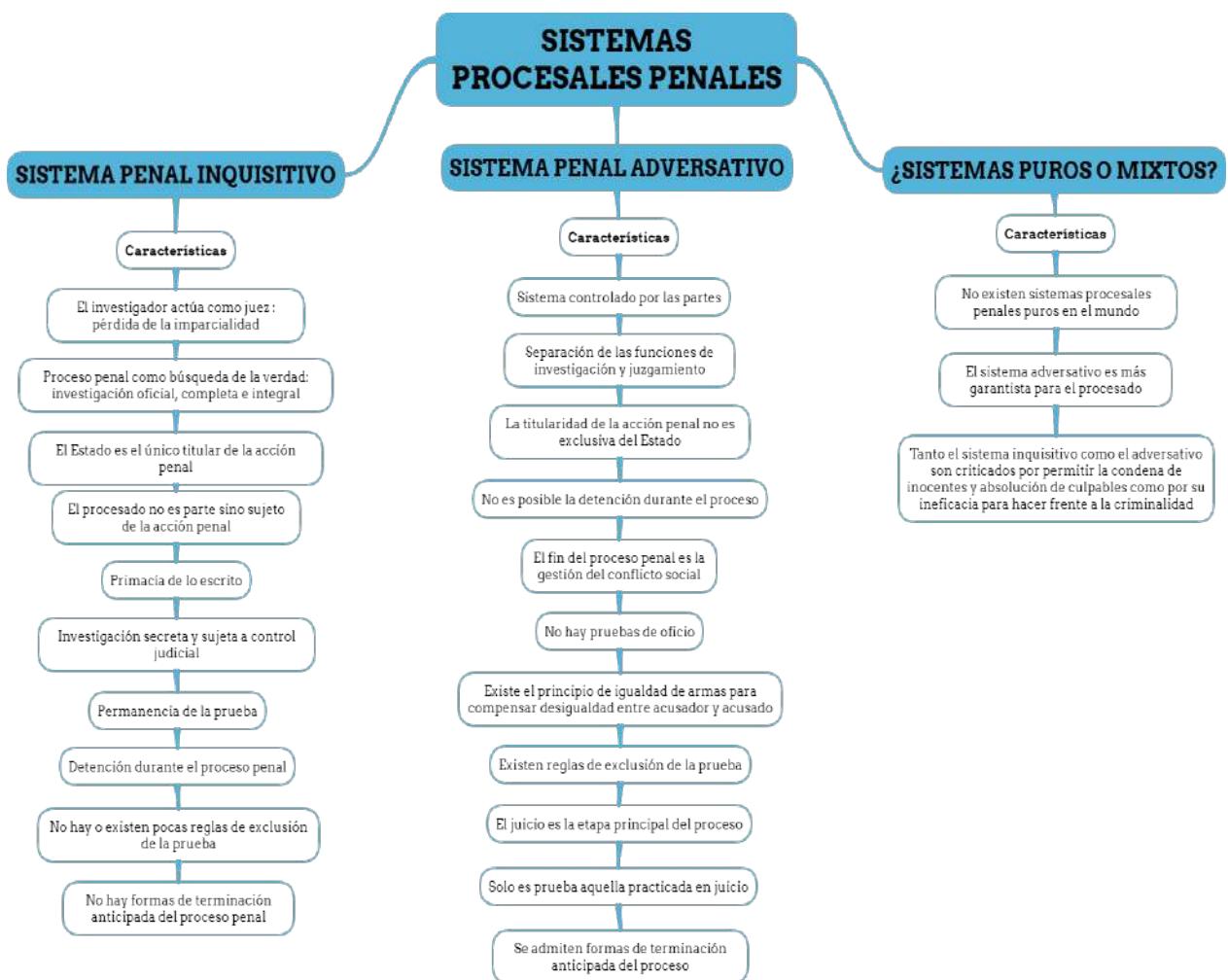
Objetivos específicos:

- 1) Reconocer los elementos característicos y diferenciadores de los sistemas penales inquisitivo y adversativo.
- 2) Comprender cómo incide cada uno de estos sistemas en la configuración del proceso penal.
- 3) Reflexionar sobre la finalidad del proceso penal de acuerdo a la adopción de un sistema penal adversativo en contexto con el proceso penal colombiano y los fines de verdad, justicia y reparación que se le adscriben.
- 4) Analizar las particularidades del descubrimiento probatorio como elemento integrante del principio de igualdad de armas en el proceso penal.
- 5) Examinar los problemas que se han evidenciado en la práctica en la aducción y valoración probatoria en el proceso penal colombiano en relación con las finalidades que se atribuyen al proceso penal en Colombia, con el propósito de plantear soluciones a ellos.

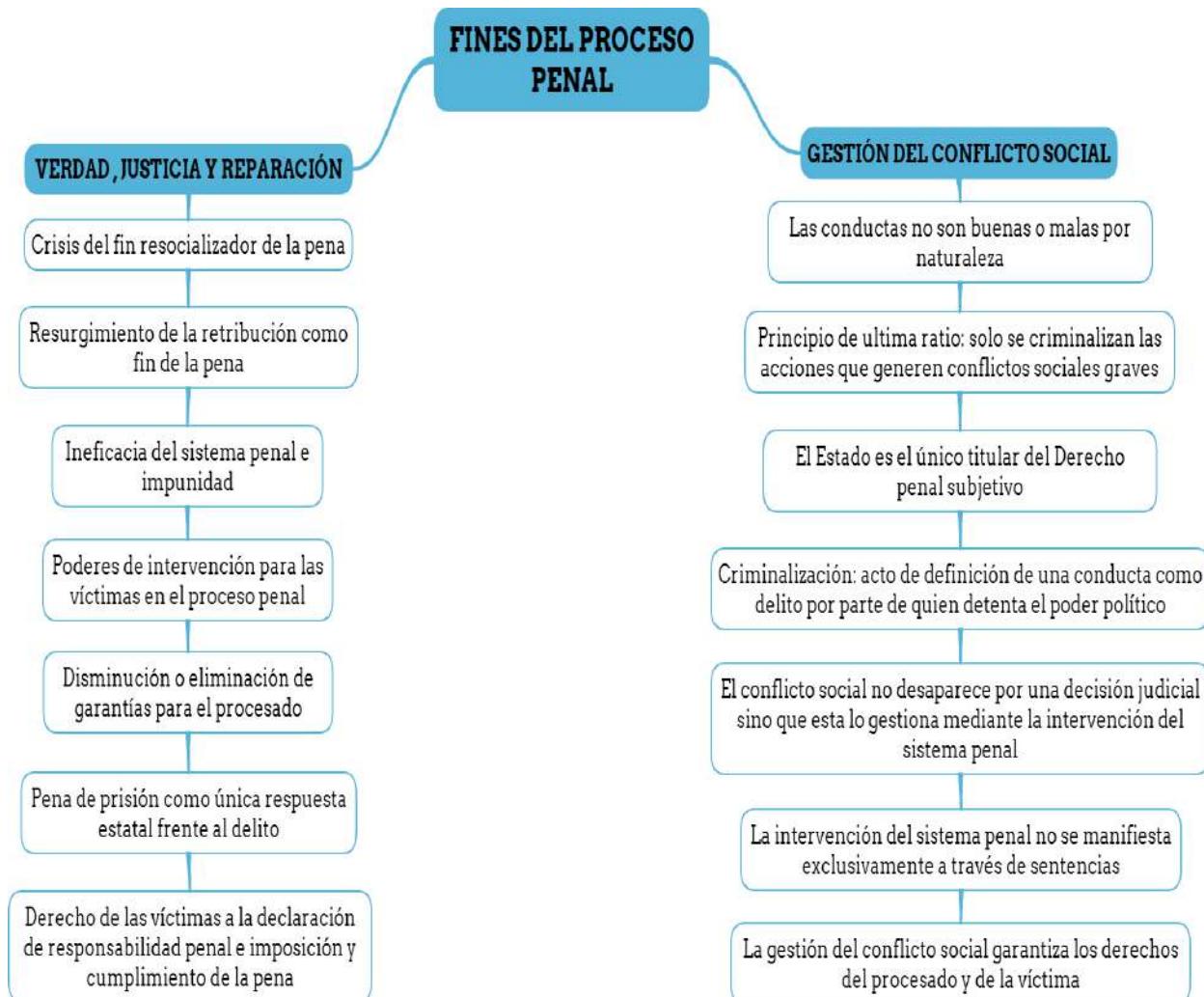
UNIDAD 1
EL PROCESO PENAL EN LA LEY 906
DE 2004

O	<p><i>Objetivo general:</i></p> <p>Comprender las características y finalidades de los sistemas penales inquisitivo y adversativo y reconocer su presencia en el procedimiento penal establecido en la Ley 906 de 2004.</p>
O	<p><i>Objetivos específicos:</i></p> <ul style="list-style-type: none">1) Comparar los elementos característicos y diferenciadores de los sistemas penales inquisitivo y adversativo, así como aquellos del sistema procesal penal colombiano.2) Indagar las nuevas tendencias en relación con los derechos de las víctimas en el proceso penal y contrastarlas con los derechos de quienes son sujeto de la acción penal3) Reflexionar sobre la finalidad del proceso penal en el contexto del ordenamiento jurídico colombiano.

MAPA CONCEPTUAL DE LA UNIDAD



MAPA CONCEPTUAL DE LA UNIDAD



1. EL PROCESO PENAL: SISTEMA PENAL INQUISITIVO VS SISTEMA PENAL ADVERSATIVO³

Cabe preguntarse por qué un módulo que tiene como nombre *Sistema probatorio en el juicio oral* tiene al inicio de su contenido un acápite que se ocupe del estudio la naturaleza de los sistemas procesales penales. En tal sentido, el ámbito probatorio es un elemento dentro del conjunto sistema procesal penal. Entonces, la naturaleza del sistema es de vital importancia porque justamente con sustento en ella se puede determinar el porqué y para qué existe cada una de sus partes. Por lo tanto, antes de examinar los aspectos probatorios de los que se ocupa este módulo en las unidades 2^a y 3^a, es necesario estudiar la cuestión de los sistemas procesales penales, sus características y fines, para poder reflexionar sobre la naturaleza del sistema procesal penal colombiano y determinar de qué clase es y, en consecuencia, analizar los fines que persigue y los problemas que ello comporta, así como aquellos que se han identificado durante su funcionamiento y plantear propuestas a los mismos teniendo en cuenta los aspectos teóricos pertinentes.

Antes de comenzar con la presentación de los sistemas procesales penales y sus características, debe señalarse que con el binomio adversativo⁴-inquisitivo se hace referencia, de manera principal, a la distinción entre dos concepciones, anglosajona *vs* continental europea, del sistema penal, lo que determina sus finalidades y toda la estructura e instituciones del proceso penal. Esta construcción teórica no solo tiene relevancia científica porque la configuración del proceso penal sí que tiene efectos prácticos: por ejemplo, entre más expedito sea el proceso penal en su configuración más diverso y mayor será el número de conductas y de personas que pueden ser objeto de su

³ Debe advertirse que las posiciones planteadas en este texto no representan la posición de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, sino que constituyen la visión del autor del texto.

⁴ “Es frecuente oír referencias a este sistema procesal como ‘sistema adversarial’” lo que no es correcto “pues tal vocablo no existe en el idioma español. La explicación del uso de tal vocablo se debe, seguramente, a que se ha tomado el vocablo “Adversarial” tal cual del idioma inglés. Según el diccionario Oxford “Adversarial” significa: “Que involucra gente que está en oposición y que se ataca mutuamente”. Oxford Dictionary, 6^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 20. Entonces, el término que se estima más adecuado en español es ‘adversativo’, que significa: ‘Que denota oposición o contrariedad de sentido’. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la lengua española, 22.^a ed., t. I, Madrid, Espasa Calpe, 2001, p. 52”. VELANDIA-MONTES, Rafael. El Principio de Oportunidad en el Derecho Procesal Penal Inglés. En: Derechos y Valores, Universidad Militar “Nueva Granada”, 2005. P. 182.

intervención⁵, lo que es relevante en términos de prevención⁶ general negativa⁷. Al contrario, entre más complejo sea el proceso penal menor será el número de personas que pueden ser objeto de su intervención por un número determinado de policías, fiscales, jueces y demás integrantes del sistema penal⁸. Así mismo, esta mayor o menor complejidad del proceso penal también se ve reflejada en la eficiencia de este en relación con las denominadas conductas sin víctima directa, como ocurre, verbigracia, en los delitos de tráfico de estupefacientes, pues un sistema penal que apunte a ser eficaz en el control de este tipo de comportamientos debería, en este tipo de delitos, permitir el uso en el proceso penal de ciertos instrumentos, vigilancia electrónica, agente provocador, por ejemplo, so pena de ver reducida su capacidad de hacer frente a tal tipo de comportamientos⁹. Entonces, sin buscar hacer una exposición histórica de cada uno de ellos, a continuación se presentan los aspectos centrales de cada uno de estos sistemas, así como las principales críticas que se les han hecho¹⁰.

1.1. EL SISTEMA PENAL INQUISITIVO

1.1.1. Características:

El sistema penal inquisitivo toma como punto de partida central que la finalidad del

⁵ No se está propugnando por la maximización del Derecho Penal sino solo se pone de presente que lo teórico del proceso penal tiene efectos en lo práctico.

⁶ Esto va unido a la idea de que el poder disuasorio de la pena, si se acepta que existe, depende no tanto del monto de la pena sino de la certeza del castigo, que, a su vez, depende de la eficacia del sistema penal, es decir, de su capacidad de investigar, juzgar y condenar a quien ha cometido un delito. Al respecto ver VELANDIA-MONTES, Rafael. La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas, tomo II. Bogotá. Instituto Latinoamericano de Altos Estudios. 2015. P. 153.

⁷ PACKER, Herbert L. Two Models of the Criminal Process. En: University of Pennsylvania Law Review, Vol. 113, No. 1, (Nov., 1964), PP. 3 y 4.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰ En todo caso, debe advertirse que esta clasificación es objeto de debate en la academia debido a que se estima que no corresponde a la realidad de los sistemas procesales contemporáneos; que se trata más de una lucha política entre los países por pretender mostrar como mejor su sistema penal que el de otros países (nacionalismo legal); que con esta clasificación se limita la discusión a si el sistema de un país clasifica en uno u otra categoría y se pasan por alto aspectos realmente importantes como, por ejemplo, el análisis de la justicia procesal y de los derechos procesales. SUMMERS, Sarah J. Fair Trials. The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights. Portland. Hart Publishing. 2007. P. 3. Sobre esto, baste decir que el estudio de los sistemas se hace precisamente porque permite identificar los aspectos centrales de la configuración del proceso penal y en ello reside su importancia: ellos son modelos típicos y no existe ningún sistema procesal penal en el mundo que tenga solo las características de uno de ellos, pero ello no es obstáculo para que sean empleados como instrumento de análisis de los diversos sistemas procesales, análisis que va más allá de su simple clasificación en uno u otro tipo y que justifica su empleo. ROBERTS, Paul y Adrian Zuckerman. Criminal evidence, New York. Oxford University Press. 2004. P. 58.

sistema penal, de manera más específica del proceso penal, es la búsqueda de la justicia a través del descubrimiento de la verdad de lo ocurrido en el caso en concreto. En consecuencia, en este sistema se parte de la idea de que existe una realidad objetiva a la que es posible acceder mediante el empleo de los diversos medios de prueba. Este modelo tiene las siguientes características:

- Existe una persona que actúa como investigador y como juez: ella indaga, obtiene las pruebas, toma decisiones concernientes a la libertad de la persona durante el proceso, acusa, juzga y sentencia. Es decir, actúa como parte y juez.
- El proceso es considerado como “una investigación oficial y completa impulsada por la probabilidad inicial de que un delito ha sido cometido”¹¹.
- No hay posibilidad del ejercicio de la acción penal por sujeto distinto al Estado, que representa el interés público.
- El procesado no es parte en el proceso penal, sino sujeto de la acción penal. En tal entendido, está obligado a dar su versión de los hechos y no existe el derecho a guardar silencio ni la presunción de inocencia: del negarse a declarar puede inferirse indicio de responsabilidad en la comisión del delito.
- Como el objetivo final es la búsqueda de la verdad, quien investiga debe investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a quien es objeto de la investigación. O sea, se parte de la idea de la neutralidad de quien investiga y juzga.
- El proceso se caracteriza por la primacía de lo escrito: la esencia del proceso es el expediente (*dossier*), que es en donde se acumulan las pruebas que serán utilizadas en el juicio.
- La etapa de la investigación es objeto de control judicial debido a que en ella es en donde de manera predominante se compone el expediente que constituye el activo principal del acusador y que será presentado en juicio.
- La investigación es secreta y el procesado solo tiene conocimiento de lo recaudado en ella durante el juicio.
- La investigación es la etapa principal del proceso: “el juicio sirve más como una

¹¹ DAMAŠKA, Mirjan. Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure. En: University of Pennsylvania Law Review, Vol. 121, No. 3 (Jan., 1973). P. 564.

confirmación de lo que ha sido judicialmente establecido” en la investigación en “lugar de ser el lugar principal de argumentación y de descubrimiento de lo que ha ocurrido”¹².

- Todo aquello recopilado durante la investigación es considerado como prueba y puede ser empleado durante el juicio sin necesidad de ser repetido: la denominada permanencia de la prueba y la mediación de la prueba.
- No hay o existen pocas reglas de exclusión de la prueba debido a que la búsqueda de la verdad es el fin último, por lo que la relevancia de la prueba se convierte en el factor determinante a la hora de incluirla o no en el proceso penal.
- La detención durante el proceso penal es la regla general: la libertad es excepcional.
- La víctima no tiene poder de disposición sobre la acción penal, cuyo titular exclusivo es el Estado, y pasa a un segundo plano: ella solo es tenida en cuenta como fuente de información para el proceso penal y como testigo.
- No existen formas de terminación anticipada del proceso: este siempre termina con una sentencia debido a que debe buscarse y obtenerse la verdad de lo ocurrido. En consecuencia, no existe discreción judicial en cuanto a la iniciación de la investigación (principio de oportunidad), que siempre debe llevarse a cabo ante la posible comisión de un delito (principio de legalidad).

1.1.2. Críticas:

- El concepto de verdad que se plantea es inaccesible: lo que se determina en un proceso penal como lo ocurrido es simplemente una versión de los hechos que tiene mayor credibilidad que otra, pero no puede afirmarse de manera indiscutible que se trate de la verdad. De hecho, los errores judiciales que se presentan, tanto de condena de inocentes como de absolución de responsables de comisión de delitos, ponen de presente lo falible del sistema y la falta de certeza sobre la verdad como aquello decidido por el juez.
- Al ser una persona la que actúa como investigador y como juez no existe imparcialidad de su parte: si quien investiga decide que hay mérito para acusar es

¹² HODGSON, Jacqueline. Conceptions of the Trial in Inquisitorial and Adversarial Procedure. En: The Trial on Trial. Volume 2. Judgment and Calling to Account. Antony Duff et al. (ed.). Oxford. Hart Publishing. 2006. P. 225.

poco razonable pensar que el resultado va a ser algo distinto a una sentencia condenatoria.

- Sobrecarga al Estado al ser este el único titular de la acción penal y evitar que esta sea impulsada por otros actores como ocurre, verbigracia, con la acusación privada.
- Como no es parte dentro del proceso penal sino sujeto de la acción penal, el procesado se constituye en prueba al ser obligado a dar su versión de los hechos o el poder inferirse en su contra indicio de responsabilidad en la comisión del delito en el evento de que decida no declarar en el proceso, lo que viola sus derechos a guardar silencio y a la presunción de inocencia.
- No es razonable pensar que quien investiga va a considerar por igual tanto la hipótesis de culpabilidad como la de inocencia del procesado. Por el contrario, es más racional pensar que quien investiga se comprometa desde el inicio con una de las dos hipótesis y no le ponga la atención debida o abandone por completo la otra. De esta manera, si se inclina por la hipótesis de la culpabilidad del procesado, el investigador no buscaría pruebas sobre la inocencia de aquel y, en el evento de que este lo fuera, una persona inocente podría ser condenada debido al prejuicio del investigador. En sentido opuesto, si ha tomado partido por la inocencia del procesado, el investigador no inquiriría sobre la responsabilidad penal de aquel y, en el evento de que fuera culpable, el responsable de la comisión de un delito podría terminar sin castigo generando una situación de impunidad¹³.
- El que la investigación sea secreta viola el derecho de defensa del procesado, que debe poder ejercer este derecho desde el momento en el que comienza la investigación, más aún cuando todo lo que se recopile en esta etapa tiene el carácter de prueba. Así mismo, el secreto de la investigación se constituye en factor de corrupción ante la falta de control que representa su falta de publicidad.
- Debe ser el juicio y no la investigación la etapa principal del proceso, porque es en él en donde debe darse la práctica de pruebas y el debate entre el acusador y el procesado en presencia del juez.
- No debe admitirse como prueba sino solo aquella practicada en juicio con la garantía del derecho de contradicción y con la presencia del juez.

¹³ Sobre el concepto de impunidad, ver VELANDIA-MONTES, Rafael. La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas, tomo II. Op. Cit., p. 94.

- La relevancia de la prueba no puede ser el único factor determinante a la hora de incluirla o no en el proceso penal: deben existir límites al poder investigativo basados en el respeto de la dignidad del ser humano.
- La detención durante el proceso penal viola la presunción de inocencia y se constituye en un pago anticipado de la pena, lo cual representa un problema de no poca entidad en el caso de que la persona sea absuelta. Así mismo, tal detención limita ostensiblemente el derecho de defensa de quien es privado de su libertad.
- La víctima y sus derechos son olvidados por completo por el sistema penal y ella queda reducida como fuente de información para el proceso penal y como testigo.
- Como quiera que no se admiten formas de terminación anticipada o el uso de mecanismos alternativos, el proceso penal termina siendo la única forma de intervención estatal para hacer frente al conflicto social generado por la comisión del delito, es decir, el proferimiento de una sentencia se convierte en la política pública al respecto. Esto también afecta los derechos de las víctimas que ven como única respuesta estatal la imposición de una pena ante la lesión de sus bienes jurídicos: no se pueden tener en cuenta instrumentos más aptos para responder a sus necesidades. Así mismo, al ser necesario el curso de todo el proceso penal para todos los delitos se generan problemas por la escasez de recursos humanos y físicos: ningún sistema penal del mundo está en la capacidad de procesar todos los delitos cometidos en su ámbito territorial. De tal suerte, el sistema procesal penal inquisitivo no puede procesar a todas las personas que cometen delitos y sí termina siendo selectivo por la falta de recursos.

1.2. EL SISTEMA PENAL ADVERSATIVO

Por su parte, el sistema penal adversativo tiene como fin la justicia a través de la resolución legítima del conflicto social¹⁴ que ha surgido como consecuencia de la comisión del delito. En este sistema no se asume, como en el sistema penal inquisitivo, un concepto de justicia como descubrimiento de la verdad de lo ocurrido en el caso en concreto, sino que se entiende a la justicia como la decisión que se toma por parte del juez frente al caso puesto a su consideración, esto es si una persona es o no responsable penalmente, decisión que debe ser tomada respetando un conjunto de reglas y con base en las pruebas legalmente aportadas al proceso por las partes. La verdad no se entiende como algo con

¹⁴ DAMAŠKA, Mirjan. The Adversary System. En: Encyclopedia of crime and justice. Second Edition. Joshua Dressler (ed.), New York. Macmillan Reference. 2002. P. 26; ROBERTS y ZUCKERMAN. Op. Cit., p. 57.

existencia objetiva, sino como algo que debe ser demostrado. A continuación se examinarán los principales aspectos de este sistema.

1.2.1. Características:

- Es un sistema de decisión en el que la “acción procesal es controlada por las partes” y el juez mantiene una actitud pasiva¹⁵.
- Existe una persona que actúa como investigador y acusador y otra como juez: las funciones de acusación y juzgamiento están separadas.
- El ejercicio de la acción penal lo tiene el Estado, pero sí es posible su ejercicio por parte de otros agentes tales como las víctimas (acusador privado).
- La detención durante el proceso penal no es permitida, pues ella limita el derecho de defensa del procesado.
- Se trata de un proceso de partes: acusador y acusado, en igualdad de condiciones, concurren ante un tercero imparcial, juez, para que resuelva sobre la responsabilidad penal del procesado. El juez no tiene como función la búsqueda de la verdad, sino que asume una actitud pasiva.
- Al ser un proceso de partes cada una de ellas tiene una versión de los hechos y decide cómo va a demostrarla ante el juez en el juicio, o sea, cada una de las partes elige qué va a presentar como prueba de dicha versión. Entonces, cada una de las partes solo debe concentrarse en su versión, por lo que, por ejemplo, la labor del acusador se disminuye debido a que no debe estar generando hipótesis de culpabilidad y de inocencia, como sí le corresponde en el sistema inquisitivo.
- Solo se practican como pruebas aquellas solicitadas por las partes: ellas tienen el control sobre lo que es conocido por el juez; ellas pueden ponerse de acuerdo para no incluir ciertos hechos y para dar por probados otros. Está prohibido la práctica de pruebas de oficio como quiera que ello implica la pérdida de neutralidad del juez.
- Se establece el principio de igualdad de armas como mecanismo para hacer frente a la desigualdad que existe entre el acusador y el acusado.

¹⁵ DAMAŠKA, Mirjan. Evidence law adrift. New Haven: Yale University Press, 1997. P. 74.

- Existen reglas de exclusión de la prueba que buscan proteger al ciudadano del poder punitivo del Estado.
- No existe un control judicial sobre la etapa de investigación debido a que las pruebas se practican en la etapa de juicio y es en este en donde se da el debate entre las partes ante el juez.
- El procesado, como parte en el proceso penal, tiene derecho a intervenir en el proceso penal, pero no es obligatoria su participación, pues está amparado por el derecho a guardar silencio y por la presunción de inocencia: no le corresponde a él demostrar su inocencia, sino al acusador demostrar su culpabilidad. En consecuencia, el procesado puede asumir un papel 100% pasivo en el proceso penal sin que ello tenga ninguna consecuencia negativa para él.
- El acusador solo tiene como propósito buscar la condena del procesado: a diferencia del sistema inquisitivo, el acusador solo debe buscar evidencia de responsabilidad penal del procesado, mas no la exculpatoria, al margen de que, como se verá adelante¹⁶, tenga la obligación de informar sobre su existencia al procesado en el evento de que la encuentre durante el desarrollo de la investigación.
- El juicio es la etapa principal del proceso: la investigación es una etapa de preparación para el juicio, pero nada más. El juicio se debe llevar a cabo de manera concentrada, es decir, con una audiencia que se debe llevar a cabo de manera ininterrumpida¹⁷, con pruebas practicadas en presencia del juez, de manera oral y garantizando el derecho de contradicción.
- Solo es prueba aquella practicada en el juicio (principio de inmediación); todo lo obtenido en la etapa de investigación es material de preparación y apoyo para el juicio.
- Existe un grado de certeza requerido para proferir sentencia condenatoria: solo se puede condenar cuando haya certeza más allá de toda duda de la responsabilidad del procesado¹⁸.

¹⁶ En la Unidad 2 de este módulo cuando nos ocupemos del descubrimiento probatorio.

¹⁷ ROBERTS y ZUCKERMAN. Op. Cit., p. 49.

¹⁸ VAN CAENEGERM, William. Advantages and disadvantages of the adversarial system in criminal proceedings. En: Law Faculty Publications. Paper 224, 1999. P. 85.

- Como titular de la acción penal, el Estado puede ejercer dicha potestad discrecionalmente.
- Es posible la terminación anticipada del proceso: como quiera que se trata de un proceso de partes, corresponde a ellas decidir el camino a seguir. La negociación está disponible para ellas: el acusado puede renunciar a sus derechos procesales entre los que está el de ser declarado penalmente responsable en un juicio. Es de la esencia del sistema adversativo la búsqueda de la terminación anticipada del proceso: solo aquellos casos en los que sea imposible un acuerdo entre las partes o en el que el procesado mantenga su inocencia son los que deben llegar a juicio.
- Se considera a la publicidad como un elemento del sistema adversativo, pero ello no es acertado, porque un proceso penal en un sistema de esta naturaleza podría llevarse a cabo en secreto y ello no afectaría sus elementos centrales¹⁹. Por lo tanto, la publicidad encuentra su respaldo en los “principios de justicia abierta, responsabilidad democrática y tutela judicial efectiva”²⁰, pero no como elemento del sistema adversativo.
- También se ha estimado al jurado como una de las características del sistema adversativo, pero lo cierto es que “los jurados preceden al sistema adversativo por más de cinco siglos”²¹, solo que luego, por razones desconocidas, se ha arraigado en el imaginario popular que el jurado es un elemento del sistema adversativo²². Entonces, el sistema adversativo solo exige un juez independiente e imparcial que decida con base en las pruebas practicadas en el proceso y jamás ha requerido la participación lega en tal sentido²³, porque si se trata de un sistema en el que las partes deciden la actividad procesal frente a un juez que permanece pasivo, lo cierto es que “son claramente indiferentes las variaciones en la estructura judicial y en la organización temporal del procedimiento”²⁴. De tal suerte, la controversia puede ser resuelta por un juez profesional o por un jurado de legos²⁵.

1.2.2. Críticas:

- La crítica más importante a este sistema está centrada en que se le censura el olvido

¹⁹ ROBERTS y ZUCKERMAN. Op. Cit., p. 46.

²⁰ Ibíd.

²¹ Ibíd.

²² Ibíd.

²³ Ibíd.

²⁴ DAMAŠKA, Mirjan. Evidence law adrift. Op. Cit., p. 74.

²⁵ Ibíd.

de la verdad bajo la idea de que si tiene como fin la justicia a través de la resolución del conflicto social que ha surgido como consecuencia de la comisión del delito. Empero, “si la meta fuera simplemente resolver conflictos, esto podría ser logrado permitiéndole al juez lanzar una moneda”²⁶. ¿Por qué, entonces, no se permite al juez hacer esto? Porque tal sistema no sería visto como justo por los ciudadanos, que no se someterían a un sistema cuyas decisiones fueran aleatorias²⁷. Por tal motivo, esta meta de resolución de conflictos debe ser limitada: se acepta así un sistema en el que dos partes, cada una con una versión de los hechos, concurren ante un tercero imparcial, juez, buscando, mediante mecanismos y cargas probatorias, persuadirlo cada una sobre la verdad de su versión de los hechos²⁸. Incluso si la decisión no es favorable a una parte no significa que su versión de los hechos no sea verdad, sino que no logró convencer al juez de su veracidad²⁹. Bajo esta idea, se puede afirmar que el sistema penal adversativo busca la verdad, pero entendida como relativa (aquella que puede ser probada) y no como un valor absoluto, tal y como se hace en el sistema inquisitivo.

- La falta de control judicial sobre la etapa de investigación significa un amplio poder decisorio de quien la ejecuta y que puede afectar el resultado de la investigación y del proceso si se toma arbitrariamente partido solo por una hipótesis y se descartan otras, lo que se puede traducir en condena de personas inocentes y en absolución de culpables.
- También en conexión con la verdad, se sostiene que, como se trata de un proceso de partes, es posible que ellas de mutuo acuerdo oculten hechos al juez y que, en consecuencia, la verdad no se conozca³⁰.
- Se afirma que existe igualdad entre el acusador y el acusado, que se garantiza mediante el principio de igualdad de armas. Empero, esta igualdad se ve limitada, por ejemplo, en lo que concierne a la práctica de pruebas forenses cuando el acusado no cuenta con recursos económicos para pagarlas, como ocurre en muchos de los casos que llegan al conocimiento del sistema penal, y ello afecta su derecho a la defensa, lo que, por ejemplo, no ocurre en el sistema inquisitivo, en el que es un órgano estatal el que se encarga de realizar las pruebas científicas que sean

²⁶ SWARD, Ellen E. Values, Ideology, and the Evolution of the Adversary System. En: Indiana Law Journal, Vol. 64, Iss. 2, Article 4, 1989. P. 304.

²⁷ Ibíd.

²⁸ Ibíd., p. 305.

²⁹ Ibíd.

³⁰ SWARD. Op. Cit., p. 317.

necesarias³¹. Así mismo, se advierte el peligro que representan para la verdad los casos en los que el juez solo oye la versión del acusador, no tanto por el ejercicio del derecho del acusado a guardar silencio y por la presunción de inocencia, sino por la falta de dinero para buscar evidencia para su caso, incluso si se tiene en cuenta que existe defensa gratuita para quienes no tienen cómo pagar un abogado, pero los recursos para asistencia jurídica gratuita no son suficientes³².

- Debido a que el acusador solo tiene como propósito buscar la condena del procesado, se teme que no busque la verdad, sino solo esté interesado en obtener resultados favorables a su gestión representados en la declaración de responsabilidad penal: el eficientismo del Derecho Penal. En sentido similar, esta búsqueda de resultados puede llevar a que la actividad del acusador se centre en los casos en los que advierta una mayor probabilidad de obtener sentencia condenatoria, o un allanamiento a cargos o una negociación, lo que, a su vez, puede generar el olvido de los demás casos, con la consecuente denegación de justicia.
- La que es vista como una de sus características esenciales, la presentación de evidencia oral de manera directa ante el juez, se censura debido a las demoras en el comienzo del juicio, lo que puede llevar a que los testigos tengan que declarar luego de transcurrido un largo período de tiempo de la ocurrencia de los hechos objeto de investigación, con la consecuente pérdida de precisión en el recuerdo del testigo, lo que permite al contrainterrogatorio del testigo ser usado más como elemento de desacreditación de su testimonio que como herramienta para descubrir la verdad³³.
- La ausencia de detención durante el proceso penal produce problemas de legitimación social del sistema penal, especialmente en casos de flagrancia o en donde existe evidencia que permite identificar claramente a quien ha cometido el delito y es patente su responsabilidad penal, verbi gratia, casos en los que hay grabaciones de cámaras de seguridad. Es más, incluso la detención en el lugar de residencia tampoco es considerada satisfactoria, pues es vista como una burla a la justicia. Así mismo, la ausencia de detención preventiva también afecta la legitimidad social del sistema penal cuando quien no ha sido detenido preventivamente y es condenado evade el cumplimiento de la pena de prisión impuesta por el juez.

³¹ Frente a esto se puede objetar que la práctica de pruebas científicas de manera exclusiva por parte del Estado limita el derecho de contradicción ya que todo quedaría supeditado al resultado de tal prueba, pero esto no tiene en cuenta que el resultado de los dictámenes periciales no es vinculante para el juez.

³² VAN CAENELEM. Op. Cit., p. 81.

³³ Ibíd.

- Las formas de terminación anticipada del proceso que involucran la negociación (*plea bargaining*) producen pérdida de confianza en el sistema penal, pues son vistas como la venta de la justicia al mejor postor y que permiten obtener sentencias con penas leves que no corresponden a la gravedad del delito cometido³⁴. Además, los allanamientos a cargos (*guilty pleas*) generan preocupación por los derechos del procesado si es sujeto de presiones ilegales o antiéticas que generen un allanamiento que no refleje la verdad de lo ocurrido³⁵ y como consecuencia del interés del acusador de lograr el mayor número posible de terminaciones anticipadas de proceso³⁶.
- Si el fin del sistema es la resolución legítima del conflicto social generado por la comisión del delito, esto solo puede ser logrado a través de una decisión judicial que responda a la verdad de lo ocurrido, pues, en caso contrario, el conflicto social no se resolverá e, incluso, se agravará. Entonces, las formas de terminación anticipada del proceso que involucren la negociación pueden llegar a ser formas de no justicia bajo el entendido de que pueden contemplar variaciones en la calificación jurídica de la conducta que es objeto de sentencia y que no correspondan a lo que realmente ocurrió.
- El ejercicio de la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal (principio de oportunidad) es también considerado como forma de no justicia bajo la idea de que sí se ha cometido un delito, pero se decide no ejercer la acción penal sin tener en cuenta los derechos de las víctimas.

1.3. ¿SISTEMAS PUROS O MIXTOS?

Como se ha expuesto, tanto el sistema inquisitivo como el adversativo han sido objeto de censuras importantes, lo que lleva a la cuestión de cuál de los dos sistemas es mejor. Empero, debe advertirse que estas críticas no recaen sobre sistemas puros, sino sobre sistemas con tendencia inquisitiva o adversativa: en la realidad contemporánea no existe³⁷ un sistema del que pueda predicarse que cumpla al 100% con las características de cada uno de ellos. La respuesta al interrogante de cuál sistema es mejor, por lo tanto, será sobre

³⁴ Ibíd., p. 78.

³⁵ Ibíd.

³⁶ McEWAN, Jenny. Ritual, Fairness and Truth: The Adversarial and Inquisitorial Models of Criminal Trial. En: The Trial on Trial. Volume 1. Truth and due process. Antony Duff et al. (ed.). Oxford. Hart Publishing. 2004. P. 58.

³⁷ Sin pretender hacer una afirmación definitiva en tal sentido, es razonable inferir que nunca ha existido un modelo que haya sido 100% puro.

sistemas de una u otra tendencia, pero no sobre sistemas puros. En este sentido, estos sistemas de tendencia inquisitiva o adversativa son objeto de críticas en común frente a cuestiones de especial importancia: errores en cuanto a condena de inocentes y absolución de culpables. Además, también se les reprocha a ambos su ineficacia, la que se atribuye a factores en principio ajenos a la configuración del proceso penal como lo es la sobrecarga del sistema penal debido al aumento de conductas criminalizadas³⁸ y un consecuente y considerable incremento de la cantidad de procesos a cargo de fiscales y jueces en contraposición con una escasez de dinero para aumentar los recursos humano y físico del sistema penal³⁹. Esto ha tenido como resultado un uso discrecional del Derecho penal por parte de los agentes responsables de la persecución penal (es decir, los encargados de la criminalización secundaria⁴⁰), que deja sin intervención estatal múltiples delitos⁴¹, discreción que, a pesar de todo, no logra evitar demoras en los procesos penales en aquellos casos que sí son objeto de intervención a través del Derecho penal.

Por ende, la respuesta a cuál de los dos sistemas es mejor puede ser contestada de la siguiente manera: desde una perspectiva estrictamente teórica puede afirmarse que el sistema adversativo es más garantista para el procesado que el sistema inquisitivo. Con sustento en el hecho de que no existen sistemas puros en la realidad, puede sostenerse que un sistema de tendencia adversativa es más deseable que uno de tendencia inquisitiva. Sin embargo, como se mencionó, dos de las críticas más importantes, condena de inocentes y absolución de culpables y la ineficacia del sistema para hacer frente a la criminalidad⁴², no parecen depender de la configuración del proceso penal y, por lo tanto, ponen de presente que tal vez la cuestión no es carácter teórico-normativo sino práctico.

³⁸ Proceso que se debe a la aparición de una punitividad en las sociedades contemporáneas. Sobre el punto ver VELANDIA-MONTES, Rafael. La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas, tomo I. Bogotá. Instituto Latinoamericano de Altos Estudios. 2015. P. 64.

³⁹ VAN CAENEDEM. Op. Cit., p. 81.

⁴⁰ Por criminalización secundaria se hace referencia a aquella que ejecutan policías, jueces y agentes penitenciarios que, ante la imposibilidad de conocer todos los conflictos criminalizados, operan con carácter selectivo eligiendo actuar sobre ciertos conflictos. Los criterios de tal selección son elegidos por ellos mismos, pero también por empresarios morales, tales como un “comunicador en pos de audiencia como un político en busca de clientela, un grupo religioso en procura de notoriedad, un jefe policial persiguiendo poder frente a los políticos, una organización que reclama por los derechos de las minorías, etc.”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. Derecho penal, parte general. Buenos Aires. Ediar. 2000. PP. 7 y 8.

⁴¹ En Colombia es un hecho notorio que los procesos penales que reciben atención preponderante sobre los demás son aquellos en los que el procesado se encuentra privado de la libertad, por las consecuencias disciplinarias y penales que generan los vencimientos de términos y la consecuente prolongación ilícita de la libertad.

⁴² Incluso cuando el sistema procesal penal es considerado exitoso ello no siempre se ve reflejado en la opinión pública, como ocurre en el caso de Chile, en donde a pesar de tal éxito, el miedo al delito en el vecindario aumentó en los ciudadanos chilenos. McLEOD, Allegra M. Exporting U.S. Criminal Justice. En: Yale Law & Policy Review, Vol. 29, No. 1 (fall 2010). P. 153.

Así mismo, es pertinente mencionar que los derechos de las víctimas están transformando las concepciones de los sistemas penales, que han visto cómo se busca incluir dentro de sus fines la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas. Ello será examinado adelante, por lo que por ahora solo se destaca su relevancia en la configuración contemporánea del proceso penal. Adelante se analizarán la verdad, la justicia y la reparación como fin del proceso penal.

Así mismo, debe señalarse que desde el final de la Guerra fría, a comienzos de la década del 90 del siglo XX, EE. UU. ha venido exportando a múltiples países sus “técnicas de justicia penal, de su procedimiento penal y de sus prioridades de crímenes transnacionales”, lo que tuvo lugar en la supuesta búsqueda de fomentar la democracia, el desarrollo y el control del delito mediante la reforma de los sistemas penales bajo el modelo estadounidense⁴³. Dentro de las prácticas recomendadas estaban: “procedimientos adversativos, penas de prisión largas, negociación de cargos como herramienta para reducir la acumulación de casos del sistema y, sobre todo, prioridades específicas en crímenes transnacionales”⁴⁴. Empero, “ninguna teoría razonada explica cómo estas prácticas beneficiarán concretamente a los estados receptores u otros intereses”⁴⁵. Por el contrario, “el sistema de justicia penal de EE. UU. exporta programas simplemente asumiendo que estas prácticas traerán estabilidad, reducción de la delincuencia y crecimiento económico”⁴⁶, sin que exista sustento teórico o empírico al respecto⁴⁷. Además, hay una percepción general de que los cambios no han dado los

⁴³ McLEOD. Op. Cit., p. 84.

⁴⁴ Ibíd. P. 139.

⁴⁵ Ibíd.

⁴⁶ Ibíd.

⁴⁷ Sobre la diferencia de intereses entre EE. UU. y los países a donde ha exportado sus programas en relación con las conductas que son objeto de atención del sistema penal ver McLEOD. Op. Cit., p. 142. No podemos explayarnos en el punto, pero valga la pena mencionar, por ejemplo, el caso de las propiedades intelectual e industrial: mientras que violaciones a ella son objeto de especial interés por parte de EE. UU., que propugna por su criminalización, en los países receptores, por ejemplo, la copia y venta sin autorización del titular de los derechos de soportes musicales, visuales o informáticos, entre otros productos, “constituye un importante sector de la economía urbana en muchos estados y provee empleo a miles de individuos” (McLEOD. Op. Cit., p. 144). Lo anterior, en consecuencia, plantea problemas a los estados receptores frente a la criminalización de tales conductas, más aun cuando el subempleo y el desempleo están presentes en sus territorios (ibíd.). Además, debe tenerse en cuenta que cuando conductas violatorias de los derechos de autor y contra la propiedad industrial son criminalizadas la intervención del Derecho penal termina siendo predominantemente contra el eslabón más débil de la cadena: el vendedor en la calle. VELANDIA-MONTES, Rafael. La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas, tomo I. Op. Cit., p. 137, pie de página 461. Finalmente, en este tipo de delitos la capacidad preventiva del Derecho penal es mínima, por no decir inexistente, y otro tipo de herramientas tienen mayor capacidad de incidencia al respecto, como lo es la tecnología. VELANDIA-MONTES, Rafael. La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas, tomo I. Op. Cit., p. 137, pie de página 461.

resultados esperados; que el sistema no funciona como se esperaba; que los procesos de demoran lo mismo e incluso más que antes⁴⁸; que el sistema es débil con los delincuentes, lo que ha llevado a reformas para hacer más punitivas a las normas penales y a “reducir garantías procesales para contrarrestar lo que es percibido como laxitud procesal”⁴⁹; que no hay “recursos para apoyar el funcionamiento robusto y efectivo del sistema procesal penal adversativo”⁵⁰; que los funcionarios en general no están debidamente capacitados ni tienen los suficientes recursos, lo que se evidencia con mayor fuerza en el caso de los fiscales y defensores públicos⁵¹; y que existe una prevención por parte de los actores institucionales sobre “el cambio de su papel en el sistema adversativo”⁵².

Ahora, Colombia ha sido uno de los países receptores de la influencia estadounidense, ascendiente que terminó en la expedición de la Ley 906 de 2004, que estatuyó un sistema procesal penal mixto, cuyas características principales han sido precisadas así⁵³:

En efecto, se diseñó desde la Constitución un sistema procesal penal con tendencia acusatoria, desarrollado por la Ley 906 de 2004, con acento en la garantía de los derechos fundamentales del imputado, para la definición de la verdad y la realización efectiva de la justicia, teniendo presentes los derechos de las víctimas. Se estructuró un nuevo modelo de tal manera, que toda afectación de los derechos fundamentales del investigado por la actividad de la Fiscalía, queda decidida en sede jurisdiccional, pues un funcionario judicial debe autorizarla o convalidarla en el marco de las garantías constitucionales, guardándose el equilibrio entre la eficacia del procedimiento y los derechos del implicado mediante la ponderación de intereses, a fin de lograr la mínima afectación de derechos fundamentales. Además, cabe recordar, que el nuevo diseño no corresponde a un típico proceso adversarial (sic) entre dos partes procesales que se reputa se encuentran en igualdad de condiciones; por un lado, un ente acusador, quien pretende demostrar en juicio la solidez probatoria de unos cargos criminales, y por el otro, un acusado, quien busca demostrar su inocencia; ya que, por una parte, el juez no es un mero árbitro del proceso; y por otra, intervienen activamente en el curso del mismo el Ministerio Público y la víctima. Cabe recordar, que en desarrollo de la investigación las partes no tienen las mismas potestades, y la misión que corresponde desempeñar al juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, sino en buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del imputado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Con todo, en el curso del proceso penal, la garantía judicial de los derechos

⁴⁸ McLEOD. Op. Cit., p. 147.

⁴⁹ Ibíd., pp. 148 y 149.

⁵⁰ Ibíd., p. 150.

⁵¹ Ibíd., pp. 151 y 152.

⁵² Ibíd., p. 152.

⁵³ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-591 de 2005. PP. 24 y 25.

fundamentales, se adelantará sin perjuicio de las competencias constitucionales de los jueces de acción de tutela y de habeas corpus.

En efecto, el sistema procesal penal colombiano es mixto toda vez que exhibe características de los sistemas inquisitivo y adversativo, pero predominan las de este último, tales como la separación de las funciones de acusación y juzgamiento; la titularidad estatal en el ejercicio de la acción penal, pero se permite su ejercicio a otros agentes; solo se practican como pruebas aquellas solicitadas por las partes, existen las estipulaciones probatorias y reglas de exclusión de la prueba, está prohibida la práctica de pruebas de oficio y solo es prueba aquella practicada en el juicio; se establece el principio de igualdad de armas; el procesado tiene derecho a intervenir en el proceso penal, pero no es obligatoria su participación, pues está amparado por el derecho a guardar silencio y por la presunción de inocencia; el acusador solo tiene como propósito buscar la condena del procesado; el juicio es la etapa principal del proceso porque la investigación es una etapa de preparación para el juicio; el juicio se debe llevar a cabo de manera concentrada, con pruebas practicadas de manera inmediata y oral en presencia del juez para garantizar el derecho de contradicción; se requiere tener certeza más allá de toda duda de la responsabilidad del procesado para condenar; es posible la terminación anticipada del proceso, existe la discrecionalidad del ejercicio de la acción penal proceso y negociaciones⁵⁴. Sin embargo, el sistema procesal penal colombiano también muestra, en menor medida, rasgos propios del sistema inquisitivo: el juez no tiene una actitud del todo pasiva, sino que, como lo señala la sentencia previamente citada, se le atribuye la finalidad de *aplicar la justicia material*, expresión que inevitablemente se vincula a la noción de *búsqueda de la verdad* característica del sistema inquisitivo; no se da del todo un proceso de partes (acusador y acusado) que en igualdad de condiciones concurren ante un tercero imparcial, juez, para que resuelva sobre la responsabilidad penal del acusado, pues existe participación en el proceso penal del Ministerio Público y de la víctima, lo que rompe el equilibrio de partes propio del sistema adversativo; y existe detención durante el proceso penal. Expuestos, entonces, los elementos centrales sobre la naturaleza mixta de los sistemas procesales penales, y señalado lo pertinente en relación con el sistema procesal penal colombiano, a continuación se estudia a la verdad, justicia y reparación como finalidad del proceso penal.

⁵⁴ Por supuesto, como es propio de los sistemas mixtos cada una de estas características tiene particularidades en el sistema procesal penal colombiano, pero ocuparnos de cada una de ellas excede los propósitos de este escrito.

2. ¿VERDAD, JUSTICIA Y REPARACIÓN COMO FINALIDAD DEL PROCESO PENAL?

Uno de los elementos cambiantes en el escenario contemporáneo del Derecho penal tiene que ver con el reconocimiento de los derechos de las víctimas en el proceso penal. Así, bajo la idea de que el sistema penal solo se ha preocupado por los victimarios y se ha olvidado por completo de las víctimas, se ha gestado todo un movimiento que apunta a un reconocimiento de derechos más amplios de las víctimas en el proceso penal y, en consecuencia, a una mayor intervención en el proceso penal. Este movimiento de reconocimiento de la víctima en el Derecho penal es integrante de una visión más amplia que considera que “es indispensable fortalecer al derecho penal, cualitativa y cuantitativamente, para que actúe como instrumento principal de regulación de la realidad social, con el fin último de lograr la paz social”⁵⁵ y que se sustenta en una supuesta situación de descontrol en las tasas del delito⁵⁶ y una población que está cansada de vivir en temor por el delito y que reclama una mayor drásticidad cualitativa y cuantitativa del Derecho penal para castigar a los delincuentes. Este movimiento tiene también como elemento central el abandono de la resocialización como fin de la pena, lo que tuvo lugar a comienzos de los años 70 del siglo pasado, al considerarse que era muy costosa, que no servía para nada porque la mayoría de delincuentes reincidían en la comisión de delitos y que violaba la dignidad, autonomía y libertad de las personas que eran sometidas a ella porque los trataba como seres enfermos y no como seres racionales⁵⁷.

De tal suerte, esta concepción impulsó el resurgimiento de la retribución como fin de la pena y de la prisión como principal, por no decir única, respuesta frente al delincuente. Este movimiento punitivista incluyó a asociaciones de víctimas de diferentes clases de

⁵⁵ VELANDIA-MONTES, Rafael. La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas, tomo I. Op. Cit., p. 64.

⁵⁶ Sobre las estadísticas criminales ver VELANDIA-MONTES, Rafael. La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas, tomo I. Op. Cit., p. 226. El argumento del aumento de las tasas del delito es usado frecuentemente como respaldo en la expedición de normas que aumentan el campo de acción del Derecho Penal y que no tienen la menor capacidad de incidencia en el conflicto social del que se ocupan. En la historia reciente de Colombia se puede evidenciar tal tipo de argumentos en las leyes 1761 de 2015, que criminalizó el feminicidio. VELANDIA-MONTES, Rafael. Del populismo penal a la punitividad: la política penal en Colombia en el siglo XXI. Bogotá. Universidad Católica de Colombia. 2017. P. 37. En igual sentido, estos argumentos se pueden ver en la Ley 1773 de 2016, que tipificó de manera autónoma las lesiones personales con el uso de sustancias corrosivas. VELANDIA-MONTES, Rafael. Del populismo penal a la punitividad. Op. Cit., p. 59. Estos son dos casos ejemplares del uso simbólico del Derecho penal por parte del Estado para hacer frente a conflictos sociales que supuestamente estaban en descontrol, a pesar de que la evidencia demostraba lo contrario.

⁵⁷ VELANDIA-MONTES, Rafael. La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas, tomo I. Op. Cit., p. 77.

delitos que consideraban que eran victimizadas por segunda vez por el sistema penal, pues no se tenía en cuenta su afectación ni sus derechos y veían como los fiscales, sin consultarlas, hacían acuerdos con los victimarios que representaban para estos penas bajas, incluso sin privación de la libertad, a pesar de todo el esfuerzo que ellas tenían que hacer para colaborar con la Administración de justicia⁵⁸. Este movimiento de víctimas se puede resumir en tres elementos centrales: 1) garantizar “la participación de la víctima en el proceso penal”⁵⁹ mediante el reconocimiento de ciertos derechos de intervención en él⁶⁰; 2) “asegurar beneficios económicos y servicios para las víctimas” y 3) asegurar una mayor eficacia del sistema penal para condenar a los victimarios e imponerles penas más drásticas⁶¹.

Justamente, el reconocimiento de los derechos de las víctimas de delitos, que incorpora su participación en el proceso penal, es el elemento que se expondrá en lo que sigue. En esta línea, en tiempos recientes, en los sistemas de tendencia inquisitiva se ha venido admitiendo la participación de la víctima como parte civil dentro del proceso penal, pero sin que cumpla el papel subsidiario de acusador⁶². Si bien esta participación había estado limitada en un principio al reclamo de los perjuicios ocasionados por el delito como parte civil, se ha transformado al punto de reconocer que las víctimas en el proceso penal incluso puede que no tengan ningún interés económico sino que solo busquen la verdad y la justicia⁶³. En los sistemas de tendencia adversativa, la víctima “interviene a través de

⁵⁸ GEIS, Gilbert. Victims. En: Encyclopedia of crime and justice. Second Edition. Joshua Dressler (ed.). New York. Macmillan Reference. 2002. P. 1629; KIRCHENGAST, Tyrone. Victims and the Criminal Trial. London. Palgrave Macmillan. 2016. P. 5.

⁵⁹ GEIS. Op. Cit., p. 1629.

⁶⁰ KIRCHENGAST. Op. Cit., p. 8.

⁶¹ MOSTELLER, Robert P. Victims' rights. En: Encyclopedia of crime and justice. Second Edition. Joshua Dressler (ed.). New York. Macmillan Reference. 2002. P. 1639.

⁶² KIRCHENGAST. Op. Cit., p. 33.

⁶³ De ello es ejemplo la sentencia C-228 de 2002 de la Corte Constitucional, que resolvió una demanda en contra del artículo 137 de la Ley 600 de 2000, ley que había establecido en Colombia un sistema procesal penal de tendencia inquisitiva. En la citada sentencia, sostiene la Corte que los derechos de las víctimas no solo involucran la reparación, sino también la verdad y la justicia: “Las razones señaladas permiten afirmar que la visión de la parte civil sólo interesada en la reparación económica, debe ser abandonada. La víctima de un delito o los perjudicados por éste tienen derecho a participar en el proceso penal no sólo para obtener el resarcimiento pecuniario, sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia. Incluso, pueden intervenir con la única finalidad de buscar la verdad y la justicia, sin que se les pueda exigir demostrar un daño patrimonial o una pretensión de esta naturaleza. Así, la parte civil es un sujeto procesal en sentido pleno. Esta concepción de la parte civil tiene trascendencia en la definición y alcances de la participación de la víctima o los perjudicados tanto durante la investigación preliminar como dentro del proceso penal. Por ejemplo, si sus derechos no están limitados a la búsqueda de una reparación económica, la solicitud y presentación de documentos e información relevante también podrá estar orientada a contribuir al esclarecimiento de la verdad y a reducir el riesgo de impunidad y no sólo a demostrar la existencia de un perjuicio ni a cuantificar el daño material. Esta concepción también tiene implicaciones

oficiales públicos que representan el interés público” y su papel ha quedado relegado a su participación como testigo en el proceso penal⁶⁴. Empero, esta situación ha venido cambiando en la medida que se han expedido instrumentos normativos que reconocen derechos a las víctimas tales como el ser informadas, e incluso consultadas, sobre las decisiones tomadas por la policía o el fiscal de formular o no cargos, o negociar con el procesado, o de no acusarlo⁶⁵.

Estos derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación tienen su origen en el derecho internacional y fueron, al principio, la respuesta frente a situaciones de comisión de delitos de la más grave naturaleza, pero se han venido incorporando en los derechos internos y, en consecuencia, este discurso se ha traspasado a toda clase de delitos. Empero, el primer problema que enfrenta este derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación consiste en que la verdad, entendida como aquello que realmente ocurrió, encuentra en el derecho limitaciones tales como “los derechos del procesado a no declarar o autoincriminarse, del testigo a no autoincriminarse o a no rendir testimonio por razones de parentesco o de secreto profesional, así como la exclusión, por haberse incorporado de manera ilegal pruebas que demuestran la responsabilidad penal del procesado”⁶⁶.

Como se ve, la cuestión reside, por lo tanto, en si el derecho, en aras de garantizar el derecho a la verdad de las víctimas, debe eliminar en lo que concierne a los derechos del procesado. Empero, no debe olvidarse que estos derechos del procesado surgieron como respuesta a prácticas que permitían, en la búsqueda de la verdad, la violación de los derechos de quienes eran sujetos del poder punitivo del Estado. Entonces, al margen de lo problemático que es el concepto de verdad, lo cierto es que ella, desde el punto de vista legal, tiene límites y ellos son el fruto del reconocimiento de los problemas que surgieron en el pasado por prácticas como la tortura, que incluso hoy en día no ha desaparecido del todo en aras de la lucha contra el terrorismo como ocurre, por ejemplo, con la práctica⁶⁷

tanto en materia de los recursos que puede interponer contra decisiones que puedan afectar sus derechos a la verdad y a la justicia, como respecto la necesidad de que las providencias que puedan menoscabar sus derechos sean conocidas oportunamente por la parte civil para que pueda controvertirlas. Por ende, está legitimada, por ejemplo, para impugnar decisiones que conduzcan a la impunidad o no realicen la justicia. Sin embargo, no le corresponde a la Corte en este proceso pronunciarse sobre todas las consecuencias de la concepción constitucional de la parte civil, puesto que la Corte debe limitarse a estudiar los cargos presentados por el demandante contra las normas por él cuestionadas y las disposiciones tan estrechamente ligadas a ella que integran una unidad normativa”. Corte Constitucional, sentencia C-228 de 2002. P. 46.

⁶⁴ KIRCHENGAST. Op. Cit., p. 33.

⁶⁵ Ibíd., p. 32.

⁶⁶ VELANDIA-MONTES, Rafael. La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas, tomo II. Op. Cit., p. 96.

⁶⁷ O'MARA, Shane. Why Torture Doesn't Work. The Neuroscience of Interrogation. Cambridge. Harvard University Press. 2015. P. 10.

del ahogamiento simulado⁶⁸. Así, a la verdad puede accederse a través de la evidencia, pero “desde un punto de vista científico, la evidencia puede ser definida como cualquier material que ayuda a la corte a establecer la probabilidad de hechos pasados sobre los que debe indagar [...] Esto es, por supuesto, absolutamente diferente desde el punto de vista legal, que también considera si cierto tipo de evidencia debe o no ser excluida, a pesar de su potencial en ayudar a reconstruir los hechos”⁶⁹.

Además, no puede pasarse por alto que a nivel social la verdad se construye de acuerdo a reglas y ello es lo mismo que pasa en el Derecho⁷⁰: en el ámbito social la verdad no depende de lo que realmente haya ocurrido sino de lo que sea creíble y se pruebe por quien afirma que algo ha pasado, que es exactamente igual a lo que ocurre en el Derecho, solo que en este se han establecido límites en relación a cómo acceder a ciertos medios de prueba para proteger a los inocentes de errores judiciales y para proteger la dignidad humana y demás derechos de quienes son sujetos de la acción penal, derechos que, irónicamente, son los mismos invocados como razón para la protección de las víctimas de

⁶⁸ Práctica que se hace en seco o en húmedo. En la primera opción se pone una bolsa plástica sobre la cabeza del torturado, que con su respiración termina el aire dentro de la bolsa, lo que empieza a producir el ahogo. En el segundo caso, la cabeza del torturado es puesta en cualquier líquido y se le obliga a permanecer hasta que se empieza a ahogar: También está el *waterboarding*, en la que se pone una tela encima de la cara del torturado y se vierte líquido sobre ella de manera intermitente, lo que recrea la sensación de ahogamiento. Sobre los efectos de ciertos tipos de tortura en el torturado ver: sobre el estrés y el dolor como efectos generales de la tortura. O'MARA. Op. Cit., p. 105. Sobre la privación del sueño. O'MARA. Op. Cit., p. 148. Sobre el ahogamiento, calor, frío y hambre, entre otros. O'MARA. Op. Cit., p. 169.

⁶⁹ MURPHY, Peter. Murphy on evidence, 8.^a ed. New York. Oxford University Press. 2003. PP. 2 y 3.

⁷⁰ Así, verbigracia, puede verse en el siguiente caso: “una persona es víctima de un delito de violación siendo su agresor alguien conocido. Acabada la comisión del delito, la víctima huye con rumbo hacia su casa, en donde por el deseo comprensible de quitarse el olor, la sensación, etc., de su agresor toma una ducha. Luego se dirige a denunciar el delito y presentada la denuncia se ordena, por ejemplo, un examen físico y la toma de muestras de semen y/o vellos públicos con el fin de comprobar la identidad del agresor, pero debido a la ducha tales muestras se perdieron irremediablemente y además, no se encontraron secuelas físicas en la víctima. Así, en el proceso penal correspondiente, el juez tiene como únicas pruebas la denuncia de la víctima y la versión del ‘supuesto violador’, que niega por completo las imputaciones en su contra. En consecuencia, el juez se ve obligado a proferir una sentencia absolutoria reconociendo que existe más que duda razonable respecto de la responsabilidad del procesado. De tal suerte, la sentencia absolutoria no reflejará la verdad material (el hecho de que fue violada) y no habrá sanción como quiera que aquella verdad no encuentra respaldo en la verdad formal (lo que se pudo probar en el proceso). Empero, la verdad material de la víctima no será verdad material para la sociedad, sino verdad formal, en el entendido de que bajo los trámites procesales prescritos no se demostró que el denunciado fuera el agresor y lo que es verdad formal (procesal) para la víctima termina siendo verdad material para la sociedad: el denunciado no cometió la violación o al menos no pudo probarse que él fue, aunque la consecuencia final es la misma, no responsabilidad penal. Colectivamente se ha acordado que el camino para obtener verdad material relevante en lo social a efectos de imponer una pena a un individuo es a través de un proceso con ciertos requisitos y no por las simples afirmaciones de una persona”. VELANDIA-MONTES, Rafael. La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas, tomo II. Op. Cit., pp. 97 y 98.

delitos. Al respecto no sobre recordar que, en el lenguaje más común posible, al combatir el fuego con fuego, como se exige por parte de quienes fungen por el cambio en el paradigma en relación con la intervención de los derechos de las víctimas en el proceso penal⁷¹, se puede llegar a un punto indeseable y es la pérdida de legitimidad por parte del Estado y del sistema penal, con consecuencias de tal magnitud como el regreso a la justicia por propia mano y, por lo tanto, la desaparición del Derecho Penal, algo que no es deseable desde ningún punto de vista.

Por otra parte,

[...] en lo que interesa al derecho a la justicia, el inconveniente estaría reflejado en lo que deba entenderse como justicia para la víctima: ¿declaración objetiva y pública de tal condición? ¿Reparación del daño ocasionado? ¿Castigo del victimario? La declaración objetiva y pública, por parte de un juez, es un elemento de gran valor, pues al fin y al cabo pone de presente a la sociedad la condición de afectado de la víctima: se establece que no ha realizado ningún acto reprochable y que, por el contrario, ha sido agredida por otra persona. En el caso de la justicia penal, sin embargo, tal declaración siempre será secundaria, en la medida que lo principal será la atribución de responsabilidad penal a una persona por la comisión de una conducta que está tipificada como delito, aunque debe reconocerse que tal declaración también colabora en el restablecimiento de la dignidad e igualdad de la víctima afectada por el delito⁷².

Así, surge el siguiente interrogante: ¿es suficiente la declaración de responsabilidad penal o es necesaria la imposición de una pena? En el evento de que sea necesaria la imposición de una pena, ¿qué tipo de pena debe imponerse? ¿Privativa o no privativa de la libertad? Y por último, ¿es necesario el cumplimiento de la pena impuesta? Por una parte se sostiene que es posible para el Derecho Penal reestablecer la paz social sin necesidad de imponer una pena al delincuente en aquellos casos en los que este “acepta que ha cometido el delito, acepta por completo su responsabilidad, compensa a la víctima y pide su perdón”⁷³. Empero, este planteamiento no corresponde a lo que ocurre en la mayoría de casos en los que ni siquiera hay una aceptación de la comisión del delito y, en consecuencia, mucho menos un ofrecimiento de disculpas. Además, incluso en los casos en los que se ofrezca disculpas, tampoco es aceptable dejar a la víctima la decisión de la imposición de una pena, pues ello es parte del diseño de la política penal⁷⁴, que es potestad

⁷¹ En tal sentido, por ejemplo, DEARING. Op. Cit., p. 250.

⁷² VELANDIA-MONTES, Rafael. La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas, tomo II. Op. Cit., p. 98.

⁷³ DEARING, Albin. Justice for Victims of Crime. Human Dignity as the Foundation of Criminal Justice in Europe. Cham: Springer International Publishing, 2017. P. 346.

⁷⁴ Sobre el porqué se prefiere el uso de la expresión política penal en lugar de política criminal debe decirse: “se evade el término política criminal porque tal expresión corresponde a la visión que percibe a la criminalidad como una realidad empírica, con propiedades ontológicas, por ende, habría un objeto de conocimiento con atributos o de naturaleza criminal, cuyo estudio informaría la política respectiva. Sin

del Estado y que, en consecuencia, no puede quedar sujeta a lo que la víctima decida⁷⁵. En la misma línea, ¿qué pasaría en aquellos delitos en los que no hay víctima? Como se evidencia, sigue sin responderse la cuestión.

Por otra parte, ya Roxin⁷⁶, desde su teoría de fin de la pena, había planteado que al momento de imposición de la pena deben tenerse en cuenta conjuntamente los fines de prevención general negativa (disuasión) y especial positiva (resocialización), con prevalencia de la primera en el caso de delitos graves y de la segunda, en el caso de crímenes de mediana gravedad y leves. Esto, en principio, daría respuesta a la cuestión de en qué casos se debe o no imponer una pena, es decir, cuándo la declaración de responsabilidad penal es o no suficiente. Empero, la cuestión del tipo y monto de pena que debe imponerse es una cuestión de política penal desarrollada por el legislador dentro de su libertad de configuración y a la que el juez debe ceñirse. En todo caso, lo que sí es cierto es que “sostener que hoy en día una sentencia condenatoria penal en la que no se imponga la pena de prisión tiene el mismo efecto que una que sí desconoce el hecho de que en la sociedad, en la representación de la gente, no de los abogados, existe una concepción respecto del derecho penal en la que el binomio delito-prisión es bastante paradigmático de esta área del derecho”⁷⁷. Esta concepción social, sin embargo, no puede

embargo, ya ha sido mencionado que la definición de criminal es producto de un proceso político de criminalización, un acto de definición subjetiva el cual emerge de juicios de valor, no una cualidad que corresponda a la descripción del mundo objetivo. De otra parte, la política en este terreno no tiene como receptores únicos a los sujetos ni a las situaciones rotuladas como criminales, puesto que la política mencionada está destinada al conjunto de la población, afectada o comprometida por sus medidas o intervenciones. Es, además, imprecisa, porque la aspiración de una política penal no puede ser únicamente la de actuar sobre la criminalidad, ya sea previniéndola, reprimiéndola u otorgándole garantías, que serían las únicas acciones coherentes si su objeto es la conducta criminal y los criminales. Tal política busca también la protección y el restablecimiento de determinados intereses o bienes jurídicos vulnerados que involucran a las víctimas, promueve ciertos valores, desarrolla y fortalece la democracia y la participación o se opone a ellas. Y, por último, política criminal es una expresión arcaica frente al derecho, pues hace décadas fue sustituida la nominación de derecho criminal por la de derecho penal, más acorde con su objeto y finalidades”. SILVA GARCÍA, Germán. Criminología. Teoría sociológica del delito. Segunda edición. Bogotá. Instituto Latinoamericano de Altos Estudios. 2013. PP. 59 y 60.

⁷⁵ Sin perjuicio de que el Estado en ciertos delitos conceda al sujeto pasivo la potestad de decidir sobre el ejercicio o no de la acción penal, como ocurre en Colombia con los delitos querellables (no podemos ocuparnos de la cuestión, pero debe agregarse que en Colombia, con la reforma introducida por la Ley 1826 de 2017, artículo 2º, el querellante legítimo ya no es el sujeto pasivo sino la víctima).

⁷⁶ ROXIN, Claus. Derecho penal. Parte general, t. 1. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid. Civitas. 1997. PP. 95 y 96; ROXIN, Claus. La teoría del delito en la discusión actual. Traducción de Manuel A. Abanto Vásquez. Lima. Grijley. 2016. P. 92.

⁷⁷ VELANDIA-MONTES, Rafael. La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas, tomo I. Op. Cit., p. 72. Esto puede apreciarse incluso en personas que ya están condenadas, es decir, que son sujetos de la intervención del sistema penal. Al respecto ver VELANDIA-MONTES, Rafael. Los sí delincuentes:

determinar la clase y monto de la pena a imponer, sino que ella debe ser individualizada de acuerdo a lo que el legislador haya establecido como tipo de pena y con los límites mínimo y máximo fijados por él. En el momento de ejecución de la pena debe prevalecer la resocialización con un límite mínimo marcado por la disuasión para aquellos casos en los que se ha cometido un delito muy grave y en donde la conciencia jurídica general se estremecería gravemente si no se sancionara tal conducta delictiva⁷⁸.

Empero, en virtud del reconocimiento del derecho de las víctimas a la justicia, ya se hacen explícitas posiciones que abogan por un derecho de ellas al castigo del victimario que, inexplicablemente, estaría fundado en un derecho de este a ser condenado y castigado:

La víctima tiene el derecho a la condena y, en casos apropiados, al castigo del delincuente. Sin embargo, esto solo en la medida en que el infractor tiene derecho a ser condenado y castigado. Hacer lo contrario sujetaría al infractor a los derechos de la víctima violando así el principio de Kant y de la dignidad humana. Por lo tanto, el derecho a la justicia de la víctima se basa necesariamente en y corresponde con un derecho del delincuente a ser condenado y castigado; y el derecho del delincuente a ser castigado se basa en una violación de los derechos de la dignidad y por lo tanto en un derecho secundario de la víctima al castigo del delincuente. La culpabilidad del delincuente comprende, como un factor, el daño hecho a la víctima; y el derecho de la víctima a ser reconocida como agraviada se basa en la culpabilidad y el derecho a la expiación del delincuente. Así, los derechos de la víctima y el delincuente están entrelazados y son recíprocamente referenciales. El segundo derecho a la justicia de la víctima —al juzgamiento, identificación, condena y castigo del delincuente, pertenece a la misma categoría de derechos constitucionales tal y como el derecho del delincuente a ser detenido para responder por lo hecho y castigado. Enjuiciar, condenar y castigar al delincuente, como un medio para aceptar lo que él le debe a su comunidad normativa en general, y la víctima en particular, respeta el mismo estatus como persona del delincuente y de la víctima. El derecho del delincuente para responder por lo que le debe a la víctima y el derecho de la víctima a que el delincuente sea detenido para responder por el daño causado a la víctima son los dos lados de una misma moneda. En resumen, el propósito de la justicia penal es restaurar personas con derechos iguales al respecto—para restaurar a la víctima como persona y titular de derechos y para restaurar al delincuente como persona, como agente responsable y como garante⁷⁹.

También se habla de un fin de la pena de expresión de la solidaridad de la comunidad con la víctima al castigar a su victimario:

Junto con la condena del agresor, el castigo es, en primer lugar, una expresión de la solidaridad de la comunidad legal con la víctima como una persona titular de derechos, tanto como se hace

visiones sociales sobre la pena, la criminalidad y el sistema penal. Bogotá. Instituto Latinoamericano de Altos Estudios. 2018. P. 118.

⁷⁸ ROXIN, Claus. Derecho penal. Op. Cit., p. 97; ROXIN, Claus. La teoría del delito en la discusión actual. Op. Cit., p. 98.

⁷⁹ DEARING. Op. Cit., p. 348.

contribuir al delincuente lo que le corresponde en el reconocimiento y autoridad de los derechos de la víctima y de la víctima como una persona. La comunidad jurídica, en solidaridad con la víctima como su miembro, no permite al delincuente escaparse de ello, en donde 'ello' hace referencia a un acto que desconoce a la víctima por cuestionar sus derechos y su condición como persona⁸⁰.

Además, se afirma que el fin de la pena también consistiría en permitirle al delincuente saldar "su deuda y reconciliarse con la víctima y su comunidad legal"⁸¹. Adicionalmente, se sostiene que la pena tiene agregada a ella un significado de justicia para la sociedad y de manera más especial para las víctimas:

Pero además hay que reconocer que es inherente a lo penal, al castigo, un significado de justicia o, como se le suele denominar, de retribución (justo pago, realización de la justicia frente a un hecho injusto y culpable...las normas penales cumplen, además de la prevención, una **función de restablecimiento de la justicia** frente al injusto (ilícito) culpable que supone el delito. Dicho restablecimiento de la justicia da la satisfacción ciertamente a las exigencias de la comunidad y del Derecho, afectados por la violación de las reglas básicas, pero simultáneamente da **satisfacción a las víctimas**, a los sujetos más directamente afectados por el delito; orientación ésta hacia la que cada vez hay más sensibilidad, debido a los movimientos sociales que promueven las propias víctimas y también gracias a las aportaciones de la victimología⁸² (la negrilla hace parte del texto original).

Al final, de lo que realmente se trata es que, a través del castigo, del valor expresivo que tiene para la víctima el dolor que aquel causa al victimario, se busca "el restablecimiento de la posición originaria de la víctima en casos de violaciones de derechos humanos"⁸³. No se entiende, salvo en un reconocimiento claro de la venganza como fin de la pena, cómo el dolor causado al victimario puede reestablecer los derechos de las víctimas. En tal sentido, las víctimas solo tienen derecho a "que se apliquen las normas legales que regulan el ejercicio del *ius puniendi* por el Estado"⁸⁴, pero no deben tener derecho al castigo del victimario. En efecto, "la víctima no tiene derecho a obtener una condena, pero en aquellos casos en donde la haya y su ejecución se haga desconectada de razones

⁸⁰ DEARING. Op. Cit., p. 346. Así mismo, "el castigo, al acentuar la dignidad y los derechos de la víctima y al restaurar su confianza, les asegura a los cooperadores condicionales que ellos pueden confiar que en el caso de una violación de sus derechos no estarán solo. Son estas tres funciones las explican la participación de la víctima, del delincuente y del fiscal como las partes en el proceso penal y determinan el ángulo de su participación". DEARING. Op. Cit., p. 346.

⁸¹ Ibíd.

⁸² LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Derecho Penal. Parte General. Tercera edición. Buenos Aires. B de F. 2016. P. 77.

⁸³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. ¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la "lucha contra la impunidad" y del "derecho de la víctima al castigo del autor". En: Santiago Mir Puig (dir.). Derecho penal del siglo XXI. Madrid. Consejo General del Poder Judicial. 2008. P. 344.

⁸⁴ Ibíd.

preventivas y sustentada exclusivamente por ‘necesidades de la víctima, no sería sino venganza institucionalizada bajo un manto de supuesta racionalidad’⁸⁵. En consecuencia, consideramos más razonable “una posición que niega a la presunta víctima cualquier pretensión de disposición sobre la imposición, dosificación y ejecución de la pena. La posición contraria sería admitir un regreso a la privatización de la pena, un regreso a la venganza privada, que era precisamente lo que se buscaba eliminar cuando el Estado tomó para sí con exclusividad la potestad sancionatoria⁸⁶.

Al margen de lo censurable que es asumir un derecho de la víctima a la justicia entendido como el castigo del victimario, lo que este tipo de posturas pasan por alto es que en las sociedades existe una visión profundamente arraigada de la necesidad del castigo para ciertas conductas⁸⁷. Quienes son víctimas de ellas desean, con mayor fuerza que la sociedad en general, la imposición del mayor castigo al victimario: en el caso de los delitos más graves se desea la imposición de las penas de mayor entidad (pena de muerte o cadena perpetua)⁸⁸, al margen de que ello sea o no posible jurídicamente. Incluso en los delitos menos graves, las víctimas también desean que se imponga la prisión, ninguna otra pena es aceptable ya que opciones distintas son vistas como formas de no justicia: sobre el particular puede citarse el caso español en relación con muertes y lesiones personales como consecuencia de la conducción de vehículos automotores y en el que las víctimas y sus familiares consideraban como muestra de impunidad las decisiones judiciales que calificaban a dichas conductas como cometidas con imprudencia leve y no grave, lo que tenía como resultado la imposición de penas de multa en lugar de penas de prisión⁸⁹. Es decir, a pesar de que los autores de conductas de homicidio o lesiones personales culposas en choques de tráfico eran declarados penalmente responsables y se les imponía la pena de multa ello era visto por las víctimas como una denegación de justicia porque esta solo se podía lograr a través de la imposición de la pena de prisión. Así mismo, las víctimas y sus familiares también consideraban como una situación de impunidad la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena en aquellos casos que sí eran calificados como cometidos con imprudencia grave y que sí

⁸⁵ VELANDIA-MONTES, Rafael. La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas, tomo II. Op. Cit., p. 99.

⁸⁶ Ibíd.

⁸⁷ ROBINSON, Paul H. *Intuitions of Justice and the Utility of Desert*. New York. Oxford University Press. 2013. P. 211.

⁸⁸ En el conocido caso del secuestro, acceso carnal y feminicidio de una menor de edad de 7 años de edad, su padre sostuvo: “Estaría de acuerdo que existiera la pena de muerte, pero lastimosamente en este país no se da siempre, hay obstáculos y siempre ponen las penas bajas, por eso el país está como está. Que se haga justicia porque justicia a medias no sirve”. El Espectador, 2017a.

⁸⁹ VELANDIA-MONTES, Rafael. La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas, tomo II. Op. Cit., p. 101.

tenían pena de prisión⁹⁰. Debe aclararse que no se aboga por “la eliminación de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión o su sustitución, como tampoco por un aumento del uso de la pena de prisión, sino, insistimos, de lo que se trata es de poner de relieve la existencia de tal concepción social en lo que concierne al derecho penal y a la pena”⁹¹. O sea que las víctimas también consideraban como denegación de justicia los casos en los que había condena de prisión pero ella se dejaba en suspenso. De tal suerte,

Quizá lo más razonable sea considerar mecanismos jurídicos alternos al derecho penal, en concreto el derecho administrativo sancionador, en aquellas conductas que se estime que no deban ser objeto de la pena de prisión sino de otro tipo de sanciones. Es decir, lo que tal vez debería empezar a hacerse es excluir del derecho penal a todos aquellos comportamientos que en la actualidad se encuentran tipificados y que tengan penas distintas a la de prisión y remitirlos al derecho administrativo sancionador⁹².

En sentido similar, es un hecho notorio que en los casos en los que se imponen penas de prisión y se priva de la libertad al responsable tampoco las víctimas se consideran satisfechas porque consideran que la pena impuesta es insuficiente, como puede verse, verbigracia, en el ya citado caso del secuestro, acceso carnal y feminicidio de una menor de 7 años, pues su victimario fue condenado, en lo que a prisión concierne, inicialmente a 51 años y 10 meses de prisión. Esto produjo una ola social de indignación por lo que se consideró una pena muy baja:

“Estoy muy decepcionado, estábamos esperando que le dieran los 60 años. ¿Qué les tendrá que pasar a los niños para que la justicia imponga la pena máxima?”, manifestó en su momento... (el) padre de la pequeña”⁹³.

Entonces, es razonable afirmar que la *justicia para las* víctimas, entendida como la imposición y cumplimiento de la pena de prisión, generalmente no satisface sus deseos porque ellas consideran bajas las penas impuestas. En esta línea, “este derecho a la justicia, comprendido como castigo al delincuente...involucra reclamos constantes de criminalización de conductas; modificación de los tipos ya existentes para incluir más verbos rectores; aumento de las penas para tipos penales ya existentes; la supresión de penas alternativas como la multa y su reemplazo por la pena de prisión, mecanismos alternativos de cumplimiento de la pena de prisión y, en general, cualquier medida que

⁹⁰ Ibíd.

⁹¹ VELANDIA-MONTES, Rafael. La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas, tomo I. Op. Cit., p. 73.

⁹² Ibíd.

⁹³ El Espectador, 2017b.

evite o disminuya la duración de la pena de prisión”⁹⁴. En conclusión, la justicia para las víctimas implica una transformación punitiva que solo acepta la imposición de las penas más drásticas porque las víctimas actúan de forma impulsiva y este aspecto es el que desconocen quienes apoyan el reconocimiento de tal visión de justicia. De tal suerte, en el derecho a la justicia de la víctima se está asumiendo un concepto duro de impunidad⁹⁵:

el concepto de impunidad involucra la ausencia de...investigación, persecución, captura, enjuiciamiento, condena o cumplimiento efectivo de ésta por parte de los responsables de delitos si se trata de un concepto moderado, pero estaremos en presencia de un concepto duro de impunidad si la realización de aquellos elementos no busca hacer justicia a la víctima o sea si no se tienen en cuenta las necesidades de las víctimas, que consisten especialmente en la condena del victimario, en la imposición de una pena que responda en su calidad y cantidad directa y proporcionalmente a la gravedad del daño ocasionado a aquellas y en el cumplimiento efectivo de dicha pena. Es decir, se trata de una perspectiva en la que la misión del derecho penal y el fin de la pena deben estar orientados a hacer justicia a la víctima en todos los elementos del conjunto responsabilidad penal y más específicamente, en las etapas de imposición, dosificación y ejecución efectiva de la pena⁹⁶.

El problema de este discurso de impunidad y justicia para las víctimas es que presenta a la prisión como única respuesta legítima en el Derecho penal, lo que niega valor a cualquier otro tipo de pena⁹⁷ de menor entidad a la prisión⁹⁸ y niega la opción del no ejercicio de la acción penal por motivos de interés colectivo porque se traslada tal tipo de decisiones a los deseos de la víctima: un retorno a la privatización del Derecho penal, “con la consecuencia desastrosa de que los discursos y las prácticas jurídicas y judiciales de un modelo excepcional, que surgió para dar respuesta a los delitos más graves, se están traspasando a las demás conductas delictivas”⁹⁹.

Por último, “la reparación del daño es sin duda un derecho de la víctima y una obligación para quien lo ha causado, pero se podría llegar al resarcimiento por procesos judiciales distintos al penal, aunque también se puede hacer dentro de éste por razones de economía

⁹⁴ VELANDIA-MONTES, Rafael. La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas, tomo II. Op. Cit., p. 100.

⁹⁵ Sobre el concepto de impunidad ver VELANDIA-MONTES, Rafael. La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas, tomo II. Op. Cit., p. 94.

⁹⁶ VELANDIA-MONTES, Rafael. La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas, tomo II. Op. Cit., pp. 100 y 101.

⁹⁷ Como ocurre, por ejemplo, en el caso colombiano que tiene a la multa y a las penas privativas de otros derechos que aparecen en la parte especial como penas principales.

⁹⁸ Por supuesto, penas más graves como la cadena perpetua y la pena de muerte son vistas como deseables.

⁹⁹ VELANDIA-MONTES, Rafael. La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas, tomo II. Op. Cit., p. 101.

procesal”¹⁰⁰ y ello no presenta ningún inconveniente, independientemente de que se trate de un sistema de tendencia inquisitiva o adversativa.

El otro elemento que ha adquirido importancia en relación con los derechos de las víctimas es el de no repetición, que “es parte de los derechos del individuo a la protección de sus derechos, pero que refleja el aspecto particular de que la victimización de un individuo obliga a la policía considerar si el delito resulta de un riesgo que continúa presentando una amenaza a la seguridad de los derechos primarios de la víctima”¹⁰¹. Sobre este elemento, sin entrar a analizarlo en profundidad, es necesario mencionar lo dicho por la Corte Europea de Derechos Humanos, que, al resolver una demanda en un caso en el que se alegaba que el Reino Unido no había adoptado las medidas necesarias para evitar que un profesor, que venía acosando a un estudiante, situación que era conocida por la Policía, terminara cometiendo una tentativa de homicidio en su contra y matara a su padre, sostuvo:

Para la Corte, y teniendo en cuenta las dificultades involucradas en la actividad policial en las sociedades modernas, la imprevisibilidad de la conducta humana y las opciones operativas que se deben hacer en términos de prioridades y recursos, tal obligación debe interpretarse de manera que no imponga una carga imposible o desproporcionada en las autoridades. Por consiguiente, no todo reclamo de riesgo a la vida puede implicar para las autoridades un requerimiento convencional para tomar medidas operativas para prevenir la materialización de ese riesgo. Otra consideración relevante es la necesidad de garantizar que la policía ejerza sus poderes de control y prevención del crimen de una manera que respete plenamente el debido proceso y otras garantías que legítimamente ponen restricciones en el ámbito de su acción para investigar el delito y traer delincuentes a la justicia¹⁰².

Esto es de especial relevancia, por ejemplo, para el caso de los feminicidios¹⁰³ en Colombia, en los que incluso con medidas de protección se termina cometiendo la conducta delictiva, porque “cuando una persona comete un delito siempre, lo hace estando en una de estas dos situaciones: o planea su ejecución con el fin de evitar ser descubierto (planeación que puede ser bastante anticipada o que se da, en el peor escenario, justo antes del comienzo de la realización de la conducta) o la comete de manera irreflexiva en un estado de excitación, de pasión, de ira”¹⁰⁴, tal y como lo enseña la experiencia¹⁰⁵. Entonces, no se trata de afirmar que no hay nada que hacer y que las medidas adoptadas no sirven para nada.

¹⁰⁰ Ibíd., p. 98.

¹⁰¹ DEARING. Op. Cit., p. 334.

¹⁰² Corte Europea de Derechos Humanos. (1998). Caso de OSMAN v. EL REINO UNIDO. (87/1997/871/1083). P. 33.

¹⁰³ Una crítica a la criminalización autónoma del feminicidio por su inutilidad y por hacer un uso simbólico del Derecho Penal en VELANDIA-MONTES, Rafael. Del populismo penal a la punitividad. Op. Cit., p. 2.

¹⁰⁴ VELANDIA-MONTES, Rafael. Del populismo penal a la punitividad. Op. Cit., p. 53.

¹⁰⁵ Con ejemplos, VELANDIA-MONTES, Rafael. Del populismo penal a la punitividad. Op. Cit., p. 53.

No, por el contrario, de lo que se trata es de poner de presente que la política pública centrada en lo penal es bastante ineficaz porque no busca atacar las causas de los fenómenos que originan los delitos¹⁰⁶ y porque las medidas preventivas (vigilancia policial, etc.) son insuficientes por la escasez de personal para garantizar una protección las 24 horas¹⁰⁷. Incluso, debe insistirse en que la conducta se comete bien con preparación previa buscando evitar ser detectado por el sistema penal o bajo un estado de excitación en el que no le importa a la persona si es identificado como el agresor y mucho menos las consecuencias jurídicas por su ejecución¹⁰⁸.

Finalmente, valga la pena mencionar que este discurso de los derechos a la verdad, justicia y reparación de la víctima está presente en países con sistemas de tendencia inquisitiva y adversativa y en ambos casos ha representado un aumento en los poderes de la víctima en el proceso penal, lo que ha representado un mayor ámbito de actuaciones procesales en las que ella puede intervenir directamente. Esto pone de presente, como ya se había mencionado, que los dos sistemas enfrentan problemas idénticos (condena de inocentes y absolución de culpables y la ineficacia del sistema para hacer frente a la criminalidad) y que la cuestión de la impunidad no es algo que dependa de la naturaleza del sistema, ni de mayores o menores poderes de intervención de las víctimas en el proceso penal¹⁰⁹. Si la impunidad es causa de preocupación y está presente en el sistema de tendencia inquisitiva, en donde el funcionario tiene como misión el descubrimiento de toda la verdad, y en el de tendencia adversativa, en donde el acusador tiene como labor acusar a quien ha cometido un delito, tal situación demuestra que la impunidad es un elemento indeseable pero presente en todos los sistemas penales y que en ella inciden múltiples factores como: la incapacidad de cualquier sistema penal para procesar todos los delitos cometidos en su ámbito territorial; la corrupción de algunos de quienes intervienen en su

¹⁰⁶ En el caso de los feminicidios es la cultura machista, de subyugación de la mujer al hombre, la que permite explicar su origen y contra la que poco se hace para enfrentar con medidas eficaces como, verbigracia, la educación.

¹⁰⁷ En relación con la violencia de género y el feminicidio es una muestra clara lo que ocurre, por ejemplo, en Bogotá: "Hay abiertas 345 investigaciones por feminicidios, 53 condenas y, solo en Bogotá, 39.200 medidas de protección desde el 2015: una cifra que preocupa si se tiene en cuenta que el pie de fuerza en la capital es de 16.000 policías". El Tiempo, 2017.

¹⁰⁸ Baste mencionar el reciente caso de una mujer asesinada en abril de 2017, en el Centro Comercial Santa Fe, en la ciudad de Bogotá, por su expareja sentimental. El Tiempo, 2017. Así mismo, el caso de otra mujer asesinada por su expareja, en frente de sus 11 hijos, y que contaba con una medida de protección: "La mujer tenía una medida de protección vigente emitida por la Comisaría que le prohibía a su expareja acercarse a menos de 200 metros". El Colombiano, 2017. Con más ejemplos, VELANDIA-MONTES, Rafael. Del populismo penal a la punitividad. Op. Cit., pp. 53 y 54. No puede pasarse por alto que, verbigracia, en este tipo de violencia machista es bastante conocida la expresión: si esa mujer no es mía no lo será de nadie más.

¹⁰⁹ Salvo la mención de algunos pocos casos esporádicos, no existe evidencia que permita afirmar concluyentemente que la intervención de la víctima en el proceso penal haya logrado disminuir la impunidad. Empero, hay que reconocer que no se conoce una investigación al respecto.

operación; la complejidad de la operación del sistema penal; la escasez de recursos humanos y físicos; la falta de adecuada formación de funcionarios que intervienen en la investigación y juzgamiento; la dificultad probatoria de los delitos en general y de mayor grado en algunos como, verbi gratia, los delitos sexuales; la carga de la prueba en manos del acusador y los altos estándares probatorios que se han establecido a favor de quienes son sujeto de intervención por parte del poder punitivo del Estado (y que no deben ser alterados ni disminuidos); la ausencia de colaboración de los miembros de la comunidad en la investigación de los delitos; la falta de confianza en el sistema penal y la preferencia de vías de hecho para hacer frente a los conflictos sociales generados por la comisión de delitos; y el desconocimiento de la condición de víctima¹¹⁰ o de la identidad de su victimario¹¹¹, por solo mencionar algunos. Entonces, si la verdad, la justicia y la reparación no dan respuestas satisfactorias a la cuestión de la finalidad del proceso penal, ¿en dónde se puede encontrar? Ello se analiza a continuación.

3. ¿LA GESTIÓN (RESOLUCIÓN) DE CONFLICTOS COMO OBJETIVO DEL PROCESO PENAL?

Frente a lo poco satisfactoria que resulta considerar a la verdad, la justicia y la reparación como fines del proceso penal, el interrogante lógico que surge es cuál es entonces tal fin. En tal sentido, lo primero que debe fijarse es que las conductas delictivas no lo son porque tengan características inherentes a ellas que las hagan criminales sino que su tipificación como delito obedece al ejercicio del poder político por parte de quien lo detenta. Las sociedades siempre han tenido y tendrán conflictos: no han existido sociedades sin conflictos¹¹², porque sus integrantes tienen intereses diversos que en algunos aspectos terminan chocando con otros y ahí, precisamente, surgen ellos. Empero, no todos los conflictos sociales terminan siendo relevantes para el derecho y muchos menos para el Derecho Penal. ¿Por qué, entonces, una conducta es criminalizada? La respuesta a ello no es otra que “el conflicto que deviene en criminalidad es en esencia un acto político, como manifestación del ejercicio del poder. El crimen corresponde a un tipo de actividad normal del proceso social que es definido en esos términos, pero que de manera sustancial expresa una búsqueda de la realización de los intereses de un grupo o individuo”¹¹³. De tal suerte, las conductas divergentes¹¹⁴ son tipificadas como delito no por una maldad

¹¹⁰ Esto se da, por ejemplo, en el caso de delitos sexuales contra menores de edad.

¹¹¹ Como ocurre en el hurto en la calle o en los ataques con sustancias corrosivas. Ver VELANDIA-MONTES, Rafael. Del populismo penal a la punitividad. Op. Cit., pp. 74 y 75.

¹¹² SILVA GARCÍA. Op. Cit., p. 269.

¹¹³ Ibíd. 207.

¹¹⁴ Fíjese que se emplea la expresión divergencia y no el vocablo desviación porque aquella “implica que frente a determinados intereses, creencias o valores existen otros contrarios, lo que produce como consecuencia una situación de conflicto. La noción de desviación induce a pensar que el conflicto es algo

inherente a ellas¹¹⁵, sino cuando son definidas como tales por agentes sociales con poder político, por ejemplo, para proteger sus intereses o atacar los de sectores sociales rivales. Por supuesto, existen múltiples agentes sociales que intervienen en este proceso de criminalización, lo que explica la diversidad y amplio campo de acción que ha venido adquiriendo el Derecho Penal en las últimas dos décadas¹¹⁶.

En esta línea, la comisión de un delito genera un conflicto social al margen de que tal crimen sea o no objeto de intervención por la ya citada criminalización secundaria. En los casos en los que el conflicto social termina siendo objeto de intervención del sistema penal¹¹⁷ la cuestión es que esta es el ejercicio del poder punitivo del Estado, Derecho Penal subjetivo, de criminalizar conductas y sancionar con penas o medidas de seguridad, según corresponda, a quien haya cometido un comportamiento tipificado como delito. Este poder punitivo lo tomó el Estado de manera exclusiva para sí mismo con el propósito de evitar el empleo de la justicia privada, por propia mano, como forma de hacer frente a los conflictos sociales. En tal sentido, el proceso penal contribuye a tal propósito bajo la idea que se ha aceptado a este como el escenario en el que se puede demostrar y declarar, bajo unas reglas, que alguien es responsable de la comisión de un delito y, en consecuencia, se le puede imponer una pena previamente establecida en la ley. Estos parámetros de configuración del Derecho Penal y del proceso penal no son un capricho, sino la forma en que los ciudadanos son protegidos del poder punitivo.

Así, mediante la declaración de responsabilidad penal y de la pena que corresponda, el Estado hace frente al conflicto social generado por la comisión del delito. Igual ocurre cuando se profiere una decisión de no responsabilidad penal, independientemente de que sea porque se ha demostrado la inocencia del procesado o porque el acusador no pudo demostrar más allá de toda duda su responsabilidad. En ambos casos, sin embargo, puede cuestionarse si el conflicto social se ha resuelto: parece más razonable considerar que el conflicto generado por el delito raramente se soluciona mediante el proceso penal, sino que se gestiona. Puede pensarse que en algunos casos la justicia restaurativa, presente en

anómalo y excepcional dentro de la sociedad. En cambio al tratar de la divergencia se pone de relieve el conflicto, en concordancia con el carácter de la sociedad". SILVA GARCÍA. Op. Cit., p. 159.

¹¹⁵ Lo que se puede evidenciar, verbigracia, en la definición de la edad de consentimiento para tener relaciones sexuales y cómo el carácter de delincuente sexual varía dependiendo del país en el que se esté. Sobre el punto ver VELANDIA-MONTES, Rafael. La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas, tomo II. Op. Cit., p. 305.

¹¹⁶ VELANDIA-MONTES, Rafael. La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas, tomo I. Op. Cit., pp. 16 y 64.

¹¹⁷ Los delitos que no terminan siendo conocidos por el sistema penal representan una realidad en todos los países, al margen de lo difícil que sea determinar cuál es su cifra. Sobre las estadísticas delictivas ver VELANDIA-MONTES, Rafael. La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas, tomo I. Op. Cit., p. 226.

el proceso penal, realmente lleva a la resolución del conflicto cuando se da, verbigracia, el arrepentimiento del victimario y la consecuente solicitud de perdón a su víctima, que la acepta, pero debe reconocerse, lastimosamente, que estos casos son la minoría.

Por ende, la mayoría de casos terminan en sentencia: en aquellos en los que se profiere un fallo absolutorio es evidente que no se resuelve el conflicto social, porque la víctima no ha obtenido lo que esperaba¹¹⁸ e incluso en los casos en los que se profiere sentencia condenatoria tampoco puede afirmarse que se logre tal cometido porque no son pocas las situaciones en las que las víctimas estiman como baja la pena impuesta por el juez¹¹⁹ o ni siquiera se estiman como suficientes las penas establecidas por el legislador para los delitos¹²⁰. Entonces, si ni siquiera un fallo condenatorio en un proceso penal es suficiente para afirmar que en un caso en concreto el conflicto social generado por la comisión del delito es resuelto, ¿qué fin, en consecuencia, se le puede atribuir al proceso penal? La respuesta más razonable es precisar que el fin del proceso penal es la gestión del conflicto social. En efecto, el proceso penal, bien sea de forma normal (mediante sentencia) o anormal (cualquier otra de terminación del proceso distinta a la sentencia), apunta a manejar la situación problemática, conflicto social generado por el delito, poniéndole jurídicamente un punto final mediante una decisión que hace tránsito a cosa juzgada¹²¹, decisión que es vinculante para victimario, víctima y demás miembros de la sociedad. Su carácter de obligatoriedad se legitima y sustenta en que debe ser tomada de acuerdo a las reglas previamente definidas para tal propósito y por la autoridad competente. Empero, tanto en el sistema de tendencia inquisitiva como en el de tendencia adversativa, una mayor legitimidad social de la decisión judicial tendrá lugar en la medida que se considere colectivamente que es justa: no se trata de acceder a la voluntad de la mayoría, sino que corresponde a los funcionarios (investigador- juez en el inquisitivo y acusador en el adversativo) cumplir éticamente con su deber de buscar la verdad de lo acontecido con la colaboración de la víctima debido a que ella puede proveer información de especial

¹¹⁸ Incluso en casos en los que no se trate de una víctima de verdad sino de casos de falsa denuncia: en estos, la falsa víctima, a pesar de la sentencia condenatoria, seguirá reclamando ante la sociedad que no hubo justicia en su caso y, por ende, el conflicto social se mantendrá.

¹¹⁹ El ya citado caso del secuestro, acceso carnal y feminicidio de una menor de 7 años es paradigmático sobre el particular.

¹²⁰ “Para que Colombia sea un país verdaderamente en paz...necesitamos que se garanticen los derechos de los niños y que no haya ninguna forma de violencia con niños...insistimos en la cadena perpetua para los asesinos y violadores de niños”, agregó la funcionaria y advirtió que la violencia sexual es una problemática presente en todos los estratos de la sociedad. ‘No sólo en los estratos bajos, como se suele decir. También en los estratos altos, donde se suele ocultar’. El Tiempo, 2016. El argumento de la insuficiencia de las penas es frecuentemente usado en toda clase de delitos y, por supuesto, en los delitos sexuales en contra de menores de edad. Al respecto ver VELANDIA-MONTES, Rafael. La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas, tomo II. Op. Cit., p. 324.

¹²¹ Lo anterior sin perjuicio de las excepciones a la cosa juzgada como la acción de revisión.

valía para la investigación, deber que no depende de modificaciones legislativas, es decir, es una cuestión operativa y no normativa, como erróneamente se ha venido tratando. Lo anterior, por supuesto, no es obstáculo para que se configure la opción del acusador privado, tal y como se ha hecho en Colombia a través de la Ley 1826 de 2017. Sin embargo, es claro que el modelo del acusador privado no se puede instituir para todos los delitos, sino para algunos delitos que atentan contra bienes jurídicos individuales y lo afectan en menor grado, tal y como ha ocurrido en el caso colombiano, pues la investigación y juzgamiento de todos los demás debe seguir estando en cabeza del Estado, que sigue siendo el titular del ejercicio de la acción penal.

4. LOS FINES DEL PROCESO PENAL EN COLOMBIA

Expuestos los fines del proceso penal en la dogmática, corresponde hacer un examen de la situación actual en Colombia, no sin antes aclarar que no pretendemos hacer un análisis histórico exhaustivo de la cuestión sino presentar el estado de la cuestión hoy en día. Así, en la sentencia C-1149 de 2001¹²² de la Corte Constitucional se dijo:

El derecho de las víctimas o perjudicados con el ilícito penal a acudir al proceso penal, comprende tres (3) derechos importantes y que deben ser garantizados por igual dentro del

¹²² Una primera mención de los derechos a la verdad y justicia de las víctimas en el proceso penal se encuentra en el salvamento de voto a la sentencia C-293 de 1995 de la Corte Constitucional, en el que se afirma: "Estos precedentes muestran que las víctimas y los perjudicados por los delitos tienen, según la jurisprudencia de la Corte, derecho no sólo a obtener una indemnización económica por el daño ocasionado por el ilícito sino también un verdadero derecho constitucional a conocer, dentro de límites razonables, la verdad sobre lo sucedido y a que se sancione a los responsables del hecho punible. Esto significa que existe también un derecho constitucional de los perjudicados a que se haga justicia, no en un sentido vindicativo -como lo sugiere la sentencia- sino como expresión del deber estatal de proteger a las personas en su vida, honra y bienes (CP art. 2), y respetar y garantizar los derechos de las personas. En tales circunstancias, consideramos que no se puede desconocer a la persona damnificada por un delito el derecho a exigir del Estado que adelante las investigaciones pertinentes para el esclarecimiento del hecho y la determinación de los responsables. Estas personas tienen, dentro de límites razonables, un derecho constitucional al proceso penal. En efecto, esta Corte ya había señalado que 'las personas involucradas en los hechos punibles tienen un verdadero derecho al proceso cuya naturaleza y configuración en el Estado democrático debe ser eminentemente participativa'. Debe entenderse que ese derecho al proceso no sólo se predica de los presuntos responsables sino también de las víctimas y perjudicados por las conductas ilícitas. En ese mismo orden de ideas, las víctimas y los perjudicados tienen también un derecho constitucional a participar en el proceso penal que el Estado debe adelantar con ocasión de la ocurrencia de un hecho punible, derecho que, insiste esta Corte, no se limita a la obtención de la reparación del daño. En efecto, en múltiples ocasiones y frente a conductas de particular gravedad, como homicidios, secuestros o desapariciones forzadas, el interés de las víctimas o los familiares no es esencialmente indemnizatorio. Su principal y legítima preocupación es, en muchos casos, que el Estado adelante una investigación que permita clarificar los hechos, conocer la suerte de sus familiares y determinar las responsabilidades de rigor". Corte Constitucional, sentencia C-293 de 1995, pp. 20 y 21.

respectivo proceso, a saber: a) Derecho a saber la verdad de los hechos; b) Derecho a la justicia y; c) Derecho a la reparación del daño¹²³.

En la misma línea, en la sentencia T-1267 de 2001, la Corte Constitucional determinaba, con base en los derechos a la verdad y a la justicia, que la parte civil tenía derecho a apelar la sentencia en un caso de un delito de celebración indebida de contratos con sustento en tales derechos:

De un lado, las víctimas de los delitos tienen un derecho a la verdad y a la justicia, que desborda el campo de la simple reparación, tal y como lo ha señalado con claridad la doctrina internacional en materia de derechos humanos, que es relevante para interpretar el alcance de los derechos constitucionales (CP art. 93). Por ello, los derechos de las víctimas trascienden el campo puramente patrimonial¹²⁴.

Esta posición sobre los derechos a la verdad y a la justicia fue ratificada en la sentencia SU-1184 de 2001 de la Corte Constitucional:

[...] las víctimas de los hechos punibles tienen no sólo un interés patrimonial, sino que comprende el derecho a que se reconozcan el derecho a saber la verdad y a que se haga justicia. El derecho a saber la verdad implica el derecho a que se determine la naturaleza, condiciones y modo en que ocurrieron los hechos y a que se determine los responsables de tales conductas. El derecho a que se haga justicia o derecho a la justicia implica la obligación del Estado a investigar lo sucedido, perseguir a los autores y, de hallarlos responsables, condenarles. De ahí que ostenten la calidad de sujetos procesales. En directa relación con lo anterior, debe entenderse que el complejo del debido proceso –legalidad, debido proceso en sentido estricto, derecho de defensa y sus garantías y el juez natural- se predican de igual manera para la parte civil. En punto al derecho a la justicia y a la verdad resulta decisivo establecer si un hecho punible atribuido a un militar es un acto relacionado con el servicio, pues la responsabilidad derivada de la existencia o no de la mencionada relación será distinta. Así mismo, el primer elemento para conocer la verdad de lo acaecido y establecer quienes son los responsables depende, en buena medida, de que se determine si el acto reunía dichas calidades. Así, la Corte estima que le asiste a la parte civil un interés –derecho- legítimo en que el proceso se tramite ante el juez natural¹²⁵.

En la ya citada sentencia C-228 de 2002 de la Corte Constitucional¹²⁶ se ratificó la concepción de la víctima como alguien no solo interesada en la obtención del resarcimiento pecuniario, sino también con derechos a la verdad y a la justicia. Además, en esta sentencia se estimó que la víctima podría concurrir al proceso penal solo para buscar la verdad y la justicia, sin necesidad de buscar la reparación de un daño

¹²³ Corte Constitucional, sentencia C-1149 de 2001. P. 23.

¹²⁴ Corte Constitucional, sentencia T-1267 de 2001. P. 12.

¹²⁵ Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001. P. 15.

¹²⁶ Corte Constitucional, sentencia C-228 de 2002. P. 46

patrimonial.

En la sentencia C-004 de 2003, la Corte Constitucional enfatizó la obligación del Estado de investigar debidamente toda clase de crímenes, deber que adquiere mayor fuerza en la medida que mayor sea el daño social ocasionado con el delito:

Como es obvio, a esos derechos de las víctimas corresponden ciertas obligaciones del Estado, pues si las víctimas tienen derecho no sólo a ser reparadas sino además a saber qué ocurrió y a que se haga justicia, entonces el Estado tiene el deber correlativo de investigar seriamente los hechos punibles. Esta obligación estatal es tanto más intensa cuanto más daño social haya ocasionado el hecho punible. Y por ello ese deber estatal adquiere particular fuerza en los casos de violaciones de derechos humanos¹²⁷.

Empero, destacó la Corte que ese deber del Estado no podía ser a costa de los derechos de los procesados:

El deber investigativo del Estado de los hechos punibles y los derechos constitucionales de las víctimas, que se encuentra íntimamente ligado al deber de las autoridades de asegurar la vigencia de un orden justo (CP Preámbulo y art.2°), no son tampoco absolutos, y por ello no pueden ser invocados para arrasar con la seguridad jurídica y los derechos del procesado, que son también principios de rango constitucional (CP art. 29)¹²⁸.

En todo caso, en esa misma sentencia, la Corte recordó la libertad de configuración de la que goza el legislador en tal cuestión y cómo tenía la potestad de privilegiar los derechos de las víctimas y la justicia o los derechos del procesado y la seguridad jurídica:

Corresponde entonces primariamente al Legislador, en desarrollo de su libertad de configuración en materia penal (CP arts 29 y 150), ponderar esos derechos y valores en conflicto, y tomar decisiones políticas que intenten armonizarlos, tanto como sea posible. Y en esa búsqueda de armonización, el Legislador cuenta con una cierta libertad. En ocasiones, las mayorías políticas del Congreso pueden optar por privilegiar los derechos de las víctimas y la búsqueda de un orden justo, incluso a riesgo de limitar la seguridad jurídica y ciertos derechos de los procesados. En otras ocasiones, por el contrario, puede la ley privilegiar los derechos del procesado y la seguridad jurídica, incluso a riesgo de limitar ciertos derechos de las víctimas y la búsqueda de la justicia¹²⁹.

Independientemente de la libertad del legislador, la Corte recordó que las normas expedidas por el legislador, de cualquier modo, estaban sujetas a su control y que el libre albedrío legislativo en la materia tenía fuertes límites en la Constitución.

¹²⁷ Corte Constitucional, sentencia C-004 de 2003. P. 23.

¹²⁸ Ibíd., p. 24.

¹²⁹ Ibíd.

Pero como es obvio, esas decisiones legislativas están sujetas a un control constitucional, pues corresponde a esta Corte examinar si esa ponderación adelantada por el Legislador, al expedir las normas penales, es proporcionada y respeta el contenido esencial tanto de los derechos de las víctimas como de los derechos del procesado. Además, la Corte destaca que la discrecionalidad legislativa en esta materia es bastante limitada, pues el derecho penal es un área fuertemente constitucionalizada, tal y como esta Corporación lo ha destacado en ocasiones anteriores¹³⁰.

De tal suerte, si bien las sentencias citadas se ocupan del sistema procesal penal precedente, de naturaleza inquisitiva, deben ser mencionadas porque, precisamente, ponen de presente que la problemática de la participación de la víctima en el proceso penal, como ya se ha mencionado, no es una cuestión dependiente de la naturaleza del sistema inquisitivo o adversativo sino se trata de una cuestión que genera discusiones en ambos, lo cual es un punto de especial importancia y que no puede pasarse por alto. Tiempo después, en la sentencia C-250 de 2011, y ya en referencia al nuevo sistema procesal penal, la Corte Constitucional se pronunció en relación con los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas de delito:

es posible concluir que los derechos de la víctima del delito a la verdad, la justicia y la reparación integral son derechos que también se encuentran protegidos en el sistema penal con tendencia acusatoria instaurado por la Ley 906 de 2004 y modificada por la Ley 1395 de 2010, entre otras; pero dicha protección no implica un traslado automático de todas las formas y esquemas de intervención en los que la víctima ejerció sus derechos en el anterior sistema procesal penal regulado por la Ley 600 de 2000, sino que el ejercicio de sus derechos deberá hacerse de manera compatible con los rasgos estructurales y las características esenciales de este nuevo sistema procesal, así como con las definiciones que el propio constituyente adoptó al respecto, como podríamos mencionar la caracterización de las víctimas como intervenientes especiales a lo largo del proceso penal, no supeditadas al fiscal, sino en los términos que autónomamente fije el legislador (artículo 250, numeral 7 C.P.)¹³¹.

En ese mismo fallo, y en relación con el derecho a la verdad, dijo la Corte:

...derecho individual que toda víctima o sus familiares tienen a saber lo que ocurrió; y por otro lado, el derecho a saber como un derecho colectivo que hunde sus raíces en la historia, para evitar que puedan reproducirse en el futuro sus violaciones, imponiéndole a los Estados el deber de recordar. El ejercicio del derecho a la verdad en una situación concreta, constituye un medio de reparación, toda vez que como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es una justa expectativa que el Estado debe satisfacer. Es el derecho que las víctimas y/o sus familiares tienen que el Estado investigue lo sucedido, se siga un proceso contra los presuntos responsables de los ilícitos y se les impongan las sanciones pertinentes¹³².

¹³⁰ Ibíd., pp. 24 y 25.

¹³¹ Corte Constitucional, sentencia C-250 de 2011. PP. 39 y 40.

¹³² Ibíd., p. 40.

Sobre el derecho a la justicia indicó:

[...] se considera como el derecho al acceso a los recursos judiciales efectivos y adecuados que permitan la realización de las investigaciones, el desarrollo imparcial, serio y diligente de las mismas, la persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables. Este derecho implica para los Estados la obligación de otorgar ese recurso accesible, efectivo y viable para que las víctimas puedan lograr el reconocimiento y restablecimiento de sus derechos, el cual incluye el derecho a contar con amplias oportunidades para participar y ser escuchados tanto en el esclarecimiento de los hechos, como en la sanción de los responsables y en la búsqueda de una justa compensación. Un Estado que no garantiza efectivamente el acceso a la justicia, cumpliendo con la obligación de investigar a los autores de los delitos y de perseguirlos y sancionarlos, es un Estado que favorece la impunidad y que en sí misma constituye una violación al derecho Internacional de los derechos humanos¹³³.

Finalmente, en dicha sentencia, la Corte manifestó cómo los fines del proceso penal están fijados con los parámetros internacionales de justicia:

De conformidad con el Acto Legislativo 03 de 2002, la consagración constitucional establece de manera explícita que la víctima es un sujeto que merece especial consideración en el conflicto penal y elevó los intereses de la misma a rango constitucional, constituyéndose en factor determinante de los fines del proceso penal, coherentes con los paradigmas de procuración de justicia provenientes del derecho internacional¹³⁴.

Después, en la sentencia C-715 de 2012, la Corte Constitucional señaló las formas en las que se manifiesta y garantiza el derecho a la justicia¹³⁵, a la verdad¹³⁶ y a la reparación¹³⁷ a las víctimas. En sentido similar se encuentra la sentencia SU-254 de 2013¹³⁸ de la Corte Constitucional, que resaltó el carácter vinculante de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “cuya competencia ha sido aceptada por Colombia y por esta Corporación de conformidad con el artículo 93 superior, al ser ese alto Tribunal el órgano competente de interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos”¹³⁹ y cómo los “informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos constituyen otra fuente importante de derecho internacional sobre el contenido y alcance de los derechos de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos a

¹³³ Ibíd.

¹³⁴ Ibíd., p. 41.

¹³⁵ Ver anexo 1.

¹³⁶ Ver anexo 2.

¹³⁷ Ver anexo 3.

¹³⁸ En esta sentencia, a partir de la página 67 se encuentra un resumen de las sentencias de constitucionalidad proferidas por la Corte Constitucional en relación con los derechos de las víctimas de delitos a la verdad, a la justicia y a la reparación.

¹³⁹ Corte Constitucional, sentencia SU-254 de 2013. P. 66.

la verdad, a la justicia, a la reparación, y a la no repetición”¹⁴⁰.

Con posterioridad, en la sentencia C-753 de 2013, indicó la Corte Constitucional:

Por su parte, el derecho a la verdad del cual son titulares las víctimas, sus familias y la sociedad protege los bienes jurídicos representados por la dignidad humana, el deber de memoria histórica el derecho al bueno nombre y a la imagen. Se relaciona con el derecho a la justicia porque se garantiza evitando la impunidad e implementando investigaciones serias, integrales e imparciales, y con la reparación porque conocer la verdad de lo ocurrido en el marco del conflicto armado constituye una manera de resarcir y devolver la dignidad a las víctimas de la violencia. Se afecta o desconoce el derecho a la verdad cuando de niega o limita el derecho individual a conocer a fondo los motivos y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos delictivos así como a saber quiénes fueron los responsables, el patrón criminal que aplicaron, y a conocer donde yacen los restos de los seres queridos, y el derecho colectivo relacionado con la memoria histórica para que la sociedad conozca públicamente lo sucedido¹⁴¹.

Por su parte, en la sentencia C-233 de 2016, la Corte Constitucional reiteró su jurisprudencia sobre los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas de delito, pero determinó que ellos solo iban hasta el proferimiento de la sentencia condenatoria y que en la etapa de ejecución de esta aquellos ya se dan por satisfechos, lo que limita la intervención de la víctima:

[...] no existe un precepto constitucional que exija que las víctimas tengan una intervención directa en etapas subsiguientes del proceso penal, sobre todo en la fase de ejecución de las penas donde ha finalizado la carácter adversarial (sic) propio de la estructura del sistema acusatorio, al punto que la Fiscalía General de la Nación no participa porque el Estado cumplió su deber de investigar, juzgar y sancionar al culpable del injusto penal¹⁴²...De allí que sea predictable que el Congreso de la República haciendo uso del amplio margen de configuración legislativa, haya decidido que excluir a las víctimas de participar en esta fase de ejecución, ya que los directos interesados en intervenir son el condenado, su defensa y el Ministerio Público que representa a la sociedad¹⁴³

De esta manera, si se ha proferido un fallo condenatorio, ya se ha satisfecho el derecho a la verdad¹⁴⁴, mientras que el derecho a la justicia se cumple con una pena que refleje la gravedad de la conducta cometida:

¹⁴⁰ Ibíd., p. 67.

¹⁴¹ Corte Constitucional, sentencia C-753 de 2013. P. 36.

¹⁴² Corte Constitucional, sentencia C-233 de 2016. P. 50.

¹⁴³ Ibíd., p. 52.

¹⁴⁴ Esto es absolutamente relativo porque bajo esta visión el fallo condenatorio involucraría una decisión que realmente refleje la verdad de lo ocurrido, pero ello es imposible de determinar y la experiencia enseña que los errores judiciales están presentes en todos los sistemas penales del mundo.

En ese sentido, dentro de las garantías que incorpora aquél derecho, está el deber correlativo que tienen las autoridades y el Estado mismo de investigar, juzgar y sancionar adecuadamente a los autores y partícipes de los delitos. Ese componente de sancionar adecuadamente parte de la base de que el enjuiciado sea condenado mediante sentencia a penas proporcionales al delito investigado, y que las víctimas puedan participar mediante recursos judiciales efectivos en el establecimiento de la sanción a los responsables... Así las cosas, la satisfacción del derecho a la justicia lo logran las víctimas con la imposición de la condena adecuada y proporcionada¹⁴⁵.

Finalmente, el derecho a la reparación tampoco se ve afectado:

Tampoco se encuentra afectado el componente de reparación integral al menos por tres razones. La primera, porque el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad al momento de estudiar las solicitudes de libertad condicional o de suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad, además de verificar el cumplimiento de los requisitos específicos que exige la ley, constata que el condenado haya reparado a la víctima o asegurado el pago de la indemnización mediante garantía personal, real, bancaria o acuerdo de pago. La segunda, porque la responsabilidad civil derivada de la conducta punible es independiente y puede hacerse valer en el incidente de reparación integral, que corresponde a una etapa procesal diferente a la de ejecución de la pena. Y la tercera, porque el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad evalúa el ánimo de resocialización que presenta el condenado con el fin de otorgar garantías de no repetición del injusto penal¹⁴⁶.

Por último en relación con estos derechos, en la sentencia C-616 de 2014, la Corte Constitucional señaló:

El derecho a la verdad exige “revelar de manera plena y fidedigna los hechos dentro de los cuales fueron cometidos los delitos” y comporta a su vez: (i) el derecho inalienable a la verdad; (ii) el deber de recordar; y (iii) el derecho de las víctimas a saber... El derecho a la justicia implica que toda víctima tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos beneficiándose de un recurso justo y eficaz, para conseguir que su agresor sea juzgado... El derecho a la reparación integral comprende la adopción de medidas individuales relativas al derecho (i) a la restitución, (ii) a la indemnización, (iii) a la rehabilitación, (iv) a la satisfacción y (v) a la garantía de no repetición. En su dimensión colectiva, involucra formas de satisfacción de alcance general como la adopción de medidas encaminadas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas por las violaciones ocurridas... La garantía de no repetición exige la adopción de medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos de las víctimas frente a nuevos delitos¹⁴⁷.

En conclusión, tanto durante la vigencia de la Ley 600 de 2000, sistema de tendencia inquisitiva, como de la Ley 906 de 2004, sistema de tendencia adversativa, los derechos a

¹⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia C-233 de 2016. PP. 50 y 51.

¹⁴⁶ Ibíd., p. 51.

¹⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia C-616 de 2014. P. 59.

la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas han adquirido un papel preponderante dentro de los fines del proceso penal y en ello ha sido determinante la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Empero, causa inquietud, como ya se puso de presente en la sentencia C-293 de 1995 de dicha corte, que el argumento base para la intervención de la víctima en el proceso penal sea, irónicamente, la incompetencia del Estado:

Argüir que la impunidad judicial está relacionada con una norma que impide una actividad más amplia y extensa de los particulares en el proceso penal es improcedente por varias razones: 1) Porque implica una análisis parcial e inexacto de la disposición; y 2) Porque tal afirmación se mueve en la misma línea de pensamiento de quienes afirman que la criminalidad disminuiría si la autotutela de los derechos personales se sustituyera a la deficiente e ineficaz tarea que en ese campo lleva a cabo el Estado. Con todas las precariedades y contingencias que puedan imputársele, el Estado es el monopolizador legítimo del empleo de la fuerza y el - también- titular indiscutible de la acción penal¹⁴⁸.

En este sentido, ya en la versión anterior del artículo 250 de la Constitución Política¹⁴⁹ se establecían obligaciones de la Fiscalía General de la Nación que, cumplidas, satisfarían por completo los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas. Así mismo, el artículo 250 de la Constitución Política, ya modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo Núm. 3 de 2002, también establece en cabeza de la Fiscalía obligaciones¹⁵⁰ que,

¹⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia C-293 de 1995. P. 13.

¹⁴⁹ Constitución Política de Colombia, artículo 250: "Corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o mediante denuncia o querella, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio...1. Asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento. Además, y si fuere del caso, tomar las necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito...4. Velar por la protección de las víctimas, testigos e intervenientes en el proceso".

¹⁵⁰ Constitución Política de Colombia, artículo 250, Artículo modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo Núm. 3 de 2002: "La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías....1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas...6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito. 7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervenientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa".

ejecutadas, darían plena satisfacción a tales derechos. Entonces, tanto bajo el imperio de la Ley 600 de 2000, sistema de tendencia inquisitiva, como bajo el de la Ley 906 de 2004, sistema de tendencia adversativa, existieron y existen obligaciones para el Estado de garantizar los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas, por lo que surge el interrogante de por qué es necesario otorgales a ellas poderes de actuación dentro del proceso penal. En efecto, si el Estado, a través de los fiscales y jueces, no puede garantizarles estos derechos a las víctimas, ¿por qué habría que pensar que la situación va a cambiar al otorgarles a ellas ciertos poderes de actuación en el proceso penal?

Por último, no debe dejar de mencionarse que en el proceso penal colombiano también el Ministerio Público tiene deberes en relación con los derechos de las víctimas. Sobre el particular, se lee en la sentencia C-233 de 2016 de la Corte Constitucional:

Igualmente, el artículo 111 del CPP dispuso que el Ministerio Público en el marco de las actuaciones penales obra como garante de los derechos humanos y fundamentales, y como representante de la sociedad. En desarrollo de esas funciones, debe (i) procurar que las decisiones judiciales cumplan con los cometidos de lograr la verdad y la justicia; (ii) procurar que el cumplimiento de la pena se ajuste a lo establecido en los tratados internacionales, la Constitución y la ley; (iii) velar porque se respeten los derechos de las víctimas, testigos, jurados y demás intervenientes en el proceso, así como verificar su efectiva protección por el Estado (numeral 2, lit c), entre otras. Lo anterior pone de presente que el Ministerio Público funge como protector de los intereses de los distintos intervenientes en el proceso penal, y concretamente frente a las víctimas, debe velar porque sus derechos sean respetados con el fin de garantizar el goce efectivo de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación que les asiste a éstas (sic)¹⁵¹.

Entonces, hoy en día existe una posición predominante que atribuye como finalidad del sistema procesal penal la búsqueda de la verdad y la consecución de la justicia y la reparación para las víctimas del delito, propósito que está afectando los derechos de los procesados en los procesos penales y afecta gravemente la estructura de partes del proceso¹⁵²: se busca una mayor eficacia del sistema penal a través de la atribución de mayores poderes de intervención a las víctimas en el proceso penal, de la disminución de garantías a los procesados y de la limitación a formas alternativas de terminación del

¹⁵¹ Corte Constitucional, sentencia C-233 de 2016. PP. 46 y 47.

¹⁵² Así, sostiene la Corte Suprema de Justicia: “No debe dejarse de lado que, independientemente de sus derechos y de la obligación de la administración de justicia de garantizárselos, constitucional y legalmente la víctima no es ‘parte’, sino ‘interviniente’ procesal y permitirle la participación absoluta en el juicio, sin límites, equiparándola a la defensa y a la Fiscalía, comportaría desnaturalizar su carácter para convertirla en ‘parte’”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 37596, 7 de diciembre de 2011, p. 32.

proceso¹⁵³. Esta visión está presente sin distingo en sistemas procesales de tendencia inquisitiva y adversativa. El sistema procesal penal colombiano vigente, de tendencia adversativa, no es la excepción y en él existen un conjunto de obligaciones para la Fiscalía General de la Nación para lograr satisfacer esos derechos y un conjunto de atribuciones para el Ministerio Público y las víctimas con el mismo fin. Empero, bajo la idea de atribuciones en el proceso penal a las víctimas y al Ministerio Público pareciera que se esconde un desprendimiento del Estado del cumplimiento de sus deberes en materia de investigación¹⁵⁴, juzgamiento y condena de quienes han cometido delito. Además, esto apunta, y en ello debe insistirse, a que es razonable pensar que la solución a la situación de violación de los derechos de las víctimas en el proceso penal no está tanto en el ámbito normativo y en su modificación, sino en la aplicación de la normatividad vigente y en el cumplimiento de los deberes de fiscales y jueces sobre el particular.

¹⁵³ Irónicamente, esta buscada mayor eficacia del sistema penal por medio de estas herramientas tiene como consecuencia que un mayor número de procesos vayan irremediablemente a juicio, en oposición a la esencia de un sistema adversativo, que buscaría que la mayor cantidad de casos se resolvieran mediante acuerdos evitando así el juicio. Por ende, un mayor número de casos que deban ser llevados a juicio tendrá como consecuencia inevitable que muchos de ellos prescriban ante la falta de recursos físicos y humanos de la Fiscalía General de la Nación y de la Rama judicial para tramitarlos, con la consecuente denegación de verdad, justicia y reparación que se persigue. Además, tampoco será garantía de condena el que el proceso llegue a juicio por las mismas razones.

¹⁵⁴ Sobre el particular, por ejemplo, dice la Corte Suprema de Justicia: “Por tanto, si constitucionalmente se habilita a la víctima para su participación activa en la fase de indagación, nada obsta para que adelante su propia investigación y recaude elementos materiales probatorios, evidencia física e información, siempre y cuando canalice lo logrado a través de la Fiscalía, en tanto en el sistema acusatorio oral la introducción probatoria en el juicio solamente puede darse a través de los dos opositores”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 37596, 7 de diciembre de 2011, p. 26.

ap

Actividades pedagógicas

- 1) De acuerdo a sus características y haciendo mención de ellas, identifique la naturaleza de los sistemas procesales penales establecidos en las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004.
- 2) Desde la perspectiva de los sistemas procesales, compare las características de los sistemas procesales penales establecidos en las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004.
- 3) Analice qué elementos de la Ley 906 de 2004 representan mecanismos a favor y en contra de la búsqueda de la verdad, la justicia y la reparación en el proceso penal.
- 4) Lea la sentencia C-396 de 2007 de la Corte Constitucional, estudie la concepción de verdad que en ella se plantea y haga un escrito corto de reflexión, de no más de 4 hojas, sobre los conceptos de verdad formal y material y su relevancia a la hora de evaluar si en un caso en concreto se ha violado el derecho a la verdad de la víctima.

ae

Autoevaluación

Uno de los principales problemas en la justicia hoy en día es la alegada falta de eficacia del sistema penal para investigar, acusar, juzgar y condenar a quienes cometan delitos, lo que afecta los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas. Esta falta de eficacia se atribuye, entre otros factores, a las garantías procesales, que se consideran excesivas, y se afirma que son límites a los derechos de las víctimas. Entonces, de las instituciones y garantías procesales que se mencionan a continuación, analice y exponga cuáles de ellas podrían ser objeto de reducción o desaparición y cuáles serían las consecuencias en el proceso penal de tal disminución o eliminación.

- La presunción de inocencia.
- La carga de la prueba a cargo del acusador.
- El estándar de certeza requerido para condenar a una persona.
- La exclusión de la prueba ilegalmente obtenida.
- El descubrimiento probatorio.
- La no obligación de declarar en contra de determinadas personas.
- La prohibición de las pruebas de oficio.

J

Jurisprudencia

- 1) Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-293 de 1995.
- 2) Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1149 de 2001.
- 3) Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1267 de 2001.
- 4) Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-1184 de 2001.
- 5) Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-228 de 2002.
- 6) Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-004 de 2003.
- 7) Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-591 de 2005.
- 8) Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-250 de 2011.
- 9) Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-715 de 2012.
- 10) Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-254 de 2013.
- 11) Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-753 de 2013.
- 12) Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-616 de 2014.
- 13) Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-233 de 2016.
- 14) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 37596, 7 de diciembre de 2011. M. P. José Luis Barceló Camacho.

b

Bibliografía seleccionada

ARMENTA DEU, Teresa. Debido proceso, sistemas y reforma del proceso penal. En: Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, 2015, p. 121-139. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.7>

DAMAŠKA, Mirjan. Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure. En: University of Pennsylvania Law Review, Vol. 121, No. 3 (Jan., 1973), p. 506-589. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/3311301>

DAMAŠKA, Mirjan. The Adversary System. En: Encyclopedia of crime and justice. Second Edition. Joshua Dressler (ed.). New York. Macmillan Reference. 2002.

GAVIRIA LONDOÑO, Vicente Emilio. Estado actual de los derechos de las víctimas en el proceso penal: evolución (¿involución?) dogmática, jurisprudencial y legislativa. En: Revista de Derecho Penal y Criminología, Vol. 30, Núm. 89, 2009, p. 37-71. Disponible: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/519/497>

GEIS, Gilbert. Victims. En: Encyclopedia of crime and justice. Second Edition. Joshua Dressler (ed.). New York. Macmillan Reference. 2002.

GÓMEZ JARAMILLO, Alejandro *et al.* Diagnóstico del sistema penal acusatorio en Colombia. En: Acta Sociológica, año XLVIII, núm. 74, 2017. p. 71-94. Disponible en: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/ras/article/view/58971/52069>

HODGSON, Jacqueline. Conceptions of the Trial in Inquisitorial and Adversarial Procedure. En: *The Trial on Trial. Volume 2. Judgment and Calling to Account*. Antony Duff *et al.* (ed.). Oxford. Hart Publishing. 2006.

LANGER, Máximo. La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo. En: Revista de Derecho Público, No. 32, Enero - Junio de 2014. Disponible en: https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub429.pdf

b

Bibliografía seleccionada

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo y Roberto Carlos Fonseca Luján. Expansión de los derechos de las víctimas en el proceso penal mexicano: entre la demagogia y la impunidad. En: Revista Criminalidad, Vol. 58, Núm. 2, 2016, p. 209-222. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/crim/v58n2/v58n2a09.pdf>

MANTILLA GARCÍA, Mery Angélica. Privatización de la acción penal: un concepto ajustado al derecho penal moderno. En: Precedente. Revista Jurídica, Vol. 4., 2014, p. 293-322. Disponible en:
<http://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/1838/2368>

McEWAN, Jenny. Ritual, Fairness and Truth: The Adversarial and Inquisitorial Models of Criminal Trial. En: The Trial on Trial. Volume 1. Truth and due process. Antony Duff et al. (ed.). Oxford. Hart Publishing. 2004.

MONTERO AROCA, Juan. El principio acusatorio entendido como eslogan político. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, 2015. p. 66-87. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.4>

MOSTELLER, Robert P. Victims' rights. En: Encyclopedia of crime and justice. Second Edition. Joshua Dressler (ed.). New York. Macmillan Reference. 2002.

ROBERTS, Paul y Adrian Zuckerman. Criminal evidence, New York. Oxford University Press. 2004.

SUMMERS, Sarah J. Fair Trials. The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights. Portland. Hart Publishing. 2007.

SWARD, Ellen E. Values, Ideology, and the Evolution of the Adversary System. En: Indiana Law Journal, Vol. 64, Iss. 2, Article 4, 1989. Disponible en: <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol64/iss2/4>

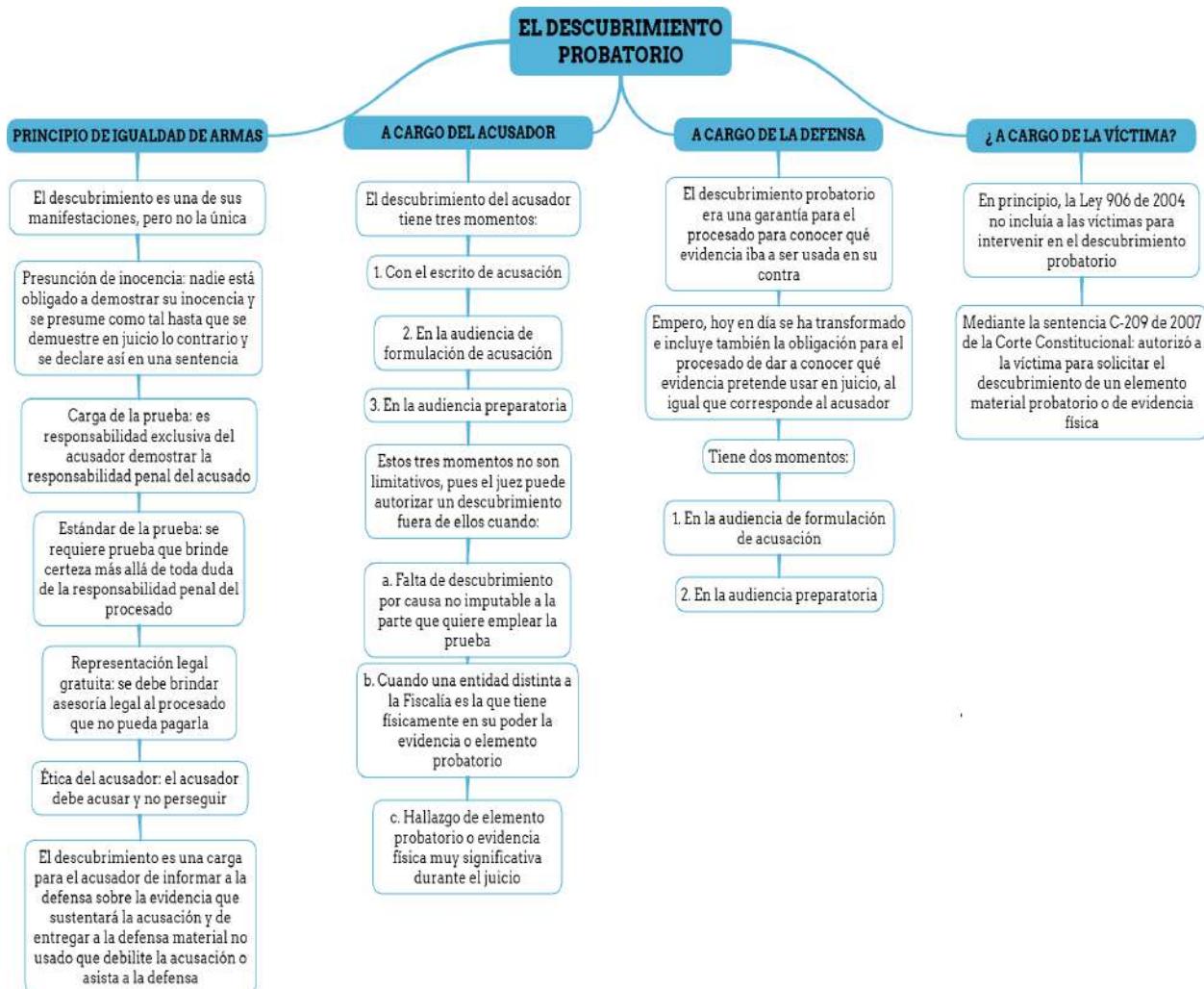
VAN CAENEGERM, William. Advantages and disadvantages of the adversarial system in criminal proceedings. En: Law Faculty Publications. Paper 224, 1999. Disponible en: http://epublications.bond.edu.au/law_pubs/224

UNIDAD 2

EL DESCUBRIMIENTO PROBATORIO

O	<p><i>Objetivo general:</i></p> <p>Discernir las características del descubrimiento de la prueba como elemento del principio de igualdad de armas en el proceso penal y sus particularidades en la Ley 906 de 2004.</p>
O	<p><i>Objetivos específicos:</i></p> <ul style="list-style-type: none">1) Examinar el principio de igualdad de armas en el proceso penal y sus componentes.2) Estudiar el descubrimiento de la prueba como uno de los componentes del principio de igualdad de armas en el proceso penal.3) Reflexionar sobre el descubrimiento de la prueba y su configuración en el sistema procesal penal colombiano precisando los sujetos obligados al descubrimiento de la prueba y los aspectos que involucra para cada uno de ellos.

MAPA CONCEPTUAL DE LA UNIDAD



1. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS Y EL DESCUBRIMIENTO PROBATORIO¹⁵⁵.

Sea lo primero advertir que en esta segunda unidad no se busca hacer una exposición dogmática sobre el descubrimiento probatorio, sino un análisis de problemáticas que se han presentado durante su aplicación. Empero, ello no es obstáculo para hacer una breve presentación sobre el mismo. De esta manera, en el capítulo III del libro III de la Ley 906, a partir del artículo 344¹⁵⁶, se estableció en Colombia el descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física como institución novedosa dentro de la historia del derecho procesal penal colombiano y como elemento característico de un sistema adversativo. ¿Qué y cuál es la finalidad del descubrimiento probatorio? Lord Goldsmith, antiguo *Attorney General*¹⁵⁷ de Inglaterra y Gales y de Irlanda del Norte, en los Lineamientos sobre el descubrimiento del *Attorney General* dijo al respecto:

El descubrimiento de la prueba es uno de los aspectos más importantes en el sistema de justicia criminal. La aplicación de un descubrimiento de la prueba apropiado y justo es un componente vital de un sistema de justicia criminal justo. La ‘regla de oro’ es que la justicia requiere que un descubrimiento completo de la prueba sea hecho respecto de todo el material en poder del acusador que debilite su caso o fortalezca el de la defensa¹⁵⁸.

Con el descubrimiento, en principio, se hace referencia a la obligación que tiene el acusador “de notificar a la defensa de la evidencia¹⁵⁹ en la que la acusación pretende basarse”, que también es nominado como “deber de proveer información por anticipado”,

¹⁵⁵ Debe advertirse que las posiciones planteadas en este texto no representan la posición de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, sino que constituyen la visión del autor del texto.

¹⁵⁶ Es evidente que ya el descubrimiento de la prueba aparece antes, en el artículo 337 de la Ley 906 de 2004, escrito de acusación, pero es en el artículo 344 en donde el legislador colombiano da desarrollo a este instrumento.

¹⁵⁷ “El *Attorney General* es uno de los Oficiales de la Ley (Law Officers), junto con el *Solicitor General* (que cumple, en términos generales, las funciones del *Attorney General* en su ausencia, aunque también tiene funciones propias) y el *Advocate General for Scotland*. El *Attorney General* es nombrado por el Primer Ministro y tiene como funciones: 1) Ser asesor legal del Gobierno, bien sea a uno o los demás Ministros, en asuntos legales locales, europeos o internacionales; 2) Supervisar y responder ante el Parlamento Inglés por el trabajo de los diversas dependencias que constituyen el Departamento de los Oficiales de la Ley; 3) Actuar en defensa del interés público, 4) Una variedad de funciones que incluyen asesoría al Parlamento Inglés en lo que se refiere a la conducta y disciplina de sus miembros, es el líder de la Barra de Abogados, entre otras”. VELANDIA-MONTES, Rafael. Deberes de la Fiscalía con relación al descubrimiento de elementos probatorios en poder de terceros en los derechos procesales penales colombiano e inglés. En: Prolegómenos, Derechos y Valores, Universidad Militar “Nueva Granada”, 2006, p. 80.

¹⁵⁸ *Attorney General's Guidelines on Disclosure*. P. 1.

¹⁵⁹ El término *evidencia* se utilizará como sinónimo de elemento material probatorio y de evidencia, a menos que sea necesario utilizar técnicamente alguno de estos dos últimos vocablos.

y de poner a disposición de la defensa “cualquier material de relevancia para el caso con el que el acusador no tenga la intención de contar ‘material no usado’” y que es llamado “deber de descubrimiento”¹⁶⁰. Este deber hace parte de uno de los aspectos del proceso adversativo: “reglas y principios para reducir la desigualdad de armas”¹⁶¹. De tal suerte, “uno de los aspectos del proceso adversativo anglosajón está dirigido hacia trasladar exitosamente la teoría adversativa en la práctica de la justicia penal”¹⁶². Entonces, para hacer esto, “debe irse más allá de la igualdad formal implícita en la imagen de dos partes equiparadas en contienda por sus respectivos casos frente a un juez imparcial, debido a que una de las partes es el Estado con recursos financieros, técnicos y de información ampliamente superiores”¹⁶³. Si bien es posible que existan acusados con recursos económicos suficientes para hacer frente a un proceso penal, la mayoría de los procesados son personas con escasos recursos económicos¹⁶⁴ e, incluso, para quienes posean recursos un proceso penal largo puede agotarlos¹⁶⁵, lo que se traduciría en un debilitamiento del derecho de defensa o su vulneración total.

De esta manera, el principio de igualdad de armas “busca reducir las obvias y grandes diferencias de recursos (financieros, de equipos tecnológicos, laboratorios, personal, etc.) con los que cuenta el Estado (acusador) frente al acusado cuando acuden ante un juez con el fin de resolver la responsabilidad penal del acusado”¹⁶⁶, pero sin partir de la idea que se va a lograr una igualdad real entre acusador y acusado, porque ello no es cierto. A pesar de esto, la Corte Constitucional, en la sentencia C-591 de 2005, en una posición que no se comparte, considera que sí es posible conseguir la igualdad real en el proceso penal:

Uno de los principios básicos del sistema acusatorio de corte europeo, es aquel de la “igualdad de armas”, encaminado a asegurar que acusador y acusado gocen de los mismos medios de ataque y de defensa para hacer valer sus alegaciones y medios de prueba, es decir, “que disponga de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación” (pp. 35 y 36).

Esta posición la reiteró en la sentencia C-1194 de 2005:

¹⁶⁰ SPRACK, JOHN. A practical approach to criminal procedure, 10th ed. Oxford. Oxford University Press. 2004. P. 137.

¹⁶¹ ROBERTS y ZUCKERMAN. Op. Cit., p. 52.

¹⁶² Ibíd.

¹⁶³ Ibíd.

¹⁶⁴ La ya citada criminalización secundaria, que opera selectivamente y en la que, sin duda, el poder punitivo del Estado se ejerce predominantemente contra quienes no tienen ascendiente en quienes lo operan.

¹⁶⁵ ROBERTS y ZUCKERMAN. Op. Cit., pp. 52 y 53.

¹⁶⁶ VELANDIA-MONTES, Rafael. Deberes de la Fiscalía. Op. Cit., p. 78.

Algunos doctrinantes y la propia Fiscalía General de la Nación hacen referencia a él como el principio de ‘igualdad de armas’, queriendo indicar con ello que, en el marco del proceso penal, las partes enfrentadas, esto es, la Fiscalía y la defensa, deben estar en posibilidad de acudir ante el juez con las mismas herramientas de persuasión, los mismos elementos de convicción, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales (p. 18)¹⁶⁷.

Y continúa en la misma sentencia:

Así entonces, el principio de igualdad de armas constituye una de las características fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria, pues la estructura de los mismos, contrario a lo que ocurre con los modelos de corte inquisitivo, es adversarial (sic), lo que significa que en el escenario del proceso penal, los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección¹⁶⁸.

En sentido similar, la sentencia C-396 de 2007:

¹⁶⁷ No puede pasarse por alto que la Corte Constitucional, en la citada sentencia C-1194 de 2005, toma como referencia para estudiar el descubrimiento probatorio en materia penal elementos de otras áreas del derecho como el Derecho de la competencia, lo cual no se comparte porque vincula dos campos del derecho que tienen finalidades, campos de acción, racionalidades, procedimiento y partes procesales por completo distinta. Así, dijo la Corte Constitucional: “El Tribunal de Defensa de la Competencia Español (Resolución 240), ha establecido, por ejemplo, que el principio de igualdad de armas ‘exige que se conceda el mismo tratamiento a las partes que intervengan en el expediente’”. Corte Constitucional, sentencia C-1194 de 2005. P. 18. Este mismo argumento ha sido repetido, sin ninguna reflexión, lo cual no se comparte, entre otras, en las sentencias de la Corte Constitucional C-396 de 2007 (Corte Constitucional, sentencia C-396 de 2007. PP. 36 y 37); C-536 de 2008 (Corte Constitucional, sentencia C-536 de 2008. P. 24) y T-436 de 2009 (Corte Constitucional, sentencia T-436 de 2009. PP. 25 y 26). La misma mención sin justificación se puede encontrar en la doctrina, verbigracia LÓPEZ STERUP, Henrik. Derecho al debido proceso –algunas consideraciones–. Manual de constitución y democracia. Volumen I. De los derechos. Segunda edición. Editado por Ricardo Posada y Henrik López Sterup. Bogotá. Universidad de Los Andes. 2008. PP. 144 y 145. Por último, debe mencionarse que la ampliamente citada Resolución 240 del Tribunal de Defensa de la Competencia Español (1997) –hoy nominado como Comisión Nacional de la Competencia– es una decisión que resuelve un recurso en un trámite sancionatorio por infracciones al Derecho de la competencia, en el que la parte investigada buscaba utilizar como prueba de exculpación un documento declarado como confidencial. El Tribunal determinó: “[...] no se puede olvidar que el mantenimiento de la confidencialidad afecta directamente a los denominados derechos de defensa, de modo que el principio general a establecer es que nadie pueda ser condenado en base a un documento que no ha podido ser rebatido por el mismo por haberse mantenido secreto, pero, del mismo modo y a la inversa, tampoco un documento declarado confidencial puede servir para exculpar a un interesado, ya que en el procedimiento existen otros interesados, como los denunciantes, a los que se les negaría la posibilidad de argumentar sobre dicho documento para obtener la inculpación del afectado y lograr, bien que las prácticas restrictivas de la competencia no se perpetúen en el tiempo o bien una indemnización de daños. El principio de igualdad de armas exige, pues, que se conceda el mismo trato a las partes que intervienen en el proceso”. Tribunal de Defensa de la Competencia Español. Resolución 240 de 28 de octubre de 1997. P. 4.

¹⁶⁸ Corte Constitucional, sentencia C-1194 de 2005. P. 19.

Así las cosas, la pasividad judicial en materia probatoria favorece la igualdad de trato jurídico entre los sujetos procesales y, en especial, lo que la doctrina especializada ha denominado la igualdad de armas en el proceso penal. Dicho de otro modo, la prohibición demandada tiene por objeto evitar situaciones de privilegio o de supremacía de una de las partes, de tal suerte que se garantice la igualdad de posibilidades y cargas entre las partes en las actuaciones penales cuya característica principal es la existencia de contradicción¹⁶⁹.

Continúa esta sentencia diciendo sobre la igualdad real en el proceso penal:

En efecto, la aplicación del principio de igualdad de armas en el proceso penal hace parte del núcleo esencial de los derechos al debido proceso y de igualdad de trato jurídico para acceder a la justicia (artículos 29, 13 y 229 de la Constitución), según el cual las partes deben contar con medios procesales homogéneos de acusación y defensa, de tal manera que se impida el desequilibrio entre las partes y, por el contrario, se garantice el uso de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación. Ahora, la desigualdad institucional, evidente en el sistema penal acusatorio (el aparato estatal investigativo, por regla general, tiene mayor fortaleza económica, orgánica y funcional, que la defensa a cargo de los particulares), supone la necesaria intervención legislativa para superarla y propiciar la igualdad de trato y de oportunidades de defensa. Por ello, el fortalecimiento y real aplicación de principios procesales tales como la presunción de inocencia, el *in dubio pro reo*, las prohibiciones de doble incriminación y de autoacusación, entre otros, colocan al juez en una posición clara frente al vacío probatorio: la pasividad probatoria como instrumento de equiparación de armas entre las partes¹⁷⁰.

Así mismo, se puede leer en la sentencia C-536 de 2008:

En relación con el nuevo sistema acusatorio, la jurisprudencia de esta Corte ha concluido que la igualdad de armas es una característica esencial de los sistemas penales de tendencia acusatoria, en cuanto éstos sistemas tienen una configuración estrictamente adversarial (sic), esto es, que tanto el ente acusador como el acusado se deben enfrentar en igualdad de condiciones en materia de acusación y defensa, ante un juez imparcial que debe valorar el acerbo (sic) probatorio para fallar¹⁷¹.

En la misma línea se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal:

[...] la estructura básica del nuevo sistema penal acusatorio se afianza en el principio de separación de funciones, de acuerdo con el cual dos partes adversarias o contendores jurídicos (fiscalía y acusado-defensor), que representan intereses disímiles, en igualdad de armas se enfrentan con las mismas herramientas de ataque y protección¹⁷².

¹⁶⁹ Corte Constitucional, sentencia C-396 de 2007. P. 36.

¹⁷⁰ Ibíd.

¹⁷¹ Corte Constitucional, sentencia C-536 de 2008. P. 25.

¹⁷² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso Núm. 26827, de 11 de julio de 2007. P. 32.

Esta posición se reiteró por la misma corporación así:

[...] la finalidad del descubrimiento probatorio al terminar la audiencia de acusación y durante el desarrollo de la audiencia preparatoria, no es otro distinto que el de hacer efectivo el principio de igualdad de armas, de acuerdo con el cual en un procedimiento de tendencia adversarial (sic) como el que está en vía de implementación en Colombia no cabe admitir la supremacía de una parte frente a las demás, y puesto que se estima que éstas y los intervinientes están amparadas con las mismas oportunidades de contradicción, en materia probatoria han de tener ‘las mismas noticias respecto del proceso y pueden utilizar los mismos medios de prueba¹⁷³.

Sin embargo, no se comparte esta posición de equilibrio real entre las partes, porque, como lo sostiene la doctrina foránea, en referencia a manifestaciones similares, esta “noción de ‘igualdad de armas’ es apta para engañar como quiera que implica que una genuina paridad de recursos entre las partes es el objetivo deseado. En realidad la mayoría de acusados no podrían ser equipados con suficientes recursos para igualar el aparato estatal de investigación criminal y de acusación, y ellos no deberían estarlo”¹⁷⁴. De lo que se trata realmente el principio de igualdad de armas, entonces, es de “encontrar maneras para mitigar el inevitable desbalance entre los recursos del acusador y la defensa hasta lo que sea necesario hasta traducir el modelo del juicio adversativo en prácticas justas y efectivas de investigación y juzgamiento”¹⁷⁵. Por ende, “no se trata de crear la ficción de que el acusador y acusado están en igualdad de condiciones...sino de establecer mecanismos que hagan lo menor posible tal diferencia. Entonces, el camino correcto es reconocer la existencia de esa diferencia de recursos, aceptar que es imposible hacerla desaparecer por completo y, por ende, tratar de aminorarla en la máxima medida posible”¹⁷⁶.

Así mismo, estimamos que no debe hacerse referencia al descubrimiento como principio de igualdad de armas, tal y como lo hace, verbigracia, la Corte Suprema de Justicia:

En cuanto al primer aspecto el mal entendido del fiscal es craso, pues desconoce que la finalidad del descubrimiento probatorio al terminar la audiencia de acusación y durante el desarrollo de la audiencia preparatoria, no es otro distinto que el de hacer efectivo el principio de igualdad de armas¹⁷⁷

¹⁷³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso Núm. 28656, de 28 de noviembre de 2007. PP. 25 y 26.

¹⁷⁴ ROBERTS y ZUCKERMAN. Op. Cit., p. 54.

¹⁷⁵ Ibíd.

¹⁷⁶ VELANDIA-MONTES, Rafael. Deberes de la Fiscalía. Op. Cit., p. 78.

¹⁷⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso Núm. 28656, 28 de noviembre de 2007. P. 25.

En efecto, una de las formas en las que se manifiesta el principio de igualdad de armas es a través del descubrimiento, pero no es su única manifestación¹⁷⁸, pues, junto al descubrimiento probatorio, también están como elementos de dicho principio la presunción de inocencia, la carga de la prueba y el estándar de la prueba; la representación legal gratuita y la ética del acusador¹⁷⁹. De esta forma, la presunción de inocencia garantiza que el procesado siempre será considerado inocente hasta que se demuestre lo contrario, a él no le corresponde demostrar su inocencia. Esto se une a la carga de la prueba: le corresponde exclusivamente al acusador demostrar la responsabilidad del procesado, a este no le corresponde demostrar nada. El estándar de prueba garantiza que el juez solo podrá condenar cuando exista prueba en el proceso que le brinde certeza más allá de toda duda de la responsabilidad del procesado, en el evento de que tenga alguna duda al respecto debe absolverlo: es mejor dejar libres a 100 culpables que condenar a un inocente. La representación legal gratuita garantiza el derecho de defensa en aquellos casos en los que el procesado no cuenta con los medios económicos para pagar un abogado, lo que ocurre en muchos procesos, si se tiene en cuenta el denunciado uso selectivo del poder punitivo que de manera predominante se centra en los delitos de las personas no poderosas socialmente y que no cuentan con los recursos económicos suficientes. La ética del acusador apunta a que si él tiene como función investigar y acusar a aquellas personas que hayan cometido delito, pero el ejercicio de tal función debe hacerse con “templanza y contención (encapsulado en el aforismo que dice que el acusador debe acusar no perseguir¹⁸⁰)”. Por lo tanto, el principio de igualdad de armas, con sus diversas manifestaciones, busca disminuir al máximo las ventajas con las que cuenta el acusador frente al acusado¹⁸¹, pero reconociendo que es imposible en la práctica lograr una real igualdad: se trata, entonces, de disminuir al máximo la ventaja con la que cuenta el acusador todopoderoso frente a un procesado en una situación de debilidad e incapaz de enfrentar debidamente a su rival¹⁸².

Entonces, podemos decir que el descubrimiento probatorio es un instrumento integrante del principio de igualdad de armas y que debe ser entendido, en principio, como una carga impuesta al acusador, mediante un acto complejo compuesto por dos elementos: el

¹⁷⁸ VELANDIA-MONTES, Rafael. Deberes de la Fiscalía. Op. Cit., p. 78.

¹⁷⁹ ROBERTS y ZUCKERMAN. Op. Cit., pp. 54-57.

¹⁸⁰ “Prosecutors should ‘prosecute, not persecute’”. ROBERTS y ZUCKERMAN. Op. Cit., p. 56.

¹⁸¹ VELANDIA-MONTES, Rafael. Deberes de la Fiscalía. Op. Cit., pp. 78 y 79.

¹⁸² Por supuesto, en la práctica se ven casos en los que se tiene un procesado que cuenta con abundantes recursos económicos frente a un acusador que se ve débil e incapaz de procesarlo. Esto, sin embargo, no debe significar que se deben disminuir las garantías procesales del procesado, porque, de hecho, este tipo de casos, que son una minoría en el campo de acción del sistema penal, lo que ponen de presente es que las desigualdades de recursos de las partes en el proceso penal deslegitiman socialmente al sistema penal y contribuyen a generar la sensación de injusticia.

primero consiste en la obligación de informar a la defensa sobre la evidencia que servirá de sustento a la acusación en el juicio y el segundo, en el deber de poner a disposición de la defensa cualquier material de relevancia obtenido durante el desarrollo de la investigación que el acusador no tenga la intención de emplear en el proceso y que razonablemente sea considerado capaz de debilitar el caso del acusador en contra del acusado o asistir el caso del acusado, deber de descubrimiento en estricto sentido. Además, si bien en principio el descubrimiento probatorio ha sido visto como una herramienta del principio de igualdad y, en consecuencia, establecido a favor del acusado, también se ha establecido un descubrimiento a cargo de este, que consiste en informar, en los mismos términos que el acusador, qué evidencia pretende usar en el juicio. Este descubrimiento del procesado tuvo uno de sus manifestaciones en la década del 70 del siglo pasado con dos decisiones de la Corte Suprema de EE. UU. (*Williams v. Florida* y *Wardius v. Oregon*) que abrieron el camino para la reciprocidad en el descubrimiento¹⁸³. En Colombia existe este deber para la defensa, que se expone así:

En términos generales, el descubrimiento corresponde a un proceso de doble vía en el que tanto la Fiscalía como la defensa de forma previa al juicio informan, entregan, exhiben o facilitan el acceso a la contraparte a los medios de convicción que emplearán para soportar su propuesta acusatoria o defensiva, respectivamente, con la salvedad que el proveniente del órgano fiscal debe ser integral, incluso si favorece a la defensa, carga que como es obvio, por virtud del principio de no autoincriminación no se impone a ésta última¹⁸⁴.

En sentido similar:

“[...] es un acto en virtud del cual los sujetos procesales, Fiscalía y defensa, se ven apremiados, en desarrollo de los principios de lealtad, equilibrio e igualdad de armas que precisa el sistema procesal acusatorio, a dar a conocer, exhibir y mostrar a la contraparte, aquellos elementos de juicio sobre los cuales soportarán su teoría del caso, entendida ésta como la definición de la estrategia en punto de los propósitos de una actuación particular”¹⁸⁵.

Vistos, entonces, el descubrimiento probatorio, el principio de igualdad de armas y la relación existente entre ellos, pasamos a ocuparnos de la estructura del descubrimiento en Colombia.

¹⁸³ MOSTELLER, Robert P. *Discovery. Encyclopedia of crime and justice*. Second Edition. Joshua Dressler (ed.). New York. Macmillan Reference. 2002. P. 535.

¹⁸⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 33.844, 4 de mayo de 2011, p. 15.

¹⁸⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 35186, 19 de octubre de 2011, pp. 10 y 11.

2. EL DESCUBRIMIENTO PROBATORIO:

2.1. A CARGO DEL ACUSADOR:

Lo primero que debe acotarse es que el descubrimiento probatorio solo comienza a partir de la presentación del escrito de acusación y, por ende, no hay ningún deber en tal sentido para el fiscal en la etapa de investigación:

[...] ya que la etapa investigativa de la fiscalía es preparatoria para el juicio, la obligación de descubrimiento sólo opera concreta a partir de la formulación de acusación y no puede hablarse de ocultamiento de pruebas, cuando es lo cierto que por estas sólo se asumen las practicadas en el juicio¹⁸⁶.

Entonces, el escrito de acusación debe incluir, entre otras cosas, el descubrimiento de las pruebas, mediante un documento anexo que deberá contener, de acuerdo al artículo 337 de la Ley 906 de 2004, lo siguiente:

- Los hechos que no requieren prueba.
- La trascipción de las pruebas anticipadas que se quieran aducir al juicio, siempre y cuando su práctica no pueda repetirse en el mismo
- El nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en el juicio.
- Los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, junto con los respectivos testigos de acreditación.
- La indicación de los testigos o peritos de descargo indicando su nombre, dirección y datos personales.
- Los demás elementos favorables al acusado en poder de la Fiscalía.
- Las declaraciones o deposiciones.

Fíjese que en este escrito están incluidos la evidencia en la que la acusación pretende basarse (deber de proveer información por anticipado) y el material de relevancia para el caso que el acusador no vaya a emplear y que debilite su caso o fortalezca el de la defensa (deber de descubrimiento en estricto sentido).

Este primer momento del descubrimiento hace parte del deber de proveer información por anticipado. Después:

Es a partir de ese instante, es decir, del recibo de las referidas copias, cuando las demás partes y específicamente la defensa se enteran sobre qué va a versar la acusación y

¹⁸⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 27108, 3 de mayo de 2007, p. 39.

cuáles son los elementos de convicción que apoyan los cargos, instante a partir del cual la defensa técnica empieza la tarea propia de la labor a él encomendada¹⁸⁷.

Un segundo momento del descubrimiento (deber de descubrimiento en estricto sentido) se da cuando:

No obstante, el conocimiento formal de la acusación que por escrito presentó la fiscalía ante el correspondiente juez de conocimiento, se materializa en la audiencia de formulación de acusación, acto en el cual, luego de disponerse por parte del juez “el traslado del escrito de acusación a las demás partes” (artículo 339) y agotados otros ineludibles pasos, se verifica el segundo momento que la ley ha previsto para el “descubrimiento de la prueba”, instante en el que, según lo dispuesto en el artículo 344, es la defensa quien en primer término y si a bien lo tiene, goza del derecho a solicitar al juez “que ordene a la fiscalía el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física”, evento en el cual se constituye en una obligación por parte de la fiscalía proceder a cumplir el descubrimiento solicitado por la defensa y ordenado por el juez¹⁸⁸.

Además, corresponde al acusador descubrir los elementos que debiliten su caso o fortalezcan el de la defensa:

Distinto es que si en el curso de su investigación, la fiscalía encuentra elementos de juicio que puedan ser útiles a la teoría del caso de la defensa, está en la obligación, en el marco de los principios de transparencia y lealtad, a descubrirlas, exhibirlas o entregarlas a su contraparte, lo que no deriva en compromiso suyo por presentarlos dentro del juicio oral, por lo que si la defensa no lo solicitó –como carga que le compete para desvirtuar la acusación-, tales elementos no se traducen en pruebas a efectos de la decisión final tomada por el juez¹⁸⁹.

Sin embargo, es posible que en este segundo momento el acusador ejecute el deber de proveer información por anticipado, si omitió mencionar evidencia en el escrito de acusación, tanto como el deber de descubrimiento en sentido estricto:

Así, en un primer momento, incumbe a la Fiscalía presentar entre los anexos que acompañan el escrito de acusación una relación detallada –no exhaustiva necesariamente¹⁹⁰ de los

¹⁸⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 28847, 12 de mayo de 2008, p. 13.

¹⁸⁸ Ibíd., pp. 13 y 14.

¹⁸⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 43470, 22 de octubre de 2014, pp. 9 y 10.

¹⁹⁰ En sentido distinto se pronuncia la misma corte: “En cumplimiento de su deber funcional, la Fiscalía está obligada anunciar desde el escrito de acusación, con una lista bien detallada, todas las pruebas que pretenda hacer valer en el juicio oral (artículo 337, numeral 5), el cual deberá contener: una relación de los hechos, las pruebas anticipadas –si las hubiere, los datos para la localización de los testigos de cargo y de descargo, los datos para la ubicación de los peritos, los documentos que pretenda aducir con los respectivos testigos de acreditación; y además, los elementos que pudieren resultar favorables al acusado”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 25920, 21 de febrero de 2007, pp. 56 y 57.

elementos materiales probatorios y evidencia física que soportan los cargos –artículo 337.5 de la Ley 906 de 2004-, los que luego son expresamente descubiertos –informados, entregados, exhibidos según sea el caso- a la defensa en la audiencia de formulación de la acusación o dentro de los tres (3) días siguientes –artículo 344 ibídem¹⁹¹.

Además, durante la audiencia preparatoria se dará un tercer momento del descubrimiento:

La *audiencia preparatoria* es otro de los momentos esenciales para el *descubrimiento probatorio*, que había iniciado propiamente en la *audiencia de acusación*. En la *audiencia preparatoria* (artículos 356, 357, 358 *ibídem*), el Juez vuelve a cumplir un papel trascendental frente al proceso de *descubrimiento probatorio*, pues el funcionario judicial debe intervenir proactivamente para garantizar un adecuado descubrimiento; y en particular: i) concederá a las partes la oportunidad de manifestar sus observaciones al respecto, “*en especial, si el efectuado fuera de la sede de la audiencia de formulación de acusación ha quedado incompleto*”; ii) ordenará a la defensa descubrir sus *elementos materiales probatorios y evidencia física*; iii) dispondrá que la Fiscalía y la defensa enuncien la totalidad de las *pruebas* que harán valer en la audiencia del juicio oral; iv) concederá un término para que la Fiscalía y la defensa expresen si harán *estipulaciones probatorias*; v), a solicitud de la partes, podrá disponer que se exhiban los elementos materiales probatorios y la evidencia física durante la audiencia preparatoria, con el único fin de ser conocidos y estudiados; y, vi) en todo caso, rechazará los *descubrimientos incompletos*¹⁹².

Estos tres momentos del descubrimiento probatorio, sin embargo, no son limitativos¹⁹³:

Se colige sin dificultad que no existe un único momento para realizar en forma correcta el descubrimiento; ni existe una sola manera de suministrar a la contraparte las evidencias, elementos y medios probatorios. Por el contrario, el procedimiento penal colombiano es relativamente flexible en esa temática, siempre que se garantice la indemnidad del principio de contradicción, que las partes se desempeñen con lealtad y que las decisiones que al respecto

¹⁹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 33.844, 4 de mayo de 2011, pp. 15 y 16.

¹⁹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 25920, 21 de febrero de 2007, p. 60.

¹⁹³ Aunque la Corte alcanzó a plantear una definición distinta de las etapas: “Este descubrimiento se realiza en tres etapas: la primera, a cargo de la Fiscalía quien con el escrito de acusación relaciona los elementos materiales probatorios y las evidencias con las que pretende soportar su teoría del caso, documento que puede aclarar, adicionar o corregir dentro de la audiencia de formulación de acusación en cuya sustentación se realiza el descubrimiento probatorio ; la segunda, por cuenta de la defensa quien en forma discrecional puede iniciar su revelación en esta audiencia, pero es en la audiencia preparatoria en donde se le impone tal obligación ; y excepcionalmente se admite un tercer estadio procesal en el juicio oral, cuando aparezca un elemento material probatorio o evidencia física ‘muy significativo, caso en el cual se debe poner en conocimiento del juez quien después de oír a las partes decide si resulta excepcionalmente admisible o si opera su exclusión’”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 36788, de 26 de octubre de 2011, p. 9.

adopte el Juez, se dirijan a la efectividad del derecho sustancial y al logro de los fines constitucionales del proceso penal¹⁹⁴.

De tal suerte, el juez puede autorizar un descubrimiento fuera de estos tres momentos, es decir, posterior:

i) Cuando se acredita que la falta de descubrimiento obedeció a causas no imputables a la parte que quiere hacer valer la prueba (artículo 346 ibídem).

ii) En el evento en que una persona o entidad diferente a la Fiscalía es la que tiene físicamente o dispone de la evidencia o elemento probatorio; tal el caso de los organismos que cumplen funciones de policía judicial (entre ellos: Procuraduría General de la Nación, Superintendencias y Contraloría General de la República); el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y oficinas de peritos.

iii) Si ocurriere que durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física “muy significativo que debiera ser descubierto”, tiene el deber de ponerlo en conocimiento del Juez, quien “oídas las partes y considerando el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba” (inciso final del artículo 344 ibídем)¹⁹⁵.

Empero, este descubrimiento excepcional no puede ser utilizado como medio “para purgar la «incuria, negligencia o mala fe» de la parte interesada que debido a esos u otros motivos, sin justificación razonable, no la enuncia y solicita en la oportunidad correspondiente”¹⁹⁶. Es decir, el descubrimiento excepcional no se puede convertir en una etapa adicional de solicitud de pruebas.

Así mismo, el hecho de que el Fiscal haya descubierto (deber de proveer información por anticipado) una evidencia no le impone la carga de practicarla como prueba en el juicio, porque corresponde a su libertad como parte el decidir qué quiere incluir como prueba (esto, por supuesto, aplica por igual para la defensa):

¹⁹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 25920, 21 de febrero de 2007, p. 64. Además: “No es correcta la afirmación de los libelistas, según la cual, la audiencia de acusación es el momento exclusivo que habilita la ley para hacer el descubrimiento probatorio, pues, como se ha explicado, ese descubrimiento es un proceso que usualmente se efectúa en distintos momentos, e inclusive fuera de las audiencias, a condición de que cada parte conozca definitivamente cuáles serán las ‘armas’ que la otra utilizará para soportar su teoría del caso”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 25920, 21 de febrero de 2007, p. 65.

¹⁹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 25920, 21 de febrero de 2007, pp. 55 y 56.

¹⁹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 43303, 25 de junio 2014, p. 67.

Y si en ese camino investigativo se encuentra la Fiscalía con elemento de juicio que puedan servir a la teoría del caso de la defensa, su obligación se limita, dentro del principio de transparencia y para hacer efectiva la igualdad de armas, a descubrirlos y dejarlos conocer a la contraparte, pero no, y aquí se hace necesario resaltar el punto, está obligado a presentarlo como prueba dentro del juicio oral, por manera que si la defensa no lo pidió –como carga que le compete para desvirtuar la acusación-, ese elemento no puede ser considerado para efectos de tomar la decisión final¹⁹⁷.

Justamente, esa es la diferencia entre descubrimiento probatorio y enunciación probatoria:

[...] el descubrimiento tiene como fin informar a la contraparte de todos y cada uno de los elementos materiales probatorios que se lograron recolectar en las labores investigativas, en orden a facilitar su acceso, ya sea mediante su exhibición o su entrega física; mientras que la enunciación que se adelanta en audiencia preparatoria tiene como propósito dar a conocer cuáles de esas evidencias previamente descubiertas fueron seleccionadas por la Fiscalía o la defensa para demostrar su teoría del caso¹⁹⁸.

Por otra parte, dentro del descubrimiento probatorio no está incluida la exhibición de la evidencia, pues esta solo procede si la parte interesada la solicita al juez:

Es claro, entonces, que no es obligatorio para el Juez ordenar la exhibición, en la audiencia preparatoria, de los elementos materiales probatorios y la evidencia física; pues corresponde a la parte interesada solicitar al funcionario judicial que ordene a la otra tal exhibición. De ahí que, bajo ciertas circunstancias, un descubrimiento probatorio podría reputarse completo con la enunciación o puesta a disposición real y efectiva de los medios probatorios; pero aún sin la exhibición de las evidencias y los elementos materiales probatorios, bien porque la contraparte ya los conoce, ya cuenta con ellos, o no hace manifiesto algún interés especial¹⁹⁹.

Por lo tanto, el suministro del descubrimiento probatorio se satisface de la siguiente manera:

Se ha venido destacando la palabra “suministrar” que forma parte de la redacción de los textos constitucional y legal, en el sentido que, en el proceso de descubrimiento, es deber de la Fiscalía suministrar a la defensa todas las evidencias y elementos probatorios de que disponga. El verbo suministrar no puede entenderse necesaria y únicamente como entregar físicamente, o dar, o poner en las manos del otro todas las evidencias ni todos los elementos materiales probatorios. Tal interpretación a menudo desbordaría los límites de lo razonable, conduciría a extremos indeseados, a complejidades extremas, a malversación de recursos o dilatación del juzgamiento, siendo todos estos resultados hipotéticos incompatibles con los fines constitucionales del proceso penal...En ese orden de ideas, la Fiscalía cumple el deber de

¹⁹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 31103, 27 de marzo de 2009, p. 30.

¹⁹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 43857, 30 de julio de 2014, p. 15.

¹⁹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 25920, 21 de febrero de 2007, p. 61.

suministrar las evidencias y elementos probatorios de varias maneras, entre ellas: i) Imprescindiblemente y en todos los casos, “descubriendolos”, esto es, informando a la defensa, en las oportunidades procesales antedichas, con plena lealtad y con sujeción al principio de objetividad, sobre la existencia, naturaleza y ubicación de todos y cada uno de los elementos probatorios y evidencias; máxime si la Fiscalía va a utilizarlos para sustentar la acusación y si podrían generar efectos favorables para el acusado. ii) Entregándolos físicamente cuando ello sea racional y materialmente posible, como con resultados de un informe pericial o policial, la copia de algunos documentos o algunos elementos o muestras de los mismos. iii) Facilitando a la defensa el acceso real a las evidencias, elementos y medios probatorios en el lugar donde se encuentren, o dejándolos a su alcance, si fuere el caso, de modo que pueda conocerlos a cabalidad, estudiarlos, obtenerlos en la medida de lo racionalmente posible y derivar sus propias conclusiones, de cara a los fines de la gestión defensiva. Corresponde al Juez, una vez más, velar porque el suministro, así entendido, sea oportuno y lo más completo posible, pues se trata de facilitar a la defensa el acceso real a los medios que utilizará la Fiscalía en contra del acusado. Similares reflexiones caben cuando el descubrimiento corresponda a la defensa²⁰⁰.

A pesar de que el proceso penal colombiano le ha dado prevalencia a la oralidad, todavía hay actuaciones que se llevan a cabo de manera escrita, como es el caso del descubrimiento probatorio que:

[...] como acto complejo que es, el legislador, en el artículo 336 de la Ley 906 del 2004, ordena precisamente que lo primero que se impone es presentarla mediante “escrito”. Por su parte, el artículo 337 regula que ese “escrito” acusatorio debe ser acompañado por una serie de “documentos”, entre los cuales se encuentra “5. El descubrimiento de las pruebas. Para este efecto se presentará documento anexo” con el contenido de los elementos materiales probatorios con que cuente la Fiscalía. Así, es la ley procesal que la que exige que, en el caso concreto de la acusación, el acto se cumpla por escrito y, a la vez, que el descubrimiento probatorio se haga mediante otro escrito que debe ir anexo a aquél.²⁰¹

2.2. A CARGO DE LA DEFENSA

Como ya se mencionó, el descubrimiento de la prueba tuvo su origen en la garantía de los derechos del procesado a conocer la evidencia que iba a ser usada en su contra por el acusador. Sin embargo, hoy en día se ha incluido para el procesado el deber de dar a conocer, en forma similar a la que hace el acusador, la evidencia que pretende usar en juicio para sustentar su teoría del caso, en el evento de que la tenga. Debe recordarse que en virtud de la presunción de inocencia y de la carga de prueba (elementos del principio de igualdad de armas), el procesado no está obligado a presentar ninguna teoría del caso, ni a solicitar la práctica de ninguna prueba en el juicio, porque tales cargas solo las tiene como obligatorias el acusador. Es decir, la defensa puede asumir una actitud 100% pasiva

²⁰⁰ Ibíd., pp. 61 a 63.

²⁰¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Segunda instancia Proceso Núm. 42.315, 16 de octubre de 2013, pp. 10 y 11.

y ello debe ser aceptado como un ejercicio del derecho de defensa. Empero, esto depende del caso en concreto y de la evidencia que posea el acusador, porque en otro tipo de casos sí que es necesaria la intervención de la defensa para materializar el derecho de defensa. En Colombia, el legislador incluyó el descubrimiento de la prueba para el procesado, deber que comienza ya desde la audiencia de formulación de acusación, según lo dispone el artículo 344 de la Ley 906 de 2004:

Ahora bien, si en la audiencia de formulación de acusación la defensa cuenta con algunos o todos los elementos materiales probatorios o evidencia física sobre los cuales pretende en el juicio sustentar su tesis argumentativa, en aplicación de los principios de lealtad, igualdad y contradicción, está en la obligación de suministrárselos, situación que, sin duda, dentro de la metodología que prevé la ley, da razón de ser a lo previsto en el citado artículo 344, inciso 2°, cuando consagra que en dicha audiencia también “la fiscalía podrá pedir al juez que ordene a la defensa entregarle copia de los elementos materiales probatorios de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio”, pues resultaría inadmisible que contando la defensa con tales elementos se abstuviera de hacerlos conocer, conllevando a una clara trasgresión de los mencionados principios fundamentales sustentadores de la sistemática propia del enjuiciamiento oral²⁰².

Este primer momento de descubrimiento de la prueba a cargo de la defensa estará limitado, por supuesto, a que “la defensa realmente acceda al escrito de acusación y sus anexos antes de realizarse la audiencia de formulación de acusación (artículo 338 ibídem), lo cual implica una conducta diligente del Fiscal, de la defensa y del Juez de conocimiento”²⁰³. Además, en este momento, el descubrimiento también estará circumscripto al hecho de que el defensor tenga elementos materiales probatorios y evidencia física, lo cual no siempre ocurrirá²⁰⁴.

Luego, la defensa tendrá en la audiencia preparatoria su última oportunidad de presentar dicha evidencia, según el numeral 2º del artículo 356 de la Ley 906 de 2004 y de acuerdo al orden que en esta norma se establece, so pena de que no pueda ser considerada como tal²⁰⁵. Así que justo cuando tanto Fiscalía y defensa enuncien la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia del juicio oral y público se constituye en el momento en el que precluye la oportunidad para las partes de incluir evidencia, salvo que se trate de alguna de las hipótesis ya mencionadas cuando se expuso el descubrimiento probatorio a cargo del acusador, por lo que nos remitimos a tal aparte.

²⁰² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 28847, 12 de mayo de 2008, pp. 14 y 15.

²⁰³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 25920, 21 de febrero de 2007, p. 57.

²⁰⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 28847, 12 de mayo de 2008, p. 15.

²⁰⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Decisión Penal de Tutelas. Tutela de primera instancia Núm. 66691, 9 de mayo de 2013, pp. 14 y 15.

2.3. ¿DESCUBRIMIENTO A CARGO DE LA VÍCTIMA?

En principio, la Ley 906 de 2004 no incluía a las víctimas como sujetos con capacidad de intervenir en el descubrimiento probatorio. Sin embargo, ello cambió con la sentencia C-209 de 2007 de la Corte Constitucional. En este fallo, entre otros puntos, se declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 344 de la Ley 906 de 2004, “en el entendido de que la víctima también puede solicitar el descubrimiento de un elemento material probatorio específico o de evidencia física específica”²⁰⁶; “la exequibilidad del artículo 356 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que la víctima también puede hacer observaciones sobre el descubrimiento de elementos probatorios y de la totalidad de las pruebas que se harán valer en la audiencia del juicio oral”²⁰⁷; la exequibilidad del artículo 358 de la Ley 906 de 2004, siempre y cuando se entienda que la víctima puede solicitar la exhibición de los elementos materiales probatorios y evidencia física, con el fin de conocerlos y estudiarlos²⁰⁸.

La sentencia C-209 de 2007 de la Corte Constitucional tuvo como referencia a la sentencia C-454 de 2006, que había declarado la “constitucionalidad condicionada del artículo 357 de la Ley 906 de 2004, en el entendido que los representantes de las víctimas, pueden hacer solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, en igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía”²⁰⁹, pues el legislador incurría “en una omisión trascendente para el derecho de acceso de la víctima a la justicia (Art.229 CP), en cuanto obstruye sus posibilidades de efectiva realización de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, y la coloca, de manera injustificada, en una posición de desventaja en relación con otros actores e intervenientes procesales”²¹⁰.

Entonces, al tomar como referencia la sentencia C-454 de 2006, dijo la Corte en el fallo C-209 de 2007:

En la sentencia C-454 de 2006, precitada en la sección anterior, la Corte precisó el alcance del derecho de las víctimas a solicitar pruebas en la audiencia preparatoria regulada en el artículo 357 de la Ley 906 de 2004 y concluyó que la omisión del legislador al no incluir a las víctimas dentro de los actores procesales que podían hacer solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, era contraria a la Carta. Con el fin de examinar la constitucionalidad de esa omisión legislativa relativa, la Corte resolvió cuatro preguntas: (i) ¿Se excluye de su presupuesto fáctico a un sujeto que por encontrarse en una situación asimilable a los que la norma contempla, debería subsumirse dentro de ese presupuesto?; (ii) ¿Existe una razón

²⁰⁶ Corte Constitucional, sentencia C-209 de 2007. P. 91.

²⁰⁷ Ibíd., p. 92.

²⁰⁸ Ibíd.

²⁰⁹ Corte Constitucional, sentencia C-454 de 2006. P. 56.

²¹⁰ Ibíd., p. 55.

objetiva y suficiente que justifique esa exclusión?; (iii) ¿Se genera una desigualdad injustificada entre los diferentes actores del proceso? y (iv) ¿Esa omisión entraña el incumplimiento por parte del legislador de un deber constitucional, en este caso del deber de configurar una verdadera intervención de la víctima en el proceso penal? La respuesta positiva a las cuatro preguntas planteadas llevó a la Corte a concluir que en el caso del artículo 357 de la Ley 906 de 2004, para garantizar la efectividad del derecho a acceder a la justicia y del derecho a la verdad, a la víctima debe permitírsela (i) hacer solicitudes probatorias en la audiencia preliminar; (ii) así sea en una etapa previa al juicio; y (iii) tal posibilidad la puede ejercer directamente la víctima (o su apoderado); y (iv) sin que ello desconozca las especificidades del nuevo sistema acusatorio ni los rasgos estructurales del mismo²¹¹.

Empero, si bien en la jurisprudencia de la Corte Constitucional se hacía mención expresa de la participación directa de la víctima, o su apoderado, en la solicitud probatoria y en lo concerniente al descubrimiento, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, tomaba partido por una visión distinta:

Esa alusión a la igualdad de condiciones de la víctima, la defensa y la Fiscalía, en el campo probatorio, no deja de ser un enunciado teórico que no se puede concretar en la práctica, pues el estatuto procesal y las decisiones de constitucionalidad exigen que la práctica de las pruebas en el juicio oral corresponde, de manera exclusiva y excluyente, a las partes, esto es, a la Fiscalía y a la defensa²¹².

Esto significa que para la Corte Suprema de Justicia solo la Fiscalía y la defensa pueden solicitar pruebas, mientras que las víctimas deben transmitir su solicitud a aquella para que las haga en el momento oportuno procesalmente:

De tal manera que para hacer efectiva la facultad de solicitar pruebas, la situación debe valorarse desde quienes tienen la potestad para intervenir en su práctica. Por tanto, si los llamados a ese procedimiento son exclusivamente Fiscalía y defensa, es a tales partes a las cuales se impone exigir la carga del descubrimiento probatorio en las instancias de ley. En ese contexto, indefectiblemente, en el tema tratado la víctima tiene la carga de hacer causa común con la Fiscalía, en el entendido de que esta es la titular de la acción penal, la dueña de la acusación (acto que garantiza los derechos de la víctima) y la única llamada a introducir las pruebas. Por tanto, las solicitudes probatorias de la víctima deben ser canalizadas por medio del único interlocutor válido que puede allegarlas y controvertirlas en el debate oral²¹³.

Esto, en relación con el descubrimiento probatorio significa que:

[...] la víctima, previo su acceso al derecho del artículo 357 debe haber cumplido con la carga de, a través de la Fiscalía, descubrir las pruebas que pretende hacer valer en el juicio, y ese acto de descubrimiento se impone cumplirlo, a satisfacción, antes de la solicitud y necesariamente

²¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-209 de 2007. P. 86.

²¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 37596, 7 de diciembre de 2011, p. 30.

²¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 37596, 7 de diciembre de 2011, p. 30.

ese momento tiene que coincidir con las mismas fases regladas para la Fiscalía, con la salvedad obvia de que al director de la audiencia le corresponde concederle un lapso razonable para que se entere con suficiencia de lo propuesto por la Fiscalía en la audiencia de acusación, agotado lo cual, pueda cumplir con su obligación²¹⁴.

En sentido similar se ratificó la Corte Suprema de Justicia:

[...] las facultades probatorias de la víctima como interveniente en el proceso penal reglado en la Ley 906 de 2004, deben concretarse a través del fiscal regente de la acusación, y que por lo tanto las respectivas solicitudes y descubrimiento se canalizan a través de ese sujeto procesal en los términos y oportunidades que éste debe observar²¹⁵.

De tal suerte, estimamos que la posición de la Corte Suprema de Justicia concuerda más con la estructura del sistema procesal de tendencia adversativa implementado con la Ley 906 de 2004 y también pone de presente que la solución a la situación de violación de los derechos de las víctimas en el proceso penal reside en la aplicación de la normatividad vigente y en el cumplimiento de los deberes de fiscales y jueces sobre el particular, más que en la concesión de mayores poderes de intervención en el proceso penal a las víctimas.

²¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 37596, 7 de diciembre de 2011, pp. 34 y 35.

²¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 45327, 9 de septiembre de 2015, p. 9.

ap

Actividades pedagógicas

- 1) Defina qué es el principio de igualdad de armas y cite y explique cuáles son sus manifestaciones. Además, identifique en la Ley 906 de 2004 dichas manifestaciones.
- 2) Defina qué es el descubrimiento probatorio y explique sus características.
- 3) Explique en qué etapas procesales y bajo qué parámetros debe llevarse a cabo el descubrimiento probatorio por parte del acusador.
- 4) Explique en qué etapas procesales y bajo qué parámetros debe llevarse a cabo el descubrimiento probatorio por parte de la defensa.
- 5) Explique en qué etapas procesales y bajo qué parámetros debe llevarse a cabo la intervención de la víctima en el descubrimiento probatorio.
- 6) Analice qué elementos y características del descubrimiento probatorio contribuyen o son obstáculos a la búsqueda de la verdad y la justicia en el proceso penal. ¿Deberían ser modificados y, si estima que sí, cómo? Fundamente su respuesta.
- 7) ¿Por qué el descubrimiento probatorio es un acto complejo? ¿Cuáles son los actos que lo integran? Explique su respuesta.
- 8) Explique qué es un elemento capaz de debilitar el caso del acusador en contra del acusado y cuál es uno capaz de asistir el caso del acusado.

Autoevaluación

A su despacho como juez o jueza llega un proceso con los siguientes hechos: “En un proceso por homicidio se establece que la víctima murió como consecuencia de heridas causadas por arma de fuego. Mediante dictamen pericial se señala que la hora de fallecimiento fue entre las 9:00 p.m. y 1:00 a.m. Hay un testigo que manifiesta que vio cuando el acusado le disparó a la víctima (Evidencia directa). Además, hay testigos que exponen que la última vez que vieron al occiso con vida fue en horas de la noche, 9:00 p.m. aproximadamente, cuando sostenía una conversación bastante acalorada con el acusado (Evidencia circunstancial). El acusado reconoció haber sostenido una discusión fuerte con la víctima, pero alega que esta finalizó, él se retiró del lugar y fue la última vez que lo vio. El acusado agrega que llegó a su casa a las 10:00 p.m., en donde permaneció hasta el día siguiente, lo que es confirmado por su hermano y esposa”. VELANDIA-MONTES, Rafael. Deberes de la Fiscalía. Op. Cit., pp. 86 y 87. Además, “la Fiscalía se entera de que el único testigo directo que tiene fue condenado por falso testimonio rendido en un proceso judicial” y “de la existencia de cartas que el occiso había recibido de un grupo delincuencial de reconocida influencia y acción en el sector y en las que se le informaba que sería asesinado si no pagaba una suma de dinero a más tardar el día en el que fue asesinado. Adicionalmente, tiene conocimiento de que otra persona, asesinada con arma de fuego en el mismo barrio, dos días después, también había recibido cartas similares a las que recibió el occiso”. VELANDIA-MONTES, Rafael. Deberes de la Fiscalía. Op. Cit., p. 87. De acuerdo al caso expuesto, resuelva los siguientes interrogantes:

- 1) ¿Qué elementos integrarían el descubrimiento probatorio como obligación de informar y cuáles el descubrimiento en sentido estricto? Sustente su respuesta.
- 2) ¿Qué elemento sería capaz de debilitar el caso del acusador en contra del acusado y cuál capaz de asistir el caso del acusado? Fundamente su respuesta.

J

Jurisprudencia

- 1) Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1194 de 2005.
- 2) Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-454 de 2006.
- 3) Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-209 de 2007.
- 4) Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-396 de 2007.
- 5) Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-536 de 2008.
- 6) Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-436 de 2009.
- 7) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 25920, 21 de febrero de 2007. M. P. Javier Zapata Ortiz.
- 8) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 27108, 3 de mayo de 2007. M. P. Sigifredo Espinosa Pérez.
- 9) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 26827, 11 de julio de 2007. M. P. Julio Enrique Socha Salamanca.
- 10) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 28656, 28 de noviembre de 2007. M. P. Julio Enrique Socha Salamanca.
- 11) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 28847, 12 de mayo de 2008. M. P. Jorge Luis Quintero Milanés.
- 12) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 31103, 27 de marzo de 2009. M. P. Sigifredo Espinosa Pérez.

j

Jurisprudencia

- 13) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 33.844, 4 de mayo de 2011. M. P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.
- 14) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 35186, 19 de octubre de 2011. M. P. Fernando Alberto Castro Caballero.
- 15) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 36788, 26 de octubre de 2011. M. P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.
- 16) Corte Suprema de Justicia, Sala de Decisión Penal de Tutelas. Tutela de primera instancia Núm. 66691, 9 de mayo de 2013. M. P. Fernando Alberto Castro Caballero.
- 17) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Segunda instancia. Proceso Núm. 42.315, 16 de octubre de 2013. M. P. José Luis Barceló Camacho.
- 18) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 43303, 25 de junio de 2014. M. P. Fernando Alberto Castro Caballero.
- 19) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 43857, 30 de julio de 2014. M. P. Fernando Alberto Castro Caballero.
- 20) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 43470, 22 de octubre de 2014. M. P. Patricia Salazar Cuéllar.
- 21) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 45327, 9 de septiembre de 2015. M. P. Eugenio Fernández Carlier.

b

Bibliografía seleccionada

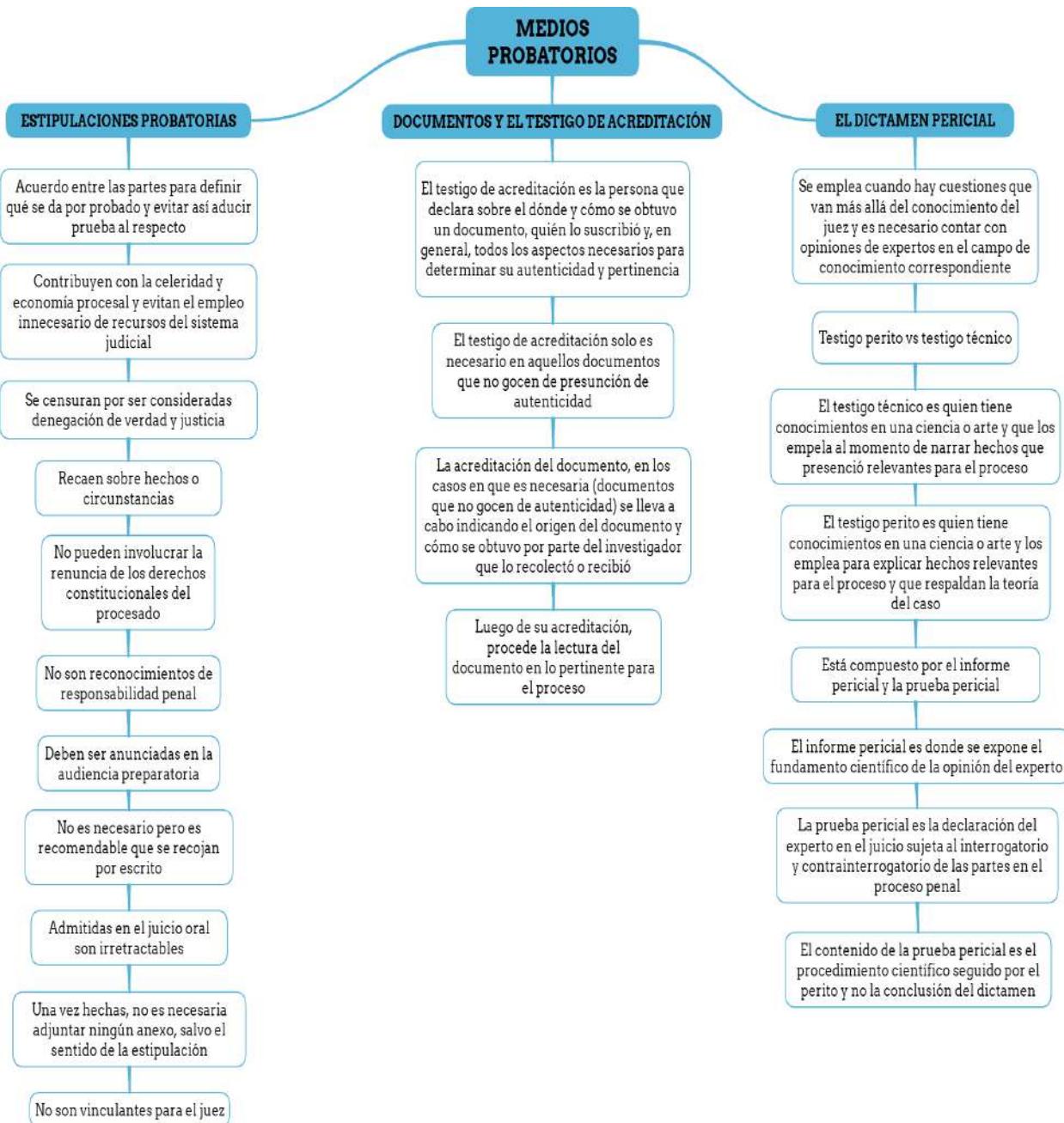
- DÍAZ GONZÁLEZ, Ana Milena. El principio acusatorio en el modelo adversarial colombiano. Análisis en torno a su aplicación. En: Cuadernos de Derecho Penal, Núm. 1, 2014, p. 13-59. Disponible en: http://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal/issue/view/51/39
- GAVIRIA LONDOÑO. Vicente Emilio. Descubrimiento y solicitudes probatorias por parte de la víctima. En: Revista de Derecho Penal y Criminología, Vol. 33, Núm. 94, 2012, p. 13-35. Disponible en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/3257/2906>
- GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. ¿Es necesaria una reforma de los derechos de la víctima del crimen en el proceso penal español? En: *Cuadernos de Derecho Penal*, Núm. 14, 2015, p. 13- 59. Disponible en: http://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal/article/view/518/524
- MOSTELLER, Robert P. Discovery. *Encyclopedia of crime and justice. Second Edition.* Joshua Dressler (ed.). New York. Macmillan Reference. 2002.
- SANTOS RAMOS, María Isabel. La participación de las víctimas y el principio de igualdad de armas. En: Cuadernos de Derecho Penal, Núm. 17, 2017. p. 67-100. Disponible en: http://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal/issue/view/87/74
- SPRACK, JOHN. A practical approach to criminal procedure, 10th ed. Oxford. Oxford University Press. 2004.
- VELANDIA-MONTES, Rafael. Deberes de la Fiscalía con relación al descubrimiento de elementos probatorios en poder de terceros en los derechos procesales penales colombiano e inglés. En: Prolegómenos, Derechos y Valores, Universidad Militar "Nueva Granada", 2006, p. 76-108. Disponible en: http://www.umng.edu.co/documents/63968/72401/articulo7_pdf.pdf

UNIDAD 3

LOS MEDIOS DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO

O	<p><i>Objetivo general:</i></p> <p>Reflexionar sobre las problemáticas que se están presentando en la realidad procesal penal colombiana en materia probatoria planteando propuestas de solución a ellas.</p>
O	<p><i>Objetivos específicos:</i></p> <ul style="list-style-type: none">1) Conocer los problemas que en la práctica se han venido presentado en relación con los diversos medios de prueba en el proceso penal en Colombia.2) Estudiar los elementos teóricos centrales sobre los medios de prueba en Colombia en los que se han identificado conflictos en su uso.3) Solucionar las problemáticas identificadas aplicándoles los planteamientos teóricos sobre los medios de prueba.

MAPA CONCEPTUAL DE LA UNIDAD



1. LAS ESTIPULACIONES PROBATORIAS²¹⁶

1.1. INTRODUCCIÓN

Es de la esencia de un sistema procesal de naturaleza adversativa que las dos partes que se enfrentan en juicio ante un tercero imparcial, el juez, seleccionen y presenten ante este la evidencia que estimen que va a ser favorable a su teoría del caso²¹⁷. Sin embargo, tal imagen del proceso adversativo penal no debe dejar pasar por alto que “una importante cantidad de información presentada a los jurados en procesos penales es de hecho acordada por las partes con anticipación y estipulada para ser considerada como cierta para efectos del proceso”²¹⁸. Así, dichas admisiones, denominadas en el derecho penal inglés como *admisiones formales*, de acuerdo al artículo 10, numeral (4), de la Ley de justicia criminal de 1967²¹⁹ y en el derecho penal estadounidense como *estipulaciones*²²⁰, se definen como “un acuerdo, admisión o concesión hecha en un procedimiento judicial por las partes o por sus abogados”²²¹. De tal suerte, es una manifestación paradigmática de un proceso de “naturaleza adversativa, en el que las partes disfrutan de una importante libertad para definir los parámetros del litigio, que asuntos objeto de discusión puedan ser resueltos definitivamente por un acuerdo entre las partes”²²², entre los que está, por supuesto, qué puede ser considerado como probado dentro del proceso sin necesidad de prueba al respecto, lo que tiene como consecuencia que lo admitido es prueba concluyente al respecto y “ninguna evidencia sobre el asunto debe ser aducida”²²³.

De todas maneras, debe destacarse que las “admisiones formales no siempre son necesarias para asegurar este arreglo”²²⁴. A consecuencias similares también se puede llegar mediante un “‘acuerdo de caballeros’ o entendimiento tácito entre los abogados de las partes en el que los intereses de sus clientes serán satisfechos de mejor manera manteniendo al jurado selectivamente en la oscuridad”²²⁵ sobre determinados asuntos. Por supuesto, este tipo de acuerdos solo tienen efectos mientras que las partes cumplan el acuerdo, cuyo cumplimiento, evidentemente, no puede ser compelido judicialmente.

²¹⁶ Debe advertirse que las posiciones planteadas en este texto no representan la posición de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, sino que constituyen la visión del autor del texto.

²¹⁷ ROBERTS y ZUCKERMAN. Op. Cit., p. 193.

²¹⁸ Ibíd.

²¹⁹ *Criminal Justice Act 1967*.

²²⁰ INGRAM, Jefferson. *Criminal evidence*, 10th ed. New York. LexisNexis y Anderson Publishing. 2009. P. 180.

²²¹ Ibíd.

²²² ROBERTS y ZUCKERMAN. Op. Cit., p. 194.

²²³ SPRACK. Op. Cit., p. 337.

²²⁴ ROBERTS y ZUCKERMAN. Op. Cit., p. 194.

²²⁵ Ibíd.

Entonces, las admisiones formales contribuyen con la celeridad y economía procesal debido a que facilitan el trámite del respectivo proceso y evitan el uso de recursos del sistema judicial en asuntos en los que no es necesaria la práctica de pruebas. Empero, los jueces no están vinculados en sus decisiones por dichas estipulaciones probatorias, pues de pruebas distintas pueden llegar al convencimiento en sentido distinto o incluso si no creen en lo que se ha acordado, verbigracia, como ocurre en EE. UU., en donde se ha negado valor a acuerdos de las partes sobre resultados de pruebas de polígrafo. Así mismo, las estipulaciones probatorias pueden ser vistas como formas de no conocer lo realmente ocurrido en un caso en concreto y, en consecuencia, como formas de *no verdad* y, en consecuencia, de manifestación de no justicia.

Además, así como los jueces no están vinculados en sus decisiones por dichas estipulaciones probatorias, tampoco ninguna de las partes está obligada a aceptar ofertas de estipulación (*request for admission*). Así, por ejemplo, el acusador no está obligado a aceptar una oferta de estipulación de la defensa porque esta puede debilitar su caso, verbigracia, el dar por demostrado un homicidio y no mostrar las fotos detalladas de dicho homicidio. En sentido contrario, una estipulación probatoria puede ser vista como beneficiosa para una de las partes en relación, por ejemplo, sobre las cualificaciones de un testigo experto, perito, pues la estipulación sobre su idoneidad puede ser mejor a que en el proceso se exhiba una hoja de vida muy brillante, lo que, por ende, le daría mayor poder sucesorio a su dictamen.

De otra parte, las admisiones formales deben ser diferenciadas de las admisiones informales y de las confesiones²²⁶. En efecto, las admisiones informales y las confesiones son “solamente piezas de evidencia ofrecidas, entre otras, que constituyen evidencia contra una parte y que son proveídos por sus propios actos y palabras y que pueden ser rechazadas por la corte como inadmisibles o de escaso valor, o que pueden ser objeto de evidencia para contradecirlas o desacreditarlas, no son admisiones formales y ciertamente no son concluyentes”²²⁷. Además, la confesión es una declaración total o parcialmente adversa al procesado, como quiera que puede ser de aceptación de la realización de la conducta con total responsabilidad, confesión simple, o de su realización, pero en determinadas circunstancias excluyentes de tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad, confesión cualificada. En sentido diverso, las admisiones formales solo recaen sobre hechos o sus circunstancias, es decir, no son bajo ninguna circunstancia admisiones de responsabilidad penal. Una vez vistas de manera sucinta que son las admisiones formales o estipulaciones, pasamos a ocuparnos de su estudio en el ámbito colombiano.

²²⁶ SPRACK. Op. Cit., p. 338.

²²⁷ MURPHY. Op. Cit., p. 678.

1.2. LAS ESTIPULACIONES PROBATORIAS EN EL DERECHO PROCESAL PENAL COLOMBIANO

En Colombia, la Ley 906 de 2004 estableció un sistema procesal penal de naturaleza adversativa, en virtud del cual dos partes, acusador y acusado, comparecen ante un tercero imparcial, juez, para que resuelva sobre la responsabilidad penal del procesado. En virtud de dicha naturaleza adversativa, en el procedimiento penal colombiano se establecieron las admisiones formales o estipulaciones, nominadas como estipulaciones probatorias. En efecto, la norma rectora instituida en el párrafo 4º del artículo 10º de la Ley 906 de 2004 establece:

El juez podrá autorizar los acuerdos o estipulaciones a que lleguen las partes y que versen sobre aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva, sin que implique renuncia de los derechos constitucionales.

Por su parte, el parágrafo del artículo 356 de la Ley 906 de 2004 indica que las estipulaciones probatorias son “los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias”. El mismo artículo ordena que, en el evento de que las partes manifiesten que sí tienen interés en hacer estipulaciones probatorias, deberá decretarse un receso por el término de una (1) hora, luego de lo cual se reanudará la audiencia para que la Fiscalía y la defensa se manifiesten al respecto. Sobre las estipulaciones probatorias la Corte Suprema²²⁸ ha señalado que tienen como finalidad:

[...] depurar el juicio de innecesarios debates respecto de ‘hechos o sus circunstancias’ frente a los que no hay controversia entre las partes, siempre que ello no implique renuncia los derechos constitucionales, lo cual se aviene o resulta armónico con el carácter predominantemente adversarial (sic) del nuevo modelo de enjuiciamiento, toda vez que si el objeto del proceso es el enfrentamiento de dos ‘teorías del caso’” opuestas acerca de la situación fáctica investigada, en la medida en que entre ambas posiciones hayan puntos de encuentro o comunes, las partes están facultadas para dar por zanjada cualquier diferencia, haciendo de esta manera operantes los principios de publicidad, concentración e inmediación, propios del nuevo sistema.

De esta manera, las estipulaciones probatorias contribuyen en el proceso penal al ahorro de recursos humanos y materiales, así como de tiempo, tal y como señala la Corte Suprema de Justicia²²⁹:

²²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 27281, 13 de junio de 2007, p. 15.

²²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 29001, 19 de agosto de 2008, p. 22.

Las estipulaciones probatorias presuponen el consentimiento libre y el entendimiento claro de la Fiscalía y la defensa; y tienen como función evitar la prolongación innecesaria del debate, de suerte que contribuyen a la celeridad, al ahorro de instancia y a la eficacia del sistema²³⁰.

En la misma línea, la Ley 906 de 2004 no dice mucho más sobre las estipulaciones probatorias y ha sido la jurisprudencia la que ha contribuido a dilucidar sus características, tal y como ha dicho la Corte Suprema de Justicia²³¹, que sobre el particular sostuvo:

1) Que las estipulaciones probatorias constituyen un asunto del exclusivo resorte de las partes, pues el juez carece de iniciativa probatoria. Sin embargo, esto no ha sido obstáculo para que la Corte Suprema de Justicia haya avalado estipulaciones probatorias “así la conjunción de voluntades se lograra por la inquietud del juzgador en relación con esa temática”²³²:

En realidad, las propias transcripciones que del contenido de la referida audiencia se hacen, ponen de presente que ante la inquietud que suscitaba para el juez solamente estipularse la condición de servidores públicos de los acusados y las consecuencias procesales que en desarrollo del juicio ello podría tener, uno de los defensores intervino señalando haber advertido a los sujetos que eran muchísimos otros los hechos concretos que han podido ser objeto de estipulación; de modo que enseguida la participación del director de la audiencia estuvo realmente orientada a instar a los sujetos a deliberar en torno a si podrían existir otros temas sobre los cuales arribar a un acuerdo, suspendiéndose con tal cometido la audiencia. No afirma el libelista que el juzgador hubiera desbordado su poder de dirección para proponer determinada materia como objeto de estipulación, ni que hubiera participado en las deliberaciones que entre Fiscal y defensores se produjeron para elaborar un texto con nuevos hechos aceptados como probados -pues la conclusión dentro de dicho espacio bien habría podido ser la de rechazar con firmeza y absoluta autonomía otros aspectos como tema de estipulación y sostenerse entonces en la primigenia propuesta-, pero tampoco que, desde luego, hubiera clamado con carácter imperativo porque se debía forzosamente hacer nuevas estipulaciones, todo lo cual es razón suficiente para que se repudie considerar su participación parcializada e incluso violatoria de la autonomía y libertad de las partes. No fue, desde luego, la razonada reflexión en torno a la posibilidad de retomar la viabilidad de acordar estipulaciones probatorias que el juez hizo a la Fiscalía y a los defensores (“Es mi deber procurar, instar en esta audiencia preparatoria a que la audiencia del juicio oral se circunscriba a lo que es materia de controversia...no los puedo obligar a hacer estipulaciones, los insto,

²³⁰ Empero, al valorarse el argumento de *eficacia del sistema* como consecuencia derivada de las estipulaciones probatorias, debe tenerse en cuenta que dicha eficacia depende es de la capacidad del sistema de investigar, procesar y condenar a los responsables por la comisión de delitos y se valora contrastando el número de delitos cometidos en unos ámbitos espacial y temporal determinados con aquellos que son procesados y terminan siendo objeto de condena.

²³¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 41505, 11 de septiembre de 2013, pp. 22 y 22.

²³² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso Núm. 31853, 15 de septiembre de 2010, p. 32.

procuro hacerlo”, como cita el actor, entre otras cosas, expresó), cuanto determinó -a la manera de coerción de la judicatura conforme sostiene desmesuradamente el reproche-, que tales sujetos convinieron en dar como probados algunos hechos más²³³.

2) Que versan sobre hechos o circunstancias, en particular en aquello en lo que la Fiscalía y la defensa tienen un punto de encuentro frente al aspecto fáctico de sus teorías del caso: debe señalarse, como ya se había indicado, que no son reconocimientos de responsabilidad penal. La cuestión que ha generado discusión es si se estipulan hechos o circunstancias o si también es posible estipular pruebas. En tal sentido la Corte Suprema de Justicia inicialmente había apuntado que las estipulaciones recaían sobre hechos o circunstancias²³⁴:

Sobre las estipulaciones, no sobra reiterar, que las mismas giran en torno a hechos y circunstancias y no respecto a la incorporación al debate oral y público de un determinado medio de convicción, elemento material probatoria, evidencia física o informe, como lo pretenden las partes en esta actuación. Una vez los intervenientes del juicio oral y público han manifestado al juez de conocimiento que celebraron estipulaciones, la actividad probatoria no puede recaer sobre el mismo fin de dar por demostrado lo que ya se dio por establecido en virtud de dicha acuerdo o para oponerse a él en el debate²³⁵.

Empero, la Corte luego cambió su posición y determinó, con base en una interpretación del artículo 10º de la Ley 906 de 2004, que también es posible que recaigan sobre pruebas:

Así, los artículos 10, inciso 4º (norma rectora, obligatoria, prevalente sobre cualquiera otra y que debe utilizarse como fundamento de interpretación, artículo 26), y 356, numeral 4º, del Código de Procedimiento Penal, facultan a las partes para que lleguen a acuerdos o estipulaciones probatorias que versen sobre aspectos en los cuales no exista controversia sustantiva, sin que impliquen renuncia a los derechos constitucionales. La última disposición regula que los acuerdos tienen como finalidad tener por probados “algunos de los hechos o sus circunstancias”, en tanto que el principio rector refiere que se pueden estipular “aspectos”, lo cual parece ofrecer una amplia gama de tópicos a convenir²³⁶.

3) Que no pueden envolver la renuncia a derechos constitucionales, en especial el de no autoincriminación, ante lo cual nos remitimos al aparte anterior, específicamente al hecho de que las estipulaciones probatorias no son reconocimientos de responsabilidad penal.

²³³ Ibíd., pp. 29 a 31.

²³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 27281, 13 de junio de 2007, p. 15. En sentido similar, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Segunda Instancia Núm. 40336, 30 de enero de 2013, p. 39.

²³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 42720 de 18 de septiembre de 2014, p. 14.

²³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 47666, 15 de junio de 2016, p. 12.

Esto en conjunto con el hecho de que las estipulaciones probatorias deben ser voluntarias, libres y con asistencia letrada²³⁷.

4) Que el momento procesal oportuno para ser anunciadas es la audiencia preparatoria. Como se verá adelante, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, una cosa es cuándo son anunciadas las estipulaciones probatorias y otra cosa cuándo adquieren el carácter de irrevocables. Justamente:

[...] las estipulaciones adquieren el carácter de irretractables una vez son introducidas en el juicio oral, mas no por el simple hecho de ser anunciadas en la audiencia preparatoria como lo entiende el demandante, pues el juicio oral es el escenario natural para introducirlas, en orden a que surtan sus efectos procesales”²³⁸.

5) Que para mayor precisión es aconsejable que se recojan por escrito. Hemos mencionado que la legislación colombiana no indica ninguna formalidad para las estipulaciones probatorias y ha sido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia la que ha aconsejado, para mayor precisión, que se pongan por escrito. En tal sentido ha dicho la Corte:

Por lo general –y es una buena práctica- las estipulaciones se llevan a escrito, que firman tanto la Fiscalía como la defensa²³⁹.

Así mismo, en la claridad de lo estipulado tiene un papel relevante el juez, que, sin forzar a la estipulación, sí debe revisar que quede claro qué se está estipulando:

El contenido, alcance y límite de las estipulaciones depende de la voluntad de la Fiscalía y la defensa. El acuerdo debe quedar claro para ellos y para el Juez. Para este efecto, el de logar que no quede duda acerca de lo pactado, el funcionario judicial debe intervenir siempre que lo considere necesario, en orden de garantizar la cabal comprensión del asunto²⁴⁰.

Sobre el particular, y desde el punto de vista del derecho comparado, debemos señalar que, por ejemplo, el ya referenciado artículo 10, numeral (4), de la Ley de Justicia Criminal de 1967 de Inglaterra establece que si la admisión formal no se hace ante el juez deberá hacerse por escrito. Además, los artículos 24.6. y 25.13. de las Reglas Criminales de Procedimiento del 2015²⁴¹ establecen que debe hacerse un registro escrito de una admisión

²³⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso Núm. 31853, 15 de septiembre de 2010. pp. 29 a 31.

²³⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 41505, 11 de septiembre de 2013, pp. 25 y 26.

²³⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 29001, 19 de agosto de 2008, p. 21.

²⁴⁰ Ibíd.

²⁴¹ *The Criminal Procedure Rules 2015*. PP. 174 y 201.

formal hecha ante el juez a menos que este determine lo contrario, registro que se hace con el fin, precisamente, de evitar los problemas que se pueden generar si no existiera un asiento de qué se ha acordado. Entonces, en el derecho procesal penal inglés, si no se hace la admisión formal ante el juez, es necesario que quede por escrito con el fin de tener certeza de su contenido, pero, incluso si se hace ante el juez, también deberá quedar el registro por escrito correspondiente.

Ahora, tal y como están reguladas las estipulaciones probatorias en el artículo 356 de la Ley 906 de 2004, en principio no sería necesario que ellas fueran puestas por escrito, porque la ley no lo exige y porque, una vez vencido el receso de una (1) hora en la audiencia preparatoria, Fiscalía y defensa deben pronunciarse al respecto, manifestaciones de las que quedarían los registros pertinentes. Sin embargo, y en el evento de que las partes manifestaran que están interesadas en hacer estipulaciones probatorias, de *lege ferenda* sería deseable que se estableciera o que las partes llegaran a la audiencia preparatoria con el escrito de estipulaciones probatorias hecho o que se permitiera una interrupción de la audiencia preparatoria para que las partes pudieran plasmar por escrito dicho acuerdo y presentarlo ante el juez en la reanudación de la audiencia, todo con el fin de dejar un registro lo más claro y fidedigno posible de lo acordado, pues puede ocurrir que debido a la complejidad de un caso el espacio de una hora no sea suficiente y el registro por escrito evitaría cualquier discusión en relación con el contenido de lo acordado. Igualmente de *lege ferenda* también sería deseable que se estableciera que las estipulaciones probatorias siempre se pusieran por escrito, todo en aras de evitar problemas posteriores en el proceso por el contenido de lo acordado.

6) Que admitidas en el juicio oral son irretractables, aspecto del cual nos ocuparemos adelante con mayor profundidad.

7) Que no es necesario adjuntar ningún anexo, pues la estipulación por sí es más que suficiente, sin perjuicio de que se puedan anexar elementos, que, de cualquier forma, no tienen ningún valor probatorio más allá de lo aceptado en la estipulación:

La estipulación misma, sin más aditamentos, constituye la prueba del hecho, de donde deriva que no hay lugar a anexar elemento alguno para respaldar la estipulación, pero si las partes convienen hacerlo, solo puede apreciarse en el contexto del hecho acordado, pues si refiere aspectos fácticos diversos, estos no pueden valorarse en ningún sentido, pues el anexo no constituye prueba alguna, en tanto no ha sido introducido ni controvertido en el juicio²⁴².

²⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 47666, 15 de junio de 2016, pp. 13 y 14.

Esto, sin embargo, debe ser matizado en el sentido de que el anexo puede ser necesario, pero ello depende del sentido de la estipulación:

De ese modo, por ejemplo, es factible acordar o tener por probado que el ciudadano A suscribió el documento B, y, entonces, este documento puede llevarse a juicio sin necesidad de que el ciudadano A tenga que asistir a la audiencia pública a reconocer tal hecho. En este caso, no se puede discutir la autoría del documento, pero sobre su contenido es factible la controversia probatoria que a bien tengan las partes²⁴³.

En este tipo de situaciones, verbigracia, el anexo es necesario porque existen aspectos que pueden ser objeto de debate probatorio en el proceso penal. Empero, si la estipulación incluye, por ejemplo, el contenido del documento, ya deviene en innecesario el anexo:

O también puede estipularse que el contenido del documento B es cierto y ajustado a la realidad. En esta hipótesis, en virtud de lo pactado, la posibilidad de controvertir se desvanece²⁴⁴.

Entonces:

[...] siendo la estipulación prueba en sí misma, carece de sentido, resulta inoficioso, que a ella se hagan anexos, como el objeto del convenio, en tanto el hecho está demostrado por aquella y, por ello, ese anexo no debe ser valorado o, de serlo, solo puede apreciarse en el contexto del hecho que se estipuló como probado²⁴⁵.

8) Que el juez está en libertad de conferirle el poder suyasorio que considere pertinente al hecho que se da por probado, tal como acontece con los demás medios de conocimiento:

Debe quedar claro que las estipulaciones consisten en aceptar como probados algunos hechos o circunstancias; no la fuerza de convicción, el peso o poder suyasorio de lo que se tiene por demostrado. Por consiguiente, el ejercicio de apreciación de las pruebas materia de estipulación, a cargo del Juez de conocimiento, puede cuestionarse a través de los recursos, en igualdad de condiciones que cualquier otro medio probatorio²⁴⁶.

Igualmente:

El sentenciador puede adoptar una decisión diversa al hecho estipulado, pues con este mecanismo no se define para el operador judicial el mérito o alcance que debe otorgarle el juez

²⁴³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 29001, 19 de agosto de 2008, p. 21.

²⁴⁴ Ibíd.

²⁴⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 47666, 15 de junio de 2016, p. 14.

²⁴⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 47666, 15 de junio de 2016, p. 22.

a ese supuesto fáctico, por tanto con base en los principios de la sana crítica y el conjunto probatorio allegado se deberá determinar el poder sucesorio de lo que fue materia de estipulación. La ley le atribuyó al juez de manera exclusiva y excluyente la potestad de asignar el mérito y valor a las pruebas y los hechos demostrados, no a las partes, regla que se mantiene para la apreciación de las estipulaciones²⁴⁷

Entonces, si bien las estipulaciones probatorias son un acuerdo entre las partes ello no significa que este acuerdo prive al juez de su capacidad de valoración de acuerdo a las reglas de la sana crítica y de la experiencia y, en consecuencia, es posible que aquello que se ha estimado probado por las partes no sea así valorado por el juez. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia²⁴⁸ se ha pronunciado en el caso de una estipulación probatoria sobre un informe pericial que señalaba que el procesado era inimputable cuando cometió el delito:

Aquellas son acuerdos celebrados entre fiscalía y defensa «para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias», con el único límite de que no se vulneren derechos fundamentales constitucionales. Son pruebas en sí mismas y como tal ingresan, con los demás elementos, al caudal probatorio que tendrá que examinar el juez para adoptar la correspondiente sentencia. El tema relativo a la responsabilidad o inocencia del procesado es asunto que compete resolver al funcionario judicial luego de apreciar el material conforme a las reglas de la sana crítica. 3.4. En esta ocasión, las partes estipularon, bajo el número 37, la experticia psiquiátrica realizada el 24 de enero de 2011 en el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses Regional Oriente, por el médico EDMUNDO JOSÉ GÓMEZ DURÁN, cuyo contenido no fue ignorado por el Tribunal, como lo pretende hacer creer el actor, cosa distinta es que, al valorarla en su integridad, junto con el restante caudal probatorio -los testimonios de los jóvenes que presenciaron y participaron en la riña y de los uniformados que atendieron el caso y materializaron la captura-, haya arribado a una conclusión distinta a la querida por el defensor, esto es, que para el día de los hechos DELGADO VALENCIA gozaba de plenas capacidades volitivas y cognitiva, y desplegó la conducta punible de manera reflexiva. Para ese efecto, recordó el ad quem que el enjuiciado, en el instante de la captura, brindó todos sus datos personales y familiares y no se acreditó que para ese tiempo hubiese consumido sustancias psicotrópicas, aunque aclaró que la ingesta de bebidas embriagantes o sustancias alucinógenas no provoca necesariamente la declaratoria de inimputabilidad. Así mismo, acotó que la inimputabilidad no es un concepto médico, sino jurídico al que «acude el juzgador atendiendo a la idoneidad y mérito del conjunto de la prueba recaudada, bajo la óptica de las reglas de la sana crítica»²⁴⁹.

²⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 44106, 24 de agosto de 2016, p. 50

²⁴⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 49689, 5 de abril 2017, pp. 14 y 15.

²⁴⁹ En el salvamento de voto a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso Núm. 44106, 24 de agosto de 2016, se precisan las características de las estipulaciones probatorias, apartes que se encuentran en el anexo 4.

En conclusión, las admisiones formales o estipulaciones han sido incorporadas en el derecho procesal penal colombiano mediante la Ley 906 de 2004 y corresponden, en términos generales²⁵⁰, a su similar en el contexto del derecho anglosajón.

Por último, es necesario ocuparse de las estipulaciones probatorias y el derecho a la verdad en el proceso penal. En efecto, ya habíamos mencionado en la primera unidad de este módulo, cuando nos ocupamos de analizar las finalidades del proceso penal, que actualmente existe una posición predominante que atribuye como finalidad del sistema procesal penal la búsqueda de la verdad y la consecución de la justicia y la reparación para las víctimas del delito y que tal aspiración se ha visto reflejada en la búsqueda de la atribución de mayores poderes de intervención a las víctimas en el proceso penal, de la disminución de los derechos de los procesados en los procesos penales y de la limitación a formas alternativas de terminación del proceso, bajo la idea de que con ello se logrará una mayor eficacia del sistema penal. En tal sentido, ¿son las estipulaciones probatorias obstáculos a la verdad? Ya habíamos indicado que una de las críticas a los sistemas penales adversativos consistía en que como se trataba de un proceso de partes es posible que ellas de mutuo acuerdo oculten hechos al juez y que, en consecuencia, la verdad no se conozca afectando así los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas. Así, remitimos al lector al capítulo 2 de la primera unidad, en donde se tocó el tema de tales derechos en el proceso penal.

Ahora, bajo el entendido de que las estipulaciones probatorias versan sobre hechos o circunstancias o, como vimos, también sobre pruebas, en particular en aquello en lo que la Fiscalía y la defensa tienen un punto de encuentro frente al aspecto fáctico de sus teorías del caso, y que no son reconocimientos de responsabilidad penal, es razonable considerar que el derecho a la verdad en el proceso penal, con las limitaciones expuestas, no se vería afectado, en principio, por las estipulaciones probatorias a menos que el fiscal que tenga a cargo el proceso correspondiente decidiera incumplir con sus deberes constitucionales y legales y suscribiera estipulaciones probatorias que tendieran, en términos generales, a evitar que delitos adicionales a aquel o aquellos por los que está siendo juzgado el acusado fueran procesados o que personas que hayan intervenido como autores o partícipes fueran acusadas. Empero, esto ya no se trata de una problemática dogmática, sino de una cuestión práctica que va más allá del objeto de este trabajo. Además, también debe tenerse en cuenta que tanto el Ministerio Público, en virtud de lo dispuesto en el artículo 359 de la Ley 906 de 2004, y, en los procesos penales en los que intervenga la víctima, de acuerdo a la sentencia C-209 de 1997 de la Corte Constitucional, tienen el poder de ejercer un control sobre las estipulaciones en la audiencia preparatoria y, por lo tanto, pueden solicitarle al juez que las inadmita por no cumplir los requisitos legales para ello.

²⁵⁰ Por límites de espacio es imposible llevar a cabo una comparación al respecto.

Finalmente, no debe olvidarse que las estipulaciones no son vinculantes para el juez. De tal suerte, aunque es imposible hacer afirmaciones absolutas en tal sentido, puede inferirse que las estipulaciones probatorias no son un obstáculo para el conocimiento de la verdad de lo ocurrido en un caso en concreto si tanto Fiscalía y Ministerio Público cumplen sus funciones de manera cabal. A continuación pasamos a examinar la revocabilidad de las estipulaciones probatorias.

1.3. ¿IRREVOCABILIDAD UNILATERAL DE LAS ESTIPULACIONES PROBATORIAS?

Una vez precisado en qué consisten las estipulaciones probatorias y su implicación con el derecho a la verdad, la justicia y la reparación es necesario ocuparse de un aspecto de vital importancia: su revocabilidad unilateral. Justamente, si se tiene en cuenta que las estipulaciones probatorias en el ámbito penal²⁵¹ son el fruto del acuerdo de voluntades entre las partes en contienda en el proceso penal y que consisten en la aceptación de la no necesidad de prueba de determinados hechos o sus circunstancias o, según se ha visto, también pueden recaer sobre la prueba, lo cierto es que se plantea como problema si es o no posible el rompimiento unilateral del acuerdo suscrito entre las partes, es decir, si es o no posible que una de las partes se retire del pacto probatorio resultante de las estipulaciones probatorias. De tal suerte, a continuación analizaremos tal aspecto en el caso colombiano. Así, lo primero que debe destacarse del caso colombiano es que el legislador, en el artículo 356 de la Ley 906 de 2004, sí definió qué son las estipulaciones probatorias y en qué etapa del proceso se deben llevar a cabo, pero no hizo ninguna manifestación en relación a su revocabilidad y, en consecuencia, sobre su revocabilidad unilateral. Sin embargo, la jurisprudencia se ha ocupado de tal aspecto y así ha dicho la Corte:

[...] (iv) que el momento procesal oportuno para que las estipulaciones probatorias sean anunciadas es en la audiencia preparatoria... (vi) que admitidas en el juicio oral son irretractables²⁵²... conviene aclarar que las estipulaciones adquieren el carácter de irretractables una vez son introducidas en el juicio (sic) oral, mas no por el simple hecho de ser anunciadas en la audiencia preparatoria como lo entiende el demandante, pues el juicio oral es el escenario natural para introducirlas, en orden a que surtan sus efectos procesales. Al respecto basta acudir al numeral 4º del artículo 356 de la Ley 906 de 2004 para percatarse de esta situación, pues allí se indica que las partes le manifestarán al juez "si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias", así que de ser necesario, se realiza un receso tras el cual aquellas se manifestarán al respecto. A su vez, de lo preceptuado en el artículo 371 de la Ley 906, que

²⁵¹ Las admisiones formales no se circunscriben al campo del Derecho Penal, sino que están presentes en todos los ámbitos jurídicos.

²⁵² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 41505, 11 de septiembre de 2013, pp. 23, 25 y 26.

establece que “*Al proceder a la práctica de pruebas se observará el orden señalado en la audiencia preparatoria*”, en el 372 ibidem, donde se consagra que “*Toda prueba deberá ser solicitada o presentada en la audiencia preparatoria... y se practicará en el momento correspondiente del juicio oral y público*” y lo estipulado en el artículo 377 ejusdem, en el que se preceptúa que “*Toda prueba se practicará en la audiencia del juicio y público en presencia de las partes, intervenientes que hayan asistido y del público presente*”; se desprende sin ambages que solamente incorporada la estipulación en ese escenario será irretractable, pues objetivamente hará parte del acervo probatorio y a su vez permitirá su posterior valoración por el juez²⁵³.

La justificación de tal irrevocabilidad unilateral se encuentra fundamentalmente en el principio de lealtad procesal:

Es así que, una vez las partes expresan ante el Juez que han realizado estipulaciones probatorias y las especifican, no ha (sic) lugar la retractación unilateral, que de admitirse rompería el equilibrio entre los adversarios; y mucho menos es viable el arrepentimiento si el juicio oral ya ha concluido, pues la naturaleza de los actos procesales lo impide²⁵⁴. En lo que tiene que ver con la posibilidad de que las partes puedan retractarse de las estipulaciones de manera unilateral, lo cual ya se vio no es posible, encuentra su explicación, pues si los hechos materia de estipulación se sustraen de la controversia probatoria por voluntad de las mismas, no puede aceptarse que el consenso se quiebre por la decisión unilateral de una de ellas, menos si ya el proceso está en la fase del juicio oral según sucede en este evento, toda vez que ello entrañaría un acto de deslealtad respecto del otro sujeto procesal, quien se abstuvo de solicitar pruebas sobre los hechos estipulados y a la postre las condiciones del juicio se modificarían, sin que pudiera retrotraerse la actuación a un estadio procesal superado como el de la audiencia preparatoria que es el apropiado para hacer las solicitudes probatorias, atentándose de paso contra el principio de preclusión de las etapas procesales²⁵⁵.

Sin embargo, sí es posible la revocatoria consensual de las estipulaciones probatorias:

Por ende, únicamente sería viable el desistimiento si es de común acuerdo entre quienes suscribieron las estipulaciones, porque sólo de ese modo se garantiza el equilibrio entre las partes, las cuales si se da el evento señalado, se someten al resultado del proceso con base en las pruebas que cada quien solicitó dentro del marco de la teoría del caso que quiere sacar avante²⁵⁶.

Esta revocatoria consensual solo puede tener lugar hasta antes de su admisión en el juicio oral:

Ahora, en lo concerniente con las estipulaciones probatorias entre defensa y fiscalía, ésta Corporación ha dicho que en principio son irretractables, sin embargo, se admite como

²⁵³ Ibídem, p. 25.

²⁵⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 29001, 19 de agosto de 2008, p. 21.

²⁵⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 44106, 24 de agosto de 2016, pp. 13 y 14.

²⁵⁶ Ibíd., p. 14.

excepción que la rescisión sea consecuencia de un consenso entre las partes que las suscribieron y se exprese antes de su admisión en el juicio oral y público²⁵⁷.

En consecuencia:

Bajo el anterior derrotero, es claro que el sistema procesal acusatorio no acepta el arrepentimiento unilateral de lo estipulado en materia probatoria, pues admitir una tesis en sentido contrario quebranta no solo la lealtad procesal y la igualdad de armas, sino la seguridad jurídica derivada de la preclusividad de los actos procesales²⁵⁸.

De esta manera, la situación de la revocabilidad de las estipulaciones probatorias está configurada de la siguiente manera:

- Solo es estipulación probatoria aquel acuerdo entre las partes en el proceso penal que da por probados hechos o pruebas y cuya práctica ha sido decretada en el juicio oral como tal por el juez en la audiencia preparatoria, una vez él haya verificado que sea pertinente, conducente, útil y admisible y que no se hayan violado las garantías constitucionales y legales del procesado. La práctica será entendida como la introducción en el juicio de la estipulación aprobada por el juez, por una cualquiera de las partes.
- La revocatoria solo puede recaer sobre estipulaciones probatorias: todo lo que ocurra en relación con discusiones entre las partes tendientes a lograr acuerdos para dar por probados hecho o pruebas antes de su decreto por parte del juez en la audiencia preparatoria no es nada más que el ejercicio de la libertad de las partes de discutir, acordar y hacer una solicitud en tal sentido al juez y, por ende, cualquiera de las partes o las dos podrán desistir de hacer tal petición, si se había llegado a algún acuerdo, justo hasta antes de que el juez, en la audiencia preparatoria, decrete su práctica en el juicio oral. Empero, se insiste en que ello no es revocatoria por la ausencia de una estipulación probatoria.
- Es posible la revocatoria consensual de las estipulaciones probatorias justo hasta antes de que sean admitidas como prueba en el juicio oral. Por ende, si se revocan de manera consensual después de que ha sido decretada su práctica y hasta antes de que sean admitidas en el juicio oral, los hechos o pruebas incorporadas en ellas no podrán ser objeto de prueba en el proceso por otro medio probatorio debido a que ya habrá precluido la oportunidad procesal para solicitar pruebas (audiencia

²⁵⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 48814, 11 de octubre de 2017, p. 15.

²⁵⁸ Ibíd., p. 16.

preparatoria)²⁵⁹. De esta manera, las partes quedarán sujetas a los demás medios probatorios que cada una de ellas haya solicitado en la audiencia preparatoria y cuya práctica haya sido ordenada por el juez y, así mismo, aquello que fue objeto de estipulación probatoria quedará sin medio probatorio.

2. LOS DOCUMENTOS Y EL TESTIGO DE ACREDITACIÓN²⁶⁰

Sobre este medio de prueba queremos ocuparnos de los problemas que se han suscitado con la forma en la que deben ser incorporados los documentos como prueba en el juicio oral, en concreto, si es o no necesario contar con un testigo de acreditación. El testigo de acreditación se define como una persona que declara:

sobre dónde y cómo lo obtuvo, quién lo suscribió, si es original o copia, así como sobre los datos generales referentes a su contenido, debiendo absolver todas las inquietudes que sobre la materia le puedan surgir al oponente de la prueba, a fin de acreditar aspectos que permitan determinar su autenticidad y pertinencia²⁶¹

Sobre este aspecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ha variado en varias oportunidades. Así, la jurisprudencia en principio asumió una postura en la que se afirmaba la necesidad imperiosa de contar con un testigo de acreditación para todo tipo de documentos:

²⁵⁹ En sentido contrario se sostiene en el salvamento de voto a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 47666, 15 de junio de 2016: “Con todo, aunque la audiencia preparatoria constituye el escenario legalmente previsto para que las partes celebren estipulaciones, nada se opone a que tales acuerdos se realicen con posterioridad a esa diligencia, concretamente, durante el juicio oral. No existe una disposición que lo proscriba y, tratándose de un proceso de partes y de un acuerdo bilateral que se configura por la concurrencia de las voluntades libres de la Fiscalía y la defensa, no puede seguirse de ello afectación o menoscabo del debido proceso probatorio para ninguna de las partes e intervenientes. Admitir la celebración de estipulaciones en el curso de la audiencia de juicio es una posibilidad que respeta los márgenes de legalidad del procedimiento previsto en la Ley 906 de 2004, ello favorece la materialización del principio dispositivo que le subyace a la lógica acusatoria, permite la depuración del debate con la consecuente realización de la justicia pronta y cumplida y garantiza la eficacia y celeridad en la actuación procesal. En tal evento, desde luego, las partes deberán desistir de las pruebas que se hubiesen decretado para probar los hechos objeto de la estipulación, y no podrán practicarse las que, habiendo sido solicitadas por la víctima o el Ministerio Público, se ocupen de supuestos de hecho idénticos a los convenidos. Esta facultad de presentar estipulaciones en el debate oral tiene como límite el que aún no se hubiere agotado la práctica de la prueba sobre lo que es materia de convenio”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 47666, 15 de junio de 2016, pp. 64 y 65. Por supuesto, al ser salvamento de voto, se trata de una posición distinta a la imperante, pero que se menciona a efectos de mayor ilustración sobre el tema.

²⁶⁰ Debe advertirse que las posiciones planteadas en este texto no representan la posición de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, sino que constituyen la visión del autor del texto.

²⁶¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 43007, 6 de abril de 2016, p. 37.

La manera de introducir las evidencias, objetos y documentos al juicio oral se cumple, básicamente, a través de un testigo de acreditación, quien se encargará de afirmar en audiencia pública que una evidencia, elemento, objeto o documento es lo que la parte que lo aporta dice que es”²⁶².

Luego se sostuvo que dicho testigo no era necesario en el caso de sentencias, por sus características:

En consecuencia, el carácter documental público y auténtico de una sentencia judicial válidamente emitida es evidente y para su aducción en el juicio oral no es necesario que el funcionario que la profirió u otro testigo de acreditación, comparezca a declarar acerca de su contenido o de la forma como fue obtenida²⁶³.

Es decir, en esta decisión se estaba haciendo referencia a la naturaleza de auténtico de un documento, en concreto a la sentencia como documento público, de acuerdo al artículo 425 de la Ley 906 de 2004. Sin embargo, después, la Corte retomó la posición de la necesidad del testigo de acreditación para todos documentos con sustento en la letra d) del numeral 5º del artículo 337 de la Ley 906 de 2004, que hace referencia a la necesidad de mencionar el testigo de acreditación del documento que se descubre en el documento que se anexa junto con el escrito de acusación:

Salta a la vista, pues, la obligación de introducir al juicio los medios de conocimiento distintos a entrevistas o declaraciones juradas, a través de testigos de acreditación. De lo contrario, en el literal g) transcrita se habría impuesto igual condición a la prevista en el d), donde sí resulta necesaria pues respecto de los elementos materiales allí relacionados es indispensable la refrendación de su procedencia²⁶⁴.

Posteriormente, la Corte cambió de nuevo su posición²⁶⁵ y decidió que unas resoluciones proferidas por un fiscal habían sido incorporadas de manera correcta, para lo que citó la ya mencionada sentencia de 26 de enero de 2009, Proceso Núm. 31049. Es decir, se hace referencia al citado carácter público y auténtico de decisiones tomadas por funcionarios judiciales. Esta jurisprudencia no tuvo mucha duración, pues la Corte varió una vez más su parecer y determinó:

En ese propósito, lo primero que debe advertirse, es que en la sistemática de la ley 906 de 2004, la prueba documental está necesariamente ligada al testigo de acreditación, pues a través de

²⁶² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 25920, 21 de febrero de 2007, p. 78.

²⁶³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 31049, 26 de enero de 2009, p. 15.

²⁶⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 31001, 21 de octubre de 2009, p. 23.

²⁶⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Segunda Instancia. Proceso Núm. 38187, 24 de julio de 2012, pp. 16 y 17.

éste es que aquella se incorpora al juicio, y tal como lo dijo la Corte en casación 25920 del 21 de febrero de 2007: “testigo, quien se encargará de afirmar en la audiencia pública que un documento es lo que la parte dice que es”, es en ese entendimiento que el testigo de acreditación tendrá que ser interrogado por la parte que pretende introducir la prueba documental, respecto de la información mínima que permita concluir que se trata de un medio de convicción admisible en el juicio, esto es, dónde y cómo se obtuvo, quien lo suscribe, a efectos de establecer su autenticidad o si la misma debe presumirse por tratarse de uno de aquellos documentos relacionados en el artículo 425 del C.P.P., si es original o una copia y la presentación general sobre los datos contenidos en el documento, esto último, con miras a establecer si el juicio de pertinencia realizado al momento de autorizar el medio de convicción, corresponde efectivamente con el tema de la prueba, hecho que es necesario acreditar y si este a su vez guarda relación con el contenido del documento, pues de lo contrario no podrá admitirse su incorporación al debate público²⁶⁶.

Así mismo, la Corte señaló que la función de testigo de acreditación no es la lectura del documento, sino indicar el origen del documento y cómo se obtuvo:

Retornando al testigo de acreditación, a este se lo define como fuente indirecta del conocimiento de los hechos y como la persona que recopila, asegura y custodia la evidencia y en el caso de la prueba documental, la ley, en el artículo 429 inciso segundo C.P.P., autoriza el ingreso del documento por el investigador que participó en el caso o por el investigador que lo recolectó o recibió, con lo cual se pretende aportar elementos de juicio contundentes que permitan al fallador concluir en la confiabilidad y validez del documento ingresado al proceso a través de su testimonio. El conocimiento que brinda el testigo de acreditación dependerá del interrogatorio directo que corresponde formularle, a la par del que ofrece la prueba documental, el cual no se suple con la simple lectura del texto por parte del deponente. De allí que suja claro el deber de las partes, de realizar interrogatorios teleológicamente orientados a dicho fin, y no la simple instrucción al testigo de realizar lecturas integras de piezas o apartes documentales irrelevantes, inútiles o innecesarios; se tiene entonces como primera regla para la incorporación de la prueba documental, contar con el testigo de acreditación, en orden a demostrar la legalidad y licitud del medio habida cuenta que fijara la forma como se obtuvo, valga decir, su procedencia, luego su autenticidad, con la claridad sobre si se trata de documentos respecto de los cuales opera o no la presunción a la que alude el artículo 425 del C.P.P. del 2004²⁶⁷.

Hecha tal labor por el testigo de acreditación, sí corresponde luego la lectura del documento en lo pertinente para el proceso:

En segundo lugar, una vez agotado lo atinente al conocimiento de la forma como se obtuvo el documento y la autenticidad del mismo, corresponderá al testigo de acreditación hacer público el contenido de éste, pero siempre direccionado por los interrogantes que le formule la parte que ha ofrecido la prueba, con el fin de transmitir la información que resulte pertinente con el

²⁶⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Única Instancia. Proceso Núm. 36784, 17 de septiembre de 2012. Audiencia de juicio oral, p. 2.

²⁶⁷ Ibíd., p. 4.

objeto y el tema de la prueba, de modo tal que se haga evidente la necesidad de conocer esos datos para demostrar lo que le interesa a la parte y su relación con los motivos por los cuales se decretó su práctica²⁶⁸.

Más tarde, la Corte cambió de nuevo de posición y sostuvo que el testigo de acreditación solo es necesario en los documentos que no están incluidos dentro de aquellos que gozan de la presunción de autenticidad:

La Corte juzga necesario reconsiderar parcialmente ese criterio y retomar de nuevo aquel según el cual el testigo de acreditación sólo se torna indispensable para introducir al juicio oral los documentos sobre los cuales no recae la presunción de autenticidad a que se refiere el artículo 425 de la Ley 906 de 2004, de tal manera que aquellos que gozan de esa presunción pueden ser ingresados directamente por la parte interesada. Ese es el lógico y justo alcance que debe atribuirse tanto al literal d) del numeral 5. del artículo 337 de la Ley 906 de 2004, como al artículo 63 de la Ley 1453 de 2011, porque si la finalidad del testigo de acreditación es demostrar la autenticidad del documento, no tiene ningún sentido hacerlo cuando el mismo goza de esa presunción. Ésta tiene como implicación que se invierta la carga de la prueba, de modo que será a la otra parte a quien le corresponderá desvirtuarla, si considera que la escritura es falsa total o parcialmente²⁶⁹.

Esta posición es la que se mantiene a la fecha, pero, como se ha visto, la jurisprudencia ha estado oscilando entre la necesidad de tener un testigo de acreditación para la incorporación en juicio de todos los documentos y su empleo solo para los casos en los que no se trate de un documento que goce de presunción de autenticidad, postura esta que es la que impera en este momento y con la que concordamos.

3. EL DICTAMEN PERICIAL²⁷⁰

Uno de los principales problemas a los que se enfrentan los funcionarios judiciales hoy en día es cuando en el juicio hay cuestiones que van más allá del conocimiento de la corte y es necesario, por lo tanto, recibir opiniones²⁷¹ “de testigos que son expertos en el campo del conocimiento relevante”²⁷² para la cuestión que tiene trascendencia para resolver sobre la responsabilidad penal del procesado. La cuestión no es novedosa, pues ya desde el siglo

²⁶⁸ Ibíd., p. 5.

²⁶⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 46278, 1º de junio de 2017, pp. 12 y 13.

²⁷⁰ Debe advertirse que las posiciones planteadas en este texto no representan la posición de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, sino que constituyen la visión del autor del texto.

²⁷¹ “La mayor debilidad del experto se encuentra en el hecho de que él es llamado como un experto y es muy reacio a admitir que él no sabe todo lo que se puede saber del tema sobre el cual ha sido llamado a declarar” (Huntington Edward Williams, El doctor en la Corte, 1929. Citado por FISHER. Jim. Forensics under fire: are bad science and dueling experts corrupting criminal justice? New Jersey. Rutgers University Press. 2008. P. 9.

²⁷² MUNDAY, Roderick. Evidence. 7th edition. Oxford. Oxford University Press. 2013. P. 305.

XVI se reflexionaba sobre la cuestión:

Si surgen asuntos en nuestra ley que conciernen otras ciencias o facultades, nosotros comúnmente solicitamos la ayuda de esa ciencia o facultad a la cual concierne. Lo que es una cuestión honorable y recomendable en nuestro derecho. Por lo tanto parece que nosotros no despreciamos a todas las otras ciencias [...] y que las aprobamos y apoyamos como cuestiones dignas de elogio²⁷³.

Empero,

[...] un informe pericial no puede ser admitido “si se relaciona solo a una cuestión en la cual la opinión lega del tribunal de hecho es igualmente válida”, tampoco si el campo de conocimiento que sirve de sustento no cuenta con reconocimiento científico o si la persona al momento de rendir el informe o el dictamen no cuenta con los conocimientos necesarios para tal fin. Por lo tanto, de manera general, el informe pericial se requiere en aquellas materias que están fuera del conocimiento o comprensión de la gente...en situaciones en las que conocimiento científico, técnico u otro especializado asista al juzgador de hecho “para entender la evidencia o para determinar un hecho en disputa”²⁷⁴.

Entonces, los dictámenes periciales son parte importante de la Administración de Justicia, porque apoyan la labor de determinar lo ocurrido en un caso en concreto. Sin embargo, la problemática surge del hecho de que quienes se presentan como expertos en una cuestión en particular de interés en un proceso judicial puede que no lo sean o que emitan un dictamen parcializado a los intereses de quienes los contratan²⁷⁵:

Es a menudo absolutamente sorprendente ver la facilidad, y hasta qué punto, la opinión de [testigos expertos] puede corresponder con los deseos o intereses de las partes que solicitan su opinión. Ello no, de hecho, tergiversan deliberadamente lo que piensan, pero sus juicios se distorsionan tanto al considerar la cuestión desde un solo punto de vista, que, aun cuando conscientemente dispuestos, son incapaces de formar una opinión independiente²⁷⁶.

Esto, en el escenario de un sistema penal adversativo, genera inconvenientes cuando los expertos presentados por las partes exponen visiones distintas sobre la cuestión para la cual fueron convocados, lo cual es un fenómeno presente de manera frecuente en los procesos penales²⁷⁷. Así, ¿qué hacer para enfrentar este problema? Una propuesta para

²⁷³ MURPHY. Op. Cit., p. 370.

²⁷⁴ VELANDIA-MONTES, Rafael. La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas, tomo II. Op. Cit., pp. 291 y 292.

²⁷⁵ ROBERTS y ZUCKERMAN. Op. Cit., p. 297.

²⁷⁶ John Pitt Taylor, citado por ROBERTS y ZUCKERMAN. Op. Cit., p. 297.

²⁷⁷ El problema es mayor aun en ciertos ámbitos, como ocurre, por ejemplo, en el campo de las ciencias mentales cuando se introduce como defensa la exclusión de la culpabilidad por inimputabilidad. Así, por ejemplo, sobre el particular son paradigmáticas las palabras del *Deputy Associate Attorney General* durante la administración de Ronald Reagan, Jeffrey Harris: [...] lo que me sorprende es que en cualquier juicio del

solucionar este problema podría ser que el juez nombre al perito de una lista oficial de expertos aprobados y que él declare como testigo independiente, pero ello traería como problema que en un sistema penal adversativo le corresponde es a las partes decidir qué evidencia quieren presentar ante el juez²⁷⁸. Además, no sería clara la cuestión de cómo elegir a los expertos por parte de los jueces, ya que ellos tendrían que recurrir a expertos para tal tarea, pero el problema que surge de ello es quién vigilaría que estos expertos incluyeran a los expertos más reconocidos y con teorías científicas válidas²⁷⁹. También habría que tener en cuenta que los expertos más reconocidos frecuentemente discuten entre ellos y que no son ajenos a “vanidades personales, celos” y grupos profesionales y de amistad que incluyen a unos profesionales y excluyen a otros²⁸⁰. Así mismo, habría problemas para la inclusión en las listas de expertos de campos científicos novedosos y con pocos integrantes, como quiera que competirían contra otros miembros de la comunidad científica con teorías distintas y que, evidentemente, no tendrían interés en que aquellos y sus teorías fueran aceptados²⁸¹.

Entonces, se reconoce que la presentación de los expertos por parte de la defensa contribuye “exponiendo errores de la evidencia científica de la acusación, proponiendo interpretaciones alternativas de hechos primarios acordados, o llamando la atención del juzgador hacia puntos de genuino desacuerdo científico”²⁸², lo que ayuda a evitar errores de la justicia precisamente porque evita que el juez tenga una visión monolítica sobre el punto en concreto, lo que ocurriría si se tratara, por ejemplo, de un sistema en el que la prueba pericial fuera solo la dada por un experto nombrado por el juez²⁸³. Incluso, la opción de nombrar un experto adicional a los expertos nombrados por la parte tampoco sería la solución a la cuestión, porque podría presentarse la situación de tener en un proceso 3 opiniones distintas, lo cual lejos de ayudar al juez complicaría la cuestión aún más, sin tener en cuenta la inevitable consecuencia de que la opinión del experto

que he escuchado, el psiquiatra de la defensa siempre dice que el acusado está demente y el psiquiatra del acusador siempre dice que aquel no está demente. Esto pasa invariablemente en el 100% de los casos, excediendo así las leyes del azar. Uno se tiene que preguntar, ‘qué está pasando aquí?’. La defensa de demencia está siendo usada como fútbol y, francamente, usted estaría mejor llamando a Central Casting para obtener ‘testimonio psiquiátrico experto’ en un juicio penal”. Citado por SLOBOGIN, Christopher. Proving the unprovable, New York. Oxford University Press. 2007. P. 5. Sobre las ciencias mentales y su relevancia en el campo penal, ver VELANDIA-MONTES, Rafael. La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas, tomo II. Op. Cit., p. 297.

²⁷⁸ ROBERTS y ZUCKERMAN. Op. Cit., pp. 300 y 301.

²⁷⁹ Ibíd., p. 301.

²⁸⁰ Ibíd.

²⁸¹ Ibíd.

²⁸² Ibíd., p. 302.

²⁸³ Ibíd.

nombrado por el juez gozaría de mayor credibilidad²⁸⁴. Por lo tanto, no queda otro camino que diseñar mecanismos para mejorar la problemática expuesta, lo que abarca desde una mejor preparación de los abogados en la presentación de este tipo de evidencia y en una formación de los científicos en relación con lo que se espera de ellos por parte del sistema penal, porque lo cierto es que socialmente la ciencia no siempre goza de credibilidad y ello se refleja en el sistema penal²⁸⁵, que, sin embargo, debe recurrir de manera permanente a ella.

Ahora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ha definido al dictamen pericial como:

[...] el concepto de personas expertas en determinada ciencia, técnica o arte, es un elemento más de los que se vale el funcionario para convencerse acerca de la realidad de los hechos del proceso y debe valorarse en conjunto con los otros elementos de prueba²⁸⁶.

Además, ha dicho la Corte:

La prueba pericial es un medio de convicción a través del cual un experto aporta al proceso elementos técnicos, científicos o artísticos dirigidos a dilucidar la controversia, específicamente en materia penal, a establecer si la conducta supuestamente delictiva ocurrió, las circunstancias de modo, tiempo y lugar de su comisión, y quién o quiénes fueron sus autores o partícipes. En otras palabras, en el proceso de reconstrucción histórica de la conducta punible, se pueden presentar circunstancias donde se requieren conocimientos extrajurídicos ajenos al funcionario judicial, motivo por el cual debe acudir al auxilio de personas versadas en esos temas para que lo ilustren, como son los peritos²⁸⁷.

Así mismo, se ha diferenciado entre la *prueba pericial* y el *informe pericial*:

El informe pericial (artículo 415 Ley 906 de 2004) es la base de la opinión pericial, generalmente expresada por escrito, que contiene la ilustración experta o especializada solicitada por la parte que pretende aducir la prueba. Este informe debe ser puesto en conocimiento de las otras partes por lo menos con cinco (5) días de anticipación a la audiencia pública; y cuando se obtiene en la fase investigativa, se sujet a las reglas de descubrimiento y admisión en la audiencia preparatoria (artículo 414 ibidem). Sin embargo, es factible también que el informe pericial se rinda en audiencia pública, cuando así se solicita por la parte interesada (artículo 412 ibidem)²⁸⁸.

²⁸⁴ Ibíd., p. 303.

²⁸⁵ Ibíd., pp. 304 y 305.

²⁸⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 49422, 1º de marzo de 2017, pp. 8 y 9.

²⁸⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Segunda Instancia. Proceso Núm. 32882, 27 de junio de 2012, p. 21.

²⁸⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 25920, 21 de febrero de 2007, p. 112.

De tal suerte, el informe pericial tiene como fines:

En suma, el informe escrito equivale a una declaración previa del perito; que se entrega con antelación a la contraparte, en salvaguarda del principio de igualdad de armas, para que pueda preparar el contrainterrogatorio; y puede servir también para refrescar la memoria del perito y para ponerle de presente contradicciones entre lo anotado en el informe y lo declarado actualmente en la audiencia del juicio oral²⁸⁹.

Por su parte, la prueba pericial es:

[...] es un acto procesal que normalmente se lleva a cabo en la audiencia del juicio oral, mediante la comparecencia personal del experto o expertos, para salvaguardar los principios de contradicción e inmediación; y se rige por las reglas del testimonio (artículo 405 ibídem), pues las partes interrogan y contrainterrogan a los peritos sobre los temas previamente consignados en el informe²⁹⁰.

Así, el perito deberá asistir a la audiencia de juicio oral y declarar en ella; su declaración es la prueba, el informe pericial no lo es porque solo tiene los fines mencionados arriba. De esto surge un interrogante: ¿qué ocurre si el perito no puede asistir a la audiencia? La Corte Suprema de Justicia señala que en dicho evento se puede acudir a los medios tecnológicos o, incluso, el juez y las partes que habrán de interrogarlo se desplazarán al lugar en el que se encuentre el perito²⁹¹. En igual línea, ha señalado la Corte:

Entonces, respecto de la obligación ineludible de que el perito concurra a la audiencia del juicio oral, si éste se halla imposibilitado para desplazarse, debe acudir el despacho, con las partes, al lugar donde se halla el experto, o recibirse su atestación por algún sistema de audio video; pero si ya se torna imposible recabar su declaración, surge la posibilidad de solicitar al juez que permita la concurrencia de un nuevo perito quien, examinado el objeto o fenómeno, rendirá su informe (que puede ser verbal), directamente en la audiencia de juicio oral²⁹².

Empero, si esto no es posible, ello tendría como consecuencia que el informe pericial no debe ser tenido en cuenta por el juez, por la ausencia de declaración del perito, y no habría tampoco, evidentemente, prueba pericial. Esta posición, sin embargo, fue luego modificada por la Corte en el entendido de que, si es imposible que el experto que elaboró el informe pericial concurra a declarar en el juicio, es posible que otro experto concurra a declarar con su propio informe pericial, que puede rendir verbalmente en audiencia, antes de que declare en ella, es decir, previo a la práctica de la prueba pericial, o en su defecto, por no ser posible efectuar el examen al objeto o fenómeno, también puede declarar

²⁸⁹ Ibíd., p. 113.

²⁹⁰ Ibíd., p. 112.

²⁹¹ Ibíd., p. 113.

²⁹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 30214, 17 de septiembre de 2008, p. 34.

utilizando el informe pericial hecho por el experto que no puede comparecer a la audiencia:

Empero, si bien, el peritaje como prueba reclama siempre de la presencia de un experto en la audiencia de juicio oral –por regla general el mismo que realizó el informe, porque así lo demanda la ley y la naturaleza misma de lo obligado referir ante el juez y las partes-, para que explique los hallazgos, exámenes, técnicas y conclusiones a las que se llega, resultando inane la sola presentación del informe, es posible, por vía excepcional, que el perito no sea necesariamente aquel encargado de ejecutar directamente el examen y elaborar el consecuente informe, pues, en determinados eventos...cuando se advierte que lo consignado en el documento hace parte del tipo de información que el experto utiliza para su trabajo, nada obsta para que persona distinta acuda a la audiencia de juicio oral en aras de soportar conclusiones pertinentes para el objeto del proceso...Estima la Sala, bajo estos mismos presupuestos argumentales, que en casos excepcionales, referidos a la imposibilidad absoluta de que el perito pueda rendir su versión en audiencia pública –ha fallecido, se ignora su paradero, no cuenta ya con facultades mentales para el efecto, solo por vía enunciativa en el ánimo de citar ejemplos pertinentes-, y a la pérdida o desnaturalización del objeto sobre el cual debe realizarse el examen o experticia, es posible que acuda a rendir el peritaje una persona diferente de aquella que elaboró el examen y presentó el informe... Sin embargo, si ninguna de estas dos opciones se hace factible –no se halla disponible el perito para rendir su dictamen y no es posible efectuar otro examen al objeto o fenómeno-, estima la Corte que por el camino de la excepcionalidad...debe aceptarse que ese informe, entendido como base de la atestación pericial, sirva de soporte al dictamen que rinda un experto distinto a aquel que lo elaboró.²⁹³.

Lo que sí es necesario para que el nuevo experto pueda utilizar el informe pericial hecho por el experto que no puede comparecer a audiencia es que tal informe contenga:

[...] elementos suficientes -particularmente, en el campo descriptivo, acerca de lo observado por quien examinó el objeto o fenómeno a evaluar-, que permitan al experto citado a la audiencia contar con bases sólidas a fin de explicar adecuadamente qué fue lo verificado, cuáles los métodos y técnicas utilizadas, los resultados arrojados por la experticia y las conclusiones que de ello se pueden extractar²⁹⁴.

Entonces, según lo que dice la Corte en esta sentencia, no solo se permitiría que se acuda un nuevo perito a declarar en audiencia con sustento en el informe pericial previo, tal y como se expone en el párrafo precedente, sino que también sería posible que el nuevo perito rinda su propio informe en la audiencia en el evento de que el informe pericial existente no cumpla con los requisitos mínimos ya referidos:

Pero si ello no es posible, se ofrece otra alternativa, referida a la posibilidad de que aún en curso de la audiencia de juicio oral, desde luego, durante la etapa de práctica de pruebas, dada la imposibilidad de que ese perito inicial brinde el testimonio requerido, se pueda presentar

²⁹³ Ibíd., pp. 32, 33 y 34.

²⁹⁴ Ibíd., p. 35.

otro informe de perito distinto que realice de nuevo examen al objeto de interés para el proceso, conforme lo dispuesto por el artículo 412 de la Ley 906 de 2004, en cuanto señala que los peritos pueden ser citados por el juez, a instancia de las partes, para ser interrogados y contrainterrogados en relación con los informes “o para que los rindan en la audiencia”²⁹⁵.

En todo caso, en una decisión posterior, la Corte hizo referencia al carácter revictimizante de un nuevo informe pericial en los casos de delitos sexuales en contra de menores de edad, pues si el informe existente contaba con los elementos mínimos suficientes no sería necesario que el nuevo experto realizara un nuevo examen a la víctima. Así, dice la Corte²⁹⁶:

Es que, tratándose de valoraciones sexológicas a menores de edad, resulta desproporcionado y aquí sí revictimizante, volver a realizar una prueba de esa naturaleza, cuando con la evaluación existente es posible determinar los elementos descriptivos suficientes que permitan a un nuevo especialista disponer de las bases informativas sólidas, los métodos y técnicas utilizadas para explicar los hechos y situaciones verificadas²⁹⁷.

Por lo tanto, la prueba pericial es la declaración que da el experto en la audiencia y el informe pericial solo sirve a efecto de informar a la otra parte sobre qué va a declarar aquel y, por ende, pueda preparar el contrainterrogatorio, así como para poner de presente contradicciones entre la prueba pericial y el informe. También puede ser el informe utilizado para refrescar la memoria del experto. En principio, siempre debe comparecer a la práctica de la prueba pericial el mismo experto que elaboró el informe pericial, salvo que sea imposible, en cuyo caso es posible que otro experto comparezca a la audiencia de juicio a la práctica de la prueba pericial, para lo que deberá rendir su informe, incluso de manera verbal. Si no es posible otro examen al objeto o fenómeno, deberá practicarse la prueba pericial con sustento en el informe pericial existente. En la valoración de la no posibilidad de un nuevo examen en el caso de menores de edad víctimas de delitos sexuales, para evitar su revictimización, debe tenerse en cuenta si el informe pericial hecho por el perito que ya no puede comparecer a audiencia cuenta con los elementos mínimos²⁹⁸. Es razonable considerar que esta valoración puede hacerse extensiva a otros casos distintos en los que también exista un informe pericial con dichos elementos mínimos y en donde igualmente sea necesario evitar la revictimización.

De otro lado, en relación con el dictamen pericial, es necesario aclarar la diferencia entre el perito, también llamado *testigo perito*, y el testigo técnico:

²⁹⁵ Ibíd., p. 33.

²⁹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 46312, 19 de agosto de 2015, p. 29.

²⁹⁷ Esta posición ha sido ratificada por la Corte en varias decisiones siendo la última conocida: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 47093, 30 de agosto de 2017, pp. 15 y 16.

²⁹⁸ Adelante en este texto se mencionan los requisitos mínimos que el informe pericial debe satisfacer.

Así mismo, no se puede confundir, como lo hace el defensor, la diferencia entre testigo perito y testigo técnico, toda vez que este último es aquel sujeto que posee conocimientos especiales en torno a una ciencia o arte, que lo hace particular al momento de relatar los hechos que interesan al proceso, de acuerdo con la teoría del caso, mientras que el primero se pronuncia no sobre los hechos sino sobre un aspecto o tema especializado que interesa a la evaluación del proceso fáctico. Dicho de otra manera, el testigo técnico es la persona experta de una determinada ciencia o arte que lo hace especial y que al relatar los hechos por haberlos presenciado se vale de dichos conocimientos especiales²⁹⁹.

Por otra parte, sobre qué constituye el medio de prueba en el dictamen pericial, afirma la Corte:

Sin embargo, recuérdese que el medio de prueba no es propiamente el dictamen del perito sino el procedimiento técnico científico empleado para su examen, pues es este en definitiva el que convencerá al juez de su acierto o desatino. Por ello se ha dicho que cuanto interesa al juzgador tratándose de pericia documentaria, no es la conclusión en sí sino la forma como fue adoptada³⁰⁰.

Sin embargo, no compartimos esta posición porque consideramos que se confunde al procedimiento con el resultado. En efecto, el procedimiento seguido por el perito será determinante para darle sustento a la conclusión del dictamen³⁰¹, pero es la

²⁹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 26128, 11 de abril de 2007, pp. 38 y 39.

³⁰⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Segunda Instancia. Proceso Núm. 32882, 27 de junio de 2012, p. 21.

³⁰¹ La Corte Suprema de Justicia dijo, citando una sentencia proferida en un caso bajo el imperio de la Ley 600 de 2000, que el dictamen pericial (lo que ahora debe entenderse como informe pericial) debería contener. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Segunda Instancia. Proceso Núm. 32882, 27 de junio de 2012, p. 22. Así señaló la Corte: "Generalmente las legislaciones exigen que la pericia contenga una relación detallada de las operaciones practicadas y de sus resultados, explicando cuáles fueron los instrumentos, materiales y sustancias empleados. Exigencia lógica si se atiende a que con base en esa relación el funcionario judicial lleva a cabo la apreciación del dictamen, dado que las conclusiones tienen como soporte y garantía de credibilidad las labores adelantadas por el perito para llegar a esa opinión. Además, deben contener las conclusiones formuladas por los expertos con arreglo a los principios de la ciencia, arte o técnica aplicada, respondiendo ordenadamente y en forma concreta y expresa todos los puntos sometidos a su consideración. En síntesis, el dictamen debe contener dos partes, la descripción del proceso cognoscitivo, y las conclusiones. El primero comporta la clase de dictamen, las preguntas por responder, el objeto, persona, cosa o fenómeno sometido al proceso de conocimiento, explicar de manera clara el procedimiento técnico, artístico o científico realizado, informando la metodología y medios utilizados, y describir los hallazgos o comprobaciones realizadas, dejando memoria o reproducción de ellos. Las comprobaciones comparadas con el cuestionario extendido por el funcionario judicial y sus respuestas, arrojan las conclusiones del dictamen. Presentado el dictamen el funcionario judicial debe examinar la coherencia del proceso cognoscitivo y su congruencia con las conclusiones, y todo su conjunto con las preguntas contenidas en el cuestionario. La conclusión debe ajustarse a las preguntas del cuestionario, sin perjuicio de las aclaraciones y adiciones que el perito considere pertinente. A estos parámetros generales responde la reglamentación

conclusión del perito, que es la respuesta a la pregunta sobre la cuestión técnica de interés para resolver la responsabilidad penal del procesado, lo que justifica su participación en el proceso penal³⁰².

En cuanto al fundamento científico del informe pericial, el artículo 417 de la Ley 906 de 2004 establece que, en la práctica de la prueba pericial, el perito deberá ser interrogado, entre otras cosas, sobre:

4. Los principios científicos, técnicos o artísticos en los que fundamenta sus verificaciones o análisis y grado de aceptación,
5. Sobre los métodos empleados en las investigaciones y análisis relativos al caso,
6. Sobre si en sus exámenes o verificaciones utilizó técnicas de orientación, de probabilidad o de certeza,
7. La corroboración o ratificación de la opinión pericial por otros expertos que declaran también en el mismo juicio, y
8. Sobre temas similares a los anteriores.

Justamente, una de las problemáticas advertidas en el proceso penal es la dificultad que experimentan los jueces a la hora de evaluar el valor de las pruebas periciales practicadas en el juicio oral, es decir, su apreciación probatoria, lo que tiene especial importancia por dos razones. En primer lugar porque en la medida que la sociedad depende cada vez más de la ciencia³⁰³ igualmente mayor es la relevancia que esta tiene en los procesos judiciales³⁰⁴, pues ayuda en el descubrimiento de lo que ha ocurrido y, por ende, es mayor el número de pruebas periciales que se solicitan y practican en los procesos. En segundo

hecha de este medio de prueba por la ley 600 de 2000". La decisión a la que se hizo referencia es la siguiente: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 22019, 16 de septiembre de 2009, pp. 11 a 13.

³⁰² Así, la Corte Suprema de EE. UU. ha sostenido: "Pero la metodología y las conclusiones no son totalmente distintos uno del otro. Los expertos entrenados comúnmente extrapolan a partir de los datos existentes. Pero nada en *Daubert* o en las Reglas Federales de evidencia requiere a una Corte de Distrito para admitir evidencia de opinión que se conecta a datos existentes sólo por lo dicho por el experto". Supreme Court of the United States. *General Electric Company, et al., Petitioners v. Robert K. Joiner et ux.* P. 9. En sentido similar, la Corte Suprema de EE. UU. también ha dicho: "La opinión de la Corte, a la que me uno, enfatiza...que el juez, actuando como un 'guardián', debe 'asegurarse de que todo testimonio o evidencia científica sea no solo relevante sino confiable'...Este requisito a veces pedirá a los jueces que hagan determinaciones sutiles y sofisticadas sobre la metodología científica y su relación con las conclusiones que un testigo experto intenta ofrecer —particularmente cuando un caso se presenta en un área donde la ciencia misma es provisional o incierta, o en donde el testimonio sobre niveles generales de riesgo en seres humanos o animales se presenta para la causación individual". Supreme Court of the United States. *General Electric Company, et al., Petitioners v. Robert K. Joiner et ux. Justice Breyer, concurring.* P. 1.

³⁰³ National Research Council. *The age of expert testimony. Science in the courtroom. Report of a workshop.* Washington, D. C. National Academy Press. 2002. P. 1.

³⁰⁴ La Corte Suprema de EE. UU. igualmente ha puesto de presente la situación de aumento de procesos relacionados significativamente con la ciencia, es decir, que necesitan de su intervención para aclarar cuestiones relevantes para aquellos. Supreme Court of the United States. *General Electric Company, et al., Petitioners v. Robert K. Joiner et ux. Justice Breyer, concurring.* PP. 2 y 3.

lugar, debido a la introducción en Colombia del sistema penal de tendencia adversativa, las partes, Fiscalía y defensa, tienen la posibilidad de solicitar que se practiquen pruebas periciales y, evidentemente, las opiniones de los expertos serán opuestas en todos los casos, pues es claro que con teorías de casos contradictorias las versiones de los expertos solo serán introducidas por las partes si respaldan su teoría. Debido a esto, tenemos pruebas periciales que se enfrentan y que, en consecuencia, generan no pocos inconvenientes a los jueces a la hora de decidir qué valor darles: la presencia de pruebas antagónicas en los procesos penales no es nada novedoso, verbigracia testimonios, y los jueces se han encargado de valorarlas y de decidir y explicar por qué le dan mayor fuerza probatoria a una sobre otra. Sin embargo, la diferencia es que en la prueba pericial el juez tiene frente a sí dos posiciones sobre un punto científico, técnico o artístico de interés para el proceso penal, que, bajo parámetros idénticos de argumentación científica, apuntan a posiciones opuestas. Esto inquieta razonablemente al juez porque estima que no cuenta con los elementos suficientes para decidir si alguna de ellas debe ser considerada al momento de decidir sobre la responsabilidad penal del procesado.

Además, en el sistema penal de tendencia inquisitiva que regía en Colombia antes de la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, la prueba pericial era ordenada cuando fuera requerida durante la etapa de investigación, con la permanencia de la prueba como característica imperante, aunque también se podía ordenar su práctica en juicio, bien a solicitud de las partes o de oficio. En este sistema había un predominio de los expertos que eran funcionarios oficiales, sus pericias eran vistas como objetivas y gozaban de ascendiente en las decisiones judiciales, sin perjuicio, por supuesto del carácter no vinculante para el juez³⁰⁵ de dicha prueba³⁰⁶. Por el contrario, en el sistema de tendencia adversativa introducido con la Ley 906 de 2004 solo habrá práctica de prueba pericial si alguna de las partes o las dos lo solicitan y ello ha llevado al escenario de confrontación de expertos, propio de un sistema adversativo. Entonces, ¿cómo decidir cuál de las dos opiniones tiene validez o, incluso, si alguna de ellas tiene validez? Sobre el particular, estimamos que es importante conocer qué ocurre en otros sistemas jurídicos, por lo que

³⁰⁵ Damaška incluso llama la atención sobre cómo en los sistemas de tendencia inquisitiva se teme que el poder decisorio se esté trasladando al experto, que se convierte en el titiritero a pesar de que carece de la "legitimidad política" que si tiene el juez. DAMAŠKA, Mirjan. Evidence law adrift. Op. Cit., p. 151.

³⁰⁶ No se está afirmando que fueran imperativas para los jueces sino el predominio de la intervención de los expertos oficiales en su práctica. De hecho, no puede pasarse por alto que el artículo 249 de la Ley 600 de 2000 señalaba que, cuando se requiriera la práctica de pruebas técnico-científicas o artísticas, el funcionario judicial decretaría la prueba pericial, y designaría peritos oficiales. Por supuesto, tampoco puede desconocerse que el artículo 250 de la misma ley permitía la intervención de peritos no oficiales, pero no eran ellos los que más participaban en los procesos judiciales.

examinaremos la situación de EE. UU. en lo que concierne a la admisibilidad del testimonio experto³⁰⁷. Así, debemos indicar que ya desde 1923:

[...] la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, en *Frye v. United States*, estableció como requisito que dicho fundamento científico debía “estar suficientemente establecido para haber ganado la aceptación general en el particular campo al que pertenece”. Así, en esta decisión judicial se negó la consideración como prueba dentro de un proceso penal al informe pericial basado en la práctica de un test de polígrafo al acusado porque tal test no gozaba de reconocimiento científico general, de aceptación general. Así, el test *Frye* se impuso como criterio dominante en la admisión o rechazo de opiniones de expertos hasta el punto que ni siquiera se miraba si se trataba o no de información especializada que estaba más allá del entendimiento del jurado sino solo si el fundamento científico del informe o dictamen pericial gozaba de aceptación general...dentro de la comunidad científica³⁰⁸.

Justamente, “en esta decisión judicial se negó la consideración como prueba dentro de un proceso penal al informe pericial basado en la práctica de un test de polígrafo al acusado porque tal test no gozaba de reconocimiento científico general, de aceptación general”³⁰⁹. Este criterio de la aceptación general dentro de la comunidad científica como fundamento del informe pericial se mantuvo hasta la expedición de las Reglas Federales de Evidencia en 1975, en las que se decía que:

[...] el informe pericial era necesario si el mismo proveía de “conocimiento científico, técnico u otro especializado” que asistiera al juzgador de hecho “para entender la evidencia o para determinar un hecho en disputa”. O sea, e incluso a pesar de que la diferencia quizás sea sutil, el lenguaje empleado en las Reglas Federales de Evidencia muestra un patrón de mayor laxitud a la hora de clasificar una opinión como un informe pericial. Así mismo, en las Reglas Generales de Evidencia se permitía que las opiniones estuvieran basadas en lo que de otra

³⁰⁷ Haremos una mención a los criterios desarrollados por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos para decidir sobre la admisibilidad del testimonio de expertos, pero haciendo la aclaración que no se trata de afirmar que ellos sean la única referencia al respecto, sino que esta presentación se hace con el fin de conocer qué se ha dicho al respecto en otros ordenamientos jurídicos. La selección del caso estadounidense se hizo con base en su relevancia en el derecho probatorio a nivel internacional. Así, por ejemplo, se puede apreciar su influencia en España: VÁSQUEZ ROJAS, Carmen. De la prueba científica a la prueba pericial. Madrid. Marcial Pons. 2015. PP. 91, 103 y 128); en el Reino Unido: MURPHY. Op. Cit., pp. 377 y 378; ROBERTS y ZUCKERMAN. Op. Cit., p. 315; DOAK, Jonathan and Claire McGourlay. Criminal evidence in context. Second Edition. Oxford. Routledge-Cavendish. 2009. P. 328); en el Derecho Penal Internacional: APPAZOV, Artur. Expert Evidence and International Criminal Justice. Cham. Springer. 2016. P. 41. Así mismo, por razones de espacio, no podemos ocuparnos de las diferencias entre el procedimiento penal estadounidense y el colombiano en materia de admisión y práctica de la prueba pericial.

³⁰⁸ VELANDIA-MONTES, Rafael. La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas, tomo II. Op. Cit., p. 292.

³⁰⁹ Ibíd.

manera “sería información inadmisible como el testimonio de oídas si la información es del ‘tipo en la que razonablemente se confía por expertos en el campo particular’”³¹⁰.

Sin embargo, “la ‘aceptación general’ del test *Frye* seguía siendo aplicada, ‘con o sin referencia a las Reglas Federales de Evidencia o las reglas estatales análogas’”³¹¹. Es más, “otras cortes desarrollaron sus propios tests para evaluar el fundamento científico del informe pericial, que tenían criterios como la ‘aceptación sustancial, en lugar de general’ del fundamento científico o que ‘la opinión fuera el producto de un sistema de análisis explicable y confiable’”³¹². Por el contrario, “otras cortes rechazaron tanto estas propuestas como el test *Frye* y tomaron partido ‘por el análisis de utilidad, complementado por el test de balance aplicable a cualquier evidencia ofrecida’ en el cual ‘cualquier conocimiento especializado pertinente de un experto cualificado es admisible a menos de que su potencial para confundir al jurado, prejuzgar injustamente a una de las partes o perder tiempo sustancialmente sobrepase su valor probativo’”³¹³.

Posteriormente, la Corte Suprema de EE. UU., en *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*³¹⁴, “determinó que el test *Frye* había sido reemplazado por las Reglas Federales de

³¹⁰ Ibíd., p. 293.

³¹¹ Ibíd.

³¹² Ibíd.

³¹³ Ibíd.

³¹⁴ Supreme Court of the United States, *Daubert et ux., individually and as guardians ad litem for Daubert, et al. v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U. S.579, p. 582. Los hechos relevantes de este caso son los siguientes: “[...] Jason Daubert and Eric Schuller, menores de edad con defectos de nacimiento serios, y sus padres, todos en condición de demandantes, alegaban que tales defectos habían sido ocasionados por el consumo de sus madres de Bendectin, que era un medicamento antináuseas vendido por el demandado. El demandado presentó una declaración jurada de un experto que certificaba que después de haber revisado la literatura existente sobre Bendectin y defectos de nacimiento en ninguno de estos estudios se había encontrado que el medicamento citado pudiera causar malformaciones en los fetos, por lo que concluía que la ingesta de tal medicamento durante el primer trimestre del embarazo no había demostrado ser ningún factor de riesgo para tales defectos de nacimiento. Los demandantes no se opusieron a la caracterización del registro publicado en relación con Bendectin sino que respondieron a la moción del demandado presentando el testimonio de ocho expertos, ‘con credenciales impresionantes’, que concluyeron que Bendectin podía causar defectos de nacimiento con sustento en estudios animales ‘in vitro’ e ‘in vivo’, que encontraron un nexo entre Bendectin y las malformaciones; en estudios farmacológicos de la estructura química de Bendectin que pretendían mostrar similitudes entre la estructura del medicamento y la de otras sustancias conocidas por causar defectos de nacimiento; y en el reanálisis de estudios epidemiológicos (humano estadístico) previamente publicados. Así, la Corte de Distrito determinó que la evidencia científica solo era admisible si el principio sobre el cual se basaba estaba ‘suficientemente establecido como para tener aceptación general en el campo al que pertenece’ y debido a que en el caso de Bendectin existía un amplio cuerpo de datos epidemiológicos la opinión experta que no estuviera basada en evidencia epidemiológica no era admisible para establecer la causación, motivo por el cual se consideraba que la evidencia presentada por los demandantes no satisfacía este estándar, no podía generar una disputa razonable sobre la causación. Así mismo, los análisis epidemiológicos de los expertos de los demandantes, que se basaban en recálculos

Evidencia³¹⁵/³¹⁶. En igual sentido, la Corte Suprema de EE. UU. determinó que las Reglas Federales de Evidencia³¹⁷ exigían que para que un informe pericial fuera aceptado debía “ser conocimiento científico, es decir, con base ‘en los métodos y procedimientos de la ciencia’ y ser mucho más que una ‘creencia subjetiva o una especulación sin soporte’. Entonces, el conocimiento científico es aquel que puede ser probado: ‘la metodología científica está basada en la generación y prueba de hipótesis para ver si pueden ser probadas como falsas’”³¹⁸. Así:

El conocimiento científico es aquel que ha sido objeto de revisión por parte de los pares y publicado, aunque la publicación no es estrictamente necesaria como quiera que algunas proposiciones “son demasiado particulares, demasiado nuevas o de un interés demasiado limitado para ser publicadas, por lo que la publicación o su ausencia será un factor relevante, mas no determinante en la evaluación de la validez científica de una técnica o metodología en la cual el informe esté basado”. Sin embargo, “la sumisión al escrutinio de la comunidad científica es un componente de la ‘ciencia buena’, en parte porque incrementa la probabilidad de que los fallos en la metodología sean detectados”. Además, la Corte señaló que es necesario conocer la tasa de error conocida o potencial del método científico empleado y sostuvo que si bien la aceptación general, propia del test *Frye*, puede influir favorablemente en la evaluación de confiabilidad, que es la relevante, tal aceptación general no es indispensable³¹⁹.

En conclusión:

[...] la aceptación general ni es necesaria ni suficiente para la admisibilidad de la opinión del experto, sino que es necesario que tal opinión esté basada en un método científico que permita verificar todos los pasos previos a la conclusión planteada, método que a su vez debe haber sido objeto de escrutinio por parte de otros expertos en la materia y sobre el que se debe indicar, además, su tasa de error conocida o potencial. Además, son puntos relevantes en la valoración,

de datos de estudios previamente publicados que no habían encontrado ningún nexo causal entre el medicamento y los defectos de nacimiento, fueron excluidos debido a que no habían sido publicados ni revisados por sus pares. La Corte de Apelaciones del Noveno Circuito confirmó las decisiones de la Corte del Distrito indicando que la opinión de los expertos basada en una técnica científica es inadmisible a menos que la técnica sea generalmente aceptada como confiable en la comunidad científica relevante. En igual sentido, se estimó que los reanálisis no publicados eran problemáticos, pues los reanálisis son aceptados por la comunidad científica solo cuando han sido objeto de verificación y escrutinio por otros expertos en el área de conocimiento respectiva”. VELANDIA-MONTES, Rafael. La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas, tomo II. Op. Cit., pp. 293 y 294.

³¹⁵ *Federal Rules of Evidence*, Rule 702.

³¹⁶ Supreme Court of the United States, *Daubert et ux., individually and as guardians ad litem for Daubert, et al. v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U. S.579, p. 582.

³¹⁷ Federal Rules of Evidence, Rule 702.

³¹⁸ VELANDIA-MONTES, Rafael. La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas, tomo II. Op. Cit., p. 295.

³¹⁹ Ibíd.

más no definitivos, el que el método científico haya sido objeto de publicación y que goce de aceptación³²⁰ general³²¹.

Entonces, los 4 criterios sentados en *Daubert* para evaluar la admisibilidad o no del testimonio experto son:

- 1) Si las teorías o técnicas en las que el testimonio se fundamenta están basadas o no en hipótesis comprobables; 2) si las teorías o técnicas han sido o no sujeto de revisión por pares; 3) si hay o no una tasa de error conocida o potencial asociada con el método y 4) si el método es aceptado generalmente en la comunidad científica relevante³²².

Después, la Corte Suprema de EE. UU., en el caso *General Electric Co. v. Joiner*³²³, ratificó una decisión de no permitir el uso del testimonio de expertos en un caso de un electricista, *Robert K. Joiner*, que trabajó, desde 1973, para el Departamento de agua y luz de una ciudad y que tenía dentro de sus funciones reparar los transformadores eléctricos. Luego, en 1983, se descubrió que el líquido refrigerante de algunos transformadores tenía una sustancia que era considerada nociva para la salud (bifenilos policlorados, de ahora en adelante PCB) y cuya elaboración y producción había sido prohibida por el Congreso desde 1978. *Joiner* buscaba emplear la prueba pericial para demostrar que el cáncer de pulmón que tenía era fruto de la exposición al PCB presente en el refrigerante de los transformadores que debía reparar y con la que tenía contacto con sus manos y que a veces entraba en su boca y ojos. Empero, la Corte Suprema llamó la atención sobre el hecho de que los expertos que *Joiner* buscaba emplear habían realizado estudios con ratones infantes a los que les inyectaron PCB en el revestimiento de su cavidad abdominal o en el estómago, es decir, que tuvieron un mayor contacto con la sustancia del que *Joiner* tuvo y que desarrollaron un cáncer distinto al que él tenía³²⁴. Además, no existía ningún estudio que demostrara que ratones adultos hubieran desarrollado cáncer luego de estar expuestos al PCB e, incluso, uno de los expertos había manifestado que no existía ningún estudio que demostrara que esa sustancia producía cáncer en otra especie. Finalmente, existían problemas en los estudios epidemiológicos usados por los expertos, al punto que

³²⁰ Ibíd., pp. 295 y 296.

³²¹ Kiely sostiene que, de acuerdo bien a Frye o Daubert, el juez debe revisar los siguientes aspectos a la hora de evaluar la admisibilidad del testimonio de un experto: "1. ¿Hay artículos o libros publicados revisados por pares? 2. ¿Es esta metodología enseñada en las universidades o discutida en reuniones profesionales científicas o coloquios? 3. ¿Puede ser probada en su exactitud esta metodología? ¿Tiene una tasa de error conocida? 4. ¿Es esta metodología generalmente aceptada en la comunidad científica relevante en donde conceptos similares son estudiados y utilizados?". KIELY Terrence F. Science and the criminal law. Second edition. Boca Ratón. Taylor & Francis. 2006. P. 15.

³²² National Research Council. The age of expert testimony. Op. Cit., pp. 6 y 7.

³²³ Supreme Court of the United States. *General Electric Company, et al., Petitioners v. Robert K. Joiner et ux.* PP. 1 y 2.

³²⁴ Ibíd., pp. 6 y 7.

uno de ellos ni siquiera mencionaba al PCB y en otro los sujetos de estudio habían estado en contacto con sustancias reconocidas como cancerígenas³²⁵.

Finalmente, debe mencionarse el fallo de la Corte Suprema de EE. UU. *Kumho Tire Co. Ltd. v. Carmichael*: es un caso en el que la llanta derecha de una minivan explotó, lo que ocasionó un choque, en el que un pasajero murió y otros quedaron heridos. Los *Carmichael* demandaron al fabricante de llantas *Kumho Tire Co. Ltd.* y a la distribuidora de llantas que se la vendió por considerar que el problema no había sido ocasionado por el uso de la llanta sino porque era una llanta defectuosa. Para probar el carácter defectuoso de la llanta, los *Carmichael* se basaban en el testimonio de un experto en análisis de fallas de llantas, que aceptó que la llanta tenía bastante uso y que tenía dos perforaciones que no habían sido debidamente reparadas³²⁶. La Corte ratificó la decisión de exclusión del testimonio del experto en llantas con sustento en que la Regla 702 de las Reglas Federales de Evidencia no diferenciaban entre conocimiento científico y conocimiento técnico o cualquier otro conocimiento especializado³²⁷, distinción inaceptable que haría difícil, si no imposible, para los jueces decidir sobre reglas probatorias³²⁸. Así, los parámetros mencionados en *Daubert* deben ser empleados “no solo para el testimonio basado en conocimiento ‘científico’, sino también para el testimonio basado en conocimiento ‘técnico’ y ‘especializado’”³²⁹. Entonces, el testimonio del experto en llantas fue excluido no por falta de cualificación, sino porque “falló en emplear estándares usados por expertos similares que hacen tales evaluaciones fuera de la corte”³³⁰.

Por su parte, en la Ley 906 de 2004 encontramos que el artículo 382 señala que la prueba pericial es un medio de conocimiento y el artículo 405 establece que la “prueba pericial es procedente cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados”, es decir, en esta norma se incluyen los

³²⁵ Ibíd., pp. 8 y 9.

³²⁶ Estados Unidos. Supreme Court of the United States. *Kumho Tire Company, Ltd., et al., Petitioners v. Patrick Carmichael, etc., et al.* PP. 3 y 4.

³²⁷ Ibíd., p. 8.

³²⁸ Ibíd.

³²⁹ Ibíd., p. 1.

³³⁰ National Research Council. *The age of expert testimony*. Op. Cit., p. 9. Esta sentencia tuvo como consecuencia la modificación del artículo 702 de las Reglas Federales de Evidencia. National Research Council. *The age of expert testimony*. Op. Cit., p. 9. El artículo 702 de las Reglas Federales de Evidencia quedó redactado así: “Un testigo que está cualificado como experto por el conocimiento, habilidad, experiencia, entrenamiento, o educación puede declarar en la forma de una opinión o de otra manera si: (a) el conocimiento científico, técnico o especializado del experto ayudará al juez a entender la evidencia o determinar un hecho en cuestión; (b) el testimonio está basado en suficientes hechos o datos; (c) el testimonio es el producto de principios confiables y métodos; y (d) el experto ha aplicado de manera fiable los principios y métodos a los hechos del caso”.

diversos campos del conocimiento susceptibles de la prueba pericial, tal y como se ha hecho, verbigracia, en la jurisprudencia recién mencionada. En la misma línea, el artículo 417, sobre instrucciones para interrogar al perito, señala que el perito debe ser interrogado en relación con los siguientes aspectos:

1. Sobre los antecedentes que acrediten su conocimiento teórico sobre la ciencia, técnica o arte en que es experto.
2. Sobre los antecedentes que acrediten su conocimiento en el uso de instrumentos o medios en los cuales es experto.
3. Sobre los antecedentes que acrediten su conocimiento práctico en la ciencia, técnica, arte, oficio o afición aplicables.
4. Sobre los principios científicos, técnicos o artísticos en los que fundamenta sus verificaciones o análisis y grado de aceptación.
5. Sobre los métodos empleados en las investigaciones y análisis relativos al caso.
6. Sobre si en sus exámenes o verificaciones utilizó técnicas de orientación, de probabilidad o de certeza.
7. La corroboración o ratificación de la opinión pericial por otros expertos que declaran también en el mismo juicio, y
8. Sobre temas similares a los anteriores.

Fíjese que si se compara aquello que debe ser preguntado al perito en la práctica de la prueba pericial con los criterios mencionados en *Daubert* se encuentran establecidos de forma similar. Sin embargo, en materia de teorías noveles, el artículo 422 fija unos parámetros bastante relajados, como quiera que solo exige uno de los siguientes requisitos:

ARTÍCULO 422. ADMISIBILIDAD DE PUBLICACIONES CIENTÍFICAS Y DE PRUEBA NOVEL. Para que una opinión pericial referida a aspectos noveles del conocimiento sea admisible en el juicio, se exigirá como requisito que la base científica o técnica satisfaga al menos uno de los siguientes criterios:

1. Que la teoría o técnica subyacente haya sido o pueda llegar a ser verificada.
2. Que la teoría o técnica subyacente haya sido publicada y haya recibido la crítica de la comunidad académica.
3. Que se haya acreditado el nivel de confiabilidad de la técnica científica utilizada en la base de la opinión pericial.
4. Que goce de aceptabilidad en la comunidad académica.

Entonces, es bastante discutible la decisión del legislador colombiano de solo exigir uno cualquiera de los cuatro requisitos citados, de manera específica los criterios 1 y 3, que en casos en concreto pueden generar problemas para el juez en cuanto a su verificación. Así mismo, el artículo 420 fija qué debe tenerse en cuenta a la hora de valorar la prueba pericial:

ARTÍCULO 420. APRECIACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL. Para apreciar la prueba pericial, en el juicio oral y público, se tendrá en cuenta la idoneidad técnico científica y moral del perito, la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder, el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito, los instrumentos utilizados y la consistencia del conjunto de respuestas.

Por ende, le corresponde al juez, entonces, fundamentar el porqué toma partido por uno u otro dictamen o por ninguno:

[...]es el juzgador quien goza de plena libertad a la hora de determinar a cuál le otorga credibilidad, desde luego exponiendo las razones de sus dichos³³¹.

Así, por ejemplo, en un caso de acceso carnal abusivo, en el que existían dictámenes contradictorios, la Corte basó su decisión en que el dictamen pericial debía valorarse junto con los demás medios de prueba y en el hecho de que uno de los dos peritos tenía un mayor tiempo de experiencia profesional que el otro:

El artículo 380 de la Ley 906 de 2004 establece la obligación de valorar conjuntamente los medios de prueba, resultando contrario a ese mandato el proceder del demandante, quien ponderó exclusivamente la experticia de la doctora Ríos Barco y dejó de lado las demás pruebas al obviar la declaración de la menor ofendida, de la Comisaria de Familia e ignorar el examen sexológico practicado por el médico Marín Moreno...Por demás, el artículo 420 de la Ley 906 de 2004 establece que para apreciar la prueba pericial debe considerarse la idoneidad técnico-científica y moral del perito, aspecto que incluye el conocimiento práctico del tema sobre el que conceptúa. Pues bien, la Sala encuentra que quien tenía más experiencia en la realización de exámenes sexológicos era el doctor Iván Marín Moreno. Cuando valoró a M.G.E., en efecto, llevaba dos años como médico en el Hospital de Liborina y había realizado múltiples estudios de esa naturaleza. En consecuencia, su experticia tiene mayor peso probatorio, con mayor razón si encuentra apoyo en los demás elementos de prueba acopiados en el juicio, como se reseñó anteriormente. Por su parte, la doctora Ríos Barco, quien examinó a la ofendida el 8 de agosto de 2011, reconoció que cuando lo hizo apenas iniciaba su año rural en el centro hospitalario, lo que permite inferir fundadamente que no tenía mayor experiencia práctica en el tema³³².

Fíjese, sin embargo, que en este caso no se trató de valorar la mayor o menor científicidad de los dictámenes sino solo la mayor experiencia de uno de los expertos, aunque este no fue el único argumento, sino que se analizó en conjunto con los demás elementos probatorios que aparecían en el proceso. En todo caso, lo que es una realidad es que la dificultad en el análisis de las pruebas periciales está presente en todos los países, además, porque la ciencia no es inamovible:

Los expertos en muchos campos reconocen la posibilidad de que investigaciones posteriores quizás socaven la aceptada sabiduría de hoy. 'Nunca digas nunca jamás' es una frase que hemos escuchado de testigos expertos en muchos contextos diferentes. Ello normalmente no proporciona una base para rechazar la prueba pericial, o incluso para hacer aparecer mágicamente dudas sobre el posible impacto de la investigación subsiguiente³³³.

³³¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 46858, 25 de noviembre de 2015, p. 46.

³³² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 49422, 1º de marzo de 2017, pp. 8 y 9.

³³³ Court Of Appeal (Criminal Division), Cannings, R v [2004], fundamento 178.

Sobre la dificultad en la valoración de la prueba pericial es paradigmático el caso de *Court Of Appeal (Criminal Division), Cannings, R v [2004]*: en este caso una mujer, Angela Cannings, tuvo 4 hijos. Gemma, nacida el 14 de agosto de 1989; Jason, nacido el 25 de abril de 1991; Jade, nacida el 15 de enero de 1996, y Matthew, nacido el 5 de julio de 1999. Gemma murió el 14 de noviembre de 1989. Ella tenía 13 semanas de edad. Jason sufrió un Evento de Aparente Amenaza a la Vida (de aquí en adelante ALTE)³³⁴ cuando tenía 6 semanas, pero murió el 13 de junio de 1991, una semana después, más o menos, de haber sido dado de alta en el hospital. Jade sufrió un ALTE el 1º de abril de 1996, cuando tenía 11 semanas. Ella se recuperó por completo. El 3 de noviembre de 1999, Matthew, que tenía 17 semanas, sufrió un episodio de ALTE. Él fue dado de alta del hospital, pero murió 9 días después. Angela Cannings fue acusada y condenada por dos cargos de homicidio y se le impuso por cada uno de ellos la pena de cadena perpetua. El acusador decía que ella “había ahogado a Jason y Mattherw con la intención de matarlos o hacerles daño corporal serio al obstruir sus vías respiratorias superiores”. Como sustento de esta acusación “se sugirió que la muerte de Gemma y cada uno de los ALTE también fueron resultantes de sofocación por la acusada y que la muerte de Jason y Matthew formaron parte de un ‘patrón’ en general”³³⁵. Uno de los puntos principales de discusión era la posibilidad de que 3 miembros de una familia perecieran sin que se pudiera determinar en concreto la causa de la muerte. Así mismo, la acusación señalaba que los cuatro hijos de la acusada sufrieron graves episodios de ALTE o la muerte, o ambos, cuando eran bebés pequeños. El acusador hizo referencia a un “patrón de eventos” que se reforzaba por el hecho de que todos los ALTE ocurrieron siempre cuando la acusada estaba sola, nunca cuando ella estaba junto con su esposo o cuando los menores estaban en el hospital. Frente a este argumento, la Corte de Apelaciones, al conocer el recurso de apelación en contra de las dos condenas, manifestó que si bien ello era cierto, también lo era que los incidentes de

³³⁴ “Un evento de aparente amenaza a la vida, denominado en Inglés ALTE (Apparent Life Threatening Event), se define como un episodio inesperado y brusco que alarma al observador, caracterizado por uno o más de los siguientes signos; compromiso de la actividad respiratoria (apnea, ahogo o sofocación), cambio de coloración (cianosis, palidez o rubicundez) y/o alteraciones del tono muscular (hipo o hipertonia). El ALTE no es una enfermedad específica en sí misma, sino una forma de presentación clínica de diversos problemas o patologías. Se presenta de preferencia en lactantes alrededor de los dos meses de vida, siendo su etiología variada. Hay casos en los cuales no es posible atribuir la causa a una patología determinada (idiopáticos)3. La incidencia de ALTE es muy variable según distintos estudios internacionales. Un estudio realizado en Nueva Zelanda informó que 9,4 de mil nacidos vivos ingresaron a hospitales a causa de ALTE4. En centros Franceses el 2% de los niños internados en centros pediátricos corresponden a ALTE2. En Chile, no existen estudios publicados sobre estos aspectos epidemiológicos. Los niños que consultan por un ALTE son, aún en la actualidad, un desafío para el médico, en especial en lo que se refiere a su enfoque etiológico, a pesar de los avances en los procedimientos de diagnóstico”. ZENTENO, Daniel et al. Causas atribuidas a eventos de aparente amenaza a la vida del lactante. En: Revista chilena de pediatría, v.79 n.2, 2008, p. 164.

³³⁵ Court Of Appeal (Criminal Division), Cannings, R v [2004], fundamento 4.

Síndrome de muerte súbita del lactante (de aquí en adelante SMIS³³⁶), de acuerdo a la investigación científica sobre el particular, ocurrían predominantemente a la hora en la que la acusada siempre se encontraba sola en casa porque su marido estaba trabajando³³⁷. Incluso, sobre el carácter de patrón señaló la Corte³³⁸:

En cualquier caso, dudamos de la idoneidad de la descripción, "patrón". Sería más exacto para describir lo ocurrido en la familia Cannings como una "serie" en lugar de un "patrón" de eventos. En el caso de Gemma, su muerte no fue precedida por un ALTE. No hubo ninguno. En el caso de Jason hubo un ALTE, que, si el acusador estuviera en lo cierto, ocurrió justo luego de la producción deliberada de daño por la Sra. Cannings", muy atípico porque se dio justo "en el momento cuando llegaba el inspector de salud. A esto le siguió algunos días más tarde su muerte. En el caso de Jade, sin embargo, un ALTE, del que fue dicho por el acusador haber sido una muerte virtual, no fue precedido por un ALTE, ni tampoco seguido por un ALTE o la muerte. En el caso de Matthews, el primer incidente no fue considerado para nada por los expertos médicos del acusador como un ALTE. Así que su muerte fue precedida por lo que no fue más que un 'episodio' que había llevado a su madre a pedir ayuda aunque su vida no estuviera en peligro aparente. En este análisis, la historia de cada niño fue diferente de la de cada otro de los otros niños³³⁹.

³³⁶ "El conveniente acrónimo SIDS requiere una pequeña ampliación, particularmente en lo referente a la última 'S', que está ahí por síndrome. Tratar el problema como un síndrome tiende a oscurecer el hecho de que las muertes infantiles repentinas inexplicables ocurren en diferentes circunstancias, y algunas pueden ser multifactoriales, el resultado de una coincidencia de procesos que, tomados aisladamente, no causarían necesariamente la muerte. Ninguna condición subyacente para cada muerte categorizada como SIDS ha sido identificada. El punto crítico de cada muerte calificada como tal es que es de hecho inexplicable y que su causa o causas, aunque naturales, es o son aún desconocidas. El SIDS no se aplica, o si atribuyeron al SIDS ya no es applicable, a las muertes que son clínicamente explicables o resultantes de trauma demostrable. En cada caso de SIDS el mecanismo de muerte es el mismo, apnea, pérdida de la respiración o el cese de la respiración. En un caso verdadero de SIDS no sabemos por qué la respiración de un bebé en particular se detuvo. Todo lo que sabemos es que por alguna inexplicable razón lo hizo. Una razón obvia para la pérdida de la respiración es la sofocación o alguna interferencia deliberada en el proceso de respiración normal del niño. Sin embargo el mismo proceso, con el mismo resultado, también se produce naturalmente. En el contexto actual, los ALTE son SIDS en los que de hecho no se ha producido ninguna muerte. Una vez más, abordar el tema en términos legos, los ALTE se pueden describir con exactitud razonable como eventos amenazadores para la vida infantil súbitos y agudos o aparentes. Ellos representan la consecuencia de una inesperada e inexplicable pérdida temporal o cese de la respiración que se ha producido naturalmente. Independientemente de que la causa sea natural o una interferencia perjudicial, el cuerpo del niño experimenta gran estrés. Si el evento es el resultado de una interferencia deliberada en la respiración del niño no es un verdadero ALTE: es intento de homicidio o intento de lesiones corporales graves". Court Of Appeal (Criminal Division), Cannings, R v [2004], fundamento 9.

³³⁷ Court Of Appeal (Criminal Division), Cannings, R v [2004], fundamento 157.

³³⁸ Ibíd., fundamento 158.

³³⁹ Sobre los argumentos de la acusada vale la pena su revisión por su invocación en contra de las pruebas periciales, tal y como lo describe la Corte: "En contra de los factores ajenos a la prueba pericial de la Fiscalía, la apelante nos invitó a considerar un número de otros factores que, otra vez en sentido común, eran pertinentes. Nadie dudó que cada uno de estos bebés fue un hijo deseado, bendecido con amor, cariño y cuidado de ambos padres. No hubo ninguna sugerencia de mal genio, comportamiento inadecuado, malos

Debe mencionarse que en el proceso había opiniones de expertos que apuntaban en uno u otro sentido sobre si las muertes de los 3 menores eran o no consecuencia del ALTE³⁴⁰, justamente por el hecho de que se presentaran en 3 miembros de una familia, muchos más cuando las muertes ocurrían momentos después de que dicho miembros habían sido vistos sin ningún síntoma, en buenas condiciones de salud³⁴¹. Al final, la Corte de Apelaciones revocó los fallos condenatorios señalando:

Al expresarnos de esta manera, reconocemos que quizá no se haga justicia en un pequeño número de casos en donde en verdad una madre ha deliberadamente matado a su bebé sin dejar ninguna evidencia identificable del crimen. Esto es un resultado indeseable, que, sin embargo, evita uno peor. Si el homicidio no puede ser probado, la condena no puede ser segura. En un caso penal, simplemente no es suficiente poder establecer aún una alta probabilidad de la responsabilidad. A menos que estemos seguros de la responsabilidad, siempre permanece la terrible posibilidad de que una madre, ya brutalmente marcada por la inexplicable muerte o muertes de sus bebés, se encuentre en prisión de por vida por matarlos cuando ella no debería estar allí de ninguna manera. En nuestra comunidad, y en cualquier comunidad civilizada, esto es aborrecible³⁴².

Entonces, se evidencia que la problemática de la valoración probatoria de la prueba pericial es una cuestión que ha estado, está y estará presente en los procesos judiciales por la ya mencionada cada vez mayor relevancia de la ciencia en la vida social y, en consecuencia, en los procesos judiciales. Si bien algo enseña la experiencia de manera continua es que es absolutamente normal que en la ciencia existan enfrentamientos entre expertos: lo que hoy es ciencia mañana puede ser una teoría sobre la que no se entiende

tratos, por no hablar de violencia, en cualquier momento con cualquiera de los cuatro niños. Aunque tres de ellos murieron muy jóvenes, Jade no...cuando se dice que cuatro niños han sido deliberadamente lesionados, es una característica inusual. Es distinto del hecho adicional de que si era cierto que la apelante había intentado matar a cada uno de sus cuatro hijos, durante cada uno de estos seis incidentes, hubo una ausencia de la más mínima evidencia de interferencia física que podría apoyar la alegación de que ella deliberadamente los había lastimado. Por supuesto que es posible sofocar a un bebé sin dejar ningún signo físico perceptible en examen médico o post mortem. Sin embargo, dado que el acusador dijo que los cuatro niños habían sido sometidos a violencia suficiente para causar la muerte, la ausencia de signos físicos de lesiones fue algo sorprendente. No hubo ningún sangrado abundante fresco en los pulmones de los niños muertos ni hemorragia petequial. No había ninguna marca de presión que mostrara enrojecimiento en la zona de la boca y nariz, ni sangre ni fluido sanguíneo en la nariz. Ningún moretón fue descubierto en la superficie de la piel, o de hecho por vía subcutánea. El frenillo, en cada caso, estaba intacto". Court Of Appeal (Criminal Division), Cannings, R v [2004], fundamento 160.

³⁴⁰ No solo habían opiniones de expertos, sino también estudios sobre la muerte de infantes. Court Of Appeal (Criminal Division), Cannings, R v [2004], fundamentos 138 a 161.

³⁴¹ Por motivos de espacio no podemos llevar a cabo una exposición de las opiniones de los expertos en el proceso, pero sí debe destacarse que existían opiniones discordantes sobre la causa de la muerte de los 3 menores.

³⁴² Court Of Appeal (Criminal Division), Cannings, R v [2004], fundamento 179.

cómo fue considerada como cierta, pero también es cierto que el sistema penal adversativo (teórico) y, en consecuencia, los sistemas penales de tendencia adversativa (realidad), con sus expertos traídos al proceso penal por las partes exacerbaban al máximo cualquier discrepancia de carácter científico³⁴³. No existe ninguna fórmula mágica sobre cómo resolver casos en concreto cuando se tienen expertos enfrentados y, por ende, pruebas periciales opuestas: el artículo 420 de la Ley 906 fija unos parámetros para la apreciación de la prueba pericial, pero creemos que los criterios de *Daubert* para la admisión de la prueba también deberían ser considerados para su valoración. En todo caso, se evidencia como indispensable la formación permanente de los funcionarios judiciales en el empleo forense de las ciencias, porque, como ya se dijo, la ciencia tendrá cada día mayor protagonismo en los procesos judiciales.

Por último, y en todo caso, no podemos dejar de llamar la atención que en otros ámbitos, en donde hay sistema penales de tendencia adversativa, como es el caso de Inglaterra, ya se incluyen disposiciones que buscan hacerle frente a este problema mediante la imposición de deberes de objetividad e imparcialidad al experto que comparece como perito en un proceso penal. En efecto, el artículo 19.2. de las Reglas de procedimiento penal de 2015 señala:

Deberes del experto hacia la corte 19.2.—(1) Un experto debe ayudar a la corte a lograr el objetivo primordial— (a) rindiendo un dictamen que sea (i) objetivo e imparcial y (ii) dentro del área o áreas de especialización del experto; y (b) asistiendo activamente a la corte en el cumplimiento de su deber de gestión de casos...en particular mediante: (i) el cumplimiento de las indicaciones dadas por la corte e (ii) informando inmediatamente a la corte de cualquier falla importante (del experto u otra persona) para tomar cualquier paso requerido por tal cuestión. (2) Este deber reemplaza cualquier obligación con la persona de quien el experto recibe instrucciones o de quien le paga al experto. (3) Este deber incluye las obligaciones: (a) de definir el área o áreas de especialización del experto — (i) en el informe del experto y (ii) al dar evidencia en persona; (b) al rendir la prueba pericial en persona, de llamar la atención de la corte sobre cualquier pregunta cuya respuesta esté fuera de su área o áreas de especialización; y (c) de informar a todas las partes y a la corte si la opinión del experto cambia de aquella contenida en un reporte presentado como evidencia o dada en una declaración³⁴⁴.

A su vez, el objetivo principal se define así:

Que se define así: “El objetivo primordial 1.1.—(1) El objetivo primordial de este Código Procesal es que los casos penales sean resueltos de manera justa. (2) Resolver de manera justa un caso penal incluye— (a) absolver al inocente y condenar al culpable; (b) ocuparse de manera justa de la acusación y la defensa; (c) reconocer los derechos del acusado, particularmente

³⁴³ DAMAŠKA, Mirjan. Evidence law adrift. Op. Cit., p. 145.

³⁴⁴ The Criminal Procedure Rules 2015. PP. 244 y 245.

aquellos del artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos; (d) respetar los intereses de los testigos, de las víctimas y jurados manteniéndolos informados de los avances del caso; (e) resolver el caso de manera eficiente y rápida; (f) asegurar que información adecuada esté disponible para el tribunal cuando se consideren la libertad bajo fianza y la sentencia; y (g) resolver el caso de manera que se tenga en cuenta— (i) la gravedad del delito alegado, (ii) la complejidad de lo que está en cuestión, (iii) la severidad de las consecuencias para el acusado y otros afectados y (iv) las necesidades de otros casos”³⁴⁵.

Como se ve, y al recordar las características del sistema penal adversativo, así como el hecho de que no hay sistemas puros en la realidad, estos deberes del experto plantean inquietudes en cuanto al papel del juez como un tercero imparcial, pues la labor del experto se convierte en asistir a la búsqueda del objetivo primordial, que es resolver los casos de manera *justa*, elementos estos que tienen una innegable proximidad a elementos propios de un sistema inquisitivo, según se explicó en el módulo 1, por lo que nos remitimos a lo dicho en él. Además, este ejemplo nos pone de presente la naturaleza mixta de los sistemas penales en el mundo y como el sistema penal inglés, origen de los sistemas adversativos, también tiene características propias de un sistema penal inquisitivo. En tal sentido, el sistema penal colombiano de tendencia adversativa, con las particularidades que tiene, no debe ser visto como una excepción, sino como un caso más de mixtura de sistemas. Ello, sin embargo, no debe ser entendido como una carta blanca para mezclar elementos de los sistemas, sino que debe procurarse un sistema que garantice los derechos de las víctimas, pero sin olvidar que el surgimiento del Derecho penal tuvo como fin controlar el poder punitivo del Estado frente al ciudadano sujeto de la acción penal. El discurso de la víctima como *olvidado del sistema penal* debe ser visto con cuidado porque está llevando a una situación de disminución de las garantías procesales del ciudadano sujeto de la acción penal en aras de lograr justicia para las víctimas, sin que exista claridad del todo sobre qué se entiende por justicia y, además, con los peligros que ello involucra si se entiende justicia como castigo al victimario para la satisfacción de los deseos de las víctimas, tal y como ya también se explicó en el módulo 1º, al que remitimos al lector.

³⁴⁵ Ibíd., p. 22.

ap

Actividades pedagógicas

- 1) Defina qué son las estipulaciones probatorias y cuáles son sus características.
- 2) Dentro de las clases de sistemas procesales penales, ¿en cuál de ellos encuadran las estipulaciones probatorias y por qué?
- 3) Analice las características de las estipulaciones probatorias en contexto con la búsqueda de la verdad y la justicia en el proceso penal.
- 4) Precise qué es el testigo de acreditación y haga un recuento de la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema en relación a en qué casos es necesario.
- 5) Explique qué es el dictamen pericial, el informe pericial y la prueba pericial.
- 6) Dilucide las diferencias entre el testigo perito y el testigo técnico.
- 7) ¿En qué casos es necesario un dictamen pericial?
- 8) ¿Qué es el fundamento científico del informe pericial y cuáles sus elementos?
- 9) ¿Qué debe tener en cuenta el juez al momento de valorar un dictamen pericial? ¿Qué debe valorar el juez si tiene dos dictámenes periciales contradictorios? ¿Constituyen los dictámenes periciales contradictorios un obstáculo a la búsqueda de la verdad y la justicia en el proceso penal o son medios para su obtención?
- 10) ¿Qué requisitos debe satisfacer una teoría novel en un dictamen pericial para ser admisible en juicio? ¿Qué debe tener en cuenta el juez a la hora de valorar un dictamen pericial basado en una teoría novel?

ae

Autoevaluación

A su despacho como juez o jueza llega un proceso con los siguientes hechos: "Durante la madrugada...Dorothy Wood estaba en cama...Tenía 94 años de edad, era artrítica y totalmente sorda...fue asesinada por un intruso que, por medio de una palanqueta o destornillador, forzó una pequeña ventana con travesaño encima de su cama y pasó a través de ella. Entonces él sofocó a su víctima con su almohada...El examen de la escena reveló huellas de orejas sobre el vidrio de la ventana inmediatamente debajo de la ventana de travesaño que fue forzada. Las ventanas habían sido limpiadas tres o cuatro semanas antes. Esas huellas fueron examinadas por dos expertos que las compararon con aquellas proveídas por el procesado y otras personas. El primer experto era...un oficial de la policía holandesa que se había especializado en la comparación de huellas de oreja por más de una década. El segundo experto era...profesor de Medicina y Ciencia Forense en la Universidad de Glasgow. Los dos expertos concluyeron que las impresiones de la oreja encontradas en la escena concordaban con las huellas de control proporcionadas por el procesado". Court Of Appeal (Criminal Division), Dallagher [2002] EWCA Crim 1903, numeral 2.

De acuerdo al caso expuesto, resuelva los siguientes interrogantes:

- 1) ¿Sería o no admisible en el proceso penal colombiano tal tipo de dictamen pericial? Sustente su respuesta.
- 2) Si fuera juez o jueza en un proceso penal en el que hubiera sido considerado como admisible un dictamen pericial en tal sentido, ¿qué valor le daría al mismo? ¿Cambiaría su posición si en el proceso existieran dos dictámenes periciales sobre huellas de oído enfrentados? Fundamente su respuesta.

Jurisprudencia
ESTIPULACIONES PROBATORIAS

j

- 1) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 27281, de 13 de junio de 2007. M. P. Julio Enrique Socha Salamanca.
- 2) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 29001, de 19 de agosto de 2008. M. P. Javier Zapata Ortiz.
- 3) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso Núm. 31853, de 15 de septiembre de 2010. M. P. Alfredo Gómez Quintero.
- 4) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 28212, de 10 de octubre de 2007. M. P. Jorge Luis Quintero Milanés.
- 5) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Segunda Instancia Núm. 40336, de 30 de enero de 2013. M. P. Fernando Alberto Castro Caballero.
- 6) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 41505 de 11 de septiembre de 2013. M. P. Fernando Alberto Castro Caballero.
- 7) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 42720 de 18 de septiembre de 2014. M. P. Eugenio Fernández Carlier.
- 8) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 47666, de 15 de junio de 2016. M. P. José Luis Barceló Camacho.
- 9) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 44106, de 24 de agosto de 2016. M. P. Luis Guillermo Salazar Otero.
- 10) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 49689, de 5 de abril 2017. M. P. Eyder Patiño Cabrera.
- 11) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 48814, de 11 de octubre de 2017. M. P. Luis Guillermo Salazar Otero.

j

Jurisprudencia

TESTIGO DE ACREDITACIÓN

- 1) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 31049, de 26 de enero de 2009. M. P. Julio Enrique Socha Salamanca.
- 2) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 31001, de 21 de octubre de 2009. M. P. Javier Zapata Ortiz.
- 3) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Segunda Instancia. Proceso Núm. 38187, de 24 de julio de 2012. M. P. Julio Enrique Socha Salamanca.
- 4) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Única Instancia. Proceso Núm. 36784, de 17 de septiembre de 2012. Audiencia de juicio oral.
- 5) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 43007, de 6 de abril de 2016. M. P. José Luis Barceló Camacho.
- 6) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 46278, de 1º de junio de 2017. M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

j

Jurisprudencia

DICTAMEN PERICIAL

- 1) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 26128, de 11 de abril de 2007. M. P. Jorge Luis Quintero Milanés.
- 2) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 22019, de 16 de septiembre de 2009. M. P. Julio Enrique Socha Salamanca.
- 3) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Segunda Instancia. Proceso Núm. 32882, de 27 de junio de 2012. M. P. Javier Zapata Ortiz.
- 4) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 46312, de 19 de agosto de 2015. M. P. Eyder Patiño Cabrera.
- 5) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 46858, 25 de noviembre de 2015. M. P. Gustavo Enrique Malo Fernández.
- 6) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 49422, de 1º de marzo de 2017. M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa.
- 7) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Núm. 47093, de 30 de agosto de 2017. M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

b

Bibliografía seleccionada

APPAZOV, Artur. Expert Evidence and International Criminal Justice. Cham. Springer. 2016.

BERGER, Margaret A. The Admissibility of Expert Testimony. En: Reference Manual on Scientific Evidence. Third Edition. Washington. The National Academies Press. 2011.

BOWERS, C. Michael. Forensic Testimony, Science, Law and Expert Evidence. Oxford. Elsevier. 2014.

DOAK, Jonathan and Claire McGourlay. Criminal evidence in context. Second Edition. Oxford. Routledge-Cavendish. 2009.

DWYER, Déirdre. The judicial assessment of expert evidence. New York. Cambridge University Press. 2008.

FERRER BELTRÁN, Jordi. Prueba y verdad en el derecho. Madrid. Marcial Pons. 2005.

FISHER. Jim. Forensics under fire: are bad science and dueling experts corrupting criminal justice? New Jersey. Rutgers University Press. 2008.

HAACK, Susan. Evidence Matters. Science, Proof, and Truth in the Law. New York, Cambridge University Press. 2014.

KEANE, Adrian y Paul McKeown. The Modern Law of Evidence. Ninth Edition. Oxford, Oxford University Press. 2012.

KIELY Terrence F. Science and the criminal law. Second edition. Boca Ratón. Taylor & Francis. 2006.

National Research Council. The age of expert testimony. Science in the courtroom. Report of a workshop. Washington, D. C. National Academy Press. 2002.

NIEVA FENOLL, Jordi. La valoración de la prueba. Madrid. Marcial Pons. 2010.

ROBERTSON, Bernard *et al.* Interpreting Evidence. Evaluating Forensic Science in the Courtroom. Second Edition. Oxford. Wiley. 2016.

VÁSQUEZ ROJAS, Carmen. De la prueba científica a la prueba pericial. Madrid. Marcial Pons. 2015.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

ARMENTA DEU, Teresa. Lecciones de derecho procesal penal. Madrid. Marcial Pons. 2003.

ARMENTA DEU, Teresa. Estudios de justicia penal. Madrid: Marcial Pons, 2014.

Attorney General for England and Wales. *"Attorney General's Guidelines on Disclosure"*. 2005. Disponible en: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/16237/Attorney_General_s_guidelines_on_disclosure_2005.pdf.

Criminal Justice Act 1967. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/80>

DAMAŠKA, Mirjan. Evidence law adrift. New Haven: Yale University Press, 1997.

DEARING, Albin. Justice for Victims of Crime. Human Dignity as the Foundation of Criminal Justice in Europe. Cham: Springer International Publishing, 2017.

El Colombiano. 2017. 15 de noviembre. "Madre de once hijos fue asesinada en Medellín, al parecer, por su esposo". Disponible en: <http://www.elcolombiano.com/antioquia/seguridad/homicidio-de-mujer-en-el-barrio-santa-lucia-YC7703054>

El Espectador. 2017a. 2 de noviembre. "'Lastimosamente en el país no existe la pena de muerte': padre de Yuliana Samboni". Disponible en: <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/lastimosamente-en-el-pais-no-existe-la-pena-de-muerte-padre-de-yuliana-samboni-articulo-686885>

El Espectador. 2017b. 2 de noviembre. "Endurecen condena contra Rafael Uribe Noguera: pagará 58 años de cárcel". Disponible en: <https://www.elespectador.com/noticias/bogota/endurecen-condena-contra-rafael-uribe-noguera-pagara-58-anos-de-carcel-articulo-721123>

El Tiempo. 2016, 5 de diciembre. "ICBF pide cadena perpetua para asesinos y violadores de niños". Disponible en: <http://www.eltiempo.com/cultura/gente/icbf-rechaza-asesinato-de-nina-de-7-anos-en-chapinero-44932>

El Tiempo. 2017, 17 de abril. “Los 20 meses de tortura de Claudia Giovanna antes de ser asesinada”. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/justicia/delitos/historia-de-la-mujer-asesinada-en-c-c-santafe-por-su-expareja-78208>

Federal Rules of Evidence. Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/rules/fre>

INGRAM, Jefferson. Criminal evidence, 10th ed. New York. LexisNexis y Anderson Publishing. 2009.

KIRCHENGAST, Tyrone. Victims and the Criminal Trial. London. Palgrave Macmillan. 2016.

LÓPEZ STERUP, Henrik. Derecho al debido proceso –algunas consideraciones–. Manual de constitución y democracia. Volumen I. De los derechos. Segunda edición. Editado por Ricardo Posada y Henrik López Sterup. Bogotá. Universidad de Los Andes. 2008.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Derecho Penal. Parte General. Tercera edición. Buenos Aires. B de F. 2016.

McLEOD, Allegra M. Exporting U.S. Criminal Justice. En: Yale Law & Policy Review, Vol. 29, No. 1 (fall 2010), p. 83-164. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/41308526>

MUNDAY, Roderick. Evidence. 7th edition. Oxford. Oxford University Press. 2013.

MURPHY, Peter. Murphy on evidence, 8.^a ed. New York. Oxford University Press. 2003.

O'MARA, Shane. Why Torture Doesn't Work. The Neuroscience of Interrogation. Cambridge. Harvard University Press. 2015.

PACKER, Herbert L. Two Models of the Criminal Process. En: University of Pennsylvania Law Review, Vol. 113, No. 1, (Nov., 1964), p. 1-68. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/3310562>

Reino Unido. The Criminal Procedure Rules 2015. Disponible en: <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/criminal/docs/2015/criminal-procedure-rules-practice-directions-2015-november-2017.pdf>

ROBINSON, Paul H. Intuitions of Justice and the Utility of Desert. New York. Oxford University Press. 2013.

ROXIN, Claus. Derecho penal. Parte general, t. 1. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid. Civitas. 1997.

ROXIN, Claus. La teoría del delito en la discusión actual. Traducción de Manuel A. Abanto Vásquez. Lima. Grijley. 2016.

SILVA GARCÍA, Germán. Criminología. Teoría sociológica del delito. Segunda edición. Bogotá. Instituto Latinoamericano de Altos Estudios. 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. ¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”. En: Santiago Mir Puig (dir.). Derecho penal del siglo XXI. Madrid. Consejo General del Poder Judicial. 2008.

SLOBOGIN, Christopher. Proving the unprovable, New York. Oxford University Press. 2007.

Tribunal de Defensa de la Competencia Español. Resolución 240 de 28 de octubre de 1997. Disponible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/75198_0.pdf

VELANDIA-MONTES, Rafael. El Principio de Oportunidad en el Derecho Procesal Penal Inglés. En: Derechos y Valores, Universidad Militar “Nueva Granada”, 2005, p. 181-225. Disponible en: <http://www.umng.edu.co/documents/63968/72402/PrincipioOpDp.pdf>

VELANDIA-MONTES, Rafael. La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas, tomo I. Bogotá. Instituto Latinoamericano de Altos Estudios. 2015. Disponible en: http://www.ilae.edu.co/Ilae_Files/Libros/201507090851081068047782.pdf

VELANDIA-MONTES, Rafael. La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas, tomo II. Bogotá. Instituto Latinoamericano de Altos Estudios. 2015. Disponible en: http://www.ilae.edu.co/Ilae_Files/Libros/20150901112542030225977.pdf

VELANDIA-MONTES, Rafael. Del populismo penal a la punitividad: la política penal en Colombia en el siglo XXI. Bogotá. Universidad Católica de Colombia. 2017. Disponible en: <http://publicaciones.ucatolica.edu.co/pdf/del-populismo.pdf>

VELANDIA-MONTES, Rafael. Los sí delincuentes: visiones sociales sobre la pena, la criminalidad y el sistema penal. Bogotá. Instituto Latinoamericano de Altos Estudios. 2018. Disponible en: http://www.ilae.edu.co/web/Ilae_Files/Libros/20181206095155171300571.pdf

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* Derecho penal, parte general. Buenos Aires. Ediar. 2000.

ZENTENO, Daniel *et al.* Causas atribuidas a eventos de aparente amenaza a la vida del lactante. En: Revista chilena de pediatría, v.79 n.2, 2008. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rcp/v79n2/art06.pdf>

JURISPRUDENCIA

Corte Europea de Derechos Humanos. (1998). Caso de OSMAN v. EL REINO UNIDO. (87/1997/871/1083). Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-58257"\]}}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

Estados Unidos. Court Of Appeal (Criminal Division), Cannings, R v [2004] EWCA Crim 1 (19 January 2004). Disponible en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/2004/1.html>

Estados Unidos. Court of Appeals of District of Columbia, Frye v. United States. 293 F. 1013 (D. C. Cir 1923). Disponible en: <http://www.law.ufl.edu/faculty/little/topic8.pdf>

Estados Unidos. Supreme Court of the United States. Daubert et ux., individually and as guardians ad litem for Daubert et al. vs. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U. S. 579. Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/92-102.ZS.html>

Estados Unidos. Supreme Court of the United States. General Electric Company, et al., Petitioners v. Robert K. Joiner et ux. Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/supct/pdf/96-188P.ZO>

Estados Unidos. Supreme Court of the United States. General Electric Company, et al., Petitioners v. Robert K. Joiner et ux. Justice Breyer, concurring. Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/supct/pdf/96-188P.ZC>

Estados Unidos. Supreme Court of the United States. Kumho Tire Company, Ltd., et al., Petitioners v. Patrick Carmichael, etc., et al. Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/supct/pdf/97-1709P.ZO>

Inglaterra y Gales. Dallagher [2002] EWCA Crim 1903 (25th July, 2002). Disponible en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/2002/1903.html>

Inglaterra y Gales. Cannings, R v [2004] EWCA Crim 1 (19 January 2004). Disponible en:
<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/2004/1.html>

ANEXO 1

Sentencia C-715 de 2012 de la Corte Constitucional: "En cuanto al derecho a la justicia, la Corte en su jurisprudencia ha establecido diversas reglas, tales como: (i) la obligación del Estado de prevenir las graves violaciones de derechos humanos, especialmente cuando se trata de violaciones masivas, continuas y sistemáticas como el desplazamiento forzado interno; (ii) la obligación del estado de luchar contra la impunidad; (iii) la obligación de establecer mecanismos de acceso ágil, oportuno, pronto y eficaz a la justicia para la protección judicial efectiva de los derechos de las víctimas de delitos. En este sentido, se fija la obligación del Estado de diseñar y garantizar recursos judiciales efectivos para que las personas afectadas puedan ser oídas, y de impulsar las investigaciones y hacer valer los intereses de las víctimas en el juicio; (iv) el deber de investigar, procesar y sancionar judicialmente a los responsables de graves violaciones de derechos humanos como el desplazamiento forzado; (v) el respeto del debido proceso y de que las reglas de procedimiento se establezcan con respeto del mismo; (vi) la obligación de establecer plazos razonables para los procesos judiciales, teniendo en cuenta que los términos desproporcionadamente reducidos pueden dar lugar a la denegación del derecho a la justicia de las víctimas y a la no obtención de una justa reparación; (vii) el deber de iniciar ex officio las investigaciones en casos de graves violaciones contra los derechos humanos; (viii) el mandato constitucional de velar porque los mecanismos judiciales internos tanto de justicia ordinaria, como de procesos de transición hacia la paz, tales como amnistías e indultos, no conduzcan a la impunidad y al ocultamiento de la verdad; (ix) el establecimiento de limitantes y restricciones derivadas de los derechos de las víctimas, frente a figuras de seguridad jurídica tales como el non bis in ídem y la prescriptibilidad de la acción penal y de las penas, en casos de violaciones protuberantes a los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos; (x) la determinación de límites frente a figuras de exclusión de responsabilidad penal o de disminución de las penas en procesos de transición, en cuanto no es admisible la exoneración de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, y por tanto el deber de juzgar y condenar a penas adecuadas y proporcionales a los responsables de los crímenes investigados. Esta regla, como lo ha señalado la Corte, solo puede tener excepciones en procesos de justicia transicional en los cuales se investiguen a fondo las violaciones de derechos humanos y se restablezcan los derechos mínimos de las víctimas a la verdad y a la reparación integral y se diseñen medidas de no repetición destinadas a evitar que los crímenes se repitan; (xi) la legitimidad de la víctima y de la sociedad, en casos de graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario para hacerse parte civil dentro de los procesos penales con el fin de obtener la verdad y la reparación del daño; (xii) la importancia de la participación de las víctimas dentro del proceso penal, de conformidad con los artículos 29, 229 de la Constitución y 8 y 25 de la Convención

Interamericana sobre Derechos Humanos; (xiii) la garantía indispensable del derecho a la justicia para que se garantice así mismo el derecho a la verdad y a la reparación de las víctimas". Corte Constitucional, sentencia C-715 de 2012. PP. 76 y 77.

ANEXO 2

Sentencia C-715 de 2012 de la Corte Constitucional: "En relación con el derecho a la verdad, la jurisprudencia de la Corte ha establecido los siguientes criterios jurisprudenciales: (i) El derecho a la verdad, se encuentra consagrado en los principios 1 a 4 de los Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, y encuentra su fundamento en el principio de dignidad humana, en el deber de memoria histórica y de recordar, y en el derecho al bueno nombre y a la imagen; (ii) Así, las víctimas y los perjudicados por graves violaciones de derechos humanos tienen el derecho inalienable a saber la verdad de lo ocurrido; (iii) este derecho se encuentra en cabeza de las víctimas, de sus familiares y de la sociedad en su conjunto, y por tanto apareja una dimensión individual y una colectiva; (iv) la dimensión individual del derecho a la verdad implica que las víctimas y sus familiares conozcan la verdad sobre los hechos, los responsables y las consecuencias de lo sucedido. Este derecho apareja por tanto, el derecho a conocer la autoría del crimen, los motivos y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos delictivos, y finalmente, el patrón criminal que marca la comisión de los hechos criminales. Esto último, implica el derecho a conocer si el delito que se investiga constituye una grave violación a los derechos humanos, un crimen de guerra o un crimen de lesa humanidad; (v) la dimensión colectiva del derecho a la verdad, por su parte, significa que la sociedad debe conocer la realidad de lo sucedido, su propia historia, la posibilidad de elaborar un relato colectivo a través de la divulgación pública de los resultados de las investigaciones, e implica la obligación de contar con una "memoria pública" sobre los resultados de estas investigaciones sobre graves violaciones de derechos humanos; (vi) el derecho a la verdad constituye un derecho imprescriptible que puede y debe ser garantizado en todo tiempo; (vii) con la garantía del derecho a la verdad se busca la coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real; (viii) este derecho se encuentra intrínsecamente relacionado y conectado con el derecho a la justicia y a la reparación. Así, el derecho a la verdad se encuentra vinculado con el derecho de acceso a la justicia, ya que la verdad sólo es posible si se proscribe la impunidad y se garantiza, a través de investigaciones serias, responsables, imparciales, integrales y sistemáticas por parte del Estado, el consecuente esclarecimiento de los hechos y la correspondiente sanción; (ix) de otra parte, el derecho a la verdad se encuentra vinculado con el derecho a la reparación, ya que el conocimiento de lo sucedido para las víctimas y sus familiares, constituye un medio de reparación; (x) los familiares de las personas desaparecidas tienen derecho a conocer el destino de los desaparecidos y el estado y resultado de las investigaciones oficiales. En este sentido, el derecho a conocer el paradero de las personas desaparecidas o secuestradas se encuentra amparado en el derecho del familiar o allegado de la víctima a no ser objeto de tratos crueles, inhumanos o degradantes y debe ser satisfecho, incluso, si no existen procesos penales en contra de los presuntos responsables (por muerte, indeterminación o cualquier otra causa); (xi)

finalmente, en cuanto al derecho a la verdad, la Corte resalta no solo la importancia y la obligación del Estado de adelantar investigaciones criminales con el fin de esclarecer la responsabilidad penal individual y la verdad de los hechos, sino también la importancia de mecanismos alternativos de reconstrucción de la verdad histórica, como comisiones de la verdad de carácter administrativo, que en casos de vulneraciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos, deben servir a los fines constitucionales antes mencionados". Corte Constitucional, sentencia C-715 de 2012. PP. 77 y 78.

ANEXO 3

Sentencia C-715 de 2012 de la Corte Constitucional: "En cuanto al derecho a la reparación, la jurisprudencia de la Corte ha fijado los siguientes parámetros y estándares constitucionales, en armonía con el derecho y la jurisprudencia internacional en la materia: (i) el reconocimiento expreso del derecho a la reparación del daño causado que le asiste a las personas que han sido objeto de violaciones de derechos humanos, y de que por tanto éste es un derecho internacional y constitucional de las víctimas, como en el caso del desplazamiento forzado; (ii) el derecho a la reparación integral y las medidas que este derecho incluyese encuentran regulados por el derecho internacional en todos sus aspectos: alcance, naturaleza, modalidades y la determinación de los beneficiarios, aspectos que no pueden ser desconocidos y deben ser respetados por los Estados obligados; (iii) el derecho a la reparación de las víctimas es integral, en la medida en que se deben adoptar distintas medidas determinadas no solo por la justicia distributiva sino también por la justicia restaurativa, en cuanto se trata de la dignificación y restauración plena del goce efectivo de los derechos fundamentales de las víctimas; (iv) las obligaciones de reparación incluyen, en principio y de manera preferente, la restitución plena (*restitutio in integrum*), que hace referencia al restablecimiento de la víctima a la situación anterior al hecho de la violación, entendida ésta como una situación de garantía de sus derechos fundamentales, y dentro de estas medidas se incluye la restitución de las tierras usurpadas o despojadas a las víctimas; (v) de no ser posible tal restablecimiento pleno es procedente la compensación a través de medidas como la indemnización pecuniaria por el daño causado; (vi) la reparación integral incluye además de la restitución y de la compensación, una serie de medidas tales como la rehabilitación, la satisfacción y garantías de no repetición. Así, el derecho a la reparación integral supone el derecho a la restitución de los derechos y bienes jurídicos y materiales de los cuales ha sido despojada la víctima; la indemnización de los perjuicios; la rehabilitación por el daño causado; medidas simbólicas destinadas a la reivindicación de la memoria y de la dignidad de las víctimas; así como medidas de no repetición para garantizar que las organizaciones que perpetraron los crímenes investigados sean desmontadas y las estructuras que permitieron su comisión removidas, a fin de evitar que las vulneraciones continuas, masivas y sistemáticas de derechos se repitan; (vii) la reparación integral a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos tiene tanto una dimensión individual como colectiva; (viii) en su dimensión individual la reparación incluye medidas tales como la restitución, la indemnización y la readaptación o rehabilitación; (ix) en su dimensión colectiva la reparación se obtiene también a través de medidas de satisfacción y carácter simbólico o de medidas que se proyecten a la comunidad; (x) una medida importante de reparación integral es el reconocimiento público del crimen cometido y el reproche de tal actuación. En efecto, como ya lo ha reconocido la Corte, la víctima tiene derecho a que los actos criminales sean reconocidos y a que su dignidad sea restaurada a partir del reproche

público de dichos actos. Por consiguiente, una manera de vulnerar de nuevo sus derechos, es la actitud dirigida a desconocer, ocultar, mentir, minimizar o justificar los crímenes cometidos; (xi) el derecho a la reparación desborda el campo de la reparación económica, e incluye además de las medidas ya mencionadas, el derecho a la verdad y a que se haga justicia. En este sentido, el derecho a la reparación incluye tanto medidas destinadas a la satisfacción de la verdad y de la memoria histórica, como medidas destinadas a que se haga justicia, se investigue y sancione a los responsables. Por tanto, la Corte ha evidenciado el derecho a la reparación como un derecho complejo, en cuanto se encuentra en una relación de conexidad e interdependencia con los derechos a la verdad y a la justicia, de manera que no es posible garantizar la reparación sin verdad y sin justicia; (xii) la reparación integral a las víctimas debe diferenciarse de la asistencia y servicios sociales y de la ayuda humanitaria brindada por parte del Estado, de manera que éstos no pueden confundirse entre sí, en razón a que difieren en su naturaleza, carácter y finalidad. Mientras que los servicios sociales tienen su título en derechos sociales y se prestan de manera ordinaria con el fin de garantizar dichos derechos sociales, prestacionales o políticas públicas relativas a derechos de vivienda, educación y salud, y mientras la asistencia humanitaria la ofrece el Estado en caso de desastres; la reparación en cambio, tiene como título la comisión de un ilícito, la ocurrencia de un daño antijurídico y la grave vulneración de los derechos humanos, razón por la cual no se puede sustituirlas o asimilarlas, aunque una misma entidad pública sea responsable de cumplir con esas funciones, so pena de vulnerar el derecho a la reparación; (xiii) la necesaria articulación y complementariedad de las distintas políticas públicas, pese a la clara diferenciación que debe existir entre los servicios sociales del Estado, las acciones de atención humanitaria y las medidas de reparación integral. De esta manera, el Estado debe garantizar todas las medidas, tanto de atención como de reparación a la población desplazada, hasta el restablecimiento total y goce efectivo de sus derechos". Corte Constitucional, sentencia C-715 de 2012. PP. 78 y 79.

ANEXO 4

En el salvamento de voto a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso Núm. 44106, 24 de agosto de 2016, también se fijan como características de las estipulaciones probatorias las siguientes: 1) Se dan entre la Fiscalía y el procesado, sin perjuicio, por supuesto, del poder de representación que tiene el defensor: "Las partes del proceso penal en la Ley 906 de 2004 son la Fiscalía y el procesado. Al defensor se le dan similares facultades por la representación que tiene del incriminado y la gestión que cumple en la actuación penal. La estipulación es un acto de disposición del fiscal y el procesado, el pacto puede afectar en ciertos casos derechos personales de éste último, como cuando se renuncia a través de ellas a la controversia probatoria sobre aspectos que afectan de manera sustancial la situación jurídica del implicado, dado que aquellas pueden comprender la aceptación de la autoría, la materialidad del delito, o un supuesto trascendente con la conducta punible que no involucre la responsabilidad u otras garantías fundamentales, casos en los cuales se requiere la anuencia del procesado"³⁴⁶. En todo caso, en las estipulaciones probatorias prevalece la postura del procesado: "De existir contradicción entre la postura del profesional del derecho y el procesado en torno a las estipulaciones sobre las hipótesis en mención, prevalece la decisión del inculpado, dada la naturaleza del acuerdo, que implica un acto de disposición para el procesado o investigado... En lo que tiene que ver con el consentimiento del procesado, es aplicable por extensión la previsión del artículo 354 del C de P.P. que da prevalencia a "lo que decida el imputado o acusado en caso de discrepancia con su defensor", dado que el texto regula la conducta de las partes originada en consensos, acuerdos o pactos, esto es, de situaciones que tienen como presupuesto la anuencia, elemento común con las estipulaciones"³⁴⁷. Sin embargo, la prevalencia de la postura del procesado no implica que puedan hacerse sin la presencia del defensor: "La validez de la estipulación, además, demanda la asesoría jurídica correspondiente del defensor (artículo 354 del C de P.P.) en protección del derecho de defensa técnica de su representado, por tanto resulta inexistente e inoponible cualquier pacto del fiscal con el procesado sin la intervención del representante judicial de éste"³⁴⁸. 2) El consentimiento del procesado se presume: "Por tratarse la estipulación de un acto de disposición, ello obliga a que su celebración no la realice el defensor a espaldas del incriminado ni en contra de su voluntad, aunque, la anuencia se presume mientras no se demuestre lo contrario, o se infiera de la conducta procesal del inculpado que su voluntad es admitir la autoría o participación, la materialidad del delito o un elemento de la conducta punible en concreto trascendente en

³⁴⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso Núm. 44106, 24 de agosto de 2016, pp. 43 y 44.

³⁴⁷ Ibíd., pp. 44 y 45.

³⁴⁸ Ibíd., p. 46.

el juicio de reproche penal que se le atribuye”³⁴⁹. Empero, en ciertos casos el consentimiento del procesado debe ser expreso: “El consentimiento del procesado debe ser expreso en las estipulaciones que conllevan actos de disposición sobre la autoría o materialidad de la ilicitud o la antijuridicidad de la conducta; en las demás eventualidades, las que no tienen esa trascendencia, las que recaen sobre hechos secundarios, los pactos pueden generarse con el defensor, como cuando se acepta que las circunstancias ocurrieron en un lugar determinado, en una fecha u hora específica, el documento de identidad del procesado o la fecha de nacimiento de éste, ectra (sic)”³⁵⁰. 3) Su práctica difiere de otro tipo de pruebas con las siguientes particularidades: “En efecto, la estipulación i) tiene origen en un acuerdo de voluntades celebrado entre la Fiscalía y la defensa; ii) por ello mismo, el hecho estipulado no puede ser controvertido por aquéllas; iii) su incorporación al acervo probatorio procede por vía de su simple presentación e introducción en la vista pública, previa aquiescencia de las partes, sin que se requiera la intervención de un testigo de acreditación para tal fin; iv) su incorporación no está sometida a la contradicción de las partes, porque se cimienta en el consenso sobre el hecho estipulado”³⁵¹. 4) Su práctica solo se puede ordenar si se satisfacen los requisitos de pertinencia, conducencia, utilidad, admisibilidad y legalidad: “De acuerdo con el artículo 357 ibídem, es en la audiencia de preparación del juicio donde el Juez examina las solicitudes probatorias de las partes e intervenientes, decreta aquellas que satisfagan las condiciones de pertinencia, conducencia, utilidad, admisibilidad y legalidad, e inadmitie o rechaza las que no las cumplan. Tales reglas no se excluyen parar las estipulaciones, será también en esa audiencia en la que habrá de ejercerse el control material de legalidad y pertinencia de las estipulaciones anunciadas por las partes para admitir o inadmitir el acuerdo con miras a que sea incorporado en el juicio oral, según sea el caso”³⁵². Ello significa que las partes tienen el deber de explicitar su contenido: “Lo anterior implica que en la audiencia de preparación del juicio las partes no sólo deben anunciar si tienen la intención de celebrar estipulaciones probatorias, sino que tienen también la carga de identificar su contenido para que los intervenientes y el funcionario de conocimiento tengan elementos de juicio suficientes para ejercer el control material de pertinencia y legalidad que les compete, con base en los supuestos aludidos anteriormente”³⁵³. 5) El papel del Ministerio Público y la víctima y su representante está limitado a la formación jurídica de las estipulaciones, no pueden intervenir en su construcción material: “El Ministerio Público, conforme a los artículos 357 y 359 ibídem, tienen facultades de control para la formación y consolidación de la existencia jurídica de las estipulaciones, como pruebas que son, pues dicho interveniente puede solicitar del Juez «la exclusión, rechazo

³⁴⁹ Ibíd., p. 44.

³⁵⁰ Ibíd., p. 45.

³⁵¹ Ibíd.

³⁵² Ibíd., pp. 52 y 53.

³⁵³ Ibíd., pp. 53 y 54.

o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en este código, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba». De esas facultades también están investidas las víctimas, tal como se desprende de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y según lo decidió la Corte Constitucional en sentencias C – 454 de 2006 y C – 209 de 2007, providencias en las que por demás precisó que dichas atribuciones forman parte esencial de los derechos a la verdad, justicia y reparación³⁵⁴. Es decir, su papel está relacionado con el control de lo que es estipulado: “Desde esa óptica, aunque los intervenientes no pueden concurrir a la formación del consenso que da lugar a la existencia material de las estipulaciones, porque ello corresponde exclusivamente a la Fiscalía y la defensa, sí pueden ejercer las facultades que les concede la legislación procesal y la jurisprudencia constitucional para oponerse a su admisión, esto es, para participar en el proceso de su consolidación jurídica y apreciación del mérito, acudiendo únicamente a los motivos que adelante se indican”³⁵⁵. Este control se materializa de la siguiente manera: “En ese entendido, bien pueden el Ministerio Público y las víctimas, al intervenir en la audiencia preparatoria, pronunciarse sobre los presupuestos que determinan la admisibilidad de los convenios probatorios celebrados por las partes, es decir, que estos se refieran a i) hechos o al mérito sucesorio de una copia (objeto), ii) que estén autorizadas (legalidad), iii) que sean pertinentes al asunto debatido, iv) no violen garantías fundamentales (se pacten hechos que afecten el derecho a la intimidad) y v) que el objeto de las estipulaciones sea claro, preciso y comprensible”³⁵⁶.

6) Tienen tres etapas: existencia material, existencia jurídica y fase de apreciación. Así, dice la Corte Suprema de Justicia: “En el rito de las estipulaciones resulta posible distinguir i) su existencia material, determinada por el perfeccionamiento del acuerdo de voluntades entre la Fiscalía y la defensa; ii) su existencia jurídica, iniciada con su postulación en la audiencia preparatoria y consolidada por la autorización que imparte el Juez a los convenios en la audiencia preparatoria para su incorporación en el juicio oral, y iii) la fase de apreciación, realizada con la emisión del fallo, en la que el sentenciador examina su mérito sucesorio conjuntamente con el acervo acopiado)³⁵⁷.

³⁵⁴ Ibíd., pp. 47 y 48.

³⁵⁵ Ibíd., p. 48.

³⁵⁶ Ibíd.

³⁵⁷ Ibíd., p. 52.