



*Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa*

*Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"*

Sistema Probatorio del Juicio Oral



República de Colombia

PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

PROGRAMA DE FORMACIÓN
ESPECIALIZADA ÁREA PENAL

Sistema Probatorio del Juicio Oral

PLAN NACIONAL DE FORMACIÓN
DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA

HERNANDO TORRES CORREDOR
Presidente

JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO
Vicepresidente

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES
FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
JESAEI ANTONIO GIRALDO CASTAÑO
RICARDO MONROY CHURCH
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
“RODRIGO LARA BONILLA”

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora



Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla"

La Unión Europea y el Gobierno Colombiano, suscribieron el Convenio ALA/2004/016-83, proyecto "Fortalecimiento del Sector Justicia para la Reducción de la Impunidad en Colombia", con el fin de lograr conjuntamente, la creación de políticas de reducción de la impunidad y la consolidación del Estado de Derecho, desde la perspectiva de justicia y género.

En desarrollo del mencionado convenio con recursos de la Unión Europea y de la Rama Judicial - Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, a través de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", se actualizó el Programa de Formación Judicial Especializada para las y los Magistrados, Jueces y Empleados de las corporaciones y despachos judiciales con competencia en el Sistema Acusatorio Penal, con la participación de la Universidad Militar Nueva Granada en su condición de adjudicataria de la licitación realizada por el Equipo de Gestión del proyecto, adscrito al Ministerio del Interior y de Justicia.

La presente publicación ha sido elaborada con la asistencia de la Unión Europea. El contenido de la misma es responsabilidad exclusiva del autor y del Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa, Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" y en ningún caso debe considerarse que refleja los puntos de vista de la Unión Europea.



UNIÓN EUROPEA



JOSÉ JOAQUÍN URBANO MARTÍNEZ

PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

PROGRAMA DE FORMACIÓN
ESPECIALIZADA ÁREA PENAL

Sistema Probatorio del Juicio Oral

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA
ESCUELA JUDICIAL “RODRIGO LARA BONILLA”

JOSÉ JOAQUÍN URBANO MARTÍNEZ, 2010
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2010

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 11 No 9ª -24 piso 4

www.ramajudicial.gov.co

ISBN:

Primera edición: septiembre de 2010

Con un tiraje de 3000 ejemplares

Composición: Universidad Militar Nueva Granada. Contrato 063 de 2007

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

PROGRAMA DE FORMACIÓN ESPECIALIZADA DEL ÁREA PENAL

PRESENTACIÓN

El Curso de Profundización sobre el Sistema Acusatorio Penal forma parte del Programa de Formación Especializada del Área Penal construido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, de conformidad con su modelo educativo y enfoque curricular integrado e integrador y constituye el resultado del esfuerzo articulado entre Magistradas, Magistrados y Jueces, Juezas de la Rama Judicial, la Red de Formadores y Formadoras Judiciales, los Comités Académicos y los Grupos Seccionales de Apoyo de la Escuela bajo la coordinación del Magistrado Hernando Torres Corredor, con la autoría de **José Joaquín Urbano Martínez**, quien con su conocimiento y experiencia y el apoyo permanente de la Escuela Judicial, se propuso responder a las necesidades de formación desde la perspectiva de una Administración de Justicia cada vez más justa y oportuna para las y los colombianos.

El módulo **Sistema Probatorio del Juicio Oral** que se presenta a continuación, responde a la modalidad de aprendizaje autodirigido orientado a la aplicación en la práctica judicial, con absoluto respeto por la independencia del Juez y la Jueza, cuya construcción responde a los resultados obtenidos en los talleres de diagnóstico de necesidades que se realizaron a nivel nacional con funcionarios y funcionarias judiciales y al monitoreo de la práctica judicial con la finalidad de detectar los principales núcleos problemáticos, frente a los que se definieron los ejes temáticos de la propuesta educativa a cuyo alrededor se integraron los objetivos, temas y subtemas de los distintos microcurrículos.

De la misma manera, los conversatorios organizados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, sirvieron para determinar los problemas jurídicos más relevantes y ahondar en su tratamiento en los módulos.

El texto entregado por el autor fue validado con los Magistrados, Magistradas, Jueces y Juezas de los Comités Académicos quienes hicieron observaciones para su mejoramiento las cuales enriquecieron este trabajo.

Se mantiene la concepción de la Escuela Judicial en el sentido de que todos los módulos, como expresión de la construcción colectiva, democrática y solidaria de conocimiento en la Rama Judicial, están sujetos a un permanente proceso de retroalimentación y actualización, especialmente ante el control que ejercen las Cortes.

Enfoque pedagógico de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continua de la Rama Judicial presenta un modelo pedagógico que se caracteriza por ser participativo, integral, sistémico y constructivista; se fundamenta en el respeto a la dignidad del ser humano y sus Derechos Fundamentales, eliminando toda forma de discriminación, a la independencia del Juez y la Jueza, el pluralismo y la multiculturalidad, y se orienta hacia el mejoramiento del servicio de los usuarios y usuarias de la administración de Justicia.

El modelo pedagógico, es *participativo*, en cuanto que más de mil Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleadas y Empleados judiciales participan como formadores y formadoras, generando una amplia dinámica de reflexión sobre la calidad y pertinencia de los planes educativos, módulos de aprendizaje autodirigido y los materiales educativos utilizados en los procesos de formación que se promueven. Igualmente, se manifiesta en los procesos de evaluación y seguimiento de las actividades de formación que se adelantan, tanto en los procesos de ingreso, como de cualificación de los servidores y las servidoras públicos.

Es *integral* en la medida en que los temas que se tratan en los módulos resultan recíprocamente articulados y dotados de potencialidad sinérgica y promueven las complementariedades y los refuerzos de todos los participantes y las participantes.

Es *sistémico* porque invita a comprender cualquier proceso desde una visión integradora y holista, que reconoce el ejercicio judicial como un agregado de procesos, que actúa de manera interdependiente, y que, a su vez, resulta afectado por el entorno en que tienen lugar las actuaciones judiciales.

El modelo se *basa en el respeto a la dignidad humana*. El sistema de justicia representa uno de los pilares del sistema social de cualquier comunidad, significa la capacidad que la sociedad tiene para dirimir los conflictos que surgen entre sus integrantes y entre algunos de sus miembros y la sociedad en general. De ahí que el modelo educativo fundamenta sus estrategias en el principio del respeto a la dignidad humana y a los *derechos fundamentales* individuales y colectivos de las personas.

El modelo *se orienta al mejoramiento del servicio* pues las acciones que se adelanten para el mejoramiento de las condiciones de trabajo y bienestar de las personas que hacen parte de la Rama Judicial, se hacen teniendo en la mira un mejoramiento sostenido del servicio que se le presta a la comunidad.

Lo anterior, en el marco de las políticas de calidad y eficiencia establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Plan Sectorial de Desarrollo, con la convicción de que todo proceso de modernización judicial ya sea originado en la implantación de nuevos esquemas jurídicos o de gestión, o de ambos, implica una transformación cultural y el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de los y las administradoras de justicia, quienes requieren ser apoyados a través de los procesos de formación.

En este sentido, se desarrollan procesos formativos sistemáticos y de largo aliento orientados a la cualificación de los servidores y servidoras del sector, dentro de criterios de profesionalismo y formación integral, que redundan, en últimas, en un mejoramiento de la atención de los ciudadanos y ciudadanas, cuando se ven precisados a acudir a las instancias

judiciales para ejercer o demandar sus derechos o para dirimir conflictos de carácter individual o colectivo.

Aprendizaje activo

Este modelo educativo implica un *aprendizaje activo* diseñado y aplicado desde la práctica judicial para mejorar la organización; es decir, a partir de la observación directa del problema, de la propia realidad, de los hechos que impiden el avance de la organización y la distancian de su misión y de sus usuarios y usuarias; invita a compartir y generalizar las experiencias y aprendizajes obtenidos, sin excepción, por todas las y los administradores de justicia, a partir de una dinámica de reflexión, investigación, evaluación, propuesta de acciones de cambio y ejecución oportuna, e integración de sus conocimientos y experiencia para organizar equipos de estudio, compartir con sus colegas, debatir constructivamente los hallazgos y aplicar lo aprendido dentro de su propio contexto.

Crea escenarios propicios para la multiplicación de las dinámicas formativas, para responder a los retos del Estado y en particular de la Rama Judicial, para focalizar los esfuerzos en su actividad central; desarrollar y mantener un ambiente de trabajo dinámico y favorable para la actuación de todos los servidores y servidoras; aprovechar y desarrollar en forma efectiva sus cualidades y capacidades; lograr estándares de rendimiento que permiten calificar la prestación pronta y oportuna del servicio en ámbitos locales e internacionales complejos y cambiantes; crear relaciones estratégicas comprometidas con los “usuarios y usuarias” clave del servicio público; usar efectivamente la tecnología; desarrollar buenas comunicaciones, y aprender e interiorizar conceptos organizativos para promover el cambio. Así, los Jueces, Juezas y demás servidores y servidoras no son simples transmisores del aprendizaje, sino gestores y gestoras de una realidad que les es propia, y en la cual construyen complejas interacciones con los usuarios y usuarias de esas unidades organizacionales.

Aprendizaje social

En el contexto andragógico de esta formación, se dota de significado el mismo decurso del aprendizaje centrándose en procesos de *aprendizaje social* como eje de una estrategia orientada hacia la construcción de condiciones que permitan la transformación de las organizaciones. Es este proceso el que lleva al desarrollo de lo que en la reciente literatura sobre el conocimiento y desarrollo se denomina como la promoción de *sociedades del aprendizaje “learning societies”, organizaciones que aprenden “learning organizations”, y redes de aprendizaje “learning networks”*¹. Esto conduce a una concepción dinámica de la relación entre lo que se quiere conocer, el sujeto que conoce y el entorno en el cual él actúa. Es así que el conocimiento hace posible que los miembros de una sociedad construyan su futuro, y por lo tanto incidan en el devenir histórico de la misma, independientemente del sector en que se ubiquen.

Los procesos de aprendizaje evolucionan hacia los cuatro niveles definidos en el esquema mencionado: (a) nivel individual, (b) nivel organizacional, (c) nivel sectorial o nivel de las instituciones sociales, y (d) nivel de la sociedad. Los procesos de apropiación de conocimientos y saberes son de complejidad creciente al pasar del uno al otro.

En síntesis, se trata de una formación que a partir del desarrollo de la creatividad y el espíritu innovador de cada uno de los y las participantes, busca convertir esa información y conocimiento personal, en conocimiento corporativo útil que incremente la efectividad y la capacidad de desarrollo y cambio de la organizacional en la Rama Judicial, trasciende al nivel sectorial y de las instituciones sociales contribuyendo al proceso de creación de “lo público” a través de la apropiación social del mismo, para, finalmente, en un cuarto nivel, propiciar procesos de aprendizaje social que pueden involucrar cambios en los valores y las actitudes que caracterizan la sociedad, o conllevar acciones orientadas a desarrollar una capacidad para controlar conflictos y para lograr mayores niveles de convivencia.

1 *Teaching and Learning: Towards the Learning Society; Bruselas, Comisión Europea, 1997.*

Currículo integrado-integrador

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de *núcleos problemáticos*, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y/o problemáticos no son la unión de asignaturas, sino el resultado de la integración de diferentes disciplinas académicas y no académicas (cotidianidad, escenarios de socialización, hogar) que alrededor de problemas detectados, garantizan y aportan a la solución de los mismos. Antes que contenidos, la estrategia de integración curricular, exige una mirada crítica de la realidad.

La implementación de un currículo integrado-integrador implica que la “enseñanza dialogante” se base en la convicción de que el discurso del formador o formadora, será formativo solamente en el caso de que él o la participante, a medida que reciba los mensajes magistrales, los reconstruya y los integre, a través de una actividad, en sus propias estructuras y necesidades mentales. Es un diálogo profundo que comporta participación e interacción. En este punto, con dos centros de iniciativas donde cada uno (formador, formadora y participante) es el interlocutor del otro, la síntesis pedagógica no puede realizarse más que en la interacción de sus actividades orientadas hacia una meta común: la adquisición, producción o renovación de conocimientos.

Aplicación de las Nuevas Tecnologías

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, consciente de la necesidad de estar a la vanguardia de los avances tecnológicos al servicio de la educación para aumentar la eficacia de los procesos formativos ha puesto al servicio de la Rama Judicial el Campus y el Aula Virtuales. Así, los procesos formativos de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, se ubican en la modalidad b-learning que integra la virtualidad con la presencialidad, facilitando los escenarios de construcción de conocimiento en la comunidad judicial.

La virtualización de los programas y los módulos, permite actualizar los contenidos en tiempo real y ampliar la información, ofrece la oportunidad de acceder a una serie de herramientas como videos, audios, animaciones, infografías, presentaciones multimediales, hipertextos, etc., que hacen posible una mayor comprensión de los contenidos y una mayor cobertura.

Planes de Estudio

Los planes de estudio se diseñaron de manera coherente con el modelo educativo presentado, con el apoyo pedagógico de la Escuela, los autores y autoras con el acompañamiento de la Red de Formadores y Formadoras Judiciales constituida por Magistrados, Magistradas, Jueces y Juezas, quienes con profundo compromiso y vocación de servicio, se prepararon a lo largo de varios meses en la Escuela Judicial tanto en los aspectos pedagógicos y metodológicos, como en los contenidos del programa, con el propósito de facilitar el proceso de aprendizaje que ahora se invita a desarrollar a través de las siguientes etapas:

Etapas 1. *Reunión inicial.* Etapa preparatoria para el inicio del programa, presenta los objetivos, metodología y estructura del plan de estudios; asesora el manejo del Campus y Aula Virtual, ofrece diferentes técnicas de estudio, y, en general, esta etapa busca motivar y comprometer al y la discente para abordar los módulos y emprender su proceso formativo con la metodología de aprendizaje autodirigido.

Etapas 2. *Análisis individual y comunidad judicial.* Los resultados efectivos del proceso formativo, exigen de los y las participantes el esfuerzo y dedicación personal, al igual que la interacción con sus pares, de manera que se conviertan el uno y el otro en insumo importante para el logro de los propósitos.

La Etapa 2, esta conformada a su vez por 3 fases claramente identificables:

(1) El “Análisis Individual”, que apunta a la interiorización por parte de cada participante de los contenidos del programa, mediante la lectura, el análisis, desarrollo de casos y ejercicios propuestos en el módulo, consulta

de jurisprudencia y doctrina adicional a la incluida en los materiales educativos. (2) El “Foro Virtual” constituye la base del aprendizaje entre pares cuyo propósito es el de propiciar la socialización y el intercambio de conocimiento y experiencias entre los y las participantes mediante el uso de las nuevas tecnologías, con el fin de fomentar la construcción colectiva de conocimiento en la Rama Judicial, y, (3) La “Mesa de Trabajo o Conversatorio Local”, que busca socializar el conocimiento, fortalecer las competencias en argumentación, interpretación, decisión, dirección, etc., alrededor del estudio de nuevos casos de la práctica judicial previamente seleccionados y estructurados por los formadores con el apoyo de los expertos, así como la simulación de audiencias. Finalmente, esta etapa permite la identificación de los momentos e instrumentos necesarios para la aplicación a la práctica judicial para que a partir de éstos, se generen compromisos concretos para desarrollar las siguientes etapas.

Etapa 3. *Aplicación a la Práctica Judicial:* La aplicación a la práctica judicial es a la vez el punto de partida y el punto de llegada, ya que es desde la cotidianidad del desempeño laboral de los funcionarios y funcionarias que se identifican los problemas, y, mediante el desarrollo del proceso formativo, pueda traducirse en un mejoramiento permanente de la misma y por ende una respuesta con calidad a los usuarios y usuarias.

Esta etapa se desarrolla también durante 3 fases: (1) La “Aplicación in situ”, que incorpora a la práctica judicial los conocimientos, técnicas y nuevas actitudes desarrolladas en las etapas anteriores; pretende impactar otros operadores de la justicia (empleados, abogados, usuarios, auxiliares, etc.), mejorar el acceso efectivo a la administración de justicia y aumentar la credibilidad en la misma. (2) El “Conversatorio o Videoconferencia” que posibilita a los operadores y operadoras identificar las fortalezas y debilidades en la práctica cotidiana, con miras a fomentar el mejoramiento continuo de la labor judicial, y (3) El “Informe Individual”, en que él y la participante dan cuenta en forma escrita de la aplicación a la práctica de los contenidos objeto del programa y los invita a remitir sus aportes, sugerir nuevas posibilidades de aplicación y presentar casos exitosos y ejemplificantes de su labor.

Etapla 4. Seguimiento y evaluación: Todo proceso formativo requiere para su mejoramiento y cualificación, la retroalimentación dada por los y las participantes del mismo. La etapa de Seguimiento y Evaluación busca obtener información sobre las debilidades y fortalezas del proceso, de manera que pueda aplicar los correctivos necesarios y a tiempo, que lleven al perfeccionamiento del mismo.

Para ello, el modelo pedagógico de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” presenta 3 fases que posibilitan evidenciar la consecución de los objetivos del programa: (1) El “Monitoreo” promueve la motivación recíproca para el mejoramiento continuo en la práctica judicial; (2) El “Observatorio” con acciones concretas para analizar las providencias y actuaciones judiciales, difundir las mejores prácticas para promover el cambio en los demás despachos judiciales y por ende, cualificar la prestación del servicio, y (3) El “Informe Final”, que posibilita evaluar el impacto del programa sobre la gestión judicial y sus resultados frente a los usuarios y usuarias, para así, adoptar medidas de mejoramiento en cada uno de los aspectos evaluados.

Los módulos

Los módulos son la columna vertebral en este proceso, en la medida que presentan de manera profunda y concisa los resultados de la investigación académica realizada durante aproximadamente un año, con la participación de Magistrados y Magistradas de las Altas Cortes y de los Tribunales, de los Jueces y Juezas de la República y expertos y expertas juristas, quienes ofrecieron lo mejor de sus conocimientos y experiencia judicial, en un ejercicio pluralista de construcción de conocimiento.

Se trata entonces, de valiosos textos de autoestudio divididos secuencialmente en unidades que desarrollan determinada temática, de dispositivos didácticos flexibles que permite abordar los cursos a partir de una estructura que responde a necesidades de aprendizaje previamente identificadas. Pero más allá, está el propósito final: servir de instrumento para fortalecer la práctica judicial.

Cómo abordarlos

Al iniciar la lectura de cada módulo el o la participante debe tener en cuenta que se trata de un programa integral y un sistema modular coherente, por lo que para optimizar los resultados del proceso de formación autodirigida tendrá en cuenta que se encuentra inmerso en el **Programa de Formación Especializada para el Sistema Acusatorio Penal**. A través de cada contenido, los y las discentes encontrarán referentes o remisiones a los demás módulos del plan de formación de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, que se articulan mediante diversos temas transversales, tales como Derechos Humanos, Constitución Política de 1991, Bloque de Constitucionalidad, la Ley específica, al igual que la integración de los casos problemáticos comunes que se analizan, desde diferentes perspectivas, posibilitando el enriquecimiento de los escenarios argumentativos y fortaleciendo la independencia judicial.

Por lo anterior, se recomienda tener en cuenta las siguientes sugerencias al abordar el estudio de cada uno de los módulos del plan especializado: (1) Consulte los temas de los otros módulos que le permitan realizar un diálogo de manera sistémica y articulada sobre los contenidos que se presentan; (2) Tenga en cuenta las guías del y la discente y las guías de estudio individual y de la comunidad judicial para desarrollar cada lectura. Recuerde apoyarse en los talleres para elaborar mapas conceptuales, esquemas de valoración de argumentaciones, el estudio y análisis, la utilización del Campus y Aula Virtual y el taller individual de lectura efectiva del plan educativo; (3) Cada módulo presenta actividades pedagógicas y de autoevaluación que permiten al y la discente reflexionar sobre su cotidianidad profesional, la comprensión de los temas y su aplicación a la práctica. Es importante que en el proceso de lectura aborde y desarrolle con rigor dichas actividades para que críticamente establezca la claridad con la que percibió los temas y su respectiva aplicación a su tarea judicial. Cada módulo se complementa con una bibliografía básica seleccionada, para quienes quieran profundizar en el tema, o complementar las perspectivas presentadas.

Finalmente, el Programa de Formación Especializada del Área Penal – Curso de Profundización sobre el Sistema Acusatorio Penal, que la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” en la Calle 11 No 9ª -24 piso 4, de Bogotá, o al correo electrónico *escuelajudicial@ejrlb.net* los cuales contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del **Programa de Formación del Área Penal – Curso de Profundización del Sistema Acusatorio Penal**.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	9
CONVENCIONES	24
PRESENTACIÓN DEL MÓDULO	25
JUSTIFICACIÓN	27
RESUMEN DEL MÓDULO	27
SINOPSIS LABORAL DEL AUTOR	28
OBJETIVOS	29
Objetivo General del Módulo	29
Objetivos Específicos del Módulo	29
1. LA EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN PROBATORIO DEL PROCESO PENAL EN EL CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO	31
Objetivo general de la unidad	31
Objetivos específicos de la unidad	31
1.1. PLANTEAMIENTO	32
1.2. ETAPAS	32
1.2.1. El régimen probatorio del proceso penal en la Constitución de 1886	33
1.2.2. El régimen probatorio del proceso penal en la Constitución de 1991	36
1.2.3. El régimen probatorio del proceso penal a partir del Acto Legislativo 03 de 2002	39
1.3. CONCLUSIÓN	41
Actividades pedagógicas	42
Autoevaluación	42
Jurisprudencia	42
Bibliografía	43

2. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL RÉGIMEN PROBATORIO DEL JUICIO ORAL	45
Objetivo general de la unidad	45
Objetivos específicos de la unidad	45
2.1. PLANTEAMIENTO	46
2.2. DESARROLLO	50
2.2.1. La presunción de inocencia	50
2.2.2. Reserva judicial para la afectación de derechos fundamentales	52
2.2.3. El privilegio contra la autoincriminación	54
2.2.4. La regla de exclusión de la prueba ilícita	55
2.2.5. Los deberes que la Constitución le impone a la Fiscalía en materia probatoria	59
2.2.6. Los Principios Probatorios del Juicio	63
2.3. CONCLUSIÓN	65
Actividades pedagógicas	67
Autoevaluación	68
Jurisprudencia	68
Bibliografía seleccionada	69
3. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL RÉGIMEN PROBATORIO DEL JUICIO ORAL	71
Objetivo general de la unidad	71
Objetivos específicos de la unidad	71
3.1. PLANTEAMIENTO	72
3.2. IDENTIFICACIÓN Y SOLUCIÓN DE PROBLEMAS PROBATORIOS	72
3.2.1. El escrito de acusación	72
3.2.2. La audiencia de acusación	78
3.2.3. La audiencia preparatoria	85
3.2.4. El Juicio Oral	104

3.3.	CONCLUSIÓN: HACIA UNA DOGMÁTICA DEL SISTEMA ACUSATORIO COLOMBIANO	127
	Actividades pedagógicas	128
	Autoevaluación	128
	Jurisprudencia	129
	Bibliografía	130

CONVENCIONES

A_e

Autoevaluación

A_p

Actividades pedagógicas

B

Bibliografía

B_s

Bibliografía seleccionada

J

Jurisprudencia

O_e

Objetivos específicos

O_g

Objetivo general

PRESENTACIÓN DEL MÓDULO

Si bien hasta hace poco, en nuestra cultura se optaba por sistemas procesales compatibles con el Estado legal de derecho y con la ley como su criterio de justificación y, por lo tanto, de tendencia formalista, escrita y secreta, las cosas están cambiando al punto, de que es evidente la revisión a la cual se someten los sistemas procesales en América Latina, para adecuarlos a las exigencias de publicidad y transparencia impuestas por el Estado constitucional, pues éste, en cualquier ejercicio de poder, ya no se centra en las formas legales, sino que indaga por el respeto de los derechos fundamentales. En este contexto se explica, por ejemplo, el diseño, desarrollo y aplicación del nuevo proceso penal colombiano, de clara tendencia acusatoria.

En sistemas procesales de este tipo, resulta vital el tema probatorio: la forma como se introduce la información que le suministra al juez o jueza, el conocimiento de los supuestos de hecho consagrados en las normas sustanciales, cuya aplicación pretenden las partes, a partir de unas premisas normativas superiores, sufre un cambio radical: prima lo público sobre lo secreto; lo oral sobre lo escrito; la inmediatez con el juez o jueza sobre la mediación de terceros; la validación de la información mediante la contradicción de las partes sobre el conocimiento privado de estas o del juez o jueza; los registros técnicos de audio y video sobre las actas mecanografiadas, etc.

En ese contexto, se explica el objetivo general de este módulo, por medio del cual se busca lograr que el funcionario o funcionaria judicial conozca los fundamentos de la estructura probatoria del proceso penal, sus desarrollos legales, las inconsistencias generadas por éstos y la forma como esas situaciones problemáticas, se deben resolver mediante la dinamización de aquéllos.

Para lograr este objetivo, se ha optado por una metodología que vincula a los y las discentes al proceso de producción del conocimiento y que comprende estrategias como las siguientes:

1. Reflexiones teóricas a partir de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, la Constitución Política y el Código de Procedimiento Penal.

2. Planteamiento de problemas acerca de la estructura probatoria del proceso.
3. Actividades pedagógicas individuales y en grupos.
4. Realización de autoevaluaciones.
5. Atendiendo esos objetivos y valiéndose de estas estrategias metodológicas, se estructuraron las tres unidades que integran el módulo. Cada una de ellas inicia con la exposición de los objetivos que se pretenden, continúa con una reflexión teórica y una conclusión, y culmina con el planteamiento de actividades pedagógicas, autoevaluaciones y referencias jurisprudenciales y bibliográficas.

La estructura de las unidades es la siguiente:

En la primera unidad, se repasa la evolución del régimen probatorio del proceso penal en el constitucionalismo colombiano, haciendo énfasis en la Constitución Política de 1886, la Constitución Política de 1991 y el Acto Legislativo 03 de 2002.

En la segunda unidad, se hace una aproximación a los fundamentos constitucionales del régimen probatorio del juicio oral, tanto a los consagrados por la Constitución Política de 1991, como a los incorporados luego por el citado Acto Legislativo.

En la tercera unidad, se evidencian los problemas generados por el desarrollo legal del proceso penal, teniendo en cuenta las distintas etapas del juicio, y se plantean soluciones compatibles con su estructura probatoria en el entendido de que ésta no es más que un conjunto articulado de principios superiores que pueden orientarse hacia la racionalización del proceso de expedición y aplicación de normas procesales y que permiten en el futuro, la construcción de una dogmática del sistema acusatorio colombiano.

El autor expresa un sincero agradecimiento a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” y a la Universidad Militar Nueva Granada, por los espacios académicos generados para la presentación y discusión de este módulo.

JUSTIFICACIÓN

Una de las características determinantes del nuevo proceso penal colombiano, tiene que ver con la forma como se introduce la información, con base en la cual el juez o jueza decide sobre la inocencia o responsabilidad del acusado o acusada: de un modelo en el cual ello se hacía esencialmente en la etapa de investigación, de forma escrita y secreta, se ha pasado a un sistema en el cual esa información se introduce únicamente en la etapa del juicio, de forma oral y pública.

Una transformación tan radical como ésta y sus profundas implicaciones, plantean la necesidad de conocer los fundamentos de la estructura probatoria del proceso, sus desarrollos legales, las inconsistencias generadas por éstos, y la forma como se deben resolver mediante la dinamización de aquéllos. Este módulo alienta el propósito de satisfacer esa necesidad por lo menos, en un primer nivel de análisis.

RESUMEN DEL MÓDULO

En este trabajo, se examina la manera como ha evolucionado el régimen probatorio del proceso penal en el constitucionalismo colombiano, se señalan los actuales fundamentos de ese régimen y se consideran sus más importantes desarrollos legales. Ese esfuerzo permite apreciar múltiples problemas jurídicos y solucionarlos, promoviendo interpretaciones constitucionalmente adecuadas de la ley procesal penal a partir de la estructura probatoria del juicio oral consagrada en la Carta Política.

SINOPSIS LABORAL DEL AUTOR

El autor es abogado de la Universidad de Nariño y Especialista, Magister en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia. Se ha desempeñado como Juez Municipal, Fiscal Seccional, Fiscal ante el Tribunal Superior, Magistrado Auxiliar de la Corte Constitucional y Procurador Delegado para la Moralidad Pública.

Fue asesor de la Comisión Redactora para la Reforma al Sistema Penal y profesor de la Universidad del Rosario y de la Universidad Nacional. Actualmente, es Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá y profesor de pregrado, especialización y maestría en la Universidad Externado de Colombia.

OBJETIVOS

Og

OBJETIVO GENERAL DEL MÓDULO

Conocer los fundamentos de la estructura probatoria del proceso, sus desarrollos legales, las inconsistencias generadas y la forma como se debe resolver mediante la dinamización de esos fundamentos.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL MÓDULO

- Lograr que los y las discentes comprendan la forma como ha evolucionado el constitucionalismo colombiano en materia de procedimiento penal y el lugar que en él ha ocupado la estructura probatoria.
- Lograr que los y las discentes comprendan que la estructura probatoria del proceso penal está integrada por los fundamentos constitucionales de la prueba originarios de la Constitución de 1991 y por aquéllos incorporados con el Acto Legislativo 03 de 2002.
- Desarrollar en los y las discentes, la capacidad de plantear soluciones constitucionalmente adecuadas a los problemas jurídicos advertidos en el desarrollo legal de la estructura probatoria del proceso penal.

Unidad 1

LA EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN PROBATORIO DEL PROCESO PENAL EN EL CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO

Og

OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD

Los y las discentes deben comprender la forma como ha evolucionado el constitucionalismo colombiano en materia de procedimiento penal y el lugar que en él ha ocupado la estructura probatoria.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA UNIDAD

- Reconocer por parte de los y las discentes, que en Colombia se requirieron más de 200 años de evolución constitucional para que la Carta Política consagrara la reserva judicial de las libertades públicas, la estructura básica del proceso penal y el régimen probatorio que hace parte de esa estructura.
- Comprender por parte de los y las discentes, que el régimen penal del proceso penal consagrado en la Carta Política, suministra un nuevo contexto de fundamentación, determina nuevos parámetros de validez de la ley, conduce a la reconstrucción de las prácticas procesales e impone grandes retos hermenéuticos a la jurisdicción.

1.1 PLANTEAMIENTO

El primer recurso al cual se debe acudir para comprender la estructura y dinámica probatorias del proceso penal, consiste en conocer el camino que se ha recorrido en el constitucionalismo colombiano en materia de procedimiento penal, y el lugar que en él ha ocupado la estructura probatoria. Este paso puede parecer extraño en un entorno en donde con frecuencia, se considera que las instituciones procesales en general y las instituciones de procedimiento penal en particular, tienen como punto de referencia a la ley y en el cual se asume que para manejar un ámbito procesal específico basta con conocer el régimen legal respectivo. No obstante, si de lo que se trata es de superar ese enfoque, para en su lugar aproximarse al régimen legal del proceso penal desde el contexto de fundamentación determinado por las normas superiores, ese primer recurso resulta ineludible.

Ahora, esa indagación por las raíces del régimen probatorio del proceso penal de la mano del régimen constitucional, puede cumplirse con base en el examen de tres instituciones tomadas como punto de referencia: La reserva judicial de las libertades públicas, la estructura básica del proceso penal y el núcleo probatorio que hace parte de esa estructura básica. El hecho de que una Carta Política interfiera o no, esas instituciones y, en caso positivo, la forma como lo haga, suministra una imagen muy centrada del proceso penal y del sistema probatorio que hace parte de él.

1.2 ETAPAS

La evolución del régimen probatorio del proceso penal en el constitucionalismo colombiano, comprende tres etapas determinadas por la Constitución Política de 1886, la Constitución Política de 1991 y el Acto Legislativo 03 de 2002.

1.2.1 El régimen probatorio del proceso penal en la Constitución de 1886

Como se recuerda, la Constitución Política de 1886 fue la Constitución propia de un Estado legal de derecho y se caracterizaba por una concepción autoritaria del poder público que se evidenciaba entre otras cosas, en la invocación del origen teocrático del poder, pues Dios era la fuente suprema de toda autoridad; por su carácter confesionalista, ya que la religión católica, apostólica y romana era la de la nación; por la implementación de un poder ejecutivo con facultades jurisdiccionales, al punto de que podía interferir en derechos fundamentales, y legislativos, éstos ejercidos durante unos estados de excepción casi desprovistos de controles materiales; pero, sobre todo, por el reconocimiento expreso de su falta de valor normativo, al punto de que su artículo 52 incorporaba al Código Civil, el Título III, atinente a los derechos individuales y las garantías sociales, con el propósito de dotarlo de la fuerza de una ley. Más aún, el artículo 6º de la Ley 153 de 1887 disponía que *“Una disposición expresa de ley posterior a la Constitución se reputa constitucional, y se aplicará aún cuando parezca contraria a la Constitución”*.

En este contexto, el primer aspecto que hay que tener en cuenta cuando se trata de hacer una aproximación a la regulación del proceso penal en la Constitución de 1886, es el atinente a la reserva judicial de las libertades públicas. Como se sabe, ésta es una institución democrática que hunde sus raíces en el proceso revolucionario francés y que supuso el reconocimiento del peligro inmanente a un ejecutivo provisto de la atribución de afectar garantías individuales, con profunda conciencia de que una facultad tan relevante como ésa, debía radicarse en un espacio del poder público ajeno a juicios de conveniencia política y sujeto exclusivamente al principio de legalidad, que los revolucionarios franceses radicaron en los jueces. En este sentido, la reserva judicial de las libertades es hija de la modernidad política.

No obstante, esta institución fue ajena a la Constitución de 1886 pues en ésta, tanto las autoridades judiciales como las ejecutivas, contaban con la facultad de afectar las garantías individuales. En efecto, los artículos 23 y 28 permitían que no sólo los jueces sino también las autoridades

administrativas restringieran derechos como los de libertad de locomoción y la inviolabilidad de la correspondencia. En este sentido, era muy significativa la atribución que el artículo 28 le confería al ejecutivo para que, previo dictamen de los ministros y sin autorización judicial, aprehendiera y retuviera hasta por diez días a las personas contra quienes había graves indicios de que atentaban contra la paz pública y ello con la particularidad de que en virtud de lo dispuesto en el Decreto 1358 de 1964, los afectados con el ejercicio de esa atribución, no estaban facultados para ejercer la acción de hábeas corpus.

Entonces, la primera situación que resulta relevante para establecer el régimen del proceso penal en la Constitución de 1886, estaba determinada por la no consagración de la reserva judicial de las libertades públicas. Con esto, qué duda cabe, se suministraba un punto de partida muy fuerte para el diseño de un proceso penal autoritario: Un proceso penal en el cual, la facultad de afectar las garantías individuales es compartida por jueces y administradores, difícilmente puede ser garantista.

Un segundo aspecto en el cual es necesario reflexionar, es el relacionado con la estructura básica de acusación y juzgamiento. Dado que el ejercicio del poder punitivo del Estado es tan costoso en materia de derechos fundamentales, es de mucha importancia el hecho de que sus lineamientos esenciales estén consagrados en la Carta Política, pues ello no sólo fundamenta el sistema procesal, sino que también genera límites para los poderes públicos ordinarios. Con mayor razón, si se tiene en cuenta la enseñanza histórica de acuerdo con la cual los Estados son los mayores perpetradores de violaciones a los derechos humanos y si se comprende que con no poca frecuencia, aquéllos hacen del proceso penal, un instrumento puesto al servicio de sus intereses políticos.

Con todo, contra lo que pudiera creerse, un estudio integral de la Constitución de 1886 lleva a una conclusión: ella no reguló la estructura básica de acusación y juzgamiento; es decir, un tema tan nuclear como éste, quedó relegado al ejercicio del poder legislativo.

Aquella se limitó a radicar en el Procurador General de la Nación, la función de acusar ante la Corte Suprema de Justicia a altos funcionarios estatales y a asignar a ésta el juzgamiento de tales autoridades

(artículos 145 y 152). Esta situación es comprensible: para la época cuando se promulgó esa Carta Política, aún no existía conciencia de que el proceso penal resultaba muy costoso en términos de derechos fundamentales, tanto para los titulares de los bienes jurídicos afectados, como para los destinatarios de la acción penal. Por lo tanto, el proceso penal no se percibía como un escenario necesitado de interferencia constitucional con propósitos de fundamentación y limitación.

Sin embargo, se presentaba una situación muy particular: si bien, como regla general, la Constitución de 1886 no consagraba la estructura básica del proceso penal, sí lo hacía de manera excepcional. Una de las funciones del Presidente de la República en relación con la administración de justicia consistía en *“Mandar acusar ante el tribunal competente, por medio del respectivo agente del ministerio público, o de un abogado fiscal nombrado al efecto, a los gobernadores de departamento y a cualesquiera otros funcionarios nacionales o municipales del orden administrativo o judicial, o por infracción de la Constitución o las leyes, o por otros delitos cometidos en ejercicio de sus funciones”* (artículo 119.3). Nótese cómo, de acuerdo con este modelo, el ejecutivo acusaba por medio del Ministerio Público, que se ejercía por un Procurador General y bajo la suprema dirección de aquél, ante los jueces; es decir, se estaba ante un modelo de orientación acusatoria.

De acuerdo con lo expuesto, si bien la Constitución de 1886 como regla general no consagraba la estructura básica del proceso penal, sí lo hacía como excepción y en este ámbito, optaba por un modelo acusatorio. Frente a ello, cabe interrogarse el motivo por el cual el legislador, que bien pudo haber diseñado un sistema procesal adecuado a ese modelo, en su lugar optó por un sistema estrictamente inquisitivo, que estuvo vigente por lo menos hasta el Decreto 050 de 1987, que, aunque sea tímidamente, empezó a radicar en instituciones distintas, las funciones de acusación y juzgamiento. La respuesta a este cuestionamiento es de carácter jurídico e histórico: por una parte, la Constitución de 1886 carecía de valor normativo, circunstancia ante la cual el legislador no se sentía vinculado por un modelo de justicia penal consagrado en la Carta, así fuera excepcionalmente, y, por la otra, en nuestro País la legislación siguió apostando por una estructura procesal de corte inquisitivo que se había heredado de España.

Finalmente, el último aspecto que hay que considerar en este acápite es el relacionado con la postura que se asumía en la Constitución de 1886 en relación con la estructura probatoria del proceso penal. Acerca de esta situación, hay que anotar que si bien en el Título III existían varias disposiciones que tocaban con el proceso penal y su régimen probatorio –como los artículos 23, 25 y 26, relativos a la libertad de locomoción, a la exoneración del deber de declarar en contra de sí mismo o de sus allegados, al debido proceso y al principio de favorabilidad–, lo cierto es que al no regular la Constitución la estructura básica del proceso penal, tampoco se reguló la estructura probatoria que hacía parte de ese régimen. De esta manera, la concepción y desarrollo de esta estructura quedó en manos del legislador.

Entonces, cuando se retomó la Constitución de 1886 con el propósito de advertir la manera como regulaba el proceso penal, la situación fue clara: se trataba de un régimen que no consagraba la reserva judicial de las libertades públicas, que tampoco preveía la estructura básica del proceso penal y menos, la estructura probatoria que hacía parte de ella. Es bueno tener en cuenta este régimen como punto de partida de la evolución constitucional del proceso penal y de su régimen probatorio.

1.2.2 El régimen probatorio del proceso penal en la Constitución de 1991

La segunda etapa de este proceso evolutivo está determinada por la Constitución Política de 1991 que, como se sabe, aspira a ser la Carta de un Estado social de derecho. La Carta se caracteriza, entre muchas otras cosas, por ser una constitución personalista, por asumir al pueblo como fuente del poder político, por su honda raigambre democrática, participativa y pluralista, por tomar a los derechos fundamentales como parámetro de legitimidad del sistema político y jurídico, por su índole no confesionalista, por la pretensión de mantener un punto de equilibrio entre los poderes públicos y, en particular, por su carácter normativo que permite a cualquier ciudadano judicializar, en su favor, la Constitución, bien por medio del amparo de los derechos fundamentales o por medio del control constitucional.

Si frente a este ordenamiento constitucional, se examinan las instituciones a las cuales se viene haciendo referencia, el panorama es muy diferente. En efecto, en esta Carta se consagra expresamente la reserva judicial de las libertades públicas. Se lo hace cuando en los artículos 15 y 28 se supedita la interferencia del derecho a la inviolabilidad de la correspondencia y de la libertad de locomoción a la existencia de una orden judicial previa, motivo por el cual puede decirse con razón, que en esta materia, hasta 1991, el sistema jurídico colombiano era premoderno. Este giro en los fundamentos constitucionales del proceso penal es comprensible: Para este momento, es evidente que ha operado un cambio en el parámetro de legitimidad del poder público: éste ya no se justifica por el solo respeto del principio de legalidad pues, con miras a ese propósito, resulta ineludible el respeto de los derechos fundamentales, en tanto facultades históricamente positivizadas y vinculantes para los Estados.

Desde otro punto de vista, en la Constitución de 1991 se consagró por primera vez, en la historia del constitucionalismo colombiano, la estructura básica del proceso penal. Se lo hizo en los artículos 116, 235 y 250, al radicar en la Fiscalía las funciones de investigación, aseguramiento, preclusión y acusación, y al asignar a los jueces y tribunales la función de juzgamiento. Este cambio de perspectiva también es relevante: para entonces, ya se tiene conciencia del inmenso poder que el Estado ejerce al interior del proceso penal y de los abusos a los cuales se ha prestado históricamente. Ante ello, el constituyente tomó la decisión de sustraer los fundamentos del proceso penal de la órbita de decisión del legislador y de regularlos directamente con la finalidad de fijar sus premisas básicas y de limitar el poder que en ese entorno, ejercen los poderes públicos ordinarios. Es más, la estructura básica de acusación y juzgamiento se dotó de una fuerza vinculante tan intensa, que el constituyente dispuso expresamente, en el artículo 252, que ella no podrá modificarse ni siquiera en los estados de excepción.

Por otra parte, si bien en la Carta de 1991 se consagró la estructura básica del proceso penal, no se hizo lo mismo con la estructura probatoria que hacía parte de él. Sin desconocer que, al igual que con la Constitución de 1886, en aquella se consagraron múltiples disposiciones con profundas repercusiones en el régimen probatorio del proceso penal –como la

reserva judicial de los derechos a la intimidad y a la libertad de locomoción, la regla de exclusión de la prueba ilícita y la exoneración del deber de declarar, consagradas en los artículos 15, 28, 29 y 34-, lo cierto es que el constituyente no consagró el régimen básico de las pruebas penales. Es decir, el núcleo duro de la actividad que el Estado puede adelantar para desvirtuar la presunción de inocencia, no fue tratado por el constituyente. De esta forma, una vez más la determinación de la estructura probatoria del proceso penal y su desarrollo, quedaron en manos del legislador.

Ahora bien, no puede desconocerse el gran avance que en su momento significó la Carta de 1991, en relación con el proceso penal: no sólo determinó un punto de partida muy fuerte para resquebrajar una estructura procesal netamente inquisitiva, incompatible con las exigencias de civilidad propias de una democracia constitucional, sino que además, permitió que el Estado colombiano suministrara una respuesta institucional frente al delito, lo cual es relevante cuando se trata de modalidades no convencionales de delincuencia y también, restringió sustancialmente espacios de impunidad generados por el anterior régimen constitucional, pues volvió justiciable la delincuencia cometida desde el poder.

No obstante, en el diseño de ese modelo constitucional del proceso penal también se incurrió en equívocos evidentes. Los más relevantes tienen que ver con la atribución a la Fiscalía de la facultad de imponer medidas de aseguramiento tanto personales como reales; es decir, con la concepción de un proceso penal de partes en el cual una de ellas contaba con la facultad de restringir derechos fundamentales y ello sin garantía de imparcialidad, dada su calidad de parte acusadora. Por otra parte, se le reconoció a la Fiscalía, también como atribución constitucional propia, proferir decisiones con valor de cosa juzgada denominadas en su momento, preclusiones de instrucción, con lo cual se estaba ante una parte procesal que podía proferir decisiones estrictamente judiciales.

Por último, ese modelo no sólo no consagró la estructura probatoria del proceso penal, sino que además, legitimó un régimen que vació a los principios probatorios de todo contenido material. En efecto, lo hizo al disponer en el artículo 271, que *“Los resultados de las indagaciones preliminares adelantadas por la Contraloría tendrán valor probatorio ante la Fiscalía General de la Nación y el juez competente”*. Esta norma legitimó lo que luego dio en

llamarse principio de permanencia de la prueba y en virtud del cual, las decisiones judiciales podían apoyarse en pruebas practicadas en las etapas de indagación preliminar e investigación por la Fiscalía o por autoridades administrativas, pues aquella y éstas podían practicar pruebas que permanecían en el proceso y, lo que es más, vinculaban a los jueces y tribunales. De este modo, se reputaba legítimo que estos últimos condenaran o absolvieran no con base en pruebas practicadas en el juicio, sino con apoyo en las actas de diligencias judiciales o incluso administrativas, levantadas años, lustros y hasta décadas atrás por otros funcionarios.

Entonces, en esta segunda etapa de la evolución del proceso penal en el constitucionalismo colombiano, el panorama es claro: Si bien se consagró la reserva judicial de las libertades públicas y se consagró también la estructura básica del proceso penal, el régimen probatorio del mismo no sólo no fue previsto por el constituyente, sino que éste legitimó un régimen legal y una práctica judicial que implicó el manifiesto desconocimiento de los principios probatorios que caracterizan al proceso penal de un régimen democrático.

1.2.3 El régimen probatorio del proceso penal a partir del Acto Legislativo 03 de 2002

Como se sabe, por medio del Acto Legislativo 03 de 2002, se modificaron los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución y se introdujeron los artículos transitorios 253A y 253B, como pasa a indicarse, por virtud de estas modificaciones y de su impacto en la Carta Política en tanto sistema normativo, se alteró sustancialmente la fundamentación superior del proceso penal y de su régimen probatorio.

Lo primero que hay que indicar es que en materia de reserva judicial de las libertades públicas, el régimen constitucional no sufrió alguna modificación dado que se mantuvo inalterada la atribución exclusiva de las autoridades judiciales para interferir en los derechos fundamentales que están en juego en el proceso penal. A pesar de que la reforma constitucional de 2002, pudo aprovecharse como una oportunidad histórica para radicar esa facultad de manera exclusiva en los jueces y tribunales, despo-

jando de ella a la Fiscalía, lo cierto es que las atribuciones conferidas a ésta para interferir tales derechos, se matizaron tanto por la adscripción de la Fiscalía a la jurisdicción, como por la procedencia del control judicial sobre tales atribuciones.

Ahora, si bien la reserva judicial de las libertades públicas se mantuvo vigente, no se puede dejar en el olvido que mediante el Acto Legislativo 02 de 2003 se intentó volver al régimen de 1886; es decir, se intentó derogar esa conquista de la modernidad política para radicar esa atribución, ya no sólo en las autoridades judiciales, sino también en autoridades administrativas. No obstante, por fortuna, este Acto Legislativo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-816-04 tras establecer que se había incurrido en un vicio de procedimiento. Si se recuerda que esa sentencia se aprobó por una decisión mayoritaria de 5 a 4, se advertirá lo cerca que estuvo el Estado social de derecho colombiano de volver, en estas materias, a un régimen premoderno.

Por otra parte, tras el Acto Legislativo 03 de 2002, en la Carta Política, se mantuvo la estructura básica del proceso penal. Sin embargo, aquélla se sometió a una transformación radical orientada a intensificar sus contenidos acusatorios y a poner el proceso penal a tono con las exigencias democráticas y pluralistas inherentes a los sistemas de justicia penal de los Estados constitucionales. De acuerdo con esa estructura, se especializó a la Fiscalía en la investigación de los delitos y en la acusación de los probables responsables ante los jueces y tribunales; se confió a los jueces de control de garantías la protección de los derechos fundamentales que están en juego en el proceso penal durante las audiencias preliminares; se radicó en los juzgadores, la facultad de proferir decisiones con valor de cosa juzgada y se redireccionó el proceso penal, en tanto sinónimo de juicio público.

Con todo, lo verdaderamente novedoso del Acto Legislativo 03 de 2002 consiste en que por primera vez en la historia del constitucionalismo colombiano, la estructura probatoria del proceso penal dejó de estar en manos del legislador, para desarrollarse en su lugar, directamente en la Constitución. En efecto, aparte de las normas superiores originarias de 1991 y con indudables repercusiones en el régimen probatorio, desde 2002 están consagradas en la Carta, las instituciones probatorias básicas

del nuevo proceso penal: el nuevo régimen de la regla de exclusión de la prueba ilícita, el deber de aseguramiento de los elementos materiales probatorios impuesto a la Fiscalía, el deber de descubrimiento de todos los elementos materiales e informaciones impuesto también a la Fiscalía, y los principios de inmediación, publicidad, oralidad, contradicción, celeridad y concentración que definen la esencia del juicio. Estas instituciones superiores, consagradas en los artículos 29 inciso final, 250.3, 250.9 y 250.4 de la Carta, constituyen la columna vertebral del régimen probatorio del proceso penal y están ineludiblemente ligadas a su estructura básica.

La reglamentación constitucional de estas instituciones probatorias del proceso penal es muy relevante. En un contexto en el cual hasta hace pocos años, los temas atinentes a la prueba en el proceso penal se refundían como contenidos del principio de legalidad de la prueba y en el cual el régimen probatorio del proceso se consideraba casi como un patrimonio exclusivo del legislador, la postura asumida por el Constituyente de 2002 resulta revolucionaria. En el futuro, deberá tenerse en cuenta que los problemas probatorios del proceso penal son constitucionalmente problemas relevantes. Esta conclusión no se puede perder de vista: cada vez que en un proceso penal se toquen temas atinentes a la regla de exclusión, al deber de aseguramiento, al deber de descubrimiento y a los principios de inmediación, publicidad, oralidad, contradicción y concentración, se estará haciendo alusión a unas instituciones que han sido objeto de regulación constitucional y que ello ha sido así, debido a una agitada evolución sucedida durante dos siglos.

1.3 CONCLUSIÓN

De acuerdo con lo expuesto, se debe tener claridad en cuanto a que en Colombia se requirieron más de 200 años de evolución constitucional para que la Carta Política consagrara ese trípode garantista determinado por la reserva judicial de las libertades públicas, la estructura básica y el régimen probatorio del proceso penal. Y esto, en un entorno en donde con frecuencia, este último se agotaba en la ley, resulta completamente revolucionario: dado el valor normativo de la Carta Política, la legislación y la jurisdicción quedan vinculadas por el alcance fundamentador y limitador de ese nuevo régimen.

Ap

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

1. Elabore un mapa conceptual en donde se refleje la forma como en las Constituciones Políticas de 1886 y 1991 –en este caso, antes y después del Acto Legislativo 03 de 2002– se reguló la reserva judicial de las libertades públicas, la estructura básica del proceso penal y el régimen probatorio que hace parte de esa estructura básica.
2. Reflexione sobre las implicaciones que tuvo el principio de permanencia de la prueba en el Código de Procedimiento Penal de 2000.

Ae

AUTOEVALUACIÓN

1. ¿Qué instituciones del proceso penal se pueden tomar como punto de referencia para determinar su evolución en el constitucionalismo colombiano? Fundamente su respuesta.
2. ¿Cómo se explica que el proceso penal colombiano, hasta el Decreto 050 de 1987, se haya caracterizado por una estructura típicamente inquisitiva?
3. ¿En qué aciertos y desaciertos se incurrió, en la Constitución Política de 1991, al regular la estructura básica del proceso penal?
4. ¿Por qué se afirma que la nueva estructura probatoria del juicio oral, consagrado en la Constitución Política a partir del Acto Legislativo 03 de 2002, es profundamente revolucionaria?

J

JURISPRUDENCIA

Sentencia C-774-01. Esta sentencia suministra un contexto constitucional de fundamentación de la medida de aseguramiento de detención preventiva y, por ese motivo, constituye un importante precedente orientado a promover lecturas constitucionalmente adecuadas del régimen legal del proceso penal.

B

BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, KAI Y MONTEALEGRE LYNNET, EDUARDO (COMP.). *Constitución y sistema acusatorio. Un estudio de derecho comparado*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

AMBOS, KAI ET AL. *Las reformas procesales penales en América Latina*. Ad Hoc, Buenos Aires, 2000.

BENDA, ERNESTO, ET AL. *Manual de Derecho Constitucional*. Marcial Pons, Madrid, 1996.

PERALTA GUERRERO, ÓSCAR JULIÁN. *Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Proceso Penal*. Augusto Ibáñez y Editora Nueva Jurídica, Bogotá, 2008.

GIMENO SENDRA, VICENTE. *Constitución y Proceso*. Tecnós, Madrid, 1988.

Unidad 2

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL RÉGIMEN PROBATORIO DEL JUICIO ORAL

Og

OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD

Lograr que los y las discentes comprendan que la estructura probatoria del proceso penal está integrada por los fundamentos constitucionales de la prueba originarios de la Constitución de 1991 y por aquellos incorporados mediante el Acto Legislativo 03 de 2002.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA UNIDAD

- Permitir a los y las discentes la comprensión de los contenidos esenciales de la presunción de inocencia, la reserva judicial para la afectación de derechos fundamentales y el privilegio contra la autoincriminación.
- Permitir a los y las discentes la comprensión de los contenidos esenciales de la regla de exclusión de la prueba ilícita, de los deberes que la Constitución le impone a la Fiscalía en materia probatoria y de los principios probatorios del juicio.

2.1 PLANTEAMIENTO

Una vez se ha determinado la evolución que el proceso penal y su régimen probatorio han tenido en el constitucionalismo colombiano y luego de establecer que se requirieron más de 200 años para que la estructura probatoria del proceso penal se sustrajera del ámbito de decisión del legislador y se llevara a la Carta Política, es importante establecer cuál es el actual régimen superior de las pruebas penales.

En esa dirección, es necesario precisar la finalidad de las pruebas en este nuevo modelo.

Esta precisión resulta ineludible dada la difusión, cada vez con mayor vigor, de criterios que en ese punto difícilmente resultan coherentes con la teleología del moderno proceso penal. Así ocurre, por ejemplo: con la perspectiva según la cual la única finalidad de la prueba es la convicción judicial, independiente de la conexidad que existe entre los hechos efectivamente acaecidos y aquéllos tomados por el juez o jueza como fundamento de su decisión. Desde esta óptica, el proceso penal se concibe a la manera de una obra de teatro, en la cual lo determinante es la capacidad de persuasión y las habilidades histriónicas de las partes en conflicto, mientras los imperativos de verdad y justicia del proceso penal son sacrificados¹.

Desde la postura que aquí se defiende, la finalidad de la prueba está ligada a los fines del proceso penal. En este sentido, debe tenerse en cuenta que desde una óptica general, el proceso penal pretende la solución judicial del conflicto generado por una conducta punible, por medio de la emisión de una decisión judicial jurídicamente correcta y materialmente justa que promueva la paz social y consolide un orden justo.

Desde un enfoque más particular, los fines del proceso penal apuntan a la aproximación razonable a la verdad, en el entendido que debe existir armonía entre los hechos referidos por las partes en sus enunciados y aquellos acaecidos y que esa correspondencia suministra el fundamento para la convicción con base en la cual el juez o jueza toma sus decisiones;

1 GOLDBERG, Steven H. *Mi primer juicio oral. ¿Dónde me siento? ¿Y qué diré?* Heliasta, Buenos Aires, 1994., pp. 13 y ss.

a la realización de la justicia, entendida ésta como concreción de los efectos previstos en las normas penales sustanciales; al estricto respeto de los derechos de los distintos intervinientes, bien se trate del acusado o acusada, de la víctima o de terceros y, finalmente, a la flexibilización justificada y razonable de las normas sustanciales mediante la legítima aplicación de institutos como el principio de oportunidad, los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o imputada y los mecanismos de justicia restaurativa.

Bajo este panorama, la finalidad de la prueba es bastante clara: ella apunta a suministrarle al juez o jueza el conocimiento, lo más fiable posible, de los supuestos fácticos que han de soportar su decisión. No es una verdad de extremos, sino una verdad que procura un punto de equilibrio. Como se lo indicó en otro lugar:

... el mandato constitucional de acuerdo con el cual nadie podrá ser juzgado sino conforme leyes preque existes al acto que se le impute, debe entenderse como una referencia al acto cometido y no a otro pues sólo de esa manera se equilibran el debido proceso y la justicia. De este modo, entonces, la verdad de que se trata en el proceso penal no es una verdad absoluta, pero tampoco una verdad construida libremente por las partes al interior del proceso. El proceso penal no está atado fatalmente a la necesidad de reconstruir con absoluta fidelidad la historia de los hechos, pero tampoco es un escenario en el cual los intervinientes cuenten con legitimidad para referir hechos sin nexo razonable alguno con aquellos efectivamente acaecidos. Por ello, entre esos extremos, en el proceso penal debe buscarse una verdad equilibrada, que se distancie de la verdad material en tanto verdad absoluta, y de la verdad formal en tanto verdad libremente construida. Esta verdad equilibrada, es una verdad que se armoniza con la necesidad de fundamentación fáctica que en cada caso se le plantea a la jurisdicción, pero también con el imperativo de respetar unos límites operacionales, temporales y normativos ineludibles. Luego, si bien se debe manejar un concepto de verdad, ella debe estar alejada de esos extremos y debe tener como columna vertebral la pretensión de suministrarle al juez un fundamento legítimo para la formación de su convicción y para la emisión de su decisión².

2 URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. *Los nuevos fundamentos de las pruebas penales*. Una

Desde esta perspectiva, ninguna decisión puede predicarse justa, si no parte de una aproximación razonable a los hechos acerca de los cuales aquélla se profiere. Como lo ha afirmado la doctrina, cabe dudar de la justicia de una decisión, si no tiene a la verdad como su fundamento³.

Esta postura, que liga las pruebas a los fines del proceso penal y en particular a la aproximación razonable a la verdad, resulta armónica con el lugar que hoy se le reconoce a la verdad en el derecho internacional de los derechos humanos y en la jurisprudencia de los organismos encargados de su aplicación: en el derecho procesal penal de hoy, la aproximación a la verdad no sólo es un fin del proceso y una finalidad de la prueba, sino también un derecho fundamental de las víctimas de las conductas punibles, derecho que se potencia cuando se trata de crímenes de guerra y de crímenes de lesa humanidad⁴.

En este entorno, resulta completamente legítimo el artículo 372 del CPP al disponer que *“Las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe”*.

Precisada la razón de ser de las pruebas penales, hay que indicar que sus fundamentos constitucionales han variado de manera sustancial. Hasta el Acto Legislativo 03 de 2002, ellos estaban contenidos en disposiciones relacionadas principalmente con la inviolabilidad de la correspondencia, la inviolabilidad del domicilio, la presunción de inocencia, la presentación y controversia de la prueba, la exclusión de la prueba ilícita y la exoneración del deber de declarar (artículos 15, 28, 29 y 33 de la Constitución Política).

Como puede apreciarse, el espacio constitucional de fundamentación de las pruebas penales, si bien debía respetar la Carta Política como sistema normativo, y en especial su parte dogmática, no había sido muy desarro-

reflexión desde la estructura constitucional del proceso penal colombiano. Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2006., p. 90.

3 PARRA QUIJANO, Jairo. *Racionalidad e ideología de las pruebas de oficio*. Temis, Bogotá, 2004., p. 7.

4 BOTERO MARINO, Catalina y SALDARRIAGA RESTREPO, Esteban. *Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia. En: Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional*. Angelika Rettberg (com.). Universidad de los Andes - Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Ciencia Política, Bogotá, 2005.

llado por el Constituyente al punto de que al consagrar la estructura básica del proceso penal, el texto originario de 1991 no contenía alguna disposición en materia probatoria. Debido a esta situación, la estructura probatoria del proceso penal quedó en manos del legislador que como se indicó en precedencia, ejerció su capacidad de constitución normativa de una forma tal que mantuvo vigente el principio de permanencia de la prueba.

Este panorama ha cambiado de forma radical ya que, si bien los fundamentos probatorios del proceso penal originarios del Texto Superior de 1991 se mantienen, ellos han sido replanteados debido a las modificaciones introducidas a la Carta por el Acto Legislativo 03 de 2002 y por el impacto que producen en ella como conjunto armónico de valores, principios, derechos y deberes. Esto es así, debido a la revolución probatoria implícita en el nuevo proceso penal que impone una nueva metodología para la aproximación a la verdad, en vista de la consagración expresa de unos deberes probatorios que le asisten a la Fiscalía y de unos principios probatorios destinados a regir en la etapa de juicio.

De este modo, a diferencia de lo que ocurría hasta 2002, en este momento el régimen probatorio del proceso penal ha sido objeto de una detenida regulación por el Constituyente, agregando a los dispositivos superiores que existían hasta esa fecha, otros que están ligados a la estructura misma del proceso y que operan a la manera de deberes para la instancia de acusación y de principios orientados a regir la dinámica del juicio. Se genera así una nueva sistemática que tiene obvias implicaciones en los roles del juez o jueza, de las partes y los intervinientes. Esto es así, en tanto todos ellos están vinculados a la realización de los fines del proceso penal y las pruebas penales constituyen el instrumento que permite esa realización.

Para entender las verdaderas implicaciones de esos nuevos fundamentos de las pruebas penales, se impone advertir que se ha dado un giro radical desde un régimen probatorio en el cual la columna vertebral estaba determinada por el principio de permanencia de la prueba, hasta un modelo en el cual sólo es prueba la que se produce ante los ojos del juez o jueza de conocimiento. Es decir, se está ante un modelo que supone la negación de la premisa básica del anterior sistema procesal: en tanto que en éste era posible que el juez o jueza tomara su decisión con base en la valoración

de pruebas practicadas por la policía judicial en etapas preprocesales y por la Fiscalía en el curso de la instrucción. En el nuevo modelo, ello no es posible porque el fundamento legítimo de la decisión que debe tomar el juzgador, está determinado por la prueba practicada en el juicio. Tal ha sido el mandato del constituyente.

Este raciocinio que puede recoger la esencia del nuevo proceso penal colombiano, supone una estructura constitucional del proceso completamente diferente, impone grandes retos al legislador en la tarea del desarrollo normativo del nuevo sistema procesal, resulta altamente exigente para los y las juezas en su cotidiana tarea de administración de justicia y exige un profundo cambio de mentalidad.

2.2 DESARROLLO

Ahora bien, entre los más relevantes fundamentos constitucionales de las pruebas penales, tanto originarios de 1991, como introducidos a la Carta a partir del Acto Legislativo 03 de 2002, se destacan los siguientes:

2.2.1 La presunción de inocencia

Aunque esta presunción, consagrada en el artículo 29 de la CP, desde una perspectiva sustancial, impone un límite al legislador en la configuración de los tipos penales, en este punto importa destacar sus implicaciones procesales. Desde esta óptica, la presunción de inocencia plantea una referencia a tres espacios completamente delineados: El primero de ellos hace alusión a la carga de la prueba; el segundo a los límites para la imputación de conductas punibles a personas no juzgadas; y el tercero al tratamiento de personas privadas de la libertad⁵.

En el primer sentido, la presunción de inocencia plantea que toda persona se reputa inocente hasta tanto su responsabilidad penal no se declare en una sentencia condenatoria ejecutoriada. Ello implica que la carga de la

5 O'DONNELL, Daniel. *Derecho internacional de los derechos humanos*. En: Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de ONU para los Derechos Humanos. Bogotá, 2004., p. 397.

prueba le asiste al Estado; es decir, es éste el que debe desvirtuar esa presunción y demostrar tal responsabilidad por medio de las pruebas permitidas por el ordenamiento jurídico. Estas pruebas deben ser susceptibles de demostrar tal responsabilidad más allá de toda duda razonable, pues caso contrario, la duda se resuelve a favor del imputado. En este punto, se impone destacar que este sentido de la presunción de inocencia conduce a que en algunos modelos se proscriban las pruebas de oficio, dado el compromiso de la imparcialidad del juzgador que se advierte como ínsito en ellas.

En el segundo sentido, la presunción de inocencia implica que las personas, no obstante su calidad de imputadas o acusadas, deben ser tratadas como inocentes. En este caso, la presunción de inocencia no interfiere con la carga de la prueba sino que se extiende al tratamiento que se les debe dar a quienes son destinatarios de la acción penal. Estas personas no sólo se presumen inocentes sino que además, deben ser tratadas como tales. Este ámbito de la presunción es muy relevante cuando se trata de investigados en procesos con difusión en los medios de comunicación, pues en esos casos es frecuente que tales personas sean presentadas, directa o indirectamente, como culpables sin haber sido oídas y vencidas en juicio.

Y en el tercer sentido, la presunción de inocencia irradia su efecto sobre la situación en la cual se encuentran las personas privadas de la libertad por términos prolongados, sin que se defina su situación mediante una sentencia en firme o providencia de efectos equivalentes. Esta dimensión también es comprensible, pues si la presunción de inocencia rige, la detención preventiva debe reputarse como una medida excepcional. Por ello resulta constitucionalmente exigible que la detención no se prolongue en forma indefinida al punto de que su duración equivalga al tiempo probable de la pena privativa de la libertad que llegare a imponerse.

De esas distintas dimensiones, se infiere que son violatorias de la presunción de inocencia, prácticas como las capturas masivas, la exposición ante los medios de comunicación de personas a quienes se presentan como autoras o partícipes de conductas punibles, sin que contra ellas exista una acusación ni mucho menos, una condena, la imputación de responsabilidad penal sin haber demostrado la culpabilidad del acusado o acusada, sobre todo cuando

para ese fin se ha hecho una aplicación indebida de la prueba indiciaria, debido a la cual se da por probado lo que debe demostrarse; así como la prolongación de la privación de la libertad por tiempo prolongado.

2.2.2 Reserva judicial para la afectación de derechos fundamentales

Un aspecto que resulta central para efectos de estas reflexiones, es el atinente a la limitación de los derechos fundamentales. Si bien algunos derechos no son susceptibles de limitarse, como por ejemplo: el derecho a no ser desaparecido, el derecho a no ser torturado o el derecho a un juez o jueza imparcial como desarrollos específicos de los derechos a la vida, a la integridad personal y al debido proceso, respectivamente; muchos derechos sí son susceptibles de limitación ya que al constituyente se le plantea la necesidad de armonizar sus espacios de realización con el debido reconocimiento de derechos de terceros o de intereses sociales legítimos que apuntan también a la consolidación de los fines estatales. Y no debe perderse de vista que precisamente, uno de tales fines apunta a la administración de justicia penal. Por lo tanto, es legítimo que en el escenario del proceso se configuren límites para los derechos fundamentales de los imputados.

Existen dos niveles para tal limitación. En el primero, es el propio constituyente el que se ha encargado de limitar el derecho, bien de manera tácita o bien de manera expresa. En estos supuestos, las tensiones entre los distintos contenidos normativos de la Carta fueron resueltas por él, fijando las condiciones bajo las cuales hay lugar al ejercicio de un derecho. Es lo que sucede, por ejemplo: con el derecho al libre desarrollo de la personalidad que puede ejercerse sin más límites que los impuestos por los derechos de los demás y el orden jurídico.

El segundo nivel parte de la atribución del constituyente al legislador de la facultad de determinar las condiciones en las cuales hay lugar a la restricción de un derecho de esa índole. De este modo, se estatuye la denominada reserva de ley para la limitación de derechos fundamentales en virtud de la cual sólo el legislador y no otros ámbitos del poder

público, están habilitados para circunscribir su espacio de ejercicio. En el entorno de un Estado constitucional, tal es un principio que resulta comprensible, pues si se han de establecer límites a derechos consagrados por el constituyente, lo menos que se ha de exigir es que esos límites sean establecidos con el concurso de los representantes populares, tras un proceso deliberativo en el cual se reconozcan espacios para la diferencia. Es decir, para su limitación es prioritario el respeto del principio democrático y pluralista. De allí que la administración y la jurisdicción no puedan por sí mismos, estatuir límites a los derechos fundamentales, pues aquélla ni ésta portan la legitimidad democrática privativa de la instancia legislativa.

Por otra parte, esa limitación de derechos por cuenta del legislador debe orientarse a la realización del bien común y respetar los contenidos específicos del principio de proporcionalidad: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Además, tal regulación debe ser precisa: indicar en qué casos hay lugar a la limitación del derecho, cuál es el procedimiento que debe seguirse para el efecto y cuál es la autoridad competente para imponerla. De no ser así, esto es, de consagrarse cláusulas generales para que la jurisdicción limite derechos fundamentales, no se estaría ante una limitación legislativa sino ante una transferencia de una competencia que en el marco de un régimen democrático, es privativa del legislador. Se configuraría, entonces, una potestad judicial de carácter discrecional, constitucionalmente ilegítima y cuyo ejercicio generaría inseguridad jurídica y conduciría a tratamientos discriminatorios de los destinatarios de la acción penal.

Ahora bien, en el marco específico del proceso penal, es relevante el hecho de que el constituyente le haya atribuido directamente a la jurisdicción la función de asegurar el respeto de los límites impuestos para afectar los derechos que están en juego en el proceso penal. Lo hizo en 1991 al consagrar la reserva judicial para la afectación del derecho a la inviolabilidad de correspondencia y demás formas de correspondencia privada y del derecho a la libertad de locomoción (artículos 15, 28 y 32), y en 2002, al radicar en los jueces de control de garantías, atribuciones vinculadas al control de los registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones

que realiza la Fiscalía como atribución constitucional propia; al control de las capturas excepcionales dispuestas por la Fiscalía; a la imposición de medidas de aseguramiento y a la disposición de las medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales (artículo 250).

2.2.3 El privilegio contra la autoincriminación

Este fundamento del régimen probatorio del proceso penal está consagrado en el artículo 33 de la CP, según el cual nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Este derecho, como es obvio entenderlo, se orienta a evitar que el o la indiciada, el o la imputada o el o la acusada sea sometido a cualquier tipo de presión por parte de las autoridades de investigación o juzgamiento, con el propósito de que se declare culpable. Se trata de una garantía que está inescindiblemente vinculada al derecho del acusado o acusada de guardar silencio pues si lo ejerce, evita autoincriminarse.

En el modelo continental europeo, por razones ligadas a su sistemática procesal, el privilegio contra la autoincriminación es de vieja data. En éste, el o la acusada no está obligada a declarar y si lo hace, no presta juramento, circunstancia ante la cual no está abocado a consecuencias punitivas en caso de faltar a la verdad. En el modelo anglosajón, en cambio, el privilegio contra la autoincriminación, si bien, tiene fundamentos superiores, está planteado en términos diferentes, al punto de que el acusado o acusada incurre en perjurio si falta a la verdad en su propio juicio. Además, sólo a partir de los años 60 del siglo XX, en virtud de precedentes jurisprudenciales ligados a la regla de exclusión de la prueba ilícita, se dotó de una connotación verdaderamente garantista, relevante ya no sólo en el juicio, sino prioritaria en la investigación, al punto de que al no ponerse de presente al indiciado, el privilegio contra la autoincriminación antes de cualquier manifestación, la evidencia así recaudada se reputa ilícita. En este sentido, son clásicas estas consideraciones expuestas por la Corte Suprema de Estados Unidos en *Miranda vs Arizona* (1966): *“La acusación no puede utilizar la declaración –ya sea de culpabilidad o de inocencia- que haya obtenido del detenido de cuya custodia es responsable si no acredita haber seguido, durante el interrogatorio, un procedimiento que garantice eficazmente el derecho*

a no declarar contra sí mismo... Antes de realizar cualquier pregunta, se ha de informar al detenido de que tiene derecho a guardar silencio, de que todo cuanto declare puede ser utilizado como prueba en su contra y que tiene derecho a la asistencia de un abogado, de su designación o de oficio”⁶.

Es importante tener en cuenta que este derecho no sólo protege al indiciado o imputado del proceder abusivo de las autoridades policiales, sino también de estrategias indebidas de la Fiscalía: a partir del momento cuando cuente con elementos materiales probatorios o evidencias físicas que señalen a una persona como probable autora o partícipe de conductas punibles, le queda proscrito asumirla como un eventual testigo y recibirle entrevistas o declaraciones juramentadas. En el caso de proceder de esta forma, esas actuaciones y las que de ella se deriven, quedarán afectadas por ilicitud por haberse obtenido con violación de derecho a la no autoincriminación, y resulta indiferente para tal efecto que en esas actividades investigativas, el indiciado haya sido formalmente tratado como testigo.

Desde luego, se trata de un derecho renunciable pues el acusado o acusada puede optar por rendir interrogatorio ante las autoridades de investigación y por declarar en su propio juicio. El problema radica en que al obrar de esa forma, puede incurrir en una autoincriminación involuntaria, circunstancia ante la cual se plantea el debate de si el privilegio se extiende también a tales manifestaciones.

2.2.4 La regla de exclusión de la prueba ilícita

El proceso de aproximación a la verdad no puede emprenderse de cualquier manera, sino respetando unas barreras de civilidad infranqueables: los derechos fundamentales en tanto espacios autónomos de dignidad. De allí que la estructura probatoria del sistema acusatorio colombiano esté inescindiblemente vinculada a la regla de exclusión de la prueba ilícita.

⁶ BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. *Las Sentencias Básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008., p. 345.

Esta premisa básica del proceso penal, hasta hace poco estaba planteada en condiciones muy problemáticas, porque no existía seguridad acerca de lo que constituía prueba ilícita; no había claridad en cuanto a las diferencias entre prueba ilícita principal y prueba ilícita derivada y a la aplicación, a unas y otras, de la regla de exclusión; la exclusión de la evidencia obtenida ilícitamente, se entendía sólo como un proceso mental del juzgador, no ligado a la expulsión del proceso de esa evidencia; se argumentaba que la regla de exclusión, por recaer sobre pruebas nulas de pleno derecho, no precisaba de declaración judicial ya que la nulidad de pleno derecho equivalía a la inexistencia y ésta no precisaba de tal formalidad y ello, con los costos implícitos en términos de seguridad jurídica y lealtad procesal y, lo que era más grave, en aquellos supuestos en los cuales no se aplicaba la regla de exclusión que debía aplicarse y no pasaba nada, es decir, no existía alguna consecuencia procesal para la no aplicación del mandato consagrado en el inciso final del artículo 29 superior⁷.

La Ley 906 de 2004 solucionó varios de estos problemas⁸. Así, indicó qué se entiende por prueba ilícita principal y derivada; precisó que a todas ellas se aplica la regla de exclusión, salvo que respecto de esta última, concurren criterios que la legitimen; entendió esa regla como una exclusión jurídica y material y ordenó que su aplicación se hiciera mediante pronunciamiento judicial expreso. No obstante, dejó sin solución los problemas más delicados: la falta de consecuencias procesales para la inaplicación de la regla de exclusión y la pérdida de imparcialidad del juzgador que había permitido la aducción de pruebas ilícitas. Por fortuna, la jurisprudencia constitucional, solucionó estos problemas al ordenar en la Sentencia C-591 de 2005⁹, que en aquellos casos en los cuales la ilicitud de la prueba comporta graves violaciones de derechos humanos, no sólo se debe anular la prueba sino también el juicio, y que para garantizar la imparcialidad como derecho fundamental absoluto, el nuevo juicio debe seguirse ante un juez o jueza distinto.

7 URBANO MARTÍNEZ. *Prueba ilícita y regla de exclusión*. En: *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del juez penal colombiano*. Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá., 2004

8 CONSTITUCIÓN POLÍTICA, artículos 23, 212, 231, 232, 238, 276, 344, 357, 360, 373, 382 y 455

9 CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-591 de 2005*.

Desde otra perspectiva, es importante comprender que el desarrollo de la regla de exclusión de la prueba ilícita, en tanto premisa básica del régimen probatorio del sistema acusatorio colombiano, debe contextualizarse en los fines superiores del proceso penal y, en especial, en el respeto de los derechos fundamentales de quienes en él intervienen. Se hace esta aclaración por cuanto hasta hace un tiempo, se consideraba que en el proceso penal debían privilegiarse los derechos del procesado, en tanto que se asumía como propio de aquél la visión restringida de los derechos de los demás intervinientes y, en particular, de la víctima. Ello explica, por ejemplo: que durante mucho tiempo ésta haya tenido una intervención limitada en el proceso penal, al punto de que se le reconocía una legitimidad sujeta de manera exclusiva, a su pretensión indemnizatoria. Como se indicó, este panorama varió de manera radical, al punto de que a la víctima de la conducta punible se la reconoce hoy como titular de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, y por tal razón, se advierte en ella una legitimidad procesal mucho más amplia que le permite intervenir en defensa de sus derechos desde antes de la iniciación de la investigación y que puede hacerlo, incluso si renuncia a su pretensión reparatoria.

Pues bien, toda esta situación tiene implicaciones directas en el desarrollo de la regla de exclusión de la prueba ilícita: de manera armónica con esa evolución, hoy no sólo es prueba ilícita la que viola los derechos fundamentales del procesado, sino también aquélla que vulnera los derechos fundamentales de la víctima. Esta consecuencia es particularmente relevante, por ejemplo: en los procesos por delitos sexuales, en los cuales se suele incurrir en prácticas instructivas contrarias a la intimidad y a la dignidad de las víctimas y en los cuales algunos abogados suelen concebir estrategias defensivas orientadas a la reconstrucción del pasado sexual de aquéllas, con la pretendida finalidad de desvirtuar la acusación. Estas estrategias, en ocasiones toleradas por jueces y tribunales, propician escenarios en donde se somete a debate no la responsabilidad del acusado, sino la vida sexual de la víctima. No cabe duda de que una práctica probatoria de esa índole se reputa ilegítima y que los medios de conocimiento orientados a ese fin son ilícitos, por vulneración de los derechos fundamentales a la intimidad y a la dignidad de la víctima de la conducta punible. De allí la razón de la Corte Constitucional en la

sentencia T-453-05, de conceder el amparo solicitado por la víctima de un delito de violencia sexual que con la anuencia de los juzgadores, había sido sometida a prácticas probatorias de esa índole, y que de manera consecuente con ello, haya ordenado excluir esas pruebas.

De esta manera, en virtud del nuevo desarrollo legal y de los condicionamientos impuestos por la jurisprudencia constitucional, que hasta esta fecha comprende múltiples desarrollos¹⁰, hoy se cuenta en Colombia con un régimen más o menos coherente en materia de regla de exclusión y adecuado a la nueva estructura básica del proceso. Con todo, las decisiones de los jueces y tribunales se siguen mostrando ambivalentes al punto que se han generado múltiples traumatismos por su aplicación indebida¹¹ y, se ha considerado, por ejemplo, que el juez de control de garantías es titular de una facultad muy restringida en materia de exclusión de evidencia ilícitamente obtenida¹². Concurren argumentos para afirmar que lo primero deslegitima la regla de exclusión pues no la concibe como instrumento de racionalización del proceso penal, sino como instrumento al servicio de la impunidad; en tanto que lo segundo no se muestra armónico con el artículo 29 superior, norma que no circunscribe competencias judiciales para la exclusión de esa evidencia; ni con la índole constitucional del juez o jueza de control de garantías que es, precisamente, controlador de garantías entendidas como derechos fundamentales de trascendencia procesal; ni tampoco con el régimen legal del proceso penal: Si el fiscal puede excluir evidencia ilícitamente obtenida por la policía judicial (artículo 212 de la Ley 906 de 2004), no se ve por qué el juez o jueza de control pueda hacerlo sólo en casos excepcionales.

10 *Ibíd.* Sentencias C-473 de 2005, C-822 de 2005, C-1191 de 2005, C-210 de 2007, C-336 de 2007 y T-916 de 2008.

11 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Sentencia del 16 de mayo de 2007, radicado 26.310.

12 *Ibíd.*

2.2.5 Los deberes que la Constitución le impone a la Fiscalía en materia probatoria

a) El deber de aseguramiento

Ahora, en cuanto al deber de aseguramiento, se debe tener en cuenta que en un modelo procesal en el cual rige el principio de permanencia de la prueba, a la Fiscalía no le asiste algún interés por asegurar y conservar la evidencia orientada a demostrar la responsabilidad del acusado o acusada. Ello es así, porque esa Institución, no obstante su calidad de parte procesal, construye la prueba y ésta vincula a los jueces y tribunales que posteriormente conocen del proceso. En cambio, en un modelo procesal de tendencia acusatoria, la Fiscalía por sí misma, no construye la prueba. A lo sumo, recauda elementos materiales probatorios y evidencias físicas y éstas sólo adquieren la calidad de pruebas tras su validación pública en el juicio. Siendo así, en este último modelo surge esencialmente para la parte acusadora, el deber de asegurar y conservar los elementos materiales probatorios recaudados en su labor investigativa y debe hacerlo hasta el momento del juicio, pues sólo en éste, esa evidencia es susceptible de convertirse en prueba y de suministrar fundamento para la decisión del juzgador.

En el contexto indicado, se explica la imposición, por parte del Constituyente, a la Fiscalía del deber de *“asegurar los elementos materiales probatorios garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción”* (artículo 250.3 de la CP). Este deber es una consecuencia necesaria de la estructura básica del proceso, pues si a la Fiscalía aún se le permitiera constituir prueba por sí misma, el deber de aseguramiento de la evidencia carecería de sentido. Por el contrario, como quiera que en el nuevo modelo sólo es prueba la que se practica en el juicio, a esa Institución le asiste el deber ineludible de conservar la evidencia para revestirla luego de la calidad de prueba orientada a desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al acusado.

Debe destacarse que como consecuencia de este deber constitucional de la Fiscalía, en el proceso debe acreditarse la autenticidad de la evidencia. Esto remite al principio de mismidad, de acuerdo con el cual se debe probar que el elemento aducido para sustentar la acusación, es el mismo que se

encontró en la escena, que se analizó y que se exhibe en el juicio; que él se conservó en el mismo estado como se recaudó; que en su consecución se respetó la forma y posición como fue dejada por los actores y que ella está relacionada con el momento de comisión de la conducta punible¹³. Se debe precisar que existen varias alternativas para acreditar la autenticidad de la evidencia física, como la autenticación, la marcación, el testimonio y la cadena de custodia; circunstancia que permite advertir que la referencia que se hace en el artículo 250.3 superior a la cadena de custodia, debe entenderse en un sentido amplio y no restringido para dar cabida a esas varias alternativas.

En este punto, debe tomarse conciencia en cuanto a la índole constitucional del deber de aseguramiento que le asiste a la Fiscalía General de la Nación. Es decir, este deber tiene una naturaleza normativa superior que trasciende el ámbito de las formulaciones legales y por lo mismo, condiciona la legitimidad de la actuación procesal.

b) El deber de descubrimiento

El deber de descubrimiento es uno de los temas más sensibles del proceso penal de hoy.

No obstante, contra lo que pudiera creerse, sólo en las últimas décadas se ha logrado alguna claridad en cuanto a la importancia que juega para afianzar los contenidos acusatorios del proceso.

En el derecho anglosajón, hasta el siglo XIX existía la convicción de que un deber de descubrimiento impuesto al órgano de persecución penal, se reputaba ilegítimo dado que contrariaba la finalidad del sistema de justicia penal: éste difícilmente podría lograr la condena de los y las culpables, si se le imponía el deber de evidenciarle al acusado o acusada, de manera anticipada, la prueba que se esgrimiría en su contra en el juicio. Esto equivalía a reconocerle a la Fiscalía la facultad de sorprender al acusado o acusada con la prueba de cargo. Por tal razón, se precisó de una decantada

13 MORA IZQUIERDO, Ricardo y SÁNCHEZ PRADA, María Dolores. *La Evidencia Física y la Cadena de Custodia en el Procedimiento Acusatorio*. Editores Gráficos Colombia, Bogotá, 2007., pp. 190 y ss.

evolución jurisprudencial para que paulatinamente se comprendiera que la revelación de la prueba de cargo contribuiría a equilibrar las facultades de las partes, pues les permitía una adecuada preparación del juicio, y a afianzar los contenidos materiales del debido proceso y del derecho de defensa, evitando el sorprendimiento del acusado acusada.

Lo expuesto explica por qué, tras algunos tímidos avances, como la facultad del acusado o acusada de estar presente en los interrogatorios rendidos por los y las testigos de la acusación, se les haya reconocido a los jueces y juezas, la atribución de determinar en cada caso concreto, si debía haber lugar al descubrimiento de la prueba de cargo y, en caso positivo, bajo qué condiciones. No obstante, sólo en los últimos 50 años, el descubrimiento de la prueba de cargo se ha afianzado como una institución vital del proceso penal, ligada a la carga de transparencia que lo caracteriza en un régimen democrático, si bien, aún hoy, no está exenta de controversias en aspectos tan relevantes como el deber de descubrimiento de la evidencia exculpatoria que vincula a la Fiscalía; las excepciones al deber de descubrimiento que le asiste a aquélla y que propician que en ciertos casos, el o la acusada sólo conozca la prueba de cargo en el juicio, y el deber de descubrimiento de la defensa, legitimado constitucionalmente en el modelo anglosajón y cuestionado como inconstitucional por los desarrollos doctrinarios del modelo continental europeo.

Como fuere, en cuanto al deber de descubrimiento que el artículo 250.9 de la Constitución le impone a la Fiscalía, hay que resaltar que él se explica debido a la vigencia del principio de presunción de inocencia: como a la Fiscalía le asiste la carga de la prueba, es ella la que está obligada a practicar en el juicio las pruebas que han de desvirtuar esa presunción y que han de demostrar la responsabilidad del acusado. La situación de la defensa es distinta, pues ésta no está obligada a probar algo y por lo mismo, respecto de ella y en estricto sentido, no opera desde la Constitución, un deber de descubrimiento. Es más, la defensa puede prescindir de práctica probatoria alguna y sólo limitarse a cuestionar la potencia incriminadora de las pruebas aducidas por la Fiscalía.

Sobre esta base, debe entenderse que el descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencias físicas recaudados por la Fiscalía y susceptibles de convertirse en prueba en el juicio, constituye un aspecto vertebral del proceso penal, pues en la misma medida como desde el inicio del juicio se hace claridad en cuanto al fundamento de la acusación, se circunscribe el campo de acción de la defensa: gracias al descubrimiento, ésta sabe qué elementos se aducirán en su contra y determinará a su vez, la evidencia de refutación de la cual debe valerse para desvirtuar su alcance incriminatorio.

Debe comprenderse que el estricto cumplimiento del deber de descubrimiento que le asiste a la Fiscalía, tiene hondas repercusiones en la defensa. Si aquélla cumple con su obligación y descubre todos los elementos materiales probatorios e informaciones que posee, la defensa sabrá a qué atenerse: Si la evidencia descubierta, a juicio de aquélla, resulta suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, la defensa podrá considerar la posibilidad de un allanamiento a la acusación o prever como alternativa, la suscripción de un preacuerdo que le suministre alguna ventaja frente a una eventual condena. Por el contrario, si la evidencia descubierta no se advierte como suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, la defensa podrá concebir una estrategia de oposición a la acusación y desvirtuará, como alternativas viables, el allanamiento y el preacuerdo. Por este motivo, es determinante que los jueces y tribunales se esfuercen al máximo porque la Fiscalía cumpla el deber constitucional de descubrimiento que le asiste y porque lo haga en los exigentes términos previstos por el constituyente. De no obrar de esa forma, esto es, de permitir un descubrimiento tardío e injustificado, las consecuencias sobre la defensa serían dramáticas: si el juez o jueza admite que la Fiscalía descubra evidencia en la audiencia preparatoria o en el juicio y que lo haga en supuestos distintos a aquéllos excepcionalmente permitidos, el perjuicio para la defensa sería evidente. Esta sería sorprendida con nuevos medios de conocimiento que de haber sido conocidos de manera oportuna, la hubiesen conducido a una distinta estrategia e incluso, a renunciar al juicio, con ventajas procesales ahora improcedentes. Ante ello, es legítimo que la defensa asuma que salvo situaciones excepcionalísimas, toda la evidencia que posee la Fiscalía, es la descubierta en el escrito de acusación y en la audiencia en donde ésta se formula y que a partir de ella,

debe esforzarse por el estricto respeto del derecho a un juicio con todas las garantías que le asiste al acusado.

2.2.6 Los Principios Probatorios del Juicio

Como se indicó en precedencia, el artículo 29 superior consagraba, como contenido del derecho fundamental al debido proceso, el derecho a presentar pruebas y el derecho a contradecir las aportadas por la acusación. Si bien no puede desconocerse las profundas implicaciones de esta norma y el papel central que ella jugó para racionalizar el proceso penal al servirle al Tribunal Constitucional como parámetro para el control de los actos de la legislación y de la jurisdicción, lo cierto es que con miras a la determinación de la estructura probatoria del proceso, sus alcances resultaron bastante limitados, sobre todo debido a la vinculación del régimen probatorio del proceso penal al principio de permanencia de la prueba.

En tal virtud, en este momento, tan relevantes como los deberes de aseguramiento y descubrimiento impuestos a la Fiscalía, resultan los principios constitucionales del juicio, consagrados en el artículo 250.4, pues estos principios recogen los citados contenidos del artículo 29 y los repotencian de tal forma que los ligan de manera inescindible, a la estructura probatoria del proceso penal.

En efecto. Según el artículo 250.4 de la Constitución, la Fiscalía debe *“presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías”*. Adviértase cómo el Constituyente ha regulado de manera expresa, clara y precisa los rasgos esenciales del juzgamiento. En virtud de los principios probatorios aquí consagrados, en Colombia el proceso penal ha dejado de ser sinónimo de sumario; hoy en día el proceso penal es sinónimo de juicio. Los momentos anteriores al debate público y oral del juzgamiento, no son más que una fase de preparación del juicio en tanto proceso penal propiamente dicho. Con ello, el centro de gravedad del proceso penal colombiano ha pasado desde la investigación hasta el juicio y desde la Fiscalía a los jueces y tribunales. Éstos ya no se limitan a redactar decisiones con base en actas levantadas en otras sedes, sino en todo el sentido de la expresión, a administrar justicia con base en pruebas practicadas ante sí mismos.

En este contexto, se puede advertir que los principios de publicidad, oralidad, inmediación, contradicción y concentración constituyen características del proceso penal inherente a las modernas democracias constitucionales que repudian las actuaciones secretas y escritas propias de los regímenes autoritarios y rescatan una concepción del proceso como debate pluralista, público, transparente, de cara a la sociedad; en el cual las partes, los terceros y los jueces actúan frente a las partes, a la audiencia y a la comunidad. De allí que la prueba deba practicarse en audiencia pública y no al interior de los despachos de los instructores; que se prescinda del levantamiento de actas para centrar el debate en las intervenciones verbales de las partes y no en los registros mecanografiados de ellas; que el juez o jueza esté compelido a dirigir la práctica probatoria; que el derecho de contradicción se ejerza no mediante la incorporación de memoriales, sino refutando la prueba en la misma audiencia y que entre el juicio y el sentido del fallo emitido en audiencia, no exista solución de continuidad.

Éste es quizá el punto neurálgico del nuevo proceso penal, pues si bien no existen mayores dificultades para promover reformas constitucionales y legales, se presentan grandes inconvenientes al momento de aplicarlas, ya que se sigue manteniendo la misma mentalidad de antaño, de tal forma que las reformas, las más de las veces, ocurren en las formulaciones legales, mas no en las prácticas judiciales.

Entre tales inconvenientes, se encuentra el hecho de que para la comunidad jurídica, los nuevos principios probatorios del juicio no son novedosos pues los estatutos procesales siempre han contenido referencias expresas o tácitas a categorías como las de publicidad, inmediación, oralidad y contradicción, circunstancia ante la cual se asume que se trata de una reiteración de instituciones jurídicas ya conocidas. Sin embargo, no se tiene claridad en cuanto a que se trataba de instituciones que se concebían dentro de una estructura procesal completamente diferente, que los vaciaba de contenidos materiales y los reducía a simples formalidades. De todas maneras, esa equivocada referencia constituye un obstáculo muy fuerte para comprender que los actuales principios probatorios del juicio, si bien se identifican con la misma nomenclatura de categorías probatorias de otras épocas, tienen unos contenidos muy distintos, determinados por la nueva estructura básica del proceso.

De esta forma, romper los esquemas mentales tradicionales y promover otros acordes con la nueva sistemática del proceso, exige un profundo esfuerzo de fundamentación y de desarrollo de habilidades coherentes con ella. Con mayor razón, si como lo ha puesto de presente la doctrina, el nuevo modelo varía considerablemente el entorno de incentivos para los actores del sistema procesal, y como éste no tiene consideración con la mediocridad de sus protagonistas, tal será un esfuerzo que necesariamente habrá de emprenderse: “(...) en el entorno de incentivos construido por el sistema inquisitivo, un abogado o un juez puede ser inepto, poco profesional o ignorante, y aún así ser perfectamente exitoso y competitivo... El sistema acusatorio establecido en el nuevo Código Procesal Penal -al igual que en el resto de los países latinoamericanos que están llevando adelante similares reformas- está cambiando de manera significativa y profunda este entorno de incentivos...”¹⁴.

Realidad que aparte de una sólida fundamentación, impone desarrollar:

(...) tres tipos de habilidades requeridas para litigar efectivamente en juicios orales. La primera de ellas está vinculada al desarrollo de una capacidad para planificar estratégicamente el juicio y su preparación (teoría del caso). La segunda habilidad tiene que ver con la capacidad para obtener e introducir información de manera efectiva en el juicio (exámenes y contraexámenes de testigos y peritos, y las demás actividades asociadas a estas cuestiones). Finalmente, un tercer nivel de habilidad es el uso efectivo de la información que se producirá o que ya se ha producido en el juicio (alegatos de apertura y clausura)”¹⁵.

2.3 CONCLUSIÓN

De acuerdo con lo expuesto, de la estructura básica del proceso penal colombiano, hacen parte los nuevos contenidos de la regla de exclusión de la prueba ilícita, los deberes impuestos por la Constitución a la Fiscalía en materia probatoria y los principios probatorios del juzgamiento, consagrados en los artículos 250.3, 250.9 y 250.4.

14 BAYTELMAN A., Andrés y DUCE J., Mauricio. *Litigación penal. Juicio oral y prueba*. Fondo de Cultura Económica, México, 2005., pp. 26 y ss.

15 *Ibíd.*

Por este motivo y por razones adicionales ligadas a los estándares mínimos, impuestos por la comunidad internacional al proceso penal de hoy, existe una sola forma legítima de introducir información a un proceso penal y ella consiste en hacerlo con estricto respeto de esa cláusula y de esos principios y deberes superiores, al punto de que su desconocimiento manifiesto y trascendente puede afectar la validez del juicio. Además, otra consecuencia de ese régimen constitucional, es la proscripción del conocimiento privado del juez o jueza o de las partes como fuente de información en relación con los hechos sometidos a juzgamiento. Esto es comprensible: si sólo es prueba la que se produce en la audiencia del juicio oral, el particular conocimiento del juzgador, del fiscal, de la defensa o de otros intervinientes, no es una fuente legítima de información. Y esto por la sencilla razón de que, al ser un conocimiento privado, no respeta los principios probatorios ni la dinámica del juicio. Es más, los contraría de forma evidente.

Para entender las verdaderas implicaciones de esos nuevos fundamentos de las pruebas penales, se impone advertir que se ha dado un giro radical desde un régimen probatorio en el cual la columna vertebral estaba determinada por el principio de permanencia de la prueba, hasta un modelo en el cual sólo es prueba la que se produce ante los ojos del juez o jueza de conocimiento. Es decir, se está ante un modelo que por definición, supone la negación de la premisa básica del anterior sistema procesal: en tanto que en éste era posible que los jueces y las juezas tomaran su decisión con base en la valoración de pruebas practicadas por la policía judicial en etapas preprocesales y por la Fiscalía en el curso de la instrucción; en el nuevo modelo, ello no es posible pues el fundamento legítimo de la decisión que debe tomar el juzgador, sólo puede estar determinado por la prueba practicada en el juicio. Tal ha sido el mandato del Constituyente.

Este raciocinio que quizá recoge la esencia del nuevo proceso penal colombiano, supone una estructura constitucional del proceso completamente diferente, impone grandes retos al legislador en la tarea de desarrollo normativo del nuevo sistema procesal, resulta altamente exigente para los jueces en su cotidiana tarea de administrar justicia y exige un profundo cambio de mentalidad.

Ap

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

1. Elabore un mapa conceptual sobre los fundamentos constitucionales del régimen probatorio del proceso penal, identificando los originarios de la Constitución de 1991 y los introducidos por el Acto Legislativo 03 de 2002.
2. Haga una lectura detenida de las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia en los radicados 23.754 y 31.147, y reflexione sobre el impacto que la doctrina de la carga dinámica de la prueba tiene en la presunción de inocencia.
3. Reflexione sobre las implicaciones que la institución del juez o jueza de control de garantías tiene en la reserva judicial para la afectación de derechos fundamentales como uno de los fundamentos del régimen probatorio del juicio oral.
4. Haga una lectura detenida de las Sentencias T-453-05 y C-591-05 y con base en ellas, determine el alcance actual de la regla de exclusión de la prueba ilícita.
5. Con sus compañeros de grupo, vuelva a mirar la película *El abogado del diablo*, protagonizada por Keanu Reeves y Al Pacino. Luego, reflexione sobre el siguiente cuestionamiento: ¿Qué impresión tendría usted del proceso penal norteamericano, si en los juicios ante el jurado, la Fiscalía y la defensa, en lugar de argumentar oralmente, se limitaran a leer cuestionarios y alegatos previamente elaborados por sus asesores?
6. ¿Por qué se habla del **nuevo** régimen de la regla de exclusión de la prueba ilícita como contenido de la estructura probatoria del proceso penal?
7. ¿Cómo se explica que la Constitución le imponga deberes de aseguramiento y descubrimiento a la Fiscalía y no a la defensa?
8. ¿Qué diferencia existe entre los principios probatorios del juicio de que da cuenta la historia del proceso penal colombiano y los principios consagrados en el artículo 250.4 de la Constitución?

Ae

AUTOEVALUACIÓN

En varias fechas diferentes, DIEGO, actuando de manera violenta y contra la voluntad de su sobrina de 13 años de edad, la acarició en el pecho y en su zona genital. Por este motivo, la madre de aquél lo sacó de la casa. Ocho meses más tarde regresó y a la primera oportunidad que tuvo, accedió carnalmente a su sobrina y la amenazó de muerte para que no avisara. La niña enteró de ello a la psicóloga del colegio y, por exigencia de ésta, la abuela de aquella denunció los hechos.

La Fiscalía presentó escrito de acusación contra DIEGO por los delitos de acto sexual violento y acceso carnal violento cometidos contra una menor de edad. En el anexo descubrió, como prueba pericial, un examen sobre búsqueda de espermatozoides en las muestras biológicas procedentes de la víctima. Al inicio del juicio oral, tras el resultado positivo de ese examen, solicitó, como prueba sobrevenida, un cotejo de ADN con muestras procedentes del acusado. El juzgado la ordenó. La defensa apeló argumentando que esa prueba no había sido oportunamente descubierta.

Determine si el auto que ordenó esa prueba es apelable, si la Fiscalía violó o no el deber constitucional de descubrimiento y si el juez o jueza debió no ordenar esa prueba. Fundamente su respuesta.

J

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional, Sentencias T-473 de 2005, C-591 de 2005, C-822 de 2005, C-1191 de 2005, C-210 de 2007 y C-336 de 2007.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia del 16 de mayo de 2007, radicado 26.310.

Bs

BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

BAYTELMAN A., Andrés y DUCE, Mauricio, *Litigación penal. Juicio oral y prueba*. Fondo de Cultura Económica, México, 2005.

BELTRÁN DE FELIPE, MIGUEL Y GONZÁLEZ GARCÍA, JULIO V. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

BOTERO MARINO, CATALINA Y SALDARRIAGA RESTREPO, ESTEBAN. *Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia*. En: *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional*. Angelika Rettberg (com.). Universidad de los Andes - Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Ciencia Política, Bogotá, 2005.

GOLDBERG, STEVE H. *Mi primer juicio oral. ¿Dónde me siento? ¿Y qué diré?* Heliasta, Buenos Aires, 1994.

MORA IZQUIERDO, RICARDO Y SÁNCHEZ PRADA, MARÍA DOLORES. *La Evidencia Física y la Cadena de Custodia en el Procedimiento Acusatorio*. Editores Gráficos Colombia, Bogotá, 2007.

O'DONNELL, DANIEL. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de ONU para los Derechos Humanos. Bogotá, 2004.

PARRA QUIJANO, JAIRO. *Racionalidad e ideología de las pruebas de oficio*. Temis, Bogotá, 2004.

Bs

URBANO MARTÍNEZ, JOSÉ JOAQUÍN. *Prueba ilícita y regla de exclusión. En: Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del juez penal colombiano.* Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2004.

------. *Los nuevos fundamentos de las pruebas penales. Una reflexión desde la estructura constitucional del proceso penal colombiano,* Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2006.

------. *La Nueva Estructura Probatoria del Proceso Penal.* Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2008.

Unidad 3

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL RÉGIMEN PROBATORIO DEL JUICIO ORAL

Og

OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD

Lograr que los y las discentes desarrollen la capacidad de plantear soluciones constitucionalmente adecuadas a los problemas jurídicos advertidos en el desarrollo legal de la estructura probatoria del proceso penal.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA UNIDAD

- Reconocer por parte de los y las discentes los desarrollos legales de la estructura probatoria del proceso penal consagrada en la Constitución Política.
- Lograr que los y las discentes identifiquen los problemas jurídicos generados por el desarrollo legal de la estructura probatoria del proceso penal.

3.1 PLANTEAMIENTO

Después de haber examinado la manera como ha evolucionado el régimen probatorio del proceso penal en el constitucionalismo colombiano y de advertir cuáles son los actuales fundamentos de ese régimen, en esta unidad se referirán sus más importantes desarrollos legales, se identificará algunos problemas jurídicos generados por estos y se promoverán soluciones coherentes con aquellos. Para tal efecto, se seguirá la estructura del juicio oral.

3.2 IDENTIFICACIÓN Y SOLUCIÓN DE PROBLEMAS PROBATORIOS

3.2.1 El escrito de acusación

Según el artículo 294 del CPP, la presentación del escrito de acusación es una de las alternativas por la cual puede optar la Fiscalía al vencimiento del plazo de 30 días desde la formulación de la imputación, y con ella se da inicio a la etapa del juicio en el proceso penal. Ahora bien, existen varios problemas probatorios planteados por el escrito de acusación que tienen que ver con el segundo requisito que debe cumplir, otros con lo atinente al descubrimiento de pruebas y otros más con la manera como debe surtir su traslado.

a) La relación de los hechos

Acerca de este tema, los problemas que se plantean tienen que ver con las implicaciones que tiene el relato de los hechos -como requisito del escrito de acusación- tanto en la fijación del litigio y el debate probatorio, como en el derecho de defensa. Algunos de esos problemas se pueden plantear de la siguiente forma:

- ¿El trabajo investigativo de la Fiscalía es objeto de prueba?
- ¿Son hechos jurídicamente relevantes los que no tienen que ver con el delito, sus consecuencias, la identidad del acusado, su responsabilidad o la credibilidad de un testigo o perito?

- ¿Una relación extensa y oscura de los hechos delimita el juicio y facilita el ejercicio del derecho de defensa?

A continuación, se promueve una posible solución a estos problemas jurídicos con base en la estructura probatoria del proceso penal.

El artículo 337.2 del CPP dispone que el escrito de acusación deberá contener *“Una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible”*. Nótese cómo, por una parte, la norma habla de hechos, es decir, de los supuestos fácticos que condujeron a la Fiscalía al ejercicio de la acción penal y que luego se someten a consideración de los jueces y tribunales. Se hace esta aclaración por cuanto, con no poca frecuencia, la Fiscalía confunde la relación clara y sucinta de los hechos con una reseña de la actuación investigativa cumplida previamente. Esta forma de proceder no es adecuada pues lo que se requiere en el escrito de acusación no es un recuento de la manera como la Fiscalía tuvo conocimiento de los hechos y de la actuación que desencadenó a partir de entonces. Lo que se necesita es algo muy diferente: que haga una exposición de los hechos que la llevaron a formular imputación y que tras un razonable ciclo investigativo, sigue estimando suficientes para continuar con el ejercicio de la acción penal.

Por otra parte, la disposición habla de hechos jurídicamente relevantes; esto es, de hechos que trascienden al universo jurídico por la probabilidad que existe de que de ellos se pueda predicar su calidad de típicos, antijurídicos y culpables. En otros términos, la cualificación de los hechos relacionados por la Fiscalía está íntimamente ligada a la pretensión acusadora alentada por ésta, pues se orienta a establecer que respecto de sus autores o partícipes, concurren todos los presupuestos de la responsabilidad penal. Esta exigencia impone un límite razonable al escrito de acusación ya que permite prescindir de todas aquellas referencias que no sean necesarias para acreditar el carácter jurídicamente relevante de los hechos por los cuales se acusa.

En este punto, debe indicarse que el estricto cumplimiento de esta exigencia en el escrito de acusación, es determinante en materia probatoria y ello por la sencilla razón de que esa relación de hechos jurídicamente relevantes, determina lo que será objeto de prueba en el juicio.

En efecto, el debate probatorio por practicarse versará acerca de si esos hechos ocurrieron, a si ellos son jurídicamente relevantes y a si, así considerados, son o no imputables al acusado. Ello es tan claro que el artículo 357 del CPP dispone que el juez o jueza decretará la práctica de las pruebas realizadas *“cuando ellas se refieran a los hechos de la acusación que requieren prueba”* y que el artículo 375 tiene en cuenta *“los hechos y circunstancias relativos a la comisión de la conducta punible y sus consecuencias”* como el primer punto de referencia para determinar la pertinencia de una prueba. De este modo, el adecuado cumplimiento de este presupuesto determina el objeto del debate por surtirse en el juicio, en tanto que el incumplimiento de ella cierra un manto de incertidumbre sobre él.

Por último, la disposición exige que esa relación clara y sucinta de los hechos, jurídicamente relevantes, se haga en un lenguaje comprensible. Esta exigencia tiene sentido pues el escrito de acusación no tiene como destinatarios a los profesionales especialmente formados que intervienen en el proceso penal, sino al acusado. Es decir, el proceso penal no promueve una práctica según la cual el imputado o imputada, sólo tras una asesoría altamente especializada, entienda los motivos por los cuales se lo acusa, sino otro bien diferente: exige que cualquier destinatario de la acción penal pueda comprender los motivos de la acusación. En un contexto democrático, esa carga es razonable: no basta con que en un supuesto específico concurren razones para el ejercicio de la acción penal por medio de la acusación; es indispensable que el acusado o acusada tenga conocimiento de esos motivos y que ellos se le planteen de tal manera que los pueda comprender sin dificultad. De este modo, es evidente que este requisito no involucra una simple formalidad del escrito de acusación; por el contrario, en él están en juego derechos como los de acceso a la administración de justicia y defensa.

b) El descubrimiento de las pruebas de la Fiscalía

El deber de descubrimiento impuesto por el artículo 250.4 de la Constitución a la Fiscalía ha sido desarrollado, aparte de las normas atinentes al juzgamiento, por los artículos 15, 125.3 y 142.2 del CPP que lo asumen como garantía del derecho de contradicción, radican en la defensa la

atribución de conocer los medios de conocimiento de aquella e insisten en el descubrimiento como deber del órgano de acusación.

Ahora, según el artículo 337 del CPP, el escrito de acusación deberá contener “5. *El descubrimiento de las pruebas*”. Varios problemas probatorios pueden plantearse en relación con este requisito. Entre ellos:

- ¿Los medios de conocimiento que debe descubrir la Fiscalía tienen la calidad de “pruebas”?
- ¿La Fiscalía está obligada a descubrir todos los elementos materiales probatorios, evidencias físicas e informaciones o sólo algunos de ellos?
- ¿La Fiscalía puede descubrir pruebas en posteriores momentos procesales?
- ¿El hecho de que la Fiscalía deba descubrir las pruebas de descargo, implica que aquella está vinculada por el principio de investigación integral?

Se impone entonces, un esfuerzo para encontrar una posible solución a estos problemas con base en la estructura probatoria del proceso penal.

Por una parte, nótese cómo la ley no habla de descubrimiento de elementos materiales probatorios y evidencia física, sino de “*descubrimiento de las pruebas*”. Este detalle es relevante para comprender cómo el legislador utiliza el término “*prueba*” en dos sentidos diferentes: en ocasiones lo hace como fuente de información agotada ante los ojos del juez o jueza de conocimiento, es decir, en el juicio –tal como ocurre, por ejemplo: en el artículo 381- y, en otras, como sinónimo de medio de conocimiento, abarcando los elementos materiales probatorios, las evidencias físicas y las pruebas que deben practicarse en él. En este marco, el artículo 337.5 utiliza la expresión “*pruebas*” en este último sentido.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el escrito de acusación le ofrece a la Fiscalía la oportunidad idónea para cumplir el deber impuesto por el artículo 250.9 de la CP. No otra cosa puede deducirse de un mandato legal, de acuerdo con el cual “*El escrito de acusación deberá contener... El descubrimiento de las pruebas*”. De este modo, la Fiscalía se encuentra en el deber de descubrir en este momento procesal, todos los elementos materiales probatorios, evidencias físicas e informaciones “*de que tenga noticia*”.

Es decir, ese deber recae no sólo sobre las pruebas que tenga a bien descubrir, pues entonces no sería un deber sino un derecho, sino sobre todos aquellos de los cuales tenga noticia y estén en su poder.

Por otra parte, la Fiscalía puede descubrir en la audiencia de acusación, en la audiencia preparatoria y aún en el juicio, pruebas que no ha descubierto en el escrito de acusación pero dadas las profundas implicaciones que el cumplimiento de esa carga tiene en la defensa, toda pretensión posterior de la Fiscalía de descubrir otras pruebas sólo estará justificada si es razonable, si las circunstancias por las cuales no pudo hacer un descubrimiento oportuno no le son imputables y si la ponderación del daño causado a la defensa lo muestra procedente, pues permitir que aquélla no descubra una prueba que sí estuvo en capacidad de descubrir en el escrito de acusación, resultaría contrario al artículo 250.9 constitucional, afectaría la estructura probatoria del proceso y el derecho de defensa y propiciaría actuaciones desleales.

Por último, en cuanto al deber que tiene la Fiscalía de descubrir los testigos y peritos de descargo y los demás elementos favorables al acusado en poder de aquélla, deber impuesto por la Carta y desarrollado por el artículo 337.5, literales e) y f), del CPP, hay que indicar que si bien un sistema procesal de tendencia acusatoria, concebido como proceso de partes, resulta incompatible con un principio que, como el de investigación integral, le impone al Estado el deber de agotar la investigación sin consideración a una pretensión específica de acusación, también es cierto que en los sistemas acusatorios contemporáneos, la Fiscalía está vinculada por el deber de descubrir la evidencia exculpatoria encontrada en la investigación del caso. Es decir, si bien aquélla no tiene el deber de extender la investigación a lo cual favorezca al acusado, sí tiene el de poner a disposición de la defensa, toda la evidencia exculpatoria que consiga y que tenga en su poder. En ese entorno, es comprensible que el constituyente colombiano, recogiendo tendencias vigentes en el derecho anglosajón desde los años 60 del siglo XX, le haya impuesto a la Fiscalía el deber de descubrir la evidencia favorable al acusado, pues él está íntimamente relacionado con el debido proceso y con las cargas de lealtad y transparencia exigibles de las partes e intervinientes.

c) El traslado del escrito de acusación

Aquí, el problema jurídico que puede plantearse es el siguiente:

- ¿El juez o jueza tiene el deber de correr traslado del escrito de acusación a la defensa, al Ministerio Público y a la víctima antes de la audiencia de acusación?

En relación con esta temática, y en aras de propiciar una solución razonable a ese problema, hay que decir que si bien el CPP no le impone al juez o jueza el deber de correr traslado del escrito de acusación antes de la audiencia, él surge de una interpretación adecuada a la estructura probatoria del proceso penal.

En efecto, la Fiscalía tiene el deber de presentar el escrito de acusación ante el juez o jueza de conocimiento para adelantar el juicio y de entregar copias con destino al acusado, al Ministerio Público y a las víctimas. Ahora, dada la dinámica de la audiencia de acusación, en la cual las partes e intervinientes pueden hacer observaciones para que la Fiscalía las aclare, adicione o corrija de inmediato, y en la cual también se le puede solicitar a la defensa descubrimiento probatorio, se advierte la necesidad de que ellas lleguen a la audiencia con un conocimiento adecuado del escrito de acusación, pues sólo de esta manera, les será posible asumir posturas fundadas en relación con estas temáticas. Y tal conocimiento difícilmente se puede lograr con un traslado surtido en el curso de esa audiencia. Por el contrario, sólo el estudio detenido del escrito, antes de la audiencia de acusación, suministra la oportunidad adecuada para lograr ese conocimiento. Por lo tanto, es razonable inferir que el juez o jueza tiene el deber de correr traslado del escrito de acusación antes de esa audiencia.

Este aspecto es relevante en aquellos supuestos en los cuales la Fiscalía, en la audiencia de acusación, le solicita al juez o jueza y éste ordena el descubrimiento de las pruebas de la defensa: No sería coherente con el principio de igualdad de armas y con el derecho de defensa, exigirle a ésta que descubra sus pruebas cuando sólo unos minutos antes ha conocido aquellas que la Fiscalía esgrimirá para desvirtuar la presunción de inocencia y cuando el poco tiempo transcurrido desde entonces, resulta insuficiente para determinar su estrategia probatoria. De allí, que de imponerle tal exigencia a la

defensa, ésta sólo esté en el deber de descubrir las pruebas que hasta ese momento, y pese a esa situación, estén en su poder.

Por otra parte, en este punto se impone advertir que como quiera que la víctima, en el caso de que vaya a solicitar pruebas en la audiencia preparatoria, como luego se verá, debe descubrir pruebas en la audiencia de acusación, es necesario que tanto ella como las partes y los demás intervinientes tengan conocimiento del escrito desde antes de esa audiencia, pues recuérdese que en este acto procesal se le reconoce tal calidad y que a partir de entonces, queda habilitada para intervenir en el juzgamiento. De no obrar de esa forma, aquélla afrontaría una situación muy difícil pues en la audiencia de acusación debería corrérsele traslado del escrito y reconocérsele su calidad de interviniente y en seguida, con elementos de juicio muy limitados, debería descubrir pruebas. Concorre así, un argumento adicional para estimar que el traslado del escrito debe surtirse antes de la audiencia de acusación.

3.2.2 La audiencia de acusación

a) Etapas

Siguiendo el régimen legal, artículos 338 a 347 del CPP, y sometiendo a una interpretación sistemática, se pueden apreciar los siguientes momentos: la instalación; la determinación de la calidad de víctima; el traslado del escrito de acusación en caso de no haberse realizado con anterioridad; el traslado a las partes e intervinientes para que se pronuncien sobre incompetencia, impugnaciones de competencia, impedimentos, recusaciones y nulidades; la decisión de las solicitudes de las partes sobre esos temas y el trámite de los recursos contra ellas; el trámite de las observaciones de las partes y de los intervinientes al escrito de acusación; el traslado a la Fiscalía para que, si hay lugar a ello, lo aclare, corrija o adicione; la incorporación al escrito de tales modificaciones; el traslado a la Fiscalía para que formule la acusación; el traslado a la víctima para la solicitud de medidas de protección; el descubrimiento probatorio de la Fiscalía, de la víctima y de la defensa –en este caso con

las particularidades que luego se indicarán- y la fijación de fecha para la audiencia preparatoria.

b) Problemas jurídicos

El régimen de la audiencia de acusación plantea múltiples problemas jurídicos con implicaciones probatorias, entre ellos los relacionados con la facultad de solicitar aclaraciones, adiciones o correcciones al escrito de acusación y, también aquí, con el descubrimiento probatorio.

La facultad de solicitar aclaraciones, adiciones o correcciones al escrito de acusación.

El primer aspecto que debe considerarse, es el atinente a la facultad que se les ha conferido a la Fiscalía, a la defensa, al Ministerio Público y a la víctima para que expresen en forma oral, las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades y las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato.

Algunos de los problemas jurídicos que pueden plantearse en este punto, son los siguientes:

- ¿El juez o jueza está facultado para solicitar oficiosamente la aclaración, adición o corrección del escrito de acusación?
- ¿Si el juez o jueza oficiosamente solicita la aclaración, adición o corrección del escrito de acusación, contribuye a determinar los fundamentos fácticos de la acusación y el objeto del debate probatorio a que habrá lugar en el juicio?

Para buscar una posible solución a estos problemas, hay que tener en cuenta que al juez o jueza no se le haya conferido la facultad oficiosa de pronunciarse sobre esos tópicos. No obstante esa situación, es claro que en relación con los aspectos atinentes a causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones y nulidades, aparte de la facultad que les asiste a las partes y a los intervinientes de expresarse sobre ellos, también pueden

ser tratados oficiosamente por el juzgador, pues se trata de temas que están vinculados a los presupuestos de validez de la actuación procesal y, como se sabe, al juez o jueza le asiste el deber de velar por la legitimidad del juicio. Desde tal perspectiva, carecería de sentido que el juez o jueza no pudiera declararse incompetente, impedido o declarar una nulidad que se advierta en la actuación.

Con todo, en lo concerniente al incumplimiento de los requisitos legales del escrito de acusación, la situación es diferente pues éste o “no tiene control judicial”¹⁶, por ser un típico acto de parte o de control “*mal puede extenderse más allá de la comprobación del estricto cumplimiento de los requisitos formales previstos en el artículo 337 ejusdem*”¹⁷, pues todo lo que exceda ese ámbito, remite a temas vinculados ya no a la legitimidad de la actuación sino a la prosperidad de la pretensión alentada por la Fiscalía. Ahora, si bien en este último pronunciamiento se indicó que el control del escrito de acusación comprendía, aparte del cumplimiento de los requisitos, “*la constatación de la correspondencia lógica y jurídica entre la imputación fáctica y la adecuación típica propuesta*”, esta es una afirmación que debe entenderse en el contexto de ese control estrictamente formal y no como la anticipación de un juicio de congruencia entre la imputación y la acusación que además, es susceptible de variarse en los alegatos de cierre del juicio oral.

Siendo así, tratándose de aspectos atinentes al cumplimiento de la carga procesal impuesta a quien pretende desvirtuar la presunción de inocencia, ellos sólo pueden ser tratados por las partes y los intervinientes pues estos están habilitados para hacerlo, dado el interés unilateral que les asiste en las resultas del proceso y la forma como las deficiencias del escrito de acusación pueden afectar ese interés.

Para fortalecer este argumento, repárese en lo siguiente: líneas atrás se indicó que el segundo requisito del escrito de acusación era relevante en tanto determinaba el objeto del debate probatorio por surtirse en el juicio oral, y que ello constituía una razón adicional para que la Fiscalía le diera estricto cumplimiento. Ahora, si la Fiscalía no obra de esa forma y si, por sí misma o a solicitud de la defensa o los intervinientes, no corrige esas

16 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 15 de julio de 2008, radicado 29.994.

17 *Ibíd.* Sentencia del 28 de febrero de 2007, radicado 26.807.

deficiencias, el juez o jueza no está legitimado para hacerle tal solicitud pues la concreción de los hechos por los cuales se acusa, es un deber de ésta y no de aquél. Con mayor razón, si se advierte que de acuerdo con lo expuesto, de permitírsele al juez o jueza realizar una intervención de esa índole, no sólo estaría contribuyendo a determinar los fundamentos fácticos de la acusación, sino también a delinear el objeto del debate probatorio a que habrá lugar en el juicio. Y con esto, la situación de la defensa se tornaría en extremo difícil, dado que no sólo tendría como contraparte a la Fiscalía, sino también al juez o jueza y desde luego, con afectación del equilibrio entre las partes y en consecuencia, de la validez del proceso.

El descubrimiento probatorio de la Fiscalía, la víctima y la defensa.

El descubrimiento probatorio en la audiencia de formulación de acusación está regulado en los artículos 344 a 347 del CPP. Según la primera de esas disposiciones, *“Dentro de la audiencia de formulación de acusación se cumplirá lo relacionado con el descubrimiento de la prueba”*.

Este régimen es bastante deficiente y a partir de él, surgen múltiples problemas jurídicos. Entre ellos, los siguientes:

- ¿El descubrimiento probatorio de la Fiscalía es una facultad legal que tiene la defensa?
- ¿Esa facultad habilita a la defensa para solicitarle al juez o jueza que le ordene a la Fiscalía el descubrimiento de elementos materiales probatorios o evidencias físicas?
- ¿Esa facultad de la defensa se ejerce respecto de elementos materiales probatorios o evidencias físicas específicas?
- ¿La defensa debe tener conocimiento de la existencia de esos elementos materiales probatorios o evidencias físicas?
- ¿El juez o jueza somete su decisión sobre el descubrimiento de pruebas de la Fiscalía a un juicio de pertinencia?

- ¿El descubrimiento probatorio de la defensa opera como una facultad de la Fiscalía?
- ¿En virtud de esa facultad, la Fiscalía está habilitada para solicitarle al juez o jueza que le ordene a la defensa el descubrimiento de los medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio?
- ¿El descubrimiento probatorio de la defensa recae sobre todos los medios que pretenda hacer valer en el juicio, incluidos aquellos de los cuales la Fiscalía no tenga conocimiento?
- ¿Hay lugar a un descubrimiento probatorio de la víctima? En caso positivo, ¿cómo opera?

Para promover posibles soluciones a estos problemas jurídicos, el régimen legal del descubrimiento probatorio debe someterse a una interpretación constitucionalmente adecuada; es decir, debe valorarse, teniendo en cuenta que al descubrimiento probatorio de la Fiscalía se ha llegado después de 200 años de evolución del régimen probatorio del proceso penal, que hoy ese deber hace parte de los fundamentos constitucionales de ese régimen, que su alcance debe determinarse en el entorno suministrado por los fines superiores del proceso penal y de la prueba, que él está inescindiblemente vinculado al derecho a un juicio con todas las garantías y al principio de igualdad de armas y que, dado el valor normativo de la Carta, su configuración resulta vinculante para la legislación y la jurisdicción.

Si se obra de esa forma, tal como lo ha hecho la jurisprudencia constitucional y penal¹⁸, se puede llegar a las siguientes soluciones:

- El descubrimiento probatorio de la Fiscalía no es una facultad legal que tiene la defensa, sino un deber impuesto a aquélla por el artículo 250.9 de la Constitución.

18 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-1194 de 2005, C-1260 de 2005 y C-209 de 2007. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal. Sentencias del 15 de septiembre de 2006, radicado 25007; del 21 de febrero de 2007, radicado 25.920; del 11 de abril de 2007, radicado 26128; del 3 de mayo de 2007, radicado 27.108 y 28.847 del 12 de mayo de 2008, entre otras.

- En virtud de ese deber constitucional, la Fiscalía está obligada a descubrir por conducto del juez o jueza de conocimiento, todos los elementos materiales e informaciones de los cuales tenga conocimiento, incluidos los que sean favorables al acusado.
- Dado el efecto vinculante de ese deber constitucional, la Fiscalía debe descubrir sus medios de conocimiento, así la defensa no lo solicite ya sea informando de su existencia, entregándolos físicamente cuando sea posible o facilitando el acceso real a ellos.
- El deber de descubrimiento de la Fiscalía no opera sobre elementos materiales probatorios o evidencias físicas específicos, pues este condicionamiento no ha sido impuesto por el constituyente. Por el contrario, tal deber opera sobre todos los elementos materiales probatorios e información de los cuales tenga conocimiento.
- Ese deber de descubrimiento no recae sólo sobre los elementos materiales probatorios o evidencias físicas de cuya existencia esté enterada la defensa, sino respecto de todos ellos, incluidos los que no sean conocidos por aquélla.
- El juez o jueza somete el descubrimiento de pruebas de la Fiscalía a un juicio de pertinencia; no obstante, este juicio no es ilimitado pues sólo opera en el contexto determinado por las restricciones legales al deber de descubrimiento.
- La Constitución Política no le ha impuesto a la defensa, el deber de descubrimiento probatorio, sólo se lo ha impuesto a la Fiscalía dada la vigencia de la presunción de inocencia y la carga de la prueba que vincula a la defensa. En tal virtud, el deber de descubrimiento de la defensa sólo existe como un deber legal que se explica debido a los principios de igualdad de armas y lealtad procesal.
- Como regla general, en la audiencia de acusación, la parte que descubre pruebas es la Fiscalía y tal descubrimiento recae sobre aquéllas que relacionó como contenido del escrito previamente presentado. Y si bien la Fiscalía puede descubrir pruebas en posteriores momentos procesales, para que ello sea posible debe satisfacer una carga altamente exigente.

- El descubrimiento probatorio de la defensa puede operar en la audiencia de acusación, pero a condición de que no se altere el equilibrio entre las partes. Es decir, tal descubrimiento resulta legítimo, si hasta esa audiencia la defensa logra un conocimiento pleno de todas las circunstancias ligadas al diseño de su estrategia probatoria. Ello ocurre sólo, si con anticipación a la audiencia se le ha surtido traslado del escrito de acusación, si en la audiencia la Fiscalía no descubre elementos materiales probatorios o evidencia física no incluidos en el escrito de acusación, y si tal deber se le impone sólo en relación con las pruebas que hasta ese momento tenga en su poder. Si esos presupuestos no concurren, esto es, si sólo se le surtió traslado del escrito en la audiencia y si allí la Fiscalía descubre elementos materiales probatorios o evidencias físicas no anunciados en el escrito de acusación, la defensa sólo estará obligada a descubrir sus pruebas en la audiencia preparatoria, pues sólo entonces conocerá todas las circunstancias necesarias para el diseño de la estrategia probatoria ligada a su teoría del caso.
- También aquí, el juez o jueza somete el descubrimiento de pruebas de la defensa a un juicio de pertinencia que opera en el ámbito determinado por las restricciones legales al deber de descubrimiento: las partes no pueden ser obligadas a descubrir información sobre la cual alguna norma disponga su secreto o que verse sobre hechos ajenos a la acusación, sobre hechos que no pueden ser objeto de prueba y sobre el trabajo de las partes para la preparación del caso, y cuando se genere un perjuicio notable para investigaciones en curso o posteriores o se afecte la seguridad del Estado.
- Puesto que la jurisprudencia constitucional le ha reconocido a la víctima, entre otras, la facultad de ofrecer pruebas en la audiencia preparatoria y dado que guardó silencio sobre la forma como en ese caso operaría el descubrimiento probatorio, se puede considerar que la víctima también resulta vinculada por el deber de descubrimiento, pues de no ser así, habría que admitir que le asiste el derecho de sorprender al acusado con pruebas que éste no conocía, situación contraria al derecho de defensa y a la estructura probatoria del proceso. Siendo así, se debe promover un punto de equilibrio entre el derecho que le asiste a la víctima de solicitar pruebas en la audiencia preparatoria y el derecho que le asiste al acusado de conocer esas

pruebas con anticipación a la oportunidad que tiene para hacer solicitudes probatorias y la forma de hacerlo, radica en ordenarle a la víctima que descubra pruebas en la audiencia de acusación.

- Finalmente, los elementos materiales probatorios o evidencias físicas no descubiertos, no pueden aducirse, convertirse en prueba ni practicarse en el juicio, y el juez o jueza está obligado a rechazarlos. Este efecto es comprensible: dado que el deber de descubrimiento hace parte de la estructura probatoria del proceso penal, su incumplimiento conduce al rechazo de la prueba. Y si llega a practicarse una prueba respecto de la cual se incumplió el deber de descubrimiento, como lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia, *“es factible aplicar la regla de exclusión”*¹⁹.

3.2.3 La audiencia preparatoria

La audiencia preparatoria es la antesala del juicio oral y, como tal, se orienta a fijar las premisas sobre las cuales se apoyará el debate probatorio que se surtirá en él. En esta dirección, en la audiencia se completa el descubrimiento, se excluyen hechos o circunstancias específicas del debate probatorio y, tras la debida controversia entre las partes, se determinan las pruebas que se practicarán en el juicio. En relación con lo primero, en esta audiencia se verifica el descubrimiento de la Fiscalía y se surte el de la defensa; respecto de lo segundo, por medio de las estimaciones, las partes asumen como probados y, en consecuencia como exentos de pruebas, determinados hechos o circunstancias; y, debido a lo tercero, tras promoverse un debate entre las partes e intervinientes, se determinan las pruebas por practicar en el juicio, con miras a la demostración de la teoría del caso de cada parte.

a) Etapas

De acuerdo con el régimen consagrado en el CPP, artículos 355 a 365, y sus desarrollos jurisprudenciales²⁰, en la audiencia preparatoria se advierten las siguientes etapas:

19 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal, Sentencia del 21 de febrero de 2007, radicado 25.920

20 Los más importantes desarrollos jurisprudenciales de la audiencia preparatoria están contenidos en las Sentencias CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-454 de 2006 y C-209 de 2007. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal, auto del 29 de junio de 2007, radicado 27.608..

- En primer lugar, se tramitan las observaciones de las partes al descubrimiento probatorio. Como se expuso, en la audiencia de acusación, se ordena el descubrimiento de las pruebas de la Fiscalía y de las víctimas y, en ocasiones, el descubrimiento de las pruebas de la defensa, aunque en este caso, siempre y cuando concurren las circunstancias aludidas anteriormente. Entonces, ya que la regla general es que en la audiencia de acusación sólo descubra pruebas la Fiscalía, esta primera etapa de la audiencia preparatoria se orienta a determinar si aquélla ha cumplido o no con ese deber. De todas maneras, si, como situación especial, se ha ordenado también el descubrimiento de las pruebas de la defensa, en esta etapa de la audiencia preparatoria, cada parte puede hacer observaciones en relación con la forma como respecto de ella se ha cumplido el descubrimiento.

Ahora, si él ha operado en forma adecuada, esto es, si ha recaído sobre los medios de conocimiento que cada parte tenía en su poder, y si se ha realizado dentro del término fijado, el juez o jueza deberá dar por cumplido ese deber de la contraparte. En caso contrario, rechazará el descubrimiento de las pruebas, es decir, dará por incumplido ese deber, y, en consecuencia, ellas no podrán aducirse en el juicio.

En este entorno, puede suceder que a las partes no les haya sido posible descubrir sus pruebas dentro del término ordenado por el juez o jueza, pero que esa situación se haya presentado no por incuria de ellas, sino por motivos razonables que no les sean imputables. En este caso, lo más prudente es que, con la debida antelación, esa situación se ponga en conocimiento del juez o jueza para que tras examinar las implicaciones en la estrategia probatoria de la contraparte, se considere la posibilidad de aplazar la audiencia preparatoria hasta el cumplimiento integral de ese deber.

- En segundo lugar, el juez o jueza ordena el descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física de la defensa. Si bien, bajo ciertas condiciones, la defensa puede descubrir elementos y evidencias en la audiencia de acusación; la sede adecuada para el cumplimiento de este deber es la audiencia preparatoria pues sólo para este momento, aquélla tiene un conocimiento pleno de los medios de conocimiento de los cuales se valdrá la Fiscalía con miras

a desvirtuar la presunción de inocencia. Ese descubrimiento es relevante, en tanto le suministra a la Fiscalía la ocasión de conocer las pruebas de la defensa antes de la oportunidad que tiene aquélla para hacer sus solicitudes probatorias. Y si bien, para ese momento, para la Fiscalía ya ha precluido la oportunidad de descubrir pruebas, y le resulta por lo tanto, muy difícil descubrir pruebas adicionales como réplica a la postura probatoria de la defensa, lo cierto es que ese conocimiento le resulta de mucha utilidad con miras a la fundamentación de las solicitudes probatorias: conociendo el material probatorio de la defensa, la Fiscalía puede inferir cuál será su estrategia probatoria y, a partir de allí, podrá determinar la información que debe aportar con cada prueba y redireccionar la pertinencia y utilidad de cada una de ellas.

En este punto, debe tenerse en cuenta que si bien existe un deber de descubrimiento probatorio para la defensa, éste no tiene la misma índole que el deber de descubrimiento de la Fiscalía, y esto por razones ligadas al nivel jurídico del que procede, a su extensión y a sus implicaciones. Así, el deber de descubrimiento de la Fiscalía ha sido impuesto por la Constitución, se extiende al material probatorio favorable al acusado y su incumplimiento le impide a la Fiscalía aducir pruebas en el juicio y, en consecuencia, desvirtuar la presunción de inocencia, circunstancia que la coloca ante el fracaso de su pretensión de condena. En cambio, el deber de descubrimiento de la defensa tiene origen legal, no se extiende al material probatorio que perjudique al acusado y su incumplimiento no está ligado fatalmente al fracaso de la pretensión de absolución. En efecto, sería inconcebible que la ley obligara a la defensa a descubrir el material probatorio que encuentre en su trabajo investigativo y que sea útil para apoyar la teoría del caso de la Fiscalía y su pretensión de condena; de igual forma, también sería absurdo que por el hecho de no descubrir pruebas y, en consecuencia, por no practicarlas en el juicio, la defensa debiera sobre llevar la prosperidad de la pretensión esgrimida por la acusación.

La situación es tan diferente que al menos como regla general, la defensa no tiene la obligación de presentar prueba de descargo o contraprueba ni intervenir activamente durante el juicio oral: sería legítima una postura de acuerdo con la cual renunciara a presentar pruebas y a intervenir en

la práctica de las de la Fiscalía, y se limitara únicamente a plantear que la prueba de cargo es insuficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.

Además de lo expuesto, debe tenerse en cuenta que surgen tensiones muy relevantes entre el reconocimiento de un derecho amplio de la Fiscalía al descubrimiento de las pruebas de la defensa y el privilegio contra la autoincriminación, circunstancia que explica los fundados cuestionamientos que se dirigen contra tal reconocimiento en la doctrina especializada. Debido a ello, y en garantía del equilibrio procesal, se advierte, por ejemplo: en el caso de que el acusado renuncie al derecho a guardar silencio y opte por declarar en el juicio para poner de presente una coartada, tiene derecho a conocer la prueba que ofrecerá la Fiscalía para desvirtuarla. Esto implica que, si sólo hasta entonces la Fiscalía se enteró de esa estrategia, el juez o jueza, en la audiencia preparatoria, deberá generar espacios para que opere el descubrimiento de los medios de conocimiento de refutación ofrecidos por ésta.

- Luego se continúa con la enunciación de todas las pruebas que las partes harán valer en el juicio. No se trata aún de las solicitudes probatorias, sino de una etapa anterior a ésta en la cual la Fiscalía, la defensa y la víctima suministran información acerca de los medios de conocimiento que pretenden aducir al juicio con miras a la acreditación de las teorías del caso. De acuerdo con la jurisprudencia penal, esta etapa de la audiencia preparatoria se orienta a promover en las partes, el conocimiento de las pruebas por practicar y de los hechos por demostrar, con base en ellos y de allí que sea muy útil para que las partes acuerden, mediante las estipulaciones probatorias, cuáles de esos hechos asumirán como probados y como excluidos del debate probatorio.
- A continuación, se les concede a las partes la facultad de manifestar si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias. Si las partes manifiestan su interés de estipular, el juez o jueza decretará un receso y luego, reanudará la audiencia para que las partes se manifiesten al respecto. Nótese que este momento de la audiencia preparatoria se circunscribe al suministro de una oportunidad a las partes para que den a entender si están interesadas o no, en suscribir estipulaciones probatorias; es decir, no se trata aún de la presentación de las estipulaciones, pues esto es propio del juicio, se trata sólo de la manifestación

de ese interés y, en caso de que concurra, de la información de las partes sobre los hechos o circunstancias acerca de los cuales podrán versar las estipulaciones.

- En seguida, se surten las solicitudes probatorias. Se debe destacar que la Fiscalía y la defensa, por una parte, y la víctima y el Ministerio Público, por la otra, pueden solicitar pruebas. Cada solicitante debe argumentar para acreditar su licitud, pertinencia y admisibilidad. Luego de ello, se surte un traslado a las partes e intervinientes para que soliciten su exclusión, rechazo o inadmisibilidad.

En este punto, se debe advertir que el CPP no es preciso en la utilización de los términos exclusión y rechazo. Así, el primero se utiliza tanto para hacer referencia a la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita (artículos 23, 212, 231, 232, 238, 360 y 445), como para dar cuenta del efecto sobreviniente al incumplimiento del deber de descubrimiento –artículo 344–; en tanto que el segundo se utiliza para aludir a las consecuencias del descubrimiento incompleto (artículo 356.1), y a una de las solicitudes que las partes e intervinientes pueden hacer en relación con las pruebas solicitadas en la audiencia (artículo 359). Sólo existe relativa claridad acerca del alcance de lo que significa la inadmisión de la prueba: se trata de una remisión a las causales previstas en el artículo 376 y en virtud de las cuales no se ordena una prueba, a pesar de ser pertinente, aunque también constituiría una alusión a la consecuencia sobreviniente al carácter impertinente, inútil o repetitivo de una prueba o a su utilización para acreditar hechos notorios o hechos que no requieren prueba.

Como fuere, lo cierto es que si la exclusión generalmente se predica de las pruebas ilícitas y que la inadmisión tiene un ámbito de procedencia más o menos definido, el rechazo de las pruebas constituiría una alusión a aquéllas cuya práctica se niega por incumplimiento del deber de descubrimiento. En este sentido, las partes pueden pronunciarse en relación con el traslado que se les surte de las solicitudes preparatorias.

- Luego, el juez o jueza decide las solicitudes probatorias y el orden de presentación de las pruebas. Para ello, debe tener en cuenta su licitud, pertinencia, admisibilidad y utilidad. En virtud del primer juicio de valor, debe disponer la exclusión de las pruebas que violen derechos

fundamentales del acusado o de la víctima o desconozcan las formalidades legales esenciales de la prueba. Debido al segundo juicio de valor, sólo ordenará las pruebas que directa o indirectamente se refieran a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, a la identidad del acusado, a su responsabilidad, a la mayor o menor probabilidad de tales hechos o circunstancias o a la credibilidad de un testigo o perito. En virtud del tercer juicio de valor, debe ordenar las pruebas que siendo lícitas y pertinentes, legalmente no estén previstas como inadmisibles por existir el peligro de causar grave perjuicio indebido y generar confusión. Y debido al último juicio de valor, el juez o jueza debe ordenar las pruebas que exhiban un razonable valor probatorio y que no resulten injustamente dilatorias del procedimiento.

b) Problemas probatorios

La audiencia preparatoria no está exenta de problemas probatorios, en temas como los relacionados con las facultades probatorias de la víctima, el alcance del descubrimiento probatorio de la defensa, los límites a las estipulaciones probatorias, la solicitud de pruebas del Ministerio Público y la apelación de los autos que decretan pruebas. Entre ellos, se puede destacar:

Las facultades probatorias de la víctima

Algunos de los problemas que aquí surgen, pueden plantearse en los siguientes términos:

- ¿La víctima se encuentra legitimada para realizar observaciones al descubrimiento probatorio de la Fiscalía y de la defensa, para enunciar y solicitar pruebas, para solicitar la exclusión, rechazo e inadmisión de las pruebas solicitadas por aquéllas y para recurrir las decisiones judiciales que resuelvan sus solicitudes y las de las partes?
- ¿Se puede afectar la validez de la audiencia preparatoria por desconocimiento de las facultades probatorias de la víctima?

Frente a estos problemas y en la búsqueda de posibles soluciones, la estructura probatoria del proceso suministra valiosos elementos de juicio.

En ese sentido, hay que destacar que por profundas razones ligadas a la legitimidad misma de los Estados contemporáneos, en el proceso penal de hoy, debe reconocerse espacios para el reconocimiento de los derechos de la víctima. Ello es tan claro, que el reconocimiento de tales derechos constituye un fin superior del proceso penal. En Colombia, la jurisprudencia constitucional en vigencia del anterior sistema procesal, dio pasos importantísimos en este sentido. No obstante, contra lo que pudiera creerse, a pesar de que en el trámite de la reforma constitucional y legal atinente a la implementación del sistema acusatorio, se difundió la idea de que uno de sus propósitos esenciales apuntaba en esa dirección, lo cierto es que la regulación de la intervención de la víctima en el proceso penal, se hizo en términos estrictamente retóricos, al punto de que se advirtió un claro retroceso en relación con la línea jurisprudencial ya aludida. Con todo, la situación cambió sustancialmente con las modulaciones que la jurisprudencia constitucional hizo de ese régimen legal en las sentencias C-456 de 2006 y C-209 de 2007.

Entonces, de acuerdo con esos desarrollos de la jurisprudencia constitucional, la víctima alienta en el proceso penal, la pretensión de que se atiendan sus demandas de verdad, justicia y reparación, y por ello, no está excluida de la determinación de las condiciones en las cuales se surtirá el debate probatorio del juicio, pues ellas tienen una profunda incidencia en la prosperidad o frustración de esa pretensión.

En ese contexto, debe ubicarse las amplias facultades probatorias reconocidas a la víctima en la audiencia preparatoria. En virtud de ellas, en primer lugar, puede realizar observaciones al descubrimiento probatorio de la Fiscalía y, si hubo lugar a él, de la defensa; en segundo lugar, está facultada para enunciar sus pruebas; en tercer lugar, está legitimada para solicitar pruebas; en cuarto lugar, está habilitada para solicitar la exclusión, rechazo e inadmisión de las pruebas solicitadas por la Fiscalía y la defensa y finalmente, está facultada para recurrir las decisiones judiciales que resuelvan sus solicitudes probatorias y las de las partes.

El reconocimiento de estas facultades probatorias a la víctima, tiene una profunda incidencia en la dinámica de la audiencia preparatoria y los jueces y juezas deben ser consientes de ello, pues en caso de ignorarlas, se afectaría la estructura probatoria del proceso y se incurriría en irregularidades que pueden afectar la validez de la audiencia. Con mayor razón, si se tiene en cuenta que esas facultades pueden ser ejercidas por la víctima de manera directa –desde luego, por medio de su apoderado- y no por medio de la Fiscalía.

El alcance del descubrimiento probatorio de la defensa

En este tópico, surgen entre otros, los siguientes problemas probatorios:

- ¿La defensa sólo se encuentra en el deber de descubrir elementos materiales probatorios y evidencias físicas, entendidos en los términos del artículo 275 del CPP?
- ¿La defensa tiene el deber de descubrir los testimonios y peritazgos de los cuales se va a valer en el juicio para fundamentar su teoría del caso?
- ¿Una parte puede solicitar, como pruebas directas, aquellas ofrecidas por la parte contraria?

A continuación, se promueve la solución de estos problemas de manera coherente con la estructura probatoria del proceso penal.

Líneas atrás, se indicó que el deber de descubrimiento de la defensa no tiene el mismo origen, el mismo alcance ni las mismas implicaciones que el deber de descubrimiento de la Fiscalía. No obstante, la observación que aquí se hace, se plantea en unos términos diferentes: se trata de determinar sobre qué medios de conocimiento que tiene la defensa en su poder, rige el deber legal de descubrimiento que la vincula. Se plantea esta reflexión por cuanto, si bien existe claridad sobre el alcance del deber de descubrimiento de la Fiscalía, la que constitucionalmente está obligada a descubrir todos los elementos materiales e informaciones de los cuales tenga conocimiento, con las solas excepciones planteadas por las causales legales de exoneración de ese deber; la situación de la defensa se muestra diferente.

De acuerdo con el artículo 356.2 del CPP, en desarrollo de la audiencia preparatoria, el juez o jueza dispondrá que la defensa descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física. Ahora, el artículo 275 trae una relación de lo que debe entenderse por tales conceptos. Entonces, partiendo de una lectura literal de esas disposiciones, habría que concluir que la defensa no tiene el deber de descubrir, por ejemplo: los testigos de los cuales se va a valer en el juicio oral, pues según esa disposición, aquéllos no constituyen elementos materiales probatorios ni evidencias físicas. Se plantea así, el interrogante de si, por virtud del desarrollo legal del deber de descubrimiento de la defensa, ésta tiene derecho a sorprender a la Fiscalía con testigos de los cuales no tenía conocimiento.

Pues bien. La búsqueda de una solución adecuada a esta problemática, pasa por la contextualización del deber de descubrimiento de la defensa en los principios de igualdad de armas y transparencia propios del proceso penal y por la vocación de utilidad del trabajo investigativo de aquélla.

Por una parte, el descubrimiento probatorio se orienta a que el juicio se adelante en condiciones de equilibrio y transparencia: por medio de él se propicia un debate probatorio en el cual las partes, con anticipación, conocen las reglas de juego y los medios de conocimiento de los cuales se valdrán recíprocamente, con miras a la prosperidad de sus pretensiones, pues sólo el conocimiento previo de esos medios garantiza el contradictorio. En este entorno, el sistema proscribe el sorprendimiento de las partes con medios de los cuales no tenían conocimiento y que sólo tardíamente se aducen al juicio. Y esta proscripción no sólo vincula a la Fiscalía, sino también a la defensa: no sería equitativo que en tanto que aquélla es obligada a descubrir las pruebas de las cuales se valdrá en el juicio, ésta no esté vinculada por el mismo deber. Ahora, si esa es la razón de ser del descubrimiento probatorio, no es razonable entender que en ese punto, el deber de la defensa recaiga sólo sobre aquellos elementos materiales probatorios y evidencias físicas enunciados por una norma legal específica y no sobre aquellos elementos y evidencias no incluidos en tal enunciación y susceptibles de ser utilizados en el juicio, ya que con esta forma de proceder se optaría por una interpretación contraria a la razón de ser de la institución.

Y, por otra parte, las atribuciones reconocidas a la defensa, en particular la prevista en el artículo 125.9, y el desarrollo que se ha hecho de sus facultades investigativas en los artículos 267 a 274, hacen claridad sobre los medios de conocimiento de los cuales se puede valer en el juicio como consecuencia de su trabajo investigativo, pues permiten comprender que aquélla está en capacidad de obtener medios de conocimiento que exceden la relación enunciativa que de los elementos materiales probatorios y evidencias físicas hace el artículo 275. Así ocurre por ejemplo: con las entrevistas, las valoraciones de especialistas, los informes periciales y las declaraciones juradas. Ahora, si estos frutos del trabajo investigativo están alentados por una pretensión de utilidad, se debe hacerlos valer como medios de conocimiento en el juicio oral, pues carecería de sentido que el sistema procesal le reconociera facultades investigativas a la defensa y que ésta no pudiera valerse de los frutos de su trabajo en el juicio o que pueda hacerlo sin que la Fiscalía sepa que procederá de esa manera.

De esta forma, la contextualización del deber de descubrimiento de la defensa en los principios de igualdad de armas y transparencia propios del proceso penal y la vocación de utilidad del trabajo investigativo de aquélla, permiten concluir que el deber de descubrimiento de la defensa se extiende a los medios de conocimiento que pretende utilizar en el juicio y no sólo a aquellos contenidos en una relación legal, simplemente enunciativa. Por lo tanto, la defensa deberá descubrir los medios de conocimiento de los cuales se valdrá en el juicio y no únicamente los elementos materiales probatorios y evidencias físicas relacionados en el artículo 275 ya aludido.

Hay que destacar que existe la posibilidad de que cada parte ofrezca como pruebas directas, aquéllas ofrecidas por la parte contraria y siempre que su naturaleza lo permita, esto en el entendido de que una vez descubierta y ofrecida, la prueba pertenece al proceso y puede ser aprovechada por la contraparte incluso como prueba directa. No obstante, en este evento se debe satisfacer una alta exigencia argumentativa: por una parte, se debe acreditar que la prueba versará acerca de hechos o circunstancias que no serán tratados por la parte que la pidió inicialmente y que, frente a ello, tratándose de un perito o testigo, el contrainterrogatorio no será suficiente para extraer de la prueba toda la información que se pretende

llevar al juicio. Si estas exigencias no se satisfacen, la prueba no debe ordenarse y la parte que la solicitó, deberá limitarse a contrainterrogar²¹. Como es obvio entenderlo, frente a estas pruebas no procede el deber anticipado de descubrimiento pues ya eran conocidas por cada parte.

El descubrimiento del testimonio del acusado o acusada

En este punto, uno de los problemas jurídicos que surgen puede plantearse de la siguiente forma:

- ¿La defensa tiene el deber de descubrir el testimonio del acusado en el caso de que éste vaya a declarar como testigo en su propio juicio?

En cuanto a este cuestionamiento, para promover una posible solución, debe considerarse que como se trata de la práctica de una prueba, en principio cabría entender que debe someterse a la estructura probatoria del proceso penal, y que en consecuencia, en la audiencia preparatoria, debe ser descubierta por la defensa, enunciada, ofrecida como prueba y ordenada. Con mayor razón, si esa prueba puede tener serias implicaciones en la estrategia defensiva que desplegará la Fiscalía.

Con todo, este caso tiene sus propias particularidades, pues si ya en el derecho comparado se discute la legitimidad de un deber de descubrimiento sin restricciones impuesto a la defensa, con mayor razón se somete a cuestionamiento la imposición del deber de anunciar desde antes del juicio, que el o la acusada declarará en su propio juicio.

De allí que, por ejemplo: la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos haya concluido que en garantía del equilibrio procesal, el acusado tiene derecho a decidir si comparece o no como testigo a su propio juicio, sólo cuando haya observado la prueba de cargo practicada por la Fiscalía²². Desde luego, para llegar a ese punto resulta determinante el hecho de que en ese modelo, como se ha destacado, el o la acusada que declara en su propio juicio como testigo, lo hace bajo juramento y con el

21 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal, auto del 29 de junio de 2007, radicado 27.608.

22 GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. *Institutos Probatorios del Nuevo Proceso Penal*. Bogotá: Nueva Jurídica, 2008, p. 44.

riesgo, si miente, de ser condenado o condenada a una pena muy grave por perjurio. Luego, frente a un riesgo tan alto, tiene sentido la conclusión que se tome en ese precedente.

Aunque en ese punto, el panorama ofrecido por el sistema acusatorio colombiano es muy distinto, dado que el acusado que declara en su propio juicio no corre ese riesgo, lo cierto es que son refutables los argumentos expuestos para exigirle a la defensa el descubrimiento de esa prueba en la audiencia preparatoria. Por una parte, no existe el riesgo de que la Fiscalía sea sorprendida con ella, pues ésta no sólo conoce al testigo sino que además, estuvo al tanto de la posibilidad de que el acusado renunciara al derecho a guardar silencio y optara por declarar en su propio juicio. Aparte de ello, constituiría una carga muy grande para la defensa, imponerle la obligación de informarle con anticipación a la Fiscalía, si el acusado va a declarar o no para que ésta adecúe de mejor manera su estrategia probatoria²³.

Los límites de las estipulaciones probatorias

En este ámbito, surgen múltiples problemas probatorios. Entre ellos, se encuentran los que a continuación se exponen:

- ¿El defensor se encuentra legitimado para renunciar al debate probatorio en relación con hechos específicos o sus circunstancias?
- ¿Los puntos de derecho pueden ser objeto de estipulación?
- ¿Todos los hechos y circunstancias sobre la conducta y la responsabilidad del acusado, pueden ser objeto de estipulación?
- ¿La culpabilidad del acusado puede ser objeto de estipulación?
- ¿Las estipulaciones probatorias son susceptibles de control judicial?
- ¿En qué momento procesal se debería ejercer el control judicial de las estipulaciones probatorias?

23 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal. Auto del 26 de octubre de 2007, radicado 27.608.

- ¿Qué decisiones puede tomar el juez o jueza en ejercicio del control judicial sobre las estipulaciones probatorias?

Como pasa a indicarse, frente a estos problemas también puede proponerse alternativas de solución con base en una lectura constitucionalmente adecuada de las normas legales que desarrollan las estipulaciones probatorias.

En esta dirección, debe entenderse que las estipulaciones probatorias tienen una razón de ser y que están sometidas a unos límites que son objeto de control judicial. En este contexto, la verificación de esos límites y la realización del control judicial sobre ellos, son un aspecto muy relevante de la audiencia preparatoria.

Por una parte, las estipulaciones probatorias son acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias. Es por ello que se afirma que mediante las estipulaciones se ejerce un derecho a la disponibilidad de la prueba en tanto se presenta una renuncia parcial a los principios probatorios del juicio, pues tales hechos o circunstancias se tendrán por demostrados sin que se haya surtido un debate sometido a los principios de publicidad, inmediación, oralidad, contradicción y concentración. Ahora bien, ese acuerdo de voluntades se realiza entre la Fiscalía y la defensa, dado que ésta sí se encuentra legitimada para renunciar al debate probatorio en relación con hechos o circunstancias específicos.

Por una parte, las estipulaciones probatorias están sometidas a varios límites. Es decir, sólo versan sobre hechos o sus circunstancias, no sobre puntos de derecho y ello es comprensible, pues las normas jurídicas no son objeto de prueba y por lo tanto, no pueden ser tampoco objeto de estipulación. Por otra parte, las estipulaciones probatorias no versan sobre todos los hechos, sino sólo sobre alguno o algunos de ellos, pues si se aceptaran sobre todos los hechos, el juicio oral carecería de sentido puesto que no se estaría ante una estipulación probatoria, sino ante un allanamiento a los cargos o ante un preacuerdo, sólo que sin beneficio procesal alguno. Finalmente, la culpabilidad del acusado no puede ser objeto de estipulación porque si bien, ésta implica una renuncia al derecho a la prueba y a los principios probatorios del juicio, ella es parcial dado que

no implica la renuncia a derechos constitucionales, incluido el que tiene el acusado a que se desvirtúe su presunción de inocencia (artículo 29 de la CP), y que las estipulaciones no se extienden a la controversia sustantiva del proceso (artículo 10 del CPP). Por este motivo, como las estipulaciones no implican la renuncia al derecho a un juicio con todas las garantías, pueden ser acordadas por la Fiscalía y la defensa y no por la Fiscalía y el acusado, pues sólo él puede renunciar a ese derecho.

Se impone precisar que no se afirma que la culpabilidad del acusado no pueda ser acordada entre la Fiscalía y el imputado o acusado. Lo que se manifiesta es que a ello no puede haber lugar por medio de la suscripción de estipulaciones probatorias, dado que éstas no implican una renuncia total al derecho a un juicio con todas las garantías, sino sólo la renuncia parcial al derecho de probar para desvirtuar algunos hechos o circunstancias. Por este motivo, una estipulación sobre la culpabilidad tornaría inane el juicio: este carecería de sentido pues el acusado estaría dando por demostrado lo que allí se pretende demostrar, su responsabilidad.

Por último, existen argumentos para afirmar que los límites de las estipulaciones probatorias son objeto de control judicial y que en su ejercicio, el juez o jueza debe verificar su estricto respeto.

Ahora bien, hay argumentos para estimar que el control judicial de las estipulaciones debe realizarse en la audiencia preparatoria y antes de las solicitudes probatorias de las partes. La razón radica en que en esa audiencia, se fijan las premisas sobre las cuales se apoyará el debate probatorio y en que las partes necesitan saber si los hechos específicos o circunstancias que pretenden estipular, serán o no objeto de él. De este modo, si el juez o jueza aprueba las estipulaciones, las partes sabrán qué hechos o circunstancias quedan excluidos del debate y estarán al tanto de que en relación con ellos, no necesitarán hacer solicitudes probatorias. Por el contrario, si el juez o jueza rechaza las estipulaciones, las partes sabrán que el hecho que se pretendía exonerar de prueba, será objeto de debate en el juicio y que respecto de él, deberán aducir medios de conocimiento de acreditación o refutación y en consecuencia, que en esa misma audiencia, deberán solicitar tales pruebas.

Todo indica que de no obrar de esta manera, esto es, diferir el control de las estipulaciones para el momento de su aducción en el juicio oral, los traumatismos serían evidentes: tardíamente las partes se enterarían de que los hechos o circunstancias específicos que pretendían asumir como probados, no han sido excluidos del debate probatorio y para entonces, dado que ha precluido la oportunidad para la solicitud, controversia y admisibilidad de las pruebas orientadas a demostrarlos, el juez o jueza se vería abocado a generar para ese efecto, espacios no previstos legalmente con toda la carga de incertidumbre que ello comporta.

La solicitud de pruebas del Ministerio Público

El artículo 357 del CPP dispone que excepcionalmente, agotadas las solicitudes probatorias de las partes, si el Ministerio Público tuviere conocimiento de la existencia de una prueba no pedida por éstas que pudiere tener esencial influencia en los resultados del juicio, solicitará su práctica.

Esta norma plantea también múltiples problemas probatorios. Por ejemplo:

- ¿Por qué se le reconoce esa facultad al Ministerio Público?
- ¿Cómo se explica que las partes no hayan ofrecido una prueba que puede tener esencial influencia en los resultados del juicio?
- ¿Sobre la prueba solicitada por el Ministerio Público en ejercicio de esa facultad, opera el deber de descubrimiento?
- ¿El auto que ordene una prueba excepcional del Ministerio Público, es susceptible del recurso de apelación?
- A pesar del agotamiento de las solicitudes probatorias de las partes y teniendo en cuenta que se trata de una prueba que puede tener esencial influencia en los resultados del juicio, para ejercer el derecho de contradicción, ¿las partes tendrían derecho a solicitar otras pruebas?

Aquí también se impone un esfuerzo para proponer soluciones a estos cuestionamientos desde la estructura probatoria de proceso penal.

Para empezar, hay que indicar que el reconocimiento de esta facultad se explica por virtud de la particular naturaleza del proceso penal colombiano, en el cual además de la Fiscalía y la defensa, intervienen la víctima y el Ministerio Público, y también cuentan con la facultad de solicitar pruebas, aunque, como es obvio, de forma limitada dado que la víctima, si bien puede pedir las, sólo puede practicarlas por medio de la Fiscalía y que el Ministerio Público sólo puede solicitarlas excepcionalmente y ante la concurrencia de los exigentes presupuestos ya indicados. Además, esa atribución del Ministerio Público puede ubicarse en el contexto de las funciones constitucionales de la Procuraduría General de la Nación y en particular, de la facultad que le asiste de intervenir en los procesos cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales.

Ahora bien, para el ejercicio de esa facultad, se necesita la concurrencia de varios presupuestos. En primer lugar, se requiere que se hayan agotado las solicitudes probatorias de las partes e intervinientes, es decir, tanto de la Fiscalía y la víctima, como de la defensa; en segundo lugar, se precisa que el Ministerio Público advierta la necesidad de una prueba no pedida por ellas y, por último, es necesario que esa prueba pueda tener esencial influencia en los resultados del juicio. Este último condicionamiento genera inquietud, pues no es razonable asumir que las partes no hayan pedido una prueba tan relevante como esa. Con todo, quizá ello pueda atribuirse a situaciones excepcionales que les hayan impedido el conocimiento de esa prueba.

No obstante que esta facultad está planteada en unas circunstancias muy excepcionales, pues es difícil concebir que las partes no hayan estado en capacidad de prever una prueba esencial para los resultados del juicio, lo cierto es que cuando concurren, aquellas estarían ante una prueba desconocida pues resultaría incomprensible que habiéndola conocido, las partes no la hayan solicitado. Aparte de esto, es relevante el hecho de que sobre esa prueba no opera deber de descubrimiento alguno.

En tales eventos, el Ministerio Público debería acreditar el cumplimiento de los presupuestos previstos en la disposición; de esa solicitud, deberá correrse traslado para que las partes se pronuncien sobre su exclusión,

rechazo e inadmisión; el juez o jueza deberá decidir entonces, con base en un análisis mucho más exigente que no sólo valore los presupuestos generales de admisión de una prueba, sino también las especiales exigencias previstas para este caso y, lo que es más, su impacto en el equilibrio procesal y la forma de mantenerlo y, finalmente, la decisión que tome será susceptible de recursos.

Por último, se plantea el cuestionamiento de si la parte o interviniente perjudicada con esa prueba excepcional podría ejercer el derecho de contradicción, ofreciendo otras pruebas. Acerca de esta temática, se puede afirmar que si bien para el momento cuando se ordena esa prueba, ya las partes han agotado sus solicitudes probatorias, esto sería posible en aquellos casos en los cuales lo imponga la necesidad de asegurar los contenidos del derecho a un juicio con todas las garantías y en particular, el equilibrio entre las partes.

Reflexiónese en esto: si, como luego se verá, aún en el juicio, en situaciones también excepcionales, puede haber lugar al descubrimiento, solicitud y orden de una prueba a condición de que se valore el perjuicio que se podría producir al derecho de defensa y a la integridad del juicio, no se ve por qué en la audiencia preparatoria no podría haber lugar a una prueba de esa índole.

La apelación de autos que decretan pruebas

En relación con esta temática, surgen varios problemas jurídicos. Entre otros:

- ¿Todos los autos que deciden solicitudes probatorias son apelables?
- ¿Sólo son apelables los autos que niegan la práctica de pruebas en el juicio oral?

La promoción de una solución a estos problemas también pasa por el examen de la estructura probatoria del proceso penal, pues no es razonable asumir que de aquélla se infiera que todos los autos que deciden solicitudes probatorias sean apelables, pero tampoco que algunos autos

que no están expresamente previstos como apelables no sean objeto de recurso a pesar de afectar los contenidos de esa estructura probatoria.

En la búsqueda de una solución razonable a estos problemas probatorios, hay que afirmar que según los artículos 20, 176 y 177 del CPP, son susceptibles del recurso de apelación los autos que afectan la práctica de las pruebas, salvo las excepciones previstas en el Código; que la apelación procede contra los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias; que la apelación del auto que niega la práctica de pruebas en el juicio oral procede en el efecto suspensivo y que los autos que ordenan pruebas no están previstos entre los apelables en el efecto devolutivo.

Pues bien, una lectura aislada de estas disposiciones no generaría claridad en cuanto a qué decisiones tomadas en materia de pruebas son susceptibles del recurso de apelación. En efecto, podría inferirse que sólo son apelables los autos que niegan pruebas o también que sean apelables todas las decisiones que se tomen sobre temas probatorios, dado que cualquiera de ellas es susceptible de afectar a una parte o interviniente o que ellas se toman en el desarrollo de las audiencias. Con todo, una lectura armónica con la estructura probatoria del proceso permite aclarar la situación.

En primer lugar, debe partirse del artículo 161 del CPP, según el cual un auto es una providencia judicial que resuelve algún incidente o aspecto sustancial, en tanto que una orden se limita a disponer cualquier otro trámite establecido para dar curso a la actuación y evitar su entorpecimiento, es verbal y de cumplimiento inmediato y respecto de ella no proceden recursos.

En segundo lugar, la norma que dispone que sean apelables los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias, tiene una cobertura muy amplia pues comprende las audiencias preliminares y las audiencias del juzgamiento. Por lo tanto, debe estarse a lo dispuesto en normas más específicas, atinentes al juzgamiento y, en particular, a temas probatorios.

En tercer lugar, obrando de esa forma, se encuentra que serían apelables los autos que afectan la práctica de pruebas. Con todo, en este punto debe advertirse que esa norma sigue siendo muy amplia dado que tanto en las

audiencias preliminares como en las audiencias de juzgamiento, puede dictarse autos que afecten la práctica de pruebas.

Además, si su alcance se restringe a estas últimas audiencias, hipotéticamente todo auto sobre temas probatorios puede afectar la práctica de las pruebas, puesto que toda prueba que se ordene a una parte, está encaminada a la prosperidad de su teoría del caso, lo cual podría afectar la teoría del caso de la otra. Por lo tanto, concurren argumentos para afirmar que el sentido que aquí debe dársele al término “afectar” no es ese sino otro más acorde con la índole de los recursos, en tanto medios de impugnación de las decisiones judiciales. De acuerdo con ello, afectar significa causar un agravio injustificado a una parte o interviniente, que es precisamente lo que legitima para recurrir. Siendo así, la solución viene dada por lo menos en principio, por el dispositivo de acuerdo con el cual sólo son apelables los autos que niegan la práctica de pruebas en el juicio oral, pues se trata de una norma específicamente prevista para el juzgamiento. Con mayor razón si, en materia probatoria, decisiones distintas a esas no hayan sido previstas como apelables.

En este entorno, no es razonable entender que toda decisión sobre temas probatorios es apelable, pues ello conduciría a una dilación injustificada de los procedimientos. No obstante, tampoco puede considerarse que sólo sean apelables los autos que niegan la práctica de pruebas, pues bajo ciertas circunstancias, también pueden ser apelables los autos que las ordenan. En consecuencia, hay que indicar que es evidente que el sólo hecho de que se ordene una prueba, no legitima a la contraparte para recurrir. Sin embargo, si esa orden plantea la posibilidad de un agravio injustificado, la situación sería diferente. Así ocurre cuando se ordenan pruebas con desconocimiento de la estructura probatoria del proceso penal. En efecto, si se ordenan pruebas ilícitas o pruebas que de manera manifiesta y trascendente desconocen los deberes constitucionales de aseguramiento y descubrimiento, la parte afectada tiene un interés legítimo en el cual mediante el recurso de apelación, se examine la corrección jurídica de esa decisión.

En suma, una interpretación constitucionalmente adecuada de las normas legales atinentes a la viabilidad del recurso de apelación contra las decisiones que resuelven solicitudes probatorias, lleva a concluir que son apelables tanto los autos que las niegan como aquéllas que las ordenan con desconocimiento de la estructura constitucional del proceso penal.

3.2.4 El Juicio Oral

a) Contextualización

Debido a la forma como ha evolucionado el régimen probatorio del proceso penal en el constitucionalismo colombiano, hoy el proceso penal es sinónimo de juicio y no de sumario. Es decir, el espacio en donde se construyen los fundamentos de decisión judicial atinente a la responsabilidad o inocencia del acusado ya no es el trabajo investigativo del órgano de acusación, plasmado en actas que años después leerá el grupo de apoyo del juzgador, sino la prueba surgida en un debate público y transparente, ante sus ojos.

Para llegar a este punto que indudablemente corresponde de mejor manera a las exigencias impuestas por el sistema de justicia penal de un régimen democrático, se precisó de la interiorización progresiva en la Carta Política, de los diferentes contenidos del derecho a un juicio con todas las garantías: desde la reserva judicial de las libertades públicas, pasando por la estructura básica del proceso penal, hasta llegar por fin a la estructura probatoria que hace parte de ese régimen.

Como se indicó en precedencia, el último contenido de esta estructura probatoria está determinado por los principios probatorios del juicio, consagrados en el artículo 250.4 superior y orientados a la reconstrucción del proceso penal por medio de la superación, ojalá definitiva, de una sistemática procesal construida acerca del principio de permanencia de la prueba.

Siendo así, es entendible que todo el juicio esté permeado por esos principios constitucionales: su instalación; la advertencia sobre los derechos que le asisten al acusado de guardar silencio o declararse culpable y el

ejercicio por parte de éste de esos derechos; la presentación de las teorías del caso de la Fiscalía y la defensa, si hay lugar a éstas; la práctica de la prueba; el imperativo de fundamentar en ésta la decisión judicial; la admisibilidad excepcional de la prueba de referencia; los alegatos de cierre; el anuncio del sentido del fallo; el trámite del incidente de reparación integral y la lectura de la sentencia (CPP, artículos 366 a 454). Los contenidos materiales y la dinámica de cada uno de estos momentos están determinados por el efecto vinculante de los principios de publicidad, inmediación, oralidad, contradicción y concentración.

Sin embargo, es de anotar que paradójicamente, a pesar de que la reconstrucción del proceso penal colombiano es de tan hondo calado, en muchos espacios difícilmente se es consciente de ello. Pero esto es comprensible: la generación de esa conciencia y la extracción de todas sus profundas consecuencias, necesariamente tomará tiempo, no sólo años, sino décadas. Téngase en cuenta que el sistema procesal penal norteamericano, con más de 200 años de historia, aún reporta serias deficiencias fruto de la primacía que le reconoce a su pretensión de eficacia sobre los contenidos de justicia material de las decisiones judiciales. Y ello no es privativo de las instituciones penales; en 1956, dos años después de que el Tribunal Supremo Federal dictara la sentencia *Brown vs Board of Education of Topeka*, declarando la inconstitucionalidad de la segregación racial en los colegios, básicamente de los estados del Sur, “... 101 Congresistas y Senadores firmaron un documento comprometiéndose a no aplicar la sentencia” y dos años más tarde “los Chief Justice de los Tribunales Supremos de 38 Estados criticaron abiertamente al Tribunal Supremo federal por su activismo, y... los Gobernadores de Arkansas y de Mississippi juraron impedir la entrada de negros en los colegios”²⁴.

Este ejemplo y muchos más, evidencian que la reconstrucción de la conciencia jurídica de un pueblo no se logra con la simple formulación de un precedente o con la expedición de una reforma constitucional, desarrollarla legalmente y disponer su aplicación judicial.

24 BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y González García, Julio V. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 279.

Así es que para generar una conciencia, que logre asimilar los contenidos esenciales de ese nuevo sistema procesal, se precisa de un tránsito progresivo que en la misma medida que permita superar los esquemas del antiguo régimen, genere espacios para su adopción y desarrollo. Es más, para interiorizar íntegramente la profunda transformación implícita en el nuevo proceso penal colombiano, es necesaria una revisión muy seria de la concepción del universo jurídico, propia de un modelo que durante dos siglos se atuvo a las prácticas secretas, escritas y solemnes seguidas por modelos heredados de la Colonia y que centró el pensamiento jurídico, las prácticas judiciales y la formación de los abogados en el desarrollo de la capacidad de argumentar por escrito y no oralmente. La manera tan profunda como esa concepción está arraigada en el sistema jurídico colombiano, explica por ejemplo, las serias dificultades de muchos profesionales para desenvolverse adecuadamente en las audiencias propias del nuevo sistema procesal.

En este entorno, es entendible que aún hoy, a cinco años de entrada en vigencia del sistema acusatorio, en varios ámbitos no exista plena conciencia de la revolución institucional que ha ocurrido, y que subsistan prácticas propias de un régimen que rigió durante más de 200 años y que generó estructuras mentales y prácticas judiciales.

Con todo, ello no significa que debe desaprovecharse el giro que se le ha dado al proceso colombiano y que deba prescindirse de un esfuerzo orientado a forjar, ya no sólo desde las normas jurídicas, sino también desde las prácticas judiciales y la doctrina, el sistema de justicia penal propio de un régimen democrático.

b) Problemas probatorios

Como es obvio entenderlo, el espacio del proceso penal en donde más problemas probatorios se presentan por virtud de la falta de consonancia entre la estructura probatoria consagrada en la Carta Política y su desarrollo legal, es en el juicio oral. Y ello es entendible como quiera que al concentrarse el proceso penal en el juicio, a éste se traslada el peso de la tensión que existe entre las pretensiones alentadas por las partes y los intervinientes en búsqueda de una decisión judicial coherente con sus

intereses. No obstante, como pasa a verse, este es también el espacio en donde esa sistemática ofrece mayores rendimientos con miras a la solución de toda esa problemática.

La declaración de culpabilidad

Tras la instalación del juicio oral y las advertencias del juez o jueza sobre los derechos a guardar silencio y a no autoincriminarse que le asisten al acusado, éste puede optar por dos alternativas: declararse inocente, ya sea haciéndolo expresamente o guardando silencio, caso en el cual se continúa con el trámite del juicio o declararse culpable, bien por vía de la aceptación de la acusación o de la suscripción de un preacuerdo con la Fiscalía. Esta última alternativa implica que el acusado o acusada en forma directa y no por medio de su defensor o defensora, renuncia al derecho a un juicio con todas las garantías y que da por desvirtuada la presunción de inocencia que le ampara.

En este punto, surge un problema probatorio que puede plantearse de la siguiente manera:

- ¿La declaración de culpabilidad exonera al juez o jueza del deber de verificar si concurren o no, los presupuestos necesarios para la imposición de una condena?

Para promover una posible solución a este problema, hay que tener en cuenta que la declaración de culpabilidad es objeto de control judicial y que ese control recae sobre la validez del proceso, sobre las condiciones de validez de esa declaración y sobre la concurrencia de un fundamento razonable para tener por desvirtuada la presunción de inocencia.

En relación con el primer objeto de control, el juez o jueza debe establecer si el proceso en el cual hay lugar a la declaración de culpabilidad es legítimo, esto es, si se han respetado las reglas de competencia, la estructura básica del proceso y los derechos de las partes. En relación con el segundo objeto de control, el juez o jueza debe determinar si la declaración de culpabilidad es libre y voluntaria, si el acusado está informado de las consecuencias de su decisión y si ha sido asesorado

por su defensor. Y en relación con el tercer objeto de control, el juez o jueza debe acreditar si en la actuación concurren elementos materiales probatorios y evidencias físicas que suministren un fundamento razonable para la emisión de un fallo de condena.

Si esas exigencias se satisfacen, el juez o jueza admite la declaración de culpabilidad y ésta se incorpora a la sentencia, caso en el cual hay lugar a una rebaja punitiva de la sexta parte de la pena o a la imposición de aquélla preacordada con la Fiscalía, si fuere el caso. Y si esos presupuestos no se satisfacen, el juez o jueza rechaza la declaración de culpabilidad y continúa con la presentación del caso. Esto puede obedecer a la ilegitimidad del proceso o de la declaración de culpabilidad y también, a la no concurrencia de fundamento razonable para desvirtuar la presunción de inocencia: esta situación es comprensible pues en un régimen democrático, el juez o jueza en ningún caso ni siquiera en los eventos de declaración de culpabilidad, puede dictar fallo de condena si no cuenta con un fundamento razonable para tener por desvirtuada la presunción de inocencia. Y para percatarse de esto, el juez o jueza debe establecer si en la actuación existen o no, elementos materiales probatorios y evidencias físicas que le permitan llegar a esa conclusión.

Desde luego, no se trata de agotar un proceso de valoración probatoria, pues en estricto sentido, no existen pruebas ni hay lugar a ese esfuerzo valorativo. Se trata de una labor de verificación que recae sobre el fruto del trabajo investigativo de la Fiscalía. De allí que aún, tratándose de un proceso válido y de una declaración libre, voluntaria, informada y asesorada, deba rechazar la declaración de culpabilidad, si advierte que no concurren todos los presupuestos de la responsabilidad penal, bien sea por encontrarse ante una conducta atípica, justificada o inculpable, pues frente a los fundamentos constitucionales del proceso penal y a su estructura probatoria, no es legítimo que so pretexto de una declaratoria de culpabilidad, se condene a un inocente.

La exclusión de la víctima del debate probatorio

Después de establecer que la víctima es un interviniente especial en el juzgamiento y que goza de una serie de facultades que se explicitan durante el proceso, surgen algunos problemas jurídicos de cara a su intervención en el juicio oral:

- ¿La víctima está legitimada para intervenir en la práctica de las pruebas?
- ¿Qué efectos procesales pueden presentarse debido a la intervención de la víctima en la práctica probatoria?

En búsqueda de las posibles respuestas a esos problemas, hay que considerar que en los sistemas procesales de tendencia acusatoria, no existe unanimidad acerca de si debe haber lugar o no a la participación de la víctima en el proceso penal y, en caso positivo, al alcance de tal participación. En este sentido, por ejemplo: en Estados Unidos, el lugar de la víctima está relegado al nivel de testigo de los hechos y de la responsabilidad de los acusados, pero lo atinente a la reparación del daño causado debe plantearse ante los jueces civiles²⁵. En Chile, también como ejemplo, sucede lo contrario pues el sistema está diseñado de tal manera que se permite una activa participación de la víctima, incluso en el juicio oral²⁶. Esto evidencia que en esa materia, no existen modelos únicos y que en cada caso, debe atenderse la estructura de cada sistema procesal y las especificidades a él introducidas, debido a las necesidades por solventar en cada contexto particular.

En el caso colombiano, como se indicó líneas atrás, no obstante el énfasis hecho por el constituyente acerca del lugar preferente que deben ocupar las víctimas en el nuevo modelo de justicia penal²⁷, lo cierto es que la

25 PIZZA, William T. *Juicios y mentiras. Crónica de la crisis del sistema procesal penal estadounidense*. Madrid: Tecnós, 2002. p. 187.

26 HORVITZ LENNON, María Inés y López Massle, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002. pp. 281 y ss.

27 *El Acto Legislativo 03 de 2002 vincula a las víctimas con las funciones que debe cumplir la Fiscalía ante el juez de control de garantías y ante el juez de conocimiento y además, obliga a aquella a suministrarles protección, en tanto que defiere a la ley la regulación de los términos en los cuales podrán intervenir en el proceso penal y también los mecanismos de justicia restaurativa (artículo 250,*

regulación originaria de su intervención fue muy deficiente, al punto que se limitó sustancialmente su participación en relación con lo dispuesto en el anterior régimen procesal. Por este motivo, la doctrina²⁸ advirtió una clara contradicción entre la nueva normatividad y la línea jurisprudencial desarrollada por la Corte Constitucional acerca de los derechos de la víctima en el proceso penal²⁹.

No obstante, dada la vigencia actual del sistema acusatorio y de las particularidades que él asume en el caso colombiano, surgió la necesidad de encontrar un punto de equilibrio entre un proceso penal que permita el reconocimiento de los derechos de las víctimas y el imperativo de respetar la estructura básica de acusación y juzgamiento consagrada en la Constitución Política.

Ese punto fue determinado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-209 de 2007, en la cual se indicó que en la nueva estructura procesal debía reconocerse los derechos de la víctima mediante la permisión de una activa intervención hasta la audiencia preparatoria, pero sin extender tal intervención a la etapa de juzgamiento, pues de ser así, el acusado se encontraría en una clara desventaja porque tendría que defenderse tanto de la acusación formulada por la Fiscalía, como de la pretensión planteada por el apoderado de la víctima. De allí que en ese fallo, se haya concluido que la víctima, aparte del alegato de cierre y de la apelación contra el fallo, no podía intervenir directamente en el juicio y que en lo demás, sólo podía hacerlo de manera indirecta por medio de la Fiscalía.

De esta forma, si bien la víctima es titular de los derechos fundamentales a la verdad, a la justicia y reparación, las actuaciones procesales por cumplir con miras al reconocimiento efectivo de esos derechos, deben

numerales 1º, 6º y 7º de la CP).

28 GAVIRIA LONDOÑO, Vicente Emilio. *Responsabilidad penal y responsabilidad civil*. En: *Derecho Penal y Criminología*. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, 78. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2005. pp. 52 y ss. En el mismo sentido: *Los nuevos fundamentos de las pruebas penales. Una reflexión desde la estructura constitucional del proceso penal colombiano*. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Administrativa. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Bogotá, 2005. pp. 228 y ss.

29 Esta línea jurisprudencial se trazó en las sentencias C-740 de 2001, C-1149 de 2002, SU-1184 de 2001, C-228 de 2002, C-580 de 2002, C-875 de 2002, C-228 de 2003, C-004 de 2003, C-014 de 2004, C-046 de 2004, C-979 de 2005, C-1154 de 2005, C-454 de 2006, C-209 de 2007 y C-516 de 2007.

adecuarse a la estructura básica del proceso. Es decir, ellas deben ser consecuentes con el hecho de que, si bien a la víctima le asiste una multiplicidad de facultades, entre ellas la de solicitar pruebas en la audiencia preparatoria, la controversia de los medios de prueba, el interrogatorio de los testigos y la oposición a las preguntas que se planteen en el juicio oral, deben cumplirse no a partir de su intervención directa sino por medio de la Fiscalía. Por ello, en relación con estos tópicos, como lo afirma la Corte Constitucional, *“sólo el fiscal tendrá voz en la audiencia”*.

De lo contrario, según lo expone la misma Corte, se modifican los rasgos estructurales del sistema, se altera sustancialmente la igualdad de armas, se convierte a la víctima en un segundo acusador y todo ello, en desmedro de la dimensión adversarial del proceso.

Frente a esta situación, es obvio que el juez o jueza debe obrar con mucho cuidado pues si bien debe permitir la intervención de la víctima en el juicio, debe actuar de tal forma que esa intervención no desborde los límites que se le han impuesto mediante la jurisprudencia constitucional. De lo contrario, dependiendo del grado de intervención de la víctima y de la trascendencia de la irregularidad, se podría afectar la validez del juicio: si su intervención fue relevante al punto que alteró el panorama probatorio a favor de la Fiscalía, es evidente que habrá que anular el juicio para garantizarle al acusado el derecho que le asiste de tener un juicio con todas las garantías; en cambio, si esa intervención no fue trascendente, al extremo, por ejemplo: que haya lugar para absolver, ésta será la decisión que se tomará, pues no tendría sentido anular el juicio por ruptura del equilibrio procesal a favor de la acusación, cuando ni siquiera en esas condiciones se logró desvirtuar la presunción de inocencia.

La admisibilidad excepcional de la prueba de referencia

En el tránsito de sistemas procesales, una de las instituciones más polémicas es la prueba de referencia. Y ello es comprensible, porque en ella se refleja toda la tensión que existe entre los sistemas de tendencia inquisitiva y los de tendencia acusatoria. En tanto que los primeros, por razones vinculadas a la estructura del modelo procesal, privilegian las afirmaciones hechas fuera del juicio, que son más compatibles con regímenes

escritos y secretos, los segundos privilegian las afirmaciones hechas en el juicio, que son más armónicos con regímenes orales y públicos. Por este motivo, cuando se opta por transformar profundamente las instituciones probatorias del proceso penal, las diferencias se hacen evidentes y el tema se vuelve muy sensible.

En este punto, surgen muchos problemas probatorios. Entre ellos, los siguientes:

- ¿La prueba de referencia respeta los principios probatorios del proceso penal?
- ¿La prueba de referencia plantea problemas de constitucionalidad, legalidad o admisibilidad de la prueba?
- ¿Las afirmaciones hechas por el acusado fuera del juicio e incorporadas por terceros, constituyen prueba de referencia?
- Si en el juicio, el testigo se retracta de lo dicho en entrevistas o declaraciones juradas, ¿la información contenida en éstas se puede incorporar al proceso? En caso positivo, ¿de qué forma?
- ¿Si el testigo no va al juicio, se puede introducir las entrevistas que rindió a la Fiscalía o a la defensa?

Como se lo ha hecho durante este recorrido, en estas materias también se puede emprender la búsqueda de soluciones razonables a partir de los fundamentos constitucionales del régimen probatorio del juicio oral.

Hay que destacar que la prueba de referencia no es más que una afirmación que se hace fuera del juicio y que se lleva a él, por medio de registros documentales o de testigos, surgida ante personas diferentes al juzgador, sin contradicción y sin concentración. Para decirlo con otras palabras, la prueba de referencia constituye un supuesto de desconocimiento de los principios constitucionales de las pruebas penales.

El fundamento de la proscripción de la prueba de referencia en el proceso penal de hoy, remite a la imposibilidad de contradicción del elemento material probatorio y, en consecuencia, a la inviabilidad de que el mismo se convierta en prueba. Es decir, la prueba de referencia es inadmisibile,

como regla general, porque ella no puede ser contradicha por el acusado o por la defensa. Si A dice en el juicio que B le contó que vio al acusado C cometer el delito, este último necesita que B acuda al juicio para contradecir su afirmación. Si ello no es posible y si sólo acude A, es obvio que, respecto de éste, C no puede ejercer contradicción alguna, pues a este último únicamente le consta la afirmación hecha por un tercero y no un hecho que interesa al proceso. Si ello es así, la sola afirmación de A, por lo menos como regla general, no puede tomarse como prueba pues en el proceso penal sólo reviste esa calidad, aquélla que haya sido practicada con estricto respeto de los principios constitucionales que la rigen y por lo tanto, contradicha por el acusado.

Siendo así, concurren argumentos para considerar que las pruebas de referencia no plantean problemas de credibilidad, sino de constitucionalidad, pues los principios que ellas desconocen han sido configurados por el constituyente y no por el legislador. Es decir, cuando se habla de pruebas de referencia, no se hace alusión a pruebas legítimas pero que no son dignas de credibilidad, sino a pruebas ilegítimas

Por otra parte, la regla general es que esa prueba resulta inadmisibile, en tanto que la excepción es su admisibilidad en los casos previstos en el ordenamiento jurídico (artículos 16, 347, 379, 381 y 437 a 441 del CPP). Esa regla general es fruto de la vigencia de los principios probatorios del juicio, mientras que la excepción se explica por la necesidad de matizar el alcance de esos principios en aras de la realización equilibrada de los fines del proceso penal.

Cuando se trata de afirmaciones hechas por el acusado fuera del juicio y que son aludidas luego por terceros ante el juez o jueza de conocimiento, no se está ante pruebas de referencia en estricto sentido. La razón es obvia, el acusado no puede plantear la imposibilidad de ejercer el derecho de contradicción respecto de sus propias afirmaciones ya que le asiste la facultad de declarar en su propio juicio. Esta situación explica las reglas por las cuales se opta en los sistemas de tendencia acusatoria, en el sentido de no incluir las afirmaciones del acusado en el concepto de prueba de referencia o en el sentido de considerarlas como una excepción a la regla general de su proscripción.

Ahora bien, no puede desconocerse la posibilidad de que, aprovechándose de la proscripción de la prueba de referencia, se fuerce la ausencia o la retractación de los testigos de cargo con la finalidad de evitar fallos de condena. Si ocurre lo primero, esto es, si el testigo no acude al juicio, la jurisdicción debe determinar si, con base en los medios de conocimiento legítimamente practicados, hay lugar o no a demostrar la responsabilidad del acusado, pues si bien es cierto que no se puede dictar una sentencia con base en pruebas de referencia, ello no implica que el juez o jueza no pueda valorar las pruebas lícitamente aducidas, incluida la prueba de indicios, para inferir de ellas la responsabilidad o no del acusado. En cambio, si el testigo acude al juicio pero se retracta de sus declaraciones anteriores, los elementos materiales probatorios recaudados antes del juicio pueden contribuir a la convicción del juzgador a condición de que hayan sido legítimamente incorporados, que lo allí afirmado haya sido objeto de interrogatorio y que sobre ellos se haya ejercido el derecho de contradicción³⁰. Si no se procede de esta forma para la introducción de esa información, se estaría rodeando de la calidad de prueba a actuaciones cumplidas fuera del juicio y, como es obvio, sin cumplimiento de los principios consagrados en el artículo 250.4 ya citado.

No cabe duda de que hay que respetar los principios constitucionales de las pruebas penales consagrados en el artículo 250.4, que llevan a la proscripción de la prueba de referencia. Pero ello no implica que al juzgador no le sea exigible el deber de buscar decisiones jurídicamente correctas y materialmente justas. De allí que si en un caso es evidente que el testigo de cargo se retractó de su declaración, la toma de la decisión pase por la búsqueda de una postura que satisfaga esas exigencias. De lo contrario, si la jurisdicción prescinde de ese esfuerzo, resultaría fácil burlar la administración de justicia, mucho más en medios como el nuestro, intolerantes y violentos: bastaría con amenazar o corromper a los testigos de cargo para que se retracten y para asegurar la impunidad de los delitos, lo cual chocaría con las funciones de la administración de justicia en un régimen democrático.

30 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia del 9 de noviembre de 2006, radicado 25.738.

El testimonio del acusado que declara en su propio juicio

Este medio de conocimiento que ha tenido una agitada dinámica en el proceso penal colombiano, evidencia problemas jurídicos como los siguientes:

- ¿La Fiscalía puede solicitar, como prueba directa, el testimonio del acusado?
- ¿El acusado que declara como testigo en su propio juicio, debe asumir el riesgo de formularse autoincriminaciones involuntarias?

Para aproximarse a esta problemática en procura de una solución posible, hay que recordar que existen dos alternativas de regulación: una, propia de los sistemas anglosajones, en la cual el acusado no está obligado a declarar en su propio juicio y en la cual puede optar por declarar, pero en caso de hacerlo, su declaración se recibe bajo juramento y con el riesgo de ser condenado por perjurio, y otra, propia de los sistemas continentales, en los cuales el acusado puede declarar en su propio juicio, sin la solemnidad del juramento y sin incurrir en responsabilidad penal.

La primera alternativa torna excepcional la declaración del acusado en su propio juicio y ésta es una decisión privativa de él, por no estar la Fiscalía legitimada para solicitar su testimonio como prueba de la acusación; en tanto que la segunda, convierte esa declaración en regla general. Estas divergencias se explican por la primacía que en el primer modelo se da a la pretensión de eficacia del sistema penal y por la preeminencia que en la segunda, se le reconoce al derecho de no autoincriminación.

En Colombia, el texto original de la Ley 906 de 2004 permitía que el acusado declarase en su propio juicio pero bajo juramento. Es decir, optó por el primero de los modelos ya aludidos. No obstante, el artículo 394 de la Ley 906 de 2004 fue objeto de control constitucional y en la Sentencia C-782 de 2005³¹, se condicionó la constitucionalidad de la norma en el entendido que el juramento prestado por el declarante no tendrá efectos

31 CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-782 de 2005, MP. Alfredo Beltrán Sierra.*

penales adversos respecto de la declaración sobre la propia conducta del testigo y que ello debía serle informado por el juez o jueza, juntamente con el derecho que le asistía a guardar silencio y a no autoincriminarse. Con esta determinación, el sistema procesal optó por el segundo de los modelos mencionados. Como consecuencia de este giro jurisprudencial, la situación del acusado, en tanto testigo, varió sustancialmente, pues hoy puede declarar sin el riesgo de incurrir en falso testimonio.

De este modo, en el sistema acusatorio colombiano, el acusado puede elegir entre guardar silencio y declarar con juramento pero sin incurrir en responsabilidad penal alguna en relación con la alusión a su participación en la comisión de la conducta.

De todas formas, la decisión del acusado de declarar en su propio juicio como testigo, así no implique consecuencias penales en caso de faltar a la verdad, es muy relevante.

Esto por cuanto en esencia, lo que hace es renunciar al derecho a guardar silencio y al derecho a no autoincriminarse. Por estos motivos, es posible que un acusado que declara como testigo en su propio juicio, termine suministrando razones probatorias para su propia condena y esto puede ocurrir bien a instancias de sus propias afirmaciones o de las respuestas suministradas al exigente contrainterrogatorio al cual puede ser sometido por parte de un Fiscal capaz de aprovechar la oportunidad que se le suministra como consecuencia de la teoría del caso y de la estrategia defensiva elaborada por el acusado y su defensor. Esto puede ocurrir sobre todo, en aquellos casos en los cuales la prueba de cargo no es contundente pero cuyas deficiencias se pueden superar con base en el relato hecho por el acusado como testigo.

Estas circunstancias deben ser valoradas detenidamente por los acusados y sus defensores pues en muchos casos, se mantiene la práctica de que aquéllos declaren en su propio juicio debido a la ausencia de implicaciones penales, pero sin conciencia de que la tensión que existe entre el privilegio contra la autoincriminación y el derecho que le asiste al acusado de declarar en su propio juicio, es muy fuerte y que de ejercer esta facultad, puede incurrir en una autoincriminación involuntaria. Y si bien puede

asumirse que la decisión del acusado de declarar plantea ese riesgo, la legitimidad del proceso penal se afecta, si ese tipo de autoincriminaciones se toman como soporte para desvirtuar la presunción de inocencia.

Por otra parte, en este modelo así concebido, debe entenderse que la Fiscalía no se encuentra legitimada para solicitar, como prueba directa de la acusación, el testimonio del acusado pues debe comprenderse que la decisión de declarar o no en su propio juicio, sigue siendo privativa de él, más aún si se trata de una decisión que está inescindiblemente ligada a la estrategia de defensa y a la pretensión de vigencia de la presunción de inocencia. Si así no fuera, para desvirtuar esta presunción, bastaría con que la Fiscalía, prescindiendo de cualquier esfuerzo investigativo, pretendiera obtener de los dichos del acusado, el fundamento para su condena.

Con todo, se impone precisar que una situación diferente se presenta cuando la defensa ofrece el testimonio del acusado y, sobre esa base, la Fiscalía solicita también ese testimonio como prueba directa³². En este caso, la prueba resulta procedente a condición de que se satisfaga la carga de demostrar su pertinencia y admisibilidad y de que por medio de ella, se acredite la insuficiencia del contrainterrogatorio para extraer del testigo la información que se pretende aducir al proceso.

El interrogatorio del testigo por el juez o jueza

La facultad conferida a los jueces y juezas para interrogar al testigo permite formular, entre otros, los siguientes problemas jurídicos:

- ¿El juez o jueza está legitimado para interrogar al testigo con el fin de introducir información no aportada durante el interrogatorio y contrainterrogatorio de las partes?
- ¿Las partes e intervinientes pueden plantear oposiciones al interrogatorio del juez o jueza?

32 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal. Auto del 29 de junio de 2007, radicado 27.608.

- ¿Las partes e intervinientes pueden contrainterrogar al testigo para validar la información suministrada con ocasión del interrogatorio realizado por el juez o jueza?

La búsqueda de respuestas a estos problemas jurídicos debe considerar necesariamente el impacto que esa facultad judicial tiene en la estructura adversarial del proceso y en la imparcialidad del juzgador.

Según el artículo 397, una vez terminados los interrogatorios de las partes, el juez o jueza y el Ministerio Público podrán hacer preguntas complementarias para el cabal entendimiento del caso. Como se advierte, esta disposición les reconoce al juez o jueza y al Ministerio Público la facultad de hacer preguntas al testigo. Con todo, es una facultad estrictamente limitada.

En primer lugar, se trata de una atribución temporalmente condicionada pues sólo se puede ejercer una vez terminados los interrogatorios de las partes, exigencia comprensible dado que son ellas las que han planteado las teorías del caso y en consecuencia, las interesadas en aducir al juicio la información que las soporte y las que están obligadas a introducirla.

En segundo lugar, las preguntas que pueden hacer el juez o jueza y el Ministerio Público tienen carácter complementario y se orientan al cabal entendimiento del caso. De acuerdo con esto, por tratarse de preguntas complementarias, ellas sólo pueden versar acerca de los puntos tratados por el interrogatorio y el contrainterrogatorio, pues sólo se puede complementar una información que ya haya sido aportada al proceso.

Y en tercer lugar, es imperativo que el juez o jueza, se atenga también estrictamente a las reglas del interrogatorio. En efecto, las preguntas deben versar sobre hechos específicos y no ser sugestivas, capciosas, confusas, ofensivas con el testigo o impertinentes.

Se hacen estas precisiones por cuanto, de no obrar de esa forma, se generan situaciones muy problemáticas. Téngase en cuenta que un juicio en esencia, comprende tres etapas: planeación, aporte de información y argumentación a partir de la información aportada –teoría del caso, práctica probatoria y alegatos de cierre y conclusión-. Ahora, es responsabilidad de cada parte, aportar al juicio la información que respalde

su teoría del caso. Por lo tanto, si una parte ofrece una prueba y no es capaz de extractar de ella la información que resulta relevante para el proceso, deberá asumir las consecuencias de su negligente proceder que muy seguramente, se evidenciarán en el fracaso de su teoría del caso. Por este motivo, si una parte ha incurrido en esa deficiencia en el aporte de sus medios de conocimiento, ella no puede ser solventada con la intervención del juez o jueza o del Ministerio Público mediante un interrogatorio que desbordando el límite impuesto por los temas tratados por las partes, pretenda aducir información que conozca el testigo pero que no haya sido aportada. Con mayor razón, si se advierte que de aportar el juez o jueza por este medio, nueva información al juicio, cabría considerar incluso, que se trata de una nueva prueba, sólo que decretada y practicada oficiosamente por el juzgador, con desconocimiento del mandato legal en contrario contenido en el artículo 361 del CPP.

Frente a tal panorama, las partes o el Ministerio Público podrían oponerse legítimamente a las preguntas que violen esos límites. Además, la parte afectada con el interrogatorio podría exigir el derecho a contrainterrogar sobre la nueva información aportada por el testigo. No obstante, a la parte afectada con un indebido interrogatorio o con la introducción de nueva información por el testigo, le resultaría muy difícil formular oposiciones o contrainterrogatorios, sabiendo que tiene como contraparte al juez o jueza. De todas maneras, ante tales supuestos, la parte afectada estaría legitimada para cuestionar la imparcialidad del juzgador por el irrespeto de los límites impuestos por la ley a un interrogatorio de tal índole.

La exclusión del conocimiento privado del juez o jueza o de las partes

Para propiciar una reflexión acerca de este tema, puede partirse del siguiente problema probatorio:

- ¿El juez o jueza y las partes, para fundamentar de mejor manera una decisión o un alegato, pueden utilizar los conocimientos altamente especializados que tengan en una especial área de la ciencia o de la técnica?

Ahora, para promover una posible solución a este problema jurídico, se debe tener en cuenta que, debido a la estructura probatoria del proceso penal, las solicitudes de las partes y las decisiones judiciales sólo pueden apoyarse en la información introducida al juicio oral y validada en él, por la contradicción propia del debate probatorio.

Se toma ese punto de partida porque, no obstante que el juez o jueza y las partes pueden tener claridad en cuanto a la sujeción del juicio a los principios de publicidad, oralidad, intermediación, contradicción y concentración, aquél y éstas pueden incurrir, aún de buena fe, en prácticas contrarias a ellos.

Así ocurre cuando el juez o jueza, con el ánimo de fundamentar de mejor manera su decisión, se remite a fuentes extraprocesales, ya sean personales, bibliográficas o incluso páginas de Internet, para valorar de una determinada manera circunstancias relevantes frente a los hechos materia de juzgamiento. Tal situación se presenta, por ejemplo: cuando el juez o jueza, para esclarecer en la sentencia, los efectos que un medicamento pudo haber producido en el acusado o en la víctima, se remite a información altamente especializada que no fue aportada al juicio por algún medio de conocimiento y que en consecuencia, no fue validada por la contradicción de las partes. Como lo ha expuesto la doctrina, el conocimiento privado que el juez o jueza logre de los hechos, está proscrito como fundamento de sus decisiones y ante ello, una norma como la aludida por Stein, según la cual *“El tribunal puede rechazar el examen de peritos cuando se atribuya a sí mismo el conocimiento específico que se requiere”*³³ hace parte ya de *“la prehistoria de nuestras leyes”*³³.

De igual manera, se incurre en prácticas de esa índole cuando el fiscal o el defensor refieren circunstancias personales conocidas por ellos debido a sus labores investigativas y de preparación del caso, a pesar de que ni el uno ni el otro tienen la calidad de testigos o cuando aprovechan su formación altamente especializada en un área del conocimiento para fundamentar una solicitud. En este sentido, por ejemplo: algunos fiscales o defensores, con el ánimo de sustentar de mejor manera sus pretensiones, suelen invocar las conversaciones sostenidas con la víctima, con el acusado o incluso, situaciones de las cuales se percataron o hacer uso de su formación en otras

33 Stein, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Bogotá: Temis, 1999. p. 96.

áreas del conocimiento, científicas o técnicas, y todo ello para relieves la connotación penal de la conducta o para desvirtuarla.

En casos como estos, se lleva al proceso el conocimiento privado del juez o jueza y de las partes y ese conocimiento incide en las decisiones judiciales. No obstante, es evidente que ello resulta contrario a los principios probatorios del juicio al punto que el artículo 435 del CPP, en tanto norma de desarrollo de esos principios, dispone que en ningún caso el juez o jueza pueda utilizar su conocimiento privado para la adopción de la sentencia a que hubiese lugar. Por lo tanto, es necesario que aquél y éstas interioricen las profundas implicaciones de la nueva estructura probatoria del proceso penal, permanezcan vigilantes durante el juicio y prescindan de las prácticas que la desconocen.

El descubrimiento excepcional en el juicio

El problema probatorio que a continuación se enuncia, evidencia las profundas implicaciones del descubrimiento excepcional a que puede haber lugar en el juicio:

- Cuando hay lugar al descubrimiento excepcional de una prueba en el juicio, ¿la parte afectada con ellas puede hacer nuevas solicitudes probatorias?

Para facilitar una respuesta razonable a ese problema, hay que decir que los distintos desarrollos que se han hecho hasta este momento del descubrimiento probatorio, siguiendo el régimen previsto en cada una de las etapas del juzgamiento, suministran fundamento para afirmar que como regla general, el de la Fiscalía opera en el escrito de acusación, en tanto que el de la defensa lo hace en la audiencia preparatoria. Esta lectura de ese régimen legal es coherente con la índole del descubrimiento en los sistemas procesales contemporáneos y con las profundas implicaciones que tiene en la dinámica probatoria del juicio, en el equilibrio procesal y en la realización del derecho a un juicio con todas las garantías.

No obstante, en el caso colombiano, esa regla general se matiza con varias situaciones específicas. En primer lugar, en la audiencia de acusación la Fiscalía puede descubrir pruebas adicionales, aunque bajo la concurrencia de ciertas circunstancias. En segundo lugar, en esa audiencia opera también el descubrimiento probatorio de la víctima en el caso de que vaya a solicitar pruebas en la audiencia preparatoria. Y, en tercer lugar, en la audiencia de acusación la Fiscalía y la víctima pueden solicitar que la defensa descubra sus pruebas, solicitud que procede también bajo el cumplimiento de ciertos presupuestos.

Ahora, si ya las situaciones específicas que se acaban de comentar, pueden contribuir a que se perciba el descubrimiento probatorio como una institución dispersa en las distintas etapas del juzgamiento a voluntad fundamentalmente de la Fiscalía, el panorama se complica aún más, con el descubrimiento excepcional previsto en el inciso final del artículo 344 del CPP. De acuerdo con esta norma, si durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez o jueza quien, oídas las partes y considerado 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.

Como puede apreciarse, el descubrimiento de pruebas en el juicio es también excepcional y para que proceda, deben satisfacerse varias exigencias: en primer lugar, debe ser muy significativo y aunque la norma no lo dice, es evidente que cuando se utiliza el término “*significativo*” se alude a las implicaciones que la prueba por descubrir puede tener en el juicio. En segundo lugar, antes de decidir, el juez o jueza debe escuchar a la contraparte y a los intervinientes, pues si frente a una prueba oportunamente descubierta y solicitada, aquéllos pueden manifestar su oposición, con mayor razón pueden hacerlo frente a una solicitud tan tardía como ésta. Y, en tercer lugar, el juez o jueza, para decidir, debe tener en cuenta el perjuicio que con ese tardío descubrimiento se puede causar al derecho de defensa y a la integridad del juicio.

Entonces, sólo si la prueba es significativa, si no son convincentes los argumentos expuestos por la contraparte y los intervinientes para oponerse a ella y si el provecho que ofrece es mayor que el perjuicio al proceso, hay lugar a tal descubrimiento. Ahora, si eso es así, es razonable inferir que se trata de una decisión susceptible de recursos, dado que está en juego el respeto de la estructura probatoria del proceso, y que en caso de prosperar el descubrimiento de la prueba, deberá propiciarse espacios para que la parte afectada con ella, solicite pruebas en legítimo ejercicio de su derecho a contradecir, probando.

Con todo, no obstante esa amplia gama de oportunidades para descubrir evidencia, debe tenerse claridad en cuanto a que debe darse primacía a la regla general y que las situaciones específicas en las cuales puede haber lugar a descubrimientos adicionales, son excepcionales y precisan de una fuerte carga argumentativa que las justifique. De no obrarse de esa forma, esto es, de concebir el descubrimiento como una institución caracterizada por un desarrollo progresivo durante todas las etapas del juzgamiento, no sólo se afectaría la estructura probatoria del proceso, sino que también se darían argumentos adicionales a quienes advierten en el régimen del descubrimiento probatorio del proceso penal colombiano, una institución no sólo incoherente, sino también contraria al principio de imparcialidad del juzgador y por lo mismo, ilegítima³⁴.

Las pruebas del Ministerio Público

Si el Ministerio Público, por haber solicitado una prueba en el juicio y habérsela ordenado, la practica en el juicio, surgen también problemas jurídicos relevantes. En otros:

- En el caso de un testimonio solicitado por el Ministerio Público, ¿cómo se cumplen el interrogatorio y el contrainterrogatorio?
- ¿Las partes tienen derecho a hacer nuevas solicitudes probatorias para ejercer el derecho de contradicción sobre esa prueba?

34 VAN VOORHOUT, Coster. *La figura del procedimiento del descubrimiento de prueba. Tres problemas esenciales que supone el actual sistema penal acusatorio colombiano*. En: *Derecho Penal Contemporáneo*. Revista Internacional, 22. Bogotá: Legis, 2008, p. 117.

Para ofrecer respuestas plausibles a estos cuestionamientos, hay que anotar que cuando se desarrollaron algunas situaciones problemáticas de la audiencia preparatoria, se puso de presente la facultad excepcional del Ministerio Público de solicitar pruebas bajo la concurrencia de determinados presupuestos, y se indicó que esa facultad podía contextualizarse en el marco de las funciones constitucionales de la Procuraduría General de la Nación. Ahora, llegados a este punto, debe anotarse que el ejercicio de esa facultad plantea situaciones muy problemáticas en el juicio oral.

En efecto, repárese en que si se trata de una prueba que puede tener una influencia esencial en los resultados del juicio, ella podrá favorecer de forma determinante, la pretensión de la Fiscalía y la víctima o la pretensión opuesta del acusado y la defensa.

No obstante, a pesar de tratarse de una prueba tan relevante, no existe alguna claridad en cuanto a la dinámica que ha de seguirse para aducirla al proceso. Para empezar, porque se trata de una prueba que no ha sido previamente descubierta por el Ministerio Público y respecto de la cual la parte o interviniente perjudicada no ha podido ejercer el derecho de ofrecer. Aparte de ello, no existe claridad en cuanto a su aducción al proceso, pues si se trata de una prueba solicitada por el Ministerio Público, asumiendo que se está, por ejemplo: ante un testimonio o un perito, no se sabe cómo operaría el interrogatorio y quién estaría legitimado para contrainterrogar. Como se sabe, la parte que solicita una prueba está en el deber de demostrar su pertinencia y, cumplida esa carga y ordenada por el juez o jueza, aquélla mediante el interrogatorio, determina los temas que debe tratar el testigo o perito y a la vez, limita la intervención de la parte que contrainterroga, pues su cuestionario no podrá incluir temas diferentes.

Estas implicaciones trasladan a los jueces una carga muy pesada: cuando el Ministerio Público pretenda ejercer esa facultad, aparte de verificar si concurren todos los presupuestos que la condicionan, el juez o jueza deberá acudir al principio de proporcionalidad y agotar las distintas etapas del juicio de ponderación para determinar si el beneficio aportado por la prueba es superior al riesgo evidente de alteración del equilibrio procesal. Y si opta por reconocer esa facultad y ordenar la prueba, deberá

obrar con suma diligencia para generar espacios que permitan su contradicción por la parte afectada con ella.

La improcedencia de pruebas en segunda instancia

En materia probatoria, la segunda instancia del proceso penal colombiano evidencia problemas jurídicos como los siguientes:

- ¿Los principios probatorios del juicio rigen en segunda instancia?
- En la segunda instancia del juicio oral, ¿hay lugar para practicar pruebas?
- ¿Existen límites para la intervención en segunda instancia de un acusado que en el juicio, hizo uso de su derecho a guardar silencio?

Ahora bien, las alternativas de respuesta a estos problemas deben apreciar que, ya que los fundamentos normativos internacionales del derecho a la segunda instancia del fallo condenatorio que le asiste al condenado, no dicen algo en relación con práctica probatoria alguna, ese aspecto queda librado a la normatividad interna de los distintos estados. Debido a ello, aparte de la claridad que existe en cuanto a que la competencia del superior se extiende a los aspectos tanto jurídicos como fácticos, y en consecuencia, probatorios del fallo, la repetición de la prueba y la práctica de nuevas pruebas en segunda instancia se regula con independencia del sistema procesal al cual se encuentre adscrito un proceso penal particular. Así, en Inglaterra, Alemania e Italia, por ejemplo: ello es permitido, indistintamente de que aquélla se rija por el modelo anglosajón y éstas por el modelo continental europeo. En sentido contrario, Estados Unidos y España, también como ejemplo, no prevén esa práctica y ello es así independiente de la inclinación anglosajona del sistema procesal de aquél y de la tendencia continental europea de la última.

En el caso colombiano, como se expuso en precedencia, la columna vertebral del nuevo proceso penal está determinada por una estructura probatoria que impone una ruptura definitiva con el denominado principio de permanencia de la prueba y que exige apoyar la sentencia, únicamente en la prueba practicada en el juicio, con estricto respeto de los principios de publicidad, oralidad, intermediación, contradicción y concentración. No

obstante, debe considerarse que esa perspectiva presenta varios matices ya que admite situaciones excepcionales en las cuales se puede aducir pruebas practicadas fuera del juicio, no determina la dinámica de las audiencias preliminares cumplidas ante los jueces de control de garantías, se flexibiliza en las aceptaciones de cargos y negociaciones y preacuerdos y para lo que aquí interesa, su alcance resulta limitado cuando se trata de la segunda instancia del juicio.

En relación con la última de tales situaciones, hay que indicar que son apelables las sentencias condenatorias y absolutorias que se encuentran legitimadas para recurrir las partes e intervinientes y que en el trámite de la segunda instancia, no hay lugar a repetir las pruebas ni a practicar otras nuevas. Además, los fundamentos probatorios para decidir el recurso de apelación, son los mismos del juez o jueza de primer grado y el recurso de apelación no constituye sólo una instancia de revisión de la validez del proceso, sino también un escenario idóneo para determinar la corrección de los fundamentos fácticos y jurídicos de la decisión. Esta postura armoniza con los fundamentos normativos internacionales del derecho a la segunda instancia y es coherente con el hecho de que en la cultura jurídica colombiana, aunque con límites obvios, la valoración probatoria no ha sido ajena a los medios de impugnación de las decisiones judiciales. Siendo así, se impone concluir que el principio de inmediación se flexibiliza en segunda instancia, pues el superior no puede repetir las pruebas ni practicar otras nuevas, y debe apoyar su decisión en el examen de los registros del juicio.

De todas maneras, existe la posibilidad de que el legislador hacia futuro, conciba una segunda instancia con práctica de pruebas, pero en caso de hacerlo, deberá respetar la nueva estructura probatoria del proceso penal consagrada en la Constitución y regular la manera como esas pruebas han de ser descubiertas, ofrecidas, ordenadas, practicadas y contradichas por la contraparte.

Por último, es de anotar que los tribunales deben obrar con suma diligencia para impedir que las partes incurran en conductas constitutivas de supuestos ilegítimos de introducción de información al proceso, tal como ocurre con la intervención del acusado en la audiencia de debate oral, sobre todo cuando no ha declarado como testigo en su propio juicio,

con la intervención de la defensa en esa misma audiencia, la Fiscalía, el apoderado de la víctima y el Ministerio Público y con la pretensión de aportar nuevos medios de conocimiento para apoyar peticiones de subrogados o sustitutos penales negados en primera instancia.

3.3 CONCLUSIÓN: HACIA UNA DOGMÁTICA DEL SISTEMA ACUSATORIO COLOMBIANO

En este trabajo, se ha examinado la manera como ha evolucionado el régimen probatorio del proceso penal en el constitucionalismo colombiano, se han señalado los actuales fundamentos de ese régimen y se han considerado sus más importantes desarrollos legales. Ese esfuerzo permitió apreciar múltiples problemas jurídicos y solucionarlos, promoviendo interpretaciones constitucionales adecuadas de la ley procesal penal a partir de la estructura probatoria del juicio oral consagrada en la Carta Política.

Desde luego, aparte de los problemas probatorios aquí advertidos y enunciados sólo a manera de ejemplo, existen muchos más. No obstante, su solución no puede promoverse a partir de interpretaciones literales de la ley procesal, sino con base en la estructura probatoria del proceso penal consagrada en la Constitución. En últimas, tal estructura no es más que un conjunto articulado de principios superiores que puede orientarse hacia la racionalización del proceso de expedición y aplicación de normas procesales. Y esta es la meta que hay que seguir alentando hacia el futuro: construir una dogmática del sistema acusatorio colombiano. Ese es el reto, pero también la esperanza.

Ap

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

1. En los Códigos de Procedimiento Penal de 1971, 1987, 1991 y 2000 existían referencias expresas o tácitas a los principios de publicidad, intermediación y oralidad. Explique las diferencias que existen entre esos principios y los consagrados en el artículo 250.4 de la CP.
2. Realice un mapa conceptual sobre la forma como opera el descubrimiento probatorio en el proceso penal colombiano.
3. Haga una lectura detenida del auto proferido el 17 de abril de 2008 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá. Luego reconstruya la argumentación con base en la cual se declaró la nulidad de la audiencia preparatoria por incumplimiento manifiesto y trascendente de la estructura probatoria del proceso penal.
4. Identifique tres problemas jurídicos probatorios relevantes, generados por el régimen legal del escrito de acusación y ofrezca soluciones apoyadas en la estructura probatoria del proceso penal.
5. Identifique tres problemas jurídicos probatorios relevantes generados por el régimen legal de la audiencia de acusación y ofrezca soluciones apoyadas en la estructura probatoria del proceso penal.
6. Identifique tres problemas jurídicos probatorios relevantes generados por el régimen legal de la audiencia preparatoria y ofrezca soluciones apoyadas en la estructura probatoria del proceso penal.

Ae

AUTOEVALUACIÓN

En varias fechas diferentes, DIEGO, actuando de manera violenta y contra la voluntad de su sobrina de 13 años de edad, la acarició en el pecho y en su zona genital. Por este motivo, la madre de aquél lo sacó de la casa. Ocho meses más tarde, regresó y a la primera oportunidad que tuvo, accedió carnalmente a su sobrina y la amenazó de muerte para que no avisara. La niña enteró de ello a la psicóloga

Ae

del colegio y, por exigencia de ésta, la abuela de aquella denunció los hechos.

Luego de que el juez o jueza ordenara la prueba de cotejo de ADN entre las muestras encontradas en la víctima y muestras procedentes del acusado, la Fiscalía obtuvo autorización del juez o jueza de control de garantías para obtener muestras de sangre pero aquél se opuso a ello de manera violenta. Frente a esa situación, la Fiscalía realizó una diligencia de allanamiento a la celda del acusado, incautó un cepillo de dientes, una máquina de afeitar y una cuchara; legalizó esa evidencia ante el juez o jueza de control y luego obtuvo de ellas muestras de ADN del acusado.

La víctima no concurrió como testigo pero sí lo hicieron la psicóloga del CTI, una médica legista y dos bacteriólogas que acreditaron que las muestras que existen en las citadas pertenencias del acusado y las muestras encontradas en la víctima contenían el mismo ADN. Al final del juicio, DIEGO fue condenado como autor de acceso carnal violento y acto sexual violento. La defensa apeló y argumentó que la sentencia debía revocarse por haberse basado en prueba ilícita, dado que al momento del allanamiento a la celda el acusado no fue asistido por su defensor y que, por no haber acudido la menor al juicio, la sentencia se basaba en prueba de referencia.

Establezca si el cotejo de ADN es o no una prueba ilícita; si debe excluirse o no del proceso; cuál es su incidencia en la sentencia; si ésta se basa en prueba de referencia y si debe revocarse o confirmarse.

J

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional, Sentencias C-1194 de 2005, C-1260 de 2005 y C-209 de 2007.

J

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencias del 15 de julio de 2008, radicado 29.994; del 3 de mayo de 2007, radicado 27.108; del 11 de abril de 2007, radicado 26.128; del 21 de febrero de 2007, radicado 25.920; del 28 de febrero de 2007, radicado 26.807; del 9 de noviembre de 2006, radicado 25.738 y del 15 de septiembre de 2006, radicado 25.007, y el auto del 26 de octubre de 2007, radicado 27.608.

B

BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, KAI Y MONTEALEGRE LYNNET, EDUARDO (COMP). *Constitución y sistema acusatorio. Un estudio de derecho comparado*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

AMBOS, KAI ET AL. *Las reformas procesales penales en América Latina*. Ad Hoc, Buenos Aires, 2000.

BAYTELMAN A., Andrés y DUCE J., Mauricio. *Litigación penal. Juicio oral y prueba*. Fondo de Cultura Económica, México, 2005.

BELTRÁN DE FELIPE, MIGUEL Y GONZÁLEZ GARCÍA, JULIO V. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

BENDA, ERNESTO, ET AL. *Manual de Derecho Constitucional*. Marcial Pons, Madrid, 1996.

BERNAL CUÉLLAR, JAIME Y MONTEALEGRE LYNNET, EDUARDO. *El proceso penal*. T. I. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

BOTERO MARINO, CATALINA Y SALDARRIAGA RESTREPO, ESTEBAN. *Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia*. En: *Entre el perdón y el*

B

paredón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional. Angelika Rettberg (com.). Universidad de los Andes - Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Ciencia Política, Bogotá, 2005.

CHIESA APONTE, ERNESTO L. *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos.* T. I, II y III. Nomos, Bogotá, 1995.

DEL OLMO, JOSÉ ANTONIO. *Garantías y tratamiento del imputado en el proceso penal.* Trivium, Madrid, 1999.

DÍAZ REVORIO, FRANCISCO JAVIER. *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.* Palestra, Lima, 2004.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, MERCEDES. *Prueba y presunción de inocencia.* Portal Derecho, Madrid, 2005.

FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón.* Trotta, Madrid, 1995.

GARAPON, ANTOINE Y PAPADOPOULOS, IOANNIS. *Juzgar en Estados Unidos y en Francia.* Cultura jurídica francesa y Common Law. Legis, Bogotá, 2006.

GIMENO SENDRA, VICENTE. *Constitución y Proceso.* Tecnós, Madrid, 1988.

GOLDBERG, STEVEN H. *Mi primer juicio oral. ¿Dónde me siento? ¿Y qué diré?* Heliasta, Buenos Aires, 1994.

GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS. *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas.* Bosch, Barcelona, 1995.

GUERRERO PERALTA, ÓSCAR JULIÁN. *Institutos Probatorios del Nuevo Proceso Penal.* Nueva Jurídica, Bogotá, 2008.

B

- HENDLER, EDMUNDO S. *Sistemas procesales comparados. Ad Hoc*, Buenos Aires, 1999.
- HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS Y LÓPEZ MASSLE, JULIÁN. *Derecho Procesal Penal Chileno*. T. I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.
- IGARTUA SALAVERRIA, JUAN. *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- LANDA ARROYO, CÉSAR. *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos*. Palestra, Lima, 2005.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO. *Instituciones de derecho procesal penal*. Akal, Madrid, 1999.
- LÓPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO. *Nuevas tendencias en la dirección del proceso*. Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2004.
- MAIER, JULIO. *Derecho Procesal Penal*. T. I. Fundamentos. Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 1999.
- MANCILLA OVANDO, JORGE ALBERTO. *Las garantías individuales y su aplicación en el proceso penal*. Porrúa, México, 1992.
- MONTERO AROCA, JUAN. *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- MORA IZQUIERDO, RICARDO Y SÁNCHEZ PRADA, MARÍA DOLORES. *La Evidencia Física y la Cadena de Custodia en el Procedimiento Acusatorio*. Editores Gráficos Colombia, Bogotá, 2007.
- MUÑOZ NEIRA, ORLANDO. *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos*. Legis, Bogotá, 2006.

B

O'DONNELL, DANIEL. *Derecho internacional de los derechos humanos*. Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de ONU para los Derechos Humanos. Bogotá, 2004.

PALOMO DEL ARCO, ANDRÉS. *Sistemas penales europeos*. Escuela Judicial - Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002.

PARRA QUIJANO, JAIRO. *Racionalidad e ideología de las pruebas de oficio*. Temis, Bogotá, 2004.

PERALTA GUERRERO, ÓSCAR JULIÁN. *Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Proceso Penal*. Augusto Ibáñez y Editora Nueva Jurídica, Bogotá, 2008.

PICO JUNOY, JOAN. *Problemas actuales de la justicia penal*. Bosch, Barcelona, 2001.

PIZZI, WILLIAM. *Juicios y mentiras. Crónica de la crisis del sistema procesal penal estadounidense*. Tecnós, Madrid, 2002.

ROXIN, CLAUS. *Derecho Procesal Penal*. Del Puerto, Buenos Aires, 2000.

STEIN, FRIEDRICH. *El conocimiento privado del juez*. Temis, Bogotá, 1999.

URBANO MARTÍNEZ, JOSÉ JOAQUÍN. *Prueba ilícita y regla de exclusión*. En: *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del juez penal colombiano*. Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá., 2004.

B

------. *Los nuevos fundamentos de las pruebas penales. Una reflexión desde la estructura constitucional del proceso penal colombiano.* Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2006.

VAN VOORHOUT, COSTER. *La figura del procedimiento del descubrimiento de prueba. Tres problemas esenciales que supone el actual sistema penal acusatorio colombiano.* En: *Derecho Penal Contemporáneo.* Revista Internacional, 22. Legis, Bogotá, 2008.

Septiembre de 2010

Homenaje a los Magistrados y Magistradas Inmolados en el Holocausto del Palacio de Justicia 1985 – 2010

Ricardo Medina Moyano

Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, 1985



Nació en Bogotá el 14 de marzo de 1930 en el hogar de don Jorge Medina López y doña Beatriz Moyano Rey. Casado con Gladys María Rodríguez, con quien tuvo cuatro hijos. Realizó su educación primaria en el Instituto de la Salle Villavicencio; su educación secundaria en el Colegio Salesiano Maldonado de Tunja, y los estudios profesionales en la Universidad del Cauca (Popayán), donde se graduó de abogado en 1953.

Se licenció en la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP (1962 – 1963). Se especializó en Derecho Internacional en la Academia de Derecho Internacional de la Haya (1969). Cursó estudios en la Universidad de los Andes. También realizó estudios de Derecho Constitucional en la Academia Colombiana de Jurisprudencia en Bogotá en el año de 1964. Se especializó en Derecho Canónico y en Derecho Penal, en la Pontificia Universidad Javeriana (1959 – 1961).

Cursó estudios en el Instituto de Ciencias Penales de la Universidad Nacional (1955 -1956). Otra de las especializaciones fue en Casación Civil y Penal, cursadas en el Colegio Mayor del Rosario (1958 – 1959); igualmente adelantó estudios de Derecho Laboral en la Pontificia Universidad Javeriana, en 1957.

A partir de 1955 ocupó, entre otros, los siguientes cargos: juez cuarto penal municipal, juez quinto penal municipal, juez primero penal del circuito de Facatativá, juez tercero penal del circuito de Bogotá, juez cuarto superior de Bogotá, juez décimo superior de Bogotá, fiscal del juzgado quinto Superior de Bogotá (1960 – 1962), magistrado del Tribunal Superior de Bogotá.

Fue profesor de Derecho Constitucional Colombiano y Derecho Penal General en las Universidades Nacional, Externado de Colombia, Gran Colombia y Andes. Fue coautor del código penal tipo para América Latina. Dirigió el Diario Jurídico (1953 – 1973). Fue condecorado con la orden Camilo Torres, en 1977, al cumplir 15 años como profesor de la Universidad Nacional. Al morir en los luctuosos hechos del Palacio de Justicia, se desempeñaba como magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional.



UNIÓN EUROPEA



UNIVERSIDAD MILITAR
NUEVA GRANADA



MINISTERIO
DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA

Sistema Probatorio del Juicio Oral