



*Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"*

PRUEBAS EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL COLOMBIANO

República de Colombia



**PRUEBAS EN EL SISTEMA PROCESAL
PENAL COLOMBIANO**

PLAN NACIONAL DE FORMACIÓN
Y CAPACITACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA

HERNANDO TORRES CORREDOR
Presidente

LUCÍA ARBELÁEZ DE TOBÓN
Vicepresidenta

FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
JESAEL ANTONIO GIRALDO CASTAÑO
JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO
CARLOS ENRIQUE MARÍN VÉLEZ
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
"RODRIGO LARA BONILLA"

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora



*Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa*

*Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"*



JUAN CARLOS ARIAS DUQUE

**PRUEBAS EN EL SISTEMA PROCESAL
PENAL COLOMBIANO**

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA
ESCUELA JUDICIAL "RODRIGO LARA BONILLA"
2007

ISBN 978-958-8331-58-4

JUAN CARLOS ARIAS DUQUE, 2007

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2007

Derechos Exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 85 No. 11-96 pisos 6 y 7

www.ramajudicial.gov.co

Primera edición: 2007

Con un tiraje de 1.000 ejemplares

Composición: Universidad Militar Nueva Granada. Convenio 022 CSJ de 2006

Corrector de Estilo: Omar Cabrales Salazar

Auxiliar de Investigación: Lisbeth Yanin Gómez Amaya

Asesoría Metodológica y Pedagógica: Carmen Lucia Gordillo

Dirección General: Claudia Andrea Lineros Pantoja

Beimar Arturo Castro Peña

Diagramación electrónica e impresión: ASECUM

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	11
I. JUSTIFICACIÓN	23
II. RESUMEN DEL MÓDULO	24
OBJETIVO GENERAL DEL MÓDULO	27
OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL MÓDULO	27
PRIMERA UNIDAD	
PRECISIONES CONCEPTUALES	29
OBJETIVO GENERAL	31
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	31
1.1. PRESUPUESTOS QUE HAY QUE ADVERTIR	31
1.1.1. LA JUSTICIA, LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA COLOMBIANA	31
1.1.2. LA REFORMA	35
1.1.3. EL SISTEMA ACUSATORIO Y EL SISTEMA ACUSATORIO COLOMBIANO	38
1.1.3.1. La imparcialidad	40
1.1.3.2. Dificultades que presenta nuestro proceso penal para permitir el ejercicio de la imparcialidad del juez	48
1.1.4. EL PAPEL DEL JUEZ EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO	50
1.1.4.1. En la fase de la investigación	50
1.1.4.2. La fase del juicio	51
1.1.4.3. El papel de la Fiscalía General de la Nación	51
ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS	53
AUTOEVALUACIÓN	54
BIBLIOGRAFÍA	55
JURISPRUDENCIA	55

SEGUNDA UNIDAD	
ALCANCE DEL CONCEPTO DE PRUEBA	57
OBJETIVO GENERAL	59
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	59
2.1. ALCANCE DEL CONCEPTO DE PRUEBA	59
ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS	68
AUTOEVALUACIÓN	68
BIBLIOGRAFÍA	70
JURISPRUDENCIA	71
TERCERA UNIDAD	
INICIATIVA PROBATORIA	73
OBJETIVO GENERAL	75
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	75
3.1. OFICIOSIDAD PROBATORIA	75
3.2. PRUEBA ANTICIPADA	81
3.3. PRUEBA DE LA INIMPUTABILIDAD	85
3.4. LA INICIATIVA PROBATORIA DEL REPRESENTANTE DE LA VÍCTIMA Y DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO	92
ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS	94
AUTOEVALUACIÓN	95
BIBLIOGRAFÍA	97
JURISPRUDENCIA	97
CUARTA UNIDAD	
DESCUBRIMIENTO PROBATORIO	99
OBJETIVO GENERAL	101
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	101

4.1.	DESCUBRIMIENTO PROBATORIO	101
4.2.	DIFICULTADES EN TORNO DEL DESCUBRIMIENTO	108
4.2.1.	EL ORDEN DEL DESCUBRIMIENTO Y DE LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA	108
4.2.2.	EL PROCEDIMIENTO DEL DESCUBRIMIENTO	116
4.2.3.	LO QUE ES OBJETO DEL DESCUBRIMIENTO	117
4.2.3.1.	Las entrevistas de la defensa	117
4.2.3.2.	La evidencia demostrativa	119
4.2.3.3.	La prueba de la idoneidad del perito	119
	ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS	120
	AUTOEVALUACIÓN	120
	BIBLIOGRAFÍA	121
	JURISPRUDENCIA	121
	QUINTA UNIDAD	
	PRUEBA ILEGAL Y PRUEBA ILÍCITA	123
	OBJETIVO GENERAL	125
	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	125
5.1.	PRUEBA ILEGAL Y PRUEBA ILÍCITA	125
5.2.	DIFICULTADES QUE SE SUSCITAN EN TORNO DE LA PRUEBA ILEGAL Y DE LA PRUEBA ILÍCITA	131
5.2.1.	COMPETENCIA PARA DECRETAR LA ILEGALIDAD O LA ILICITUD DE UNA PRUEBA	131
5.2.2.	FACTORES A TENER EN CUENTA PARA LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA	136
	ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS	141
	AUTOEVALUACIÓN	142
	JURISPRUDENCIA	143

SEXTA UNIDAD	
PRUEBA DE REFERENCIA	145
OBJETIVO GENERAL DEL MÓDULO	147
OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL MÓDULO	147
6.1. PRUEBA DE REFERENCIA	147
ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS	155
AUTOEVALUACIÓN	156
BIBLIOGRAFÍA	158
JURISPRUDENCIA	158
SÉPTIMA UNIDAD	
LA VÍCTIMA Y LA PRUEBA	159
OBJETIVO GENERAL	161
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	161
7.1. LA VÍCTIMA Y LA PRUEBA	161
7.2. EL ALCANCE DE LA ACTUACIÓN DE LA VÍCTIMA AL INTERIOR DEL PROCESO PENAL	162
7.3. LA VÍCTIMA Y EL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL	166
ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS	168
AUTOEVALUACIÓN	169
JURISPRUDENCIA	170
BIBLIOGRAFÍA GENERAL DEL MÓDULO	171
JURISPRUDENCIA GENERAL DEL MÓDULO	173

PRESENTACIÓN DEL PLAN INTEGRAL DE FORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS MÓDULOS DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO EN EL PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA SOBRE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

El Plan Integral de Formación Especializada para la Implementación de los Módulos de Aprendizaje Autodirigido en el Programa de Formación Judicial Especializada sobre Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, 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 su enfoque curricular integrado e integrador de casos reales de la práctica judicial, constituye el resultado del esfuerzo articulado entre Magistradas, Magistrados, Jueces, Juezas, Empleadas y Empleados incorporados al Sistema Acusatorio Penal, la Red de Formadores y Formadoras Judiciales, el Comité Nacional Coordinador, los Grupos Seccionales de Apoyo y su autor el doctor Juan Carlos Arias Duque, quien con su gran compromiso y voluntad, se propuso responder a las necesidades de formación planteadas para el Programa de Formación Judicial Especializada sobre Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

El módulo “Pruebas en el Sistema Procesal Penal Colombiano” 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 o Jueza, en cuyo contenido el lector encontrará las siguientes unidades: (i) Estado Social de Derecho: valores y principios constitucionales; (ii) Bloque de constitucionalidad; y (iii) Derechos de las personas privadas de la libertad.

La construcción del módulo responde a las distintas evaluaciones que se hicieron con Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleados y Empleadas, con la finalidad de detectar las principales áreas problemáticas de la implementación del Programa, alrededor de las cuales se integraron los objetivos, temas y subtemas de los distintos microcurrículos como apoyo a los funcionarios, funcionarias, empleadas y empleados de la Rama Judicial. Los conversatorios organizados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura sirvieron para determinar los problemas jurídicos más delicados y ahondar en su tratamiento en los módulos. Posteriormente, el texto entregado por el autor, fue enviado para su revisión por los Magistrados, Magistradas, Juezas y Jueces que participaron en el proceso, quienes leyeron los textos e hicieron observaciones para su mejoramiento. Una vez escuchadas dichas reflexiones el doctor Juan Carlos Arias Duque complementó su trabajo para presentar un texto que respondiera a las necesidades de formación jurídica especializada para los Jueces y Juezas Colombianos.

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

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continuada 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, a la independencia del Juez y la Jueza, el pluralismo y la multiculturalidad, y se orienta hacia el mejoramiento del servicio.

Es *participativo*, más de mil Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleados y Empleadas 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 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, representa 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 individuales y colectivos de las personas.

El modelo *se orienta al mejoramiento del servicio*, pues las acciones que se adelanten para el progreso de las condiciones de

trabajo y bienestar de las personas que hacen parte de la Rama Judicial, se hacen teniendo en la mira un progreso 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, de gestión o de ambos, implique una transformación cultural y el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de los y las administradores de justicia, fiscales y los procuradores y procuradoras, 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 distancia de su misión y de sus usuarios y usuarias; que 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" 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 animadores 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 temáticos y problemáticos*, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y 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 el 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.

Planes de Estudio

Los planes de estudio se diseñaron de manera coherente con el modelo educativo presentado y en esta labor participó el grupo de pedagogos y pedagogas vinculados al proyecto, expertos y expertas en procesos formativos para adultos, con conocimientos especializados y experiencia. Así mismo, participó la Red de

Formadores y Formadoras Judiciales constituida por Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleados y Empleadas, quienes con profundo compromiso y motivación exclusiva por su vocación de servicio, se prepararon a lo largo de varios meses en la Escuela Judicial tanto en la metodología como en los contenidos del programa con el propósito de acompañar y facilitar el proceso de aprendizaje que ahora se invita a desarrollar a través de las siguientes fases:

Fase I. *Reunión inicial*. Presentación de los objetivos y estructura del programa; afianzamiento de las metodologías del aprendizaje autodirigido; conformación de los subgrupos de estudio con sus coordinadores y coordinadoras, y distribución de los temas que profundizará cada subgrupo.

Fase II. *Estudio y Análisis Individual*. Interiorización por cada participante de los contenidos del programa mediante el análisis, desarrollo de casos y ejercicios propuestos en el módulo, consulta de jurisprudencia y doctrina adicional a la incluida en los materiales educativos. Así mismo, elaboración y envío de un informe individual con el fin de establecer los intereses de los participantes y las participantes para garantizar que las actividades presenciales respondan a éstos.

Fase III. *Investigación en Subgrupo*. Profundización colectiva del conocimiento sobre los temas y subtemas acordados en la reunión inicial y preparación de una presentación breve y concisa (10 minutos) para la mesa de estudios o conversatorio junto con un resumen ejecutivo y la selección de casos reales para enriquecer las discusiones en el programa.

Fase IV. *Mesa de estudios o Conversatorio*. Construcción de conocimiento a través del intercambio de experiencias y saberes y el

desarrollo o fortalecimiento de competencias en argumentación, interpretación, decisión, dirección, etc., alrededor de las presentaciones de los subgrupos, el estudio de nuevos casos de la práctica judicial previamente seleccionados y estructurados por los formadores y formadoras con el apoyo de los expertos y expertas, así como la simulación de audiencias. Identificación de los momentos e instrumentos de aplicación a la práctica judicial y a partir de éstos, generación de compromisos concretos de mejoramiento de la función judicial y de estrategias de seguimiento, monitoreo y apoyo en este proceso.

Fase V. *Pasantías*. Son experiencias concretas de aprendizaje, dirigidas a confrontar los conocimientos adquiridos, con la realidad que se presenta en los despachos y actuaciones judiciales (sean escritas u orales), mediante el contacto directo de los discentes y las discentes (pasantes), con las situaciones vividas en la práctica judicial, en las diferentes áreas (civil, penal, laboral, administrativo, etc.) bajo la orientación y evaluación de los Magistrados y Magistradas, Jueces y Juezas, titulares de los respectivos cargos.

Fase VI. *Aplicación a la práctica judicial*. Incorporación de los elementos del programa académico como herramienta o instrumento de apoyo en el desempeño laboral mediante la utilización del conocimiento construido en la gestión judicial. Elaboración y envío del informe individual sobre esta experiencia y reporte de los resultados del seguimiento de esta etapa en los subgrupos.

Fase VII. *Experiencias compartidas*. Socialización de las experiencias reales de los y las discentes en el ejercicio de la labor judicial, con miras a confirmar el avance en los conocimientos y habilidades apropiados en el estudio del módulo. Preparación de un

resumen ejecutivo con el propósito de contribuir al mejoramiento del curso y selección de casos reales para enriquecer el banco de casos de la Escuela Judicial.

Fase VIII. *Actividades de monitoreo y de refuerzo o complementación.* De acuerdo con el resultado de la fase anterior, se programan actividades complementarias de refuerzo o extensión del programa según las necesidades de los grupos en particular.

Fase IX. *Seguimiento y evaluación.* Determinación de la consecución de los objetivos del programa por los y las participantes y el grupo mediante el análisis individual y el intercambio de experiencias en subgrupo.

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 Judicial Especializada sobre Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad. A través de cada contenido, los y las discentes encontrarán referentes o remisiones a los demás módulos del Plan, que se articulan mediante diversos ejes 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 discente y las guías de estudio individual y de subgrupo para desarrollar cada lectura. Recuerde apoyarse en los talleres para elaborar mapas conceptuales, esquemas de valoración de argumentaciones y el taller individual de lectura 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 acceder a diversas perspectivas.

El Plan integral de Formación Especializada para la Implementación de los módulos de aprendizaje autodirigido en el Programa de Formación Judicial Especializada sobre Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, que la Escuela Judicial entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad colombiana, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Finalmente, agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial en la Calle 85 No. 11 — 96 piso 6 y 7, de Bogotá, o al correo electrónico escujud@cendoj.ramajudicial.gov.co, que contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del Programa de Formación Judicial Especializada sobre Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

I. JUSTIFICACIÓN

Con la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002 se dio un viraje trascendental al sistema procesal penal colombiano, viraje que ha implicado modificaciones en todos los aspectos propios del proceso, y por su puesto, el régimen probatorio no puede ser ajeno a tal fenómeno.

El régimen probatorio abandona el principio de permanencia de la prueba y en su lugar dispone que ésta sólo se constituye como tal cuando ha sido descubierta en audiencia de formulación de acusación, admitida en audiencia preparatoria, y presentada y debatida en juicio.

Así mismo, la instrucción ha dejado de ser un acto judicial para convertirse en un acto preparatorio del juicio, y éste a su vez ha dejado de ser una etapa más del proceso penal, para convertirse en el principal escenario del debate probatorio. En consecuencia, el juez o la jueza para condenar deben fundarse en las pruebas debatidas en el juicio oral.

Es de prever que al hacerse una modificación de fondo como la que significó el Acto Legislativo 03 de 2002 y su posterior desarrollo en la ley 906 de 2004, los funcionarios y las funcionarias judiciales se encuentren en diversas situaciones de ambivalencia, duda, conflicto o vacío propio de la novedad. Es por ello que es completamente pertinente desarrollar un módulo en el que se aborda el régimen probatorio desde su estructura, pero no considerándola como la prioridad, sino a los problemas que en la cotidianidad judicial se han venido presentando en dicho régimen.

De ahí que el interés del Consejo Superior de la Judicatura y

específicamente de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, sea ofrecer a los Jueces y Juezas del país un módulo que recoja las dificultades más apremiantes de los Jueces en torno al tema de las pruebas y los elementos materiales probatorios al interior del proceso penal creado con la Ley 906 de 2004.

Lo que se busca entonces con este módulo es asumir el estudio de algunos de los temas espinosos, conflictivos y en proceso de decantación referidos a la prueba dentro del Sistema Penal Acusatorio colombiano, con la pretensión de ser un documento de consulta permanente en el que se encuentren los fundamentos para enfrentar y resolver las mismas o similares cuestiones que desde la dinámica de la judicatura se encuentran, los cuales deben ser atendidos desde la independencia y autonomía de cada funcionario, para lo cual se requiere contar con información suficiente.

En este punto, es pertinente acotar que se pretende alcanzar tal objetivo manteniendo la intención explícita de no constituir vínculos con problemas teóricos.

II. RESUMEN DEL MÓDULO

El presente estudio está conformado, en primer lugar, por el desarrollo de una serie de conceptos preliminares cuyo análisis previo es de especial relevancia para comprender los supuestos teóricos que enmarcan la actividad probatoria en el sistema procesal penal de tendencia acusatoria implementado en Colombia a partir del Acto Legislativo 03 de 2002. En ese sentido, se presenta brevemente un concepto de justicia en el marco de un Estado Social de Derecho, al tiempo que se evidencia un breve análisis de las razones que incitaron la reforma procesal, y también, de forma

somera se exponen las razones que hacen del sistema colombiano un sistema acusatorio pero con particularidades.

En segundo término se examina el concepto de prueba, para identificar su contenido y alcance y de esa manera determinar las diferencias conceptuales, que en torno a los elementos que sirven de base para tomar decisiones en una u otra etapa del proceso, existen, desarrollando algunos problemas que entorno a tales conceptos se evidencian en la práctica judicial.

En tercer lugar, en un acápite denominado iniciativa probatoria, se estudian diversos problemas probatorios, como lo son los referidos a la prueba de oficio, a la prueba anticipada, a la iniciativa de la víctima y del Ministerio Público, que conforme al título de la unidad, comparten como criterio problémico la iniciativa o falta de ella desde el punto de vista legal y de acuerdo a los desarrollos jurisprudenciales al respecto.

Luego, se identifican y desarrollan problemas que se refieren al descubrimiento probatorio, tales como los momentos en los que se verifica, el descubrimiento de entrevistas por la defensa, y otros; para pasar a analizar los conceptos de prueba ilegal y prueba ilícita y los diversos problemas prácticos que tienen origen en tales conceptos.

Finalmente, se estudian y desarrollan problemas probatorios que giran entorno a la incorporación de la prueba y la prueba de referencia y los que se refieren a la relación de la víctima con la prueba.

Og

OBJETIVO GENERAL DEL MÓDULO

Identificar problemas de índole probatorio que son recurrentes en la práctica judicial y presentar fórmulas de solución.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL MODULO

- Comprender brevemente presupuestos históricos, teóricos y conceptuales necesarios para establecer el marco dentro del cual se forma y desarrolla el régimen probatorio colombiano.
- Analizar y comprender el concepto de prueba y su alcance en el marco del Sistema Procesal Penal Acusatorio, al tiempo identificar y desarrollar problemas entorno a tal concepto que se presentan en la práctica judicial.
- Identificar y dar respuesta a algunos problemas que entorno a la iniciativa probatoria se vienen presentando en la práctica judicial.
- Establecer las características particulares del descubrimiento probatorio como figura propia del Sistema Penal Acusatorio y realizar un acercamiento a los problemas que en la actividad judicial se presentan con ocasión de tal concepto.
- Identificar los rasgos de la prueba de referencia y los condicionamientos para su admisibilidad.

CONVENCIONES

Og

Objetivo General

Oe

Objetivos Específicos

Ap

Actividades Pedagógicas

Ae

Autoevaluación

B

Bibliografía

J

Jurisprudencia

Unidad **1**

PRECISIONES CONCEPTUALES

Og

Oe

Comprender los presupuestos históricos, teóricos y conceptuales necesarios para establecer el marco dentro del cual se forma y desarrolla el régimen probatorio colombiano.

- Estructurar el concepto de justicia y administración de justicia en el marco trazado por la constitución Política de Colombia.
- Analizar los componentes que hicieron necesaria una reforma procesal penal en Colombia y los objetivos que busca tal reforma.
- Comparar el sistema procesal colombiano implementado a través de Acto Legislativo 03 de 2002, con las características generales de un sistema acusatorio y comprender las razones que lo hacen diferente.
- Identificar las situaciones que afectan la imparcialidad del Juez o Jueza en el sistema procesal penal colombiano.

1.1. PRESUPUESTOS QUE HAY QUE ADVERTIR

Se encontrarán unos presupuestos políticos y jurídicos que posteriormente estarán presentes a lo largo de la discusión y alrededor de cada uno de los temas, pero que son esenciales para poder abordarlos con un mínimo estándar de seriedad y completud:

1.1.1. LA JUSTICIA, LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA COLOMBIANA

Poder cumplir con el objetivo propuesto con este módulo supone realizar un tipo de precisiones, o marcar los presupuestos de

los que resulta imperioso partir para lograr una aproximación general y más o menos completa del tema probatorio en el nuevo sistema penal acusatorio colombiano.

El primero de ellos es el papel de la justicia en nuestra Constitución Política, que claramente marcará el sentido del proceso judicial, del proceso penal, y más específicamente la razón de ser, el sentido y la orientación de todo lo relacionado con la prueba penal.

Llamamos la atención de que el preámbulo constitucional nos recuerda la justificación de nuestra existencia como Estado, la cual no es otra que construir un espacio económico, político y social, justo para todos, para lo cual, se declara en el artículo 1º, que Colombia es un Estado Social y Democrático de Derecho, con lo que ya el sentido declarativo de la intención consignada en el preámbulo comienza a tener sentido.

El hecho de que tanto en el preámbulo como en el artículo 1º constitucional se comience a afirmar lo que se señala, ofrece la certeza de que nuestra textura constitucional ha cambiado drásticamente, de ser un Estado Liberal de Derecho, se ha pasado a serlo Social y Democrático de Derecho, lo que implica la generación de un nuevo concepto de justicia.

Esto porque a partir de los valores del Estado Liberal de Derecho existía un concepto de justicia, que debe ser modificado en el ámbito del nuevo escenario constitucional que se estructura desde la nueva Carta Política, que por cierto no se ha desarrollado mayormente. Aquel contexto que duró hasta junio de 1991 partía del reconocimiento formal de libertades, con especial tendencia al privilegio de la iniciativa privada y la protección de los derechos individuales y, por supuesto, las garantías judiciales que se

concibieron en el seno del Estado liberal que suponían una organización estatal pequeña, nada intervencionista, que tenía un Derecho Penal que tan pronto restablecía el orden público turbado por el obrar de un desadaptado, se replegaba a dejar que la mano invisible de las leyes del mercado regularan la justicia de los intercambios. Aquel Estado que se preocupaba ante todo de los derechos individuales, exaltados por la modernidad, se comprometió con la garantía de las libertades y la protección de la propiedad privada y la vigencia estricta de la igualdad formal de todos los ciudadanos. Aquellos derechos de libertad se cumplían precisamente con un no hacer del Estado, de manera que cumplía su labor no torturando, no matando, etcétera.

Aquel Estado liberal se vio rápidamente cuestionado por las injusticias y la exclusión que facilitaba, razón por la cual comenzaron a tomar forma y a reconocerse los llamados derechos de prestación, vale decir, los económicos, sociales y culturales, para cuya garantía era necesario un verdadero despliegue de actividad por parte de la organización política (ya no omisiva); ya no era suficiente con el inactivo observador Estado liberal, sino que se requería para su desarrollo y reconocimiento un Estado interventor, gestor, llamado, precisamente, Estado Social.

Por eso la justicia, el proceso penal, la pena, la prueba, la verdad, deben ser pensados, nuevamente pensados, desde ese contexto del Estado Social, cuyo compromiso definitivo, además que con los derechos y libertades individuales, se da con la concreción de los derechos económicos, sociales y culturales.

La Constitución Política nos da dos claves para el logro de ese nuevo concepto de justicia material: la dignidad y la equidad.

Cuando el artículo 1º constitucional declara la naturaleza jurídica y política del Estado, señala que es social y democrático de derecho, resaltando igualmente que está fundado sobre el respeto a la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Por superar las pretensiones de este módulo no es el interés hacer una alto para intentar revisar cada uno de los elementos fundantes del Estado Social, sólo se quiere llamar la atención sobre la priorización que realizó el constituyente: colocó, antes que cualquier cosa, el respeto por la dignidad humana, y seguida del trabajo y la solidaridad, dejó, en último lugar, al interés general. De manera que está primero el respeto por la dignidad humana que el interés general. Esta primera clave de comprensión del entorno constitucional, en términos de la justicia, del derecho penal, y de la prueba, supone, o mejor, requiere una lectura definitivamente diferente a la que tenía el Estado liberal, el superado Estado liberal.

La misma Constitución Política colombiana, como corresponde a un verdadero Estado Social, recoge el principio de la igualdad formal, propio del viejo Estado liberal, e impone el concepto de equidad, que supone el tratamiento desigual en proporción del nivel de desventaja y desprotección en que se encuentra cada ciudadano. Ya la ley no podrá ser igual para todos, sino que tendrá que ser interpretada en la misma proporción de desigualdad en que está la persona titular del derecho cuya tutela solicita del Estado. Es lo que se entiende del artículo 13 constitucional, tal y como generosamente lo ha explicado la Corte Constitucional.

La prevalencia de la dignidad de la persona sobre el interés general y la equidad que supera y reemplaza a la igualdad formal, deben ser entonces la clave de una nueva justicia, de una justicia que

está por construirse, la justicia del Estado social soñada y esperada, pero que se concreta de manera precisa también en el proceso penal. Esto porque se comprende que la justicia es el todo, y el Derecho Penal y el escenario del proceso penal, apenas son partes de aquella gran unidad. Esa nueva justicia que debe construirse desde los postulados de una justicia distributiva, que identificaría la razón de ser de la administración de justicia con la administración, o incluso, la distribución misma de los derechos económicos sociales y culturales, que no se conforma con solo garantizar libertad, sino que busca también garantizar igualdad¹; todo lo cual supondrá, también, una redefinición del quehacer de la mismísima administración de justicia.

1.1.2. LA REFORMA

Resulta también de trascendental importancia reconocer que para el cumplimiento de aquellos objetivos constitucionales de justicia distributiva, era necesario iniciar el cambio de las instituciones jurídicas, y en ese contexto de modernización, o mejor, de acoplamiento de nuestra justicia a la del Estado social y democrático de derecho, se produjeron las Leyes 599 y 600 de 2000, que iniciaron por reconocer que antes que cualquier consideración de índole legal o procesal, estaba la dignidad humana, y entre muchas otros avances, se consagró en el artículo 3º de nuevo Código Penal el principio de equidad sobre el de igualdad formal (que equivocadamente se confunde con el principio de legalidad), con limitados pero importantes desarrollos de la razonabilidad o utilidad, la proporcionalidad y la necesidad de la sanción penal².

Se pensó que el país necesitaba una reforma definitiva en materia de procedimiento penal en respuesta a varias situaciones: la alta congestión judicial, los elevados niveles de impunidad, y la

¹ RAWLS, John. La justicia como equidad. Una reformulación. Editorial Paidós, Barcelona 2002, p. 24.

² ARIAS Duque, Juan Carlos. El sistema acusatorio colombiano análisis desde su implementación. Ediciones jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2006, pp. 19 y siguientes.

necesidad de armonizar nuestra legislación doméstica con varios tratados internacionales que suscritos por nuestro país no habían sido cumplidos. Por esa razón llegamos al Acto Legislativo 03 de 2002, que claramente tuvo unos objetivos explícitos, cuyo conocimiento y revisión permitirá tener mejor criterio en torno de la posición que se adopte frente a los diferentes problemas que en el ámbito del Derecho probatorio se afrontan:

- Separar las funciones de investigación y juzgamiento que, en la dinámica del proceso mixto, estaban confundidas, para darle especialidad funcional tanto a la Fiscalía como al Juez, a la Fiscalía que sólo se dedicaría a investigar, y al Juez que de manera exclusiva concentraría toda su actividad en juzgar³; todo lo cual implicaba un re-pontenciamiento drástico de las capacidades del Cuerpo Técnico de Investigaciones, tanto en capacidad operativa, incremento de funcionarios, capacitación y apoyo tecnológico.
- Fortalecer la capacidad investigativa de la Fiscalía, de suerte que liberada de una serie de obligaciones de naturaleza jurisdiccional que tenía, la Fiscalía podría dedicarse a perseguir e investigar, sin responsabilidades de tipo jurisdiccional⁴ (como definir situación jurídica, atender solicitudes probatorias, resolver recursos, entre otras actividades), además de que el nuevo sistema la relevaría de investigar también lo favorable al procesado –de adelantar la investigación integral-, lo que facilitaría su labor de manera ostensible.
- Actualizar el sistema penal con el concepto de equidad a partir de la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal, que reemplazando el principio de la igualdad formal, permitiera la

³ Gaceta Legislativa No 134 de abril 26 de 2002, p. 4.

⁴ Gaceta Legislativa No 157 de mayo 10 de 2002.

escogencia de los casos que entrarían al sistema penal, de manera que en el nuevo escenario se pudiera escoger qué tipo de conductas recibirán una respuesta sancionatoria y cuáles no, como una forma de materialización de la equidad por sobre la igualdad formal⁵.

- Materializar las garantías procesales de acuerdo con los dictados de los tratados internacionales suscritos por Colombia, cuyo cumplimiento, en el sistema mixto de tendencia inquisitiva que se tenía, era absolutamente imposible⁶.

Así también lo concluye la Corte Constitucional cuando en la sentencia C-591 de 2005 precisó:

“En Colombia, la adopción mediante reforma constitucional, de este nuevo sistema procesal penal, perseguía en líneas generales las siguientes finalidades: (i) fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación, en el sentido de concentrar los esfuerzos de ésta en el recaudo de la prueba; (ii) establecimiento de un juicio público, oral, contradictorio y concentrado; (iii) instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar, con el propósito de que el sistema procesal penal se ajustase a los estándares internacionales en materia de imparcialidad de los jueces, en especial, el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica; (iv) descongestionar los despachos judiciales mediante la supresión de un sistema procesal basado en la escritura para pasar a la oralidad, y de esta forma, garantizar el derecho a ser juzgado sin dilaciones injustificadas; (v) modificar el principio de permanencia de la prueba por aquel de la producción de la misma durante el juicio oral; (vi) introducir el principio de oportunidad; (vii) crear la

⁵ Gaceta Legislativa 134 de abril 26 de 2002, p. 13

⁶ Gaceta Legislativa 531 del 21 de noviembre de 2002

figura del Juez de control de garantías; e (viii) implementar gradualmente el nuevo sistema acusatorio.”

1.1.3. EL SISTEMA ACUSATORIO Y EL SISTEMA ACUSATORIO COLOMBIANO

El proceso acusatorio surgió de los pueblos Celtas donde se convocaba al pueblo para que escuchara los cargos de la víctima y los descargos de quien había cometido una infracción, y era el pueblo el que decidía quién tenía la razón, el cual con el tiempo fue siendo reemplazado por un moderador que modulaba la contienda⁷.

Para identificar un proceso como acusatorio, al decir de FERRAJOLI, hay que identificar en él unas características propias de aquel: ha de ser un sistema de partes iguales que inician su contienda por virtud de la acusación propuesta por la Fiscalía, a quien le corresponde la carga de la prueba, sistema que concibe al Juez imparcial, rígidamente separado de las partes y del juicio, garante de un debate contradictorio, oral y público, y celoso de los principios de inmediación y legalidad de la prueba⁸, que es precisamente a lo que llama “principio acusatorio”.

Así lo ha indicado también, la Dra. Rosa I. Veloza, en punto a referirse sobre la facultad que tiene la fiscalía para dirigir el proceso de indagación e investigación y por ende de recolectar elementos materiales probatorios y evidencia física para construir su teoría del caso, hace referencia a la clara separación que debe existir, por principio acusatorio, entre el ente investigador y el juez quien debe

⁷ GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador. “La redefinición de roles en el Sistema Penal Acusatorio”, publicado en La Defensa No 7, revista de la Dirección Nacional de Defensoría Pública, Bogotá, 2005, pp. 57 y siguientes.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón Teoría del Garantismo Penal. Editorial Trotta. Valladolid, 1995. p. 564.

estar totalmente ajeno al proceso de recolección de la prueba, manteniendo su imparcialidad⁹.

Si está claro que la carga está en cabeza de la Fiscalía, lo que supondría que es la responsable de conducir, o arrimar al juicio la prueba de cargos, no se tiene claro hasta ahora qué sucede cuando por distintas razones no se obtiene la comparecencia de los testigos de cargo; frente a lo cual lo único que se ha dispuesto es el aplazamiento de la audiencia sin que hasta ahora dicha situación haya merecido de parte de la Corte¹⁰ ninguna apreciación en particular, es decir, la Corte parece aceptar que se materialice el APLAZAMIENTO de las audiencias o la alteración en el orden de los testigos como solución al problema de su no comparecencia.

Al respecto se mantiene una posición diferente, puesto que se está en un sistema adversarial, de tendencia acusatoria, en el que la Fiscalía como ente acusador está en la obligación de desvirtuar la presunción de inocencia de la persona que está siendo procesada y la decisión la debe tomar un juez que es imparcial, que es árbitro y que decide sólo con base en las pruebas que se han presentado a su conocimiento, así que si el Fiscal o la defensa no pueden asegurar la asistencia al juicio de sus testigos, su teoría del caso quedaría sin sustento alguno, en el evento de su no comparecencia, o con un respaldo probatorio menguado en dado caso, lo cual no debe generar responsabilidad de protección por parte del juez; quien en su imparcialidad debe decidir sólo sobre lo que se llevó a juicio.

Pensar de manera diferente supondría generar el desequilibrio entre las partes en contienda, inclinándola a favor de

⁹ VELOZA ESCOBAR, Rosa Irene. "Las medidas cautelares reales en el proceso penal regulado por la ley 906 de 2004". En: Segundo Conversatorio Nacional Sistema Penal Acusatorio. Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla". Bogotá D.C. 2007. p. 156.

¹⁰ Así se puede observar por ejemplo en la Sentencia del 28 de noviembre de 2007 Rad. 28656 M.P.:

esa parte que no estuvo en capacidad de asegurar la comparecencia de los testigos que ofreció.

Lo que en todo caso tiene que resultar inadmisibile es la alteración del orden de la prueba, esto es, que frente a la inasistencia de los testigos de la Fiscalía fuera posible dar curso a los de la defensa, por cuanto dicha actitud desquicia la carga de la prueba, carga que se encuentra en cabeza de la Fiscalía que es la que debe desvirtuar mediante sus pruebas la presunción de inocencia, y al permitir que la defensa presente primero sus pruebas lo que se está haciendo es obligar a la defensa a probar la inocencia y no a “defenderse”, a desvirtuar las pruebas que la Fiscalía presente; y de paso a entregar primero la antítesis que la tesis, lo cual resulta en todo caso, un contrasentido.

1.1.3.1. La imparcialidad

Como se observa, la imparcialidad del Juez resulta ser el eje en el que se construye un proceso de partes, precisamente en lo que constituye el principio acusatorio, desde la existencia de un Juez que no se vincula con ninguna de ellas, no cercano a las partes, no pro parte, no parcial, imparcial, y que antes que todo, sea el responsable de las garantías de inmediación, contradicción, publicidad, oralidad y de legalidad de la prueba.

Hablándose de un proceso de partes hay que partir por reconocer que el Congreso en función constituyente partió de considerar el nuevo proceso como un espacio de contienda entre dos partes enfrentadas entre sí, mediado por un Juez imparcial, cuando claramente se manifestó: “Esto permitiría que el proceso penal se conciba como la contienda entre dos sujetos procesales –defensa y acusador- ubicados en un mismo plano de igualdad, al final del cual,

como resultado del debate oral y dinámico, el tercero imparcial que es el Juez, tomará una decisión.”¹¹

De suerte que de todo lo que se denomina como característico de lo acusatorio lo más importante resulta ser la separación de funciones entre el Juez y el acusador, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás. El proceso acusatorio implica un enfrentamiento de dos partes, una de las cuales es la que representa al Estado, encarnada en la Fiscalía, cuyo objetivo es desvirtuar la presunción de inocencia que pesa sobre la otra parte, y por ello se le asigna la carga probatoria de investigar los hechos y llevarle al Juez, de manera lícita y ética, la verdad para que éste juzgue de forma independiente e imparcial, independencia e imparcialidad que guardan sus limitaciones en el juicio y lo limitan a dirigir el debate probatorio y a fallar. Una parte, la acusadora, mediante un conjunto de proposiciones y la acreditación probatoria de las mismas, propone una tesis; por su parte el acusado, de la misma manera propone una antítesis; conflicto en el cual el Juez llega a la verdad y a la justicia por la vía de síntesis¹². Para efectos de identificar el rol del Juez y de la Fiscalía en relación con la prueba resulta oportuno preguntarse si entonces, existe en Colombia un proceso de partes. Es claro que se debe hacer una aproximación a intentar una respuesta, la cual es definitivamente afirmativa.

Para empezar, el numeral 4º del nuevo artículo 250 constitucional supone el escenario de una relación dialéctica en que se enfrentan contendientes, que debaten sus posiciones en un juicio “contradictorio”, de extremos enfrentados, partes, que se trenzan en la contradicción de tesis y antítesis, sobre las cuales decide el Juez.

¹¹ Gaceta del Congreso No 134, de abril 26 de 2002, p. 4.

¹² MORALES MARÍN, Gustavo. Proceso y sistemas de juzgamiento penal. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2001, p. 124.

Contradicción implica la presencia de una afirmación y la respuesta en una negación, que recíprocamente se destruyen¹³ y contradictorio supone la existencia de dos proposiciones que se oponen a la vez en cantidad y cualidad. La dignidad humana, orientadora de nuestro Estado de Derecho, se concreta en el Código de Procedimiento Penal advirtiendo la igualdad de los intervinientes (artículo 4º), y al llegar al artículo 8º también se observa que entre los derechos del inculcado se relaciona el juicio imparcial (literal k), término éste que vincula necesariamente con el concepto de partes. Y ya en el artículo 15 que consagra como norma rectora y principio orientador de la interpretación del Código encontramos a la “contradicción”, y comienza el legislador por reconocer expresamente la existencia de “las partes”, asignándole derechos y obligaciones para terminar reconociendo hasta la saciedad la existencia de un proceso de partes¹⁴, por lo menos en la fase del juicio.

A partir del Acto Legislativo 03 de 2002 y de la Ley 906 de 2004 se tiene un proceso de partes, en lo que al juicio se refiere, con un Juez imparcial.

No sucede lo mismo con el curso de la investigación, en donde el Juez no es un mero árbitro sino que se convierte en garante de los derechos de las partes, lo que aunado a la existencia del ministerio público y de la víctima, ha servido al Juez constitucional para reconocer que nuestro proceso no corresponde a un proceso típicamente adversarial¹⁵:

¹³ Gran Enciclopedia Larousse, tomo 5 p. 235.

¹⁴ Encontramos en el texto de la Ley 906 de 2004 cerca de 87 referencias a “las partes”, en la acepción que venimos comentando, específicamente en los siguientes artículos: 2º, 10 (dos veces), 15, 43, 44, 47, 54, 56.2, 56.3, 56.4, 56.9, 56.10, 56.15, 60, 61 (dos veces), 95, 104, 126, 130, 140, 143.9, 169 (3 veces), 171, 174 (tres veces), 178 (dos veces), 179 (dos veces), 195 (dos veces), 277, 284, 318, 339, 343, 344 (dos veces), 345 (dos veces), 346, 347 (dos veces), 356 (dos veces), 357 (dos veces), 358, 359, 366 (dos veces), 367, 377, 378, 383, 386, 387, 390, 391 (tres veces), 392.d, 393, 395, 397, 407, 412, 413, 414, 415, 417, 419, 426.2, 436, 442, 460, 486, 518, 520, 522 (dos veces) y 531.

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 2005. M.P.: CLARAINÉS VARGAS HERNÁNDEZ

“Además, cabe recordar, que el nuevo diseño no corresponde a un típico proceso adversarial entre dos partes procesales que se reputa se encuentran en igualdad de condiciones; por un lado, un ente acusador, quien pretende demostrar en juicio la solidez probatoria de unos cargos criminales, y por el otro, un acusado, quien busca demostrar su inocencia; ya que, por una parte, el Juez no es un mero árbitro del proceso; y por otra, intervienen activamente en el curso del mismo el Ministerio Público y la víctima. Cabe recordar, que en desarrollo de la investigación las partes no tienen las mismas potestades, y la misión que corresponde desempeñar al Juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, sino en buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.” (subrayado adicionado).

Se observa entonces, que la Corte Constitucional divide el proceso en la investigación y el juzgamiento y señala que para la investigación el Juez no es un mero árbitro, y precisa además que el sistema local no es típicamente adversarial por dos razones, por esta misión garantizadora de los derechos de los intervinientes asignada al Juez que vigila la investigación, y por la existencia de más de dos partes en el proceso penal, esto es, que además de la defensa, se encuentran también en condición de intervinientes el Ministerio Público representado por la Procuraduría General de la Nación, y la víctima.

Entonces, con la Corte Constitucional se tiene que concluir que sí hay un proceso acusatorio a la colombiana, en tanto que en la fase de la investigación le otorga funciones de garante de derechos fundamentales de las partes e intervinientes, y además reconoce, como ningún otro proceso acusatorio del mundo entero, la presencia de las víctimas y de otro Ministerio Público, adicional al de la Fiscalía.

En ese sentido, se encuentra lo manifestado por el Dr. Carlos Moreno, que al referirse al Sistema Penal colombiano, indica que no es un sistema adversarial pleno sino que es modulado o matizado, ello teniendo en cuenta que se reconoce la participación e iniciativa probatoria del Ministerio Público y de las víctimas¹⁶.

En cuanto a la existencia de un proceso acusatorio no queda duda, cuando la misma Corte Constitucional en la sentencia C- 396 de 2007, lo reitera:

"En conclusión, para la Sala es evidente que el Constituyente y el legislador colombiano diseñaron un modelo propio de sistema penal acusatorio, pues si bien es cierto toma elementos comunes de éste en algunas legislaciones, también se aparta de otras características."

Si al proceso acusatorio lo identifica FERRAJOLI con un triángulo, hay que decir que el proceso colombiano se identifica más fielmente con una pirámide de cuatro puntas, cada una de las cuales representa a cada uno de los intervinientes (Fiscalía, defensa, Ministerio Público y víctimas), arriba de las cuales, en condición simétrica y central, se ubica el Juez, en su posición de moderador del enfrentamiento.

¹⁶MORENO, Carlos Alberto. "La prueba de oficio dentro del sistema acusatorio adoptado por el acto legislativo 03 de 2002 y la ley 906 de 2004". En: Segundo Conversatorio Nacional Sistema Penal Acusatorio. Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla". Bogotá D.C. 2007. p. 93

Así se comprende el mensaje de la Corte Constitucional para encontrarlo coherente de garantizar la imparcialidad, en la medida que el Juez no puede aproximarse en el juicio a proteger específicamente el derecho de una de las partes o intervinientes, porque desbordaría el derecho de los demás a la imparcialidad del Juez, como emerge claramente el numeral 4º del artículo 250 constitucional que sin reservas, ni limitaciones, ni condicionamientos de ninguna índole, señala como características del juicio, el que sea, oral, concentrado, contradictorio, y con todas las garantías, dentro de las cuales, por supuesto que se encuentra la imparcialidad del juez.

La Constitución Política reconoce el derecho de todo procesado a tener un Juez competente (art. 29), independiente (art. 228) y sometido sólo al imperio de la ley (art. 229). El Juez penal, como funcionario público, está vinculado a unos principios, como son la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, publicidad y, sobre todo, imparcialidad, tal como lo reseña el artículo 209 constitucional.

Y como uno de los objetivos de la reforma era actualizar los derechos contenidos en tratados internacionales suscritos por nuestro país, que en la dinámica del proceso mixto con tendencia inquisitiva no se podían cumplir, en especial el del Juez imparcial - por cuanto el Juez de aquel sistema se erigía en protector de la sociedad con lo cual se confundía con las funciones de la Fiscalía-, había que actualizar, de manera específica, el derecho de los procesados a un Juez imparcial.

Por eso hay que recordar que en el Pacto Internacional de Derechos Civiles Y Políticos, todos los países firmantes, entre ellos Colombia, se comprometieron a reconocer y garantizar el derecho de toda persona a:

“ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella”.

De la misma manera, en el artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también suscrita y ratificada por Colombia, se incluye el compromiso de todos los países firmantes de reconocer y garantizar que:

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un Juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella”.

Ya dentro del Código de Procedimiento Penal, entre las normas rectoras encontramos la garantía al Juez imparcial en el artículo 5º, que contempla como norma rectora la imparcialidad del Juez; también en el artículo 8º literal k, se menciona como derecho del imputado el tener un juicio imparcial. Y dentro del texto de la Ley 906 se protege la imparcialidad con varias figuras: como con el cambio de radicación (artículo 46); con los impedimentos y recusaciones (artículos 56 y siguientes); con la posibilidad excepcional de ordenar la reserva de varias actuaciones (artículo 152); la acción de revisión, cuando el Estado ha omitido su obligación de investigar seria e “imparcialmente” violaciones a derechos humanos o al Derecho Internacional Humanitario (artículo 192.4); con la orden sobre la exclusión de pruebas ilegales (artículos 23 y 360); con la prohibición al Juez de decretar pruebas de oficio (artículo 361); con la especificidad del conocimiento para condenar (artículo 381).

Cuidando la imparcialidad del Juez, el constituyente se preocupó también por que el Juez que haya conocido el proceso en desarrollo de su actividad de control de garantías no intervenga en el juicio (inciso segundo del numeral 1º del artículo 250), a tal punto que dicha situación fue erigida en causal de impedimento (artículo 56.13 C. de P.P.); además de advertir que no se puede utilizar en contra del imputado el contenido de las conversaciones tendientes a lograr un acuerdo para la declaración de responsabilidad en cualquiera de sus formas o de un método alternativo de solución de conflictos, sino llegaren a perfeccionarse (artículo 8º literal d); entre otros. De suerte que no puede persistir ningún asomo de duda de que la normatividad entrega un juicio de partes, mediado por un Juez verdaderamente imparcial, propio del sistema acusatorio¹⁷.

La Corte Constitucional así lo concluye cuando en la sentencia C-396 de 2007 señala:

“En estas circunstancias, si el acusado se presume inocente y la carga de la prueba de la veracidad de los cargos imputados, más allá de la duda razonable, recae sobre el fiscal, es lógico entender que al Juez no le corresponde interrumpir el juicio para llevar a cabo una nueva investigación o mejorar los elementos de convicción de la condena, por lo que debe aplicar el principio del *in dubio pro reo* y absolver al sindicado. Dicho de otro modo, la limitación del intervencionismo judicial en materia probatoria en la etapa del juzgamiento supone una garantía, en especial, para el acusado.”

¹⁷ Así lo concluye también MORALES Marín, Gustavo en *Antecedentes y fundamentos del nuevo sistema*, en el texto titulado *Sistema Penal Acusatorio, reflexiones jurídicas, económicas y sociales de la reforma*, Universidad Javeriana 2.005, p. 32.

1.1.3.2. Dificultades que presenta nuestro proceso penal para permitir el ejercicio de la imparcialidad del juez

Concibiendo el sistema procesal colombiano como un proceso de partes, a la colombiana, resulta clara la existencia del derecho a un Juez imparcial, lo cual se dificulta con algunos aspectos relacionados con creaciones normativas, como brevemente se examinarán:

1. La falta de un Juez que conozca el juicio, sin que previamente se haya contaminado con la discusión relacionada con el decreto de pruebas y todo lo que ello involucra. El sistema acusatorio clásico está diseñado para que un Juez prepare el juicio y sea el moderador del enfrentamiento, que se desarrolla frente al jurado, que no participó en las discusiones probatorias, y que sólo llega al conocimiento cuando comienza el juicio, la vista pública propiamente dicha. Es de mencionar que en Chile y algunos países centroamericanos existen Jueces que preparan el juicio, que son diferentes de los que lo presiden, que en todo caso, llegan sin conocer los debates previos; lo cual no sucede en nuestro medio.

La Corte Constitucional se aproxima al tema cuando en la sentencia C-396 de 2007 afirma:

“Muchos doctrinantes consideran indudable que el Juez que adelanta la investigación no resuelve el caso con plena imparcialidad, puesto que es natural que asuma un preconcepto determinado con base en el cual dirige el proceso penal. La estricta separación de las funciones del acusador y del Juez, entonces, impide que el Juez falle

conforme a sus propios prejuicios. Esta tendencia probatoria en el proceso penal estuvo claramente establecida desde mediados del siglo XIX y, en especial, con las experiencias de los regímenes autoritarios en Europa en los que se presentaron arbitrariedades y subjetivismos en el decreto y práctica de las pruebas que el Juez consideraba pertinentes para posteriormente valorarlas. Entonces, a pesar de que, ciertamente, es muy relativo considerar que la práctica de la actividad probatoria de manera oficiosa por el Juez lo haga perder su imparcialidad, lo que sucede es que el concepto de imparcialidad en el modelo penal acusatorio pasó a ser sinónimo del concepto de neutralidad cognoscitiva del Juez, lo cual responde al esquema procesal que escogió el Constituyente con la introducción del sistema penal acusatorio en el Acto Legislativo número 3 de 2002. (Subrayas por fuera del texto).

2. La desafortunada redacción del artículo 5º de la Ley 906, que coloca al Juez en la tarea del establecimiento de la verdad, lo que confunde y distorsiona la imparcialidad, que supone que en la construcción de la verdad es precisamente que se enfrentan las partes, cada una con su propia hipótesis. Esta redacción ha servido para justificar la creencia de que el Juez sigue con la obligación de buscar la verdad, propia del sistema con tendencia inquisitiva; lo cual afecta de manera grave la imparcialidad.
3. La falta de precisión normativa de las representaciones al interior del proceso penal; de suerte que la sociedad y su interés público están representados por la Fiscalía, que también tiene responsabilidades con la víctima; el representante del Ministerio Público que garantiza el orden jurídico, la protección del

patrimonio público y los derechos y garantías fundamentales; la defensa que hace causa común representando la dignidad y las garantías procesales del imputado; la víctima que representa sus propios intereses; y el Juez, que es el garante del orden jurídico. De suerte que ni la sociedad ni el interés general están protegidos, ni menos representados por el Juez, sino que son responsabilidad estricta de la Fiscalía General de la Nación.

1.1.4. EL PAPEL DEL JUEZ EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO

De acuerdo con lo que se planteó el Congreso colombiano, tanto en función constituyente, como en su actividad legislativa, el proceso penal colombiano se concibió como un enfrentamiento de partes, dividido en dos fases, en cada una de las cuales el Juez asume una posición determinada:

1.1.4.1. En la fase de la investigación

En esta etapa el Juez de Control de Garantías asume claramente una actitud de protección de los derechos de las partes e intervinientes, no siendo un mero observador imparcial y, por el contrario, con iniciativa probatoria, encaminada exclusivamente a la satisfacción de sus garantías. Así lo precisó la Corte Constitucional en la Sentencia C-396 de 2007:

“A juicio de esta Sala, la prohibición contenida en el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal no es absoluta, en tanto que los Jueces de control de garantías sí pueden decretar y practicar pruebas de oficio en casos en los que sea

indispensable para garantizar la eficacia de los derechos que son objeto de control judicial.”

1.1.4.2. La fase del juicio

Por su parte, en la fase del juicio, se previó que el Juez fuera ahí sí garantía de imparcialidad, observador pasivo, sin iniciativa probatoria del enfrentamiento de iguales, garantizando eso sí la igualdad de armas. Así lo explicó la Corte Constitucional en la misma sentencia C-396 de 2007:

“con la consagración del sistema penal acusatorio se impone la inactividad o pasividad probatoria del Juez en las etapas en donde se controvierte el material probatorio aportado (audiencias preparatoria y de juicio), porque esa filosofía está estrechamente ligada al derecho de defensa del inculpado; de ahí que en caso de que exista la menor duda de que la conducta genera responsabilidad penal o que no fue cometida por el acusado, el Juez debe exonerar o absolver de los cargos. En esta medida y con la máxima eficacia de la presunción de inocencia y del *in dubio pro reo*, es claro que la prohibición objeto de estudio esa es una garantía a favor del acusado.”

1.1.4.3. El papel de la Fiscalía General de la Nación

Además de las funciones que constitucionalmente se le asignan a la Fiscalía, es de entender que su misión no se agota con la búsqueda de la condena de sus acusados, sino que se mezcla con su labor de administrador de justicia, la cual fue expuesta por la Corte Suprema de Justicia con precisión meridiana cuando dijo:

“Para la Sala, esa adscripción de la Fiscalía a la Rama Judicial, con directa vinculación en la función primordial de administrar justicia, no es gratuita e implica un derrotero inescapable de cómo debe actuar al interior del proceso ese organismo.

Porque, si bien, dentro de la sistemática acusatoria, a la Fiscalía se le otorga la función instrumental, propia de ella, de acusar, no puede significarse que esa tarea represente un fin en sí mismo, o mejor, gobierne la teleología de qué es lo debido realizar por el fiscal en cada caso concreto.

Ello, por cuanto, aunque esa nueva perspectiva del actuar de la fiscalía dentro de un proceso de partes implica de sus funcionarios una determinada actividad encaminada a demostrar la que se ha asumido particular teoría del caso, por virtud de lo cual ya no se hace imperativo el mandato de la Ley 600 de 2000, de investigación integral que busque allegar tanto lo favorable como lo desfavorable al procesado, es lo cierto que su teoría del caso debe basarse en hechos objetivos, reconociendo aún las aristas que puedan representar beneficio para el procesado, pues, resulta inaudito que se diga cubierto el cometido constitucional de la Fiscalía, sólo porque, adoptada una particular perspectiva de los hechos, se obtuvo la sentencia condenatoria pretendida, aun reconociendo que esa óptica no se corresponde con la realidad.

Ello podría tener alguna validez, si en Colombia la Fiscalía estuviese adscrita a otra rama del poder público, o se confiase a un organismo independiente la tarea acusatoria, o en fin, se estableciesen a cargo de esa institución cometidos y

finalidades diferentes a los de propender para que en el caso concreto se materialice el valor justicia, dentro del contenido de verdad que le es anejo.

Entonces, dentro de la perspectiva de que la función acusatoria es simplemente instrumental, así sea connatural al sistema acusatorio, y debe necesariamente regirse por imperativos constitucionales, de ninguna manera puede aceptarse el argumento planteado por el fiscal en curso de la audiencia de sustentación del recurso de casación, cuando se muestra ajeno a cualquier posibilidad de verificar el contenido de justicia de lo actuado o la objetividad de los hechos, sólo porque se obtuvo una sentencia desfavorable a los intereses de la contraparte, como si de verdad la misión encomendada a ese ente demande obtener la condena a cualquier precio.¹⁸

Ap

1. Desarrolle un mapa conceptual en el que se estructure el paralelo presentado entre Sistema Acusatorio y Sistema Acusatorio en Colombia.
2. En su opinión ¿Cuál es el alcance de la imparcialidad del Juez o de la Jueza? ¿La imparcialidad tiene límites? ¿Cuáles son las razones que dificultan la imparcialidad del Juez o de la Jueza en Colombia?
3. Realice un cuadro comparativo en el que se haga un análisis en paralelo de las funciones de los Jueces y su alcance en la etapa de investigación frente a la etapa de juicio.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 23 de Abril de 2008. M.P. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ



Se acusa a Rumelia Cáceres por el delito de secuestro extorsivo, pues presuntamente fue ella quien tuvo privada de su fundamental derecho a la libertad a Juanita Torres, menor de 5 años de edad y sobrina de la presunta autora.

Rumelia nunca tuvo buena relación con su hermana Florencia, madre de Juanita, y se sabe que siempre envidio su situación económica, al tiempo que tienen antecedentes penales pro el delito de hurto agravado y calificado.

En juicio se aceptó el testimonio de la menor, quien dijo que su tía la había llevado a jugar a la casa de ella, pues que eso le decía, y que además le había dicho que no se preocupara por la mamá por que dios se la había llevado para el cielo –esa fue la estrategia psicológica que uso la señora, presuntamente-.

1. Para el supuesto fáctico narrado, haga un paralelo entre sistema mixto y sistema acusatorio en lo que se refiere a:
 - Posición del Fiscal frente al proceso, frente a las partes, frente a las pruebas, en cada etapa del proceso.
 - Posición del Juez frente al proceso, frente a las partes, frente a las pruebas, en cada etapa del proceso.

B

ARIAS DUQUE, Juan Carlos. El sistema acusatorio colombiano análisis desde su implementación. Ediciones jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2006,

FERRAJOLI Luigi. Derecho y Razón Teoría del Garantismo Penal. Editorial Trotta. Valladolid, 1995, Página 564.

Gaceta del Congreso No 134, de abril 26 de 2002.

Gaceta Legislativa No 157 de mayo 10 de 2002.

Gaceta Legislativa No 531 del 21 de noviembre de 2002.

Gran Enciclopedia Larousse, tomo 5 página 235.

GROSSO García, Manuel Salvador. "La redefinición de roles en el Sistema Penal Acusatorio", publicado en La Defensa No 7, revista de la Dirección Nacional de Defensoría Pública, Bogotá, 2005.

Ley 906 de 2.004.

MORALES Marín, Gustavo. Proceso y sistemas de juzgamiento penal. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2001.

RAWLS, John. La justicia como equidad. Una reformulación. Editorial Paidós, Barcelona 2002.

J

Las providencias que se reseñan a continuación son de utilidad para profundizar los temas desarrollados en la unidad.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 23 de Abril de 2008. M.P.: SIGIFREDO ESPINOSAPÉREZ.

Corte Constitucional. Sentencia c - 396 de 2007. M.P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

Corte Constitucional, Sentencia C-591 de
2005. M.P.: CLARA INÉS VARGAS
HERNÁNDEZ.

Unidad **2**

ALCANCE DEL CONCEPTO
DE PRUEBA

Og

Analizar y comprender el concepto de prueba y su alcance en el marco del Sistema Procesal Penal Acusatorio.

Oe

- Comprender el concepto de prueba en el marco del Sistema Penal Acusatorio.
- Determinar la denominación que debe darse a los elementos que sustentan decisiones en la etapa de investigación.
- Analizar los fundamentos teóricos que determinan la definición o no de un elemento como prueba.

2.1. ALCANCE DEL CONCEPTO DE PRUEBA

Resulta importante y conveniente iniciar por plantearse el interrogante en torno al alcance del concepto de prueba para poder deslindar lo que es de lo que no es, para precisar a qué se aplican y a qué no las reglas de la prueba en el contexto de la Ley 906 de 2004.

Para dar respuesta a esta pregunta es preciso referirse a lo expresado, en primer término, por el mismo estatuto procesal que en el artículo 16 al consagrar el principio de inmediación señala que “En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el Juez de conocimiento”. En segundo término, se encuentra que la jurisprudencia constitucional ha notado como uno de los principales cambios en el proceso penal el abandono del principio de permanencia de la prueba, según el cual, prueba era la recolectada en cualquier etapa del proceso, para asumir, en el nuevo marco procesal, como

principios rectores en el aspecto probatorio, la inmediación y concentración, lo que implica que, prueba sólo es la descubierta, admitida, practicada y debatida en juicio ante el Juez o la Jueza de Conocimiento.

Así las cosas, prueba es la anunciada, descubierta, admitida, practicada, debatida en juicio y valorada por el Juez de Conocimiento para determinar la existencia o no de responsabilidad del procesado en los hechos que se le imputaron.

En ese sentido, aflora la duda sobre la denominación que reciben los elementos que se utilizan para llevar a la certeza al Juez en la etapa anterior a la de juicio, valga decir, etapa de investigación, duda que surge por cuanto en las audiencias preliminares el Juez con Funciones de Control de Garantías toma decisiones que si bien no versan sobre la responsabilidad del sujeto, sí pueden llegar a afectar de manera ostensible derechos fundamentales como el de la libertad. Para dar respuesta a esta pregunta, se encuentra que la Corte Suprema de Justicia¹⁹ sostiene que pruebas son únicamente las practicadas en juicio oral –con excepción de la prueba anticipada y la prueba de referencia admisible– cuyo objeto es la demostración de la responsabilidad del procesado, lo que las reviste de una naturaleza diferente que hace necesario que sean sometidas a unas técnicas propias de presentación y controversia que implican la existencia de formalidades para los interrogatorios, contrainterrogatorios y objeciones.

En ese sentido, ha dicho por ejemplo, que la audiencia de formulación de imputación no es ni puede ser escenario de debate probatorio y por tanto, de ser necesario en desarrollo de ésta un soporte que acredite la existencia del delito y la responsabilidad o

¹⁹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 3 de mayo de 2007. Rad. 27108. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ.

participación del indiciado, tal soporte será el conjunto de informes, de elementos materiales probatorios y evidencia física con que cuenten las partes.

La Corte es clara al exponer que antes de la etapa de juicio se debaten circunstancias diferentes a la responsabilidad del inculpado y por tanto en tal instancia, llámese indagación o investigación, no hay lugar a debate probatorio alguno, es decir, no existen pruebas. En tal sentido, el soporte para las alegaciones que haga el fiscal en audiencias preliminares es el conjunto de elementos materiales probatorios y evidencia física con el que cuente, lo que consecuentemente lleva a concluir que en desarrollo de una audiencia preliminar no debe solicitarse ni practicarse testimonio alguno, puesto que el escenario pertinente para tal fin es el juicio y, además el fiscal debe tener ya sus elementos de convicción y no construirlos en desarrollo de la audiencia preliminar.

Entre tanto, la Corte Constitucional²⁰ se ha pronunciado en igual sentido señalando que la prueba tiene como fin llevar al Juez, más allá de toda duda razonable, a la convicción acerca de la existencia o no de responsabilidad penal del inculpado, mientras que los elementos que están llamados a sustentar peticiones del fiscal y decisiones del Juez de Control de Garantías en la etapa de investigación se denominan elementos de conocimiento que están lejos de tener la finalidad de demostrar la responsabilidad penal de un sujeto.

Las anteriores consideraciones llevan a concluir que en las etapas previas a la de juicio oral no se puede hablar de pruebas, lo que existe son medios de convicción conformados por elementos

²⁰ Corte Constitucional Sentencia C-1154 de 2005. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

materiales probatorios y evidencia física, que tienen por finalidad demostrar los presupuestos sobre los que decide el Juez de Control de Garantías, según el tipo de audiencia en que se encuentre.

Ahora bien, es pertinente en este punto traer a colación lo expuesto por diferentes autores al respecto, en ese sentido se encuentra que al tratar sobre las medidas de aseguramiento, que se deciden en audiencia preliminar, Carlos Alberto Moreno trayendo a colación la sentencia C-1154 de 2005, indica que los elementos materiales probatorios, evidencia física o informes legalmente obtenidos –no pruebas– pueden ser objeto de controversia en las audiencias preliminares, puesto que el principio de contradicción irriga a todo el proceso²¹. Apreciación que refuerza lo ya dicho, en el sentido que si bien es cierto que en las audiencias preliminares no existe ninguna clase de debate probatorio, debate reservado para el juicio, dado que en éstas audiencias se pueden tomar decisiones que no implican la responsabilidad del sujeto pero que pueden ser trascendentales, como las que implican restricción al derecho a la libertad, puede darse un debate sobre los elementos materiales probatorios y la evidencia física que se presenten para sustentar tales medidas.

Entre tanto, para Paula Jiménez la diferencia entre prueba y elemento material probatorio radica en el momento procesal al que se haga referencia, así en la etapa de juicio se habla de prueba y en las previas a ésta se habla de elementos materiales probatorios, según esta autora la distinción se origina en que haya sido objeto de contradicción o no²².

²¹ MORENO ARBOLEDA, Carlos Alberto. "Medidas de aseguramiento". En: conversatorio nacional Sistema Penal Acusatorio. Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla". Bogotá D.C. 2006. p. 27.

²² JIMÉNEZ, Paula. "Pruebas y argumentación probatoria". En: conversatorio nacional Sistema Penal Acusatorio. Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla". Bogotá D.C. 2006. p. 55.

La referencia que hace sobre la contradicción no es compartida, puesto que se ha dicho que tal principio irriga todo el proceso, y que por ejemplo se pueden controvertir los elementos materiales que se presentan para sustentar una solicitud de medida de aseguramiento.

En todo caso, en su condición de Juez a quien tanto la Constitución Política y la ley otorgaron la obligación de proteger los derechos constitucionales de los intervinientes, resulta obvio que tiene que tener elementos de convicción con fundamento en los cuales ha de concluir de una u otra manera, aunque también podría ser posible que no se presentare debate.

Bien podría discutirse en una audiencia de control de legalidad el uso excesivo de la fuerza por parte de la Policía Judicial, o la omisión de formalidades que hacen parte del debido proceso o de la intangibilidad de los derechos; como llevarle al Juez que va a controlar el respeto a dichas garantías, convicción de lo que las partes alegan sino fuera por medio de elementos materiales probatorios y evidencia física de ello.

Es claro por tanto que lo que se va a debatir en la audiencia preliminar no es propiamente la responsabilidad, pero sí resulta necesario permitir que las partes lleven más que sus versiones al Juez de Control, más que sus interpretaciones e impresiones, y sí se acompañen de elementos de convicción.

Pertinente a este punto, el Doctor Javier García, haciendo un análisis sobre la imputación y la solicitud de medidas de aseguramiento, dice que “Una vez realizada la imputación le corresponde al fiscal, con fundamento en los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información legalmente

obtenida, hacer la solicitud de medida de aseguramiento. Con base en los presupuestos para la imposición de la misma y con las evidencias que se ponen de presente para efectos de sustentar la coautoría o participación, necesariamente se hace una valoración dogmática de la conducta que compromete incluso la adecuación típica que realiza el fiscal, significando con ello la facultad que tiene el juez de garantías para apartarse de la imputación hecha por el ente fiscal en el momento de imponer o no la medida, lo que compromete entonces valoraciones de carácter dogmático jurídico - penal que han de estar acordes con las evidencias presentadas en la audiencia, pues dicho ejercicio no se hace con base en el querer o sentimiento del juez²³, es de advertir que el autor no se refiere a actividad probatoria en la etapa de investigación, para el caso particular de la decisión acerca de la medida de aseguramiento, sino que hace referencia a evidencias, aceptando que sobre éstas se debe surtir una valoración a fin de tomar la decisión sobre el particular, de lo que se infiere que en la etapa de investigación, en las audiencias preliminares, si bien es cierto que no existe debate probatorio sí debe existir valoración de los elementos materiales para decidir sobre aspectos que siendo relevantes no tienen relación con la responsabilidad.

La Fiscalía que pretende probar que la lesión que presenta el capturado fue infligida por él mismo, ha de tener dispuesta para la audiencia en que se debata la legalidad de la captura una estrategia demostrativa que conduzca al Juez de control a concluir tal situación. De la misma manera la defensa que pretende refutar la situación de flagrancia alegada por la Fiscalía para buscar que se decrete la ilegalidad de la captura, o el fiscal que busca la imposición de la medida de aseguramiento, o la defensa que busca la

²³ GARCÍA, Javier. "Aplicación y límites de contenidos dogmáticos penales en algunas decisiones del Juez de Conocimiento en el nuevo Sistema Penal Acusatorio". En: Segundo Conversatorio Nacional Sistema Penal Acusatorio. Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" Bogotá D.C. 2007. p. 260.

revocatoria o sustitución de la medida, por supuesto que tienen que valerse de elementos de convicción dirigidos a acreditar el presupuesto de hecho de la norma cuya aplicación solicitan.

Es el Código de Procedimiento Penal el que prevé la existencia del contradictorio ante el Juez de Control de Garantías, toda vez que siendo una justicia rogada, en principio, sólo podría actuar a instancia de parte, que persuada al Juez de Control de Garantías de una situación particular, que tiene como consecuencia la adopción de una decisión²⁴; el punto es que no puede convencerse al Juez exclusivamente con la sola versión, porque en las mismas condiciones tendría que estar la otra parte, y en ese orden, un Juez imparcial no tendría por qué otorgar mayor credibilidad a uno de los contendientes en desventaja del otro, que seguramente también tendrá su propia versión²⁵.

El Juez sólo puede decidir con fundamento en elementos de convicción, y queda claro entonces que ante el Juez de Control de Garantías puede presentarse contradictorio, en el que se enfrentan dos hipótesis en torno a un asunto que se debate; lo que no se ha contestado es cuáles habrán de ser las reglas de dicho contradictorio, que aunque no verse estrictamente sobre responsabilidad, sí queda claro que puede involucrar derechos tan determinantes como la libertad personal.

Una posible salida podría ser considerar que en el desarrollo del contradictorio adelantado ante el Juez de Control de Garantías, que será restringido exclusivamente a los temas de su competencia,

²⁴ Así lo concluye APONTE CARDONA, Alejandro, en "La detención preventiva en la nueva legislación procesal penal; hacia una prevalencia del principio de libertad", publicado en "Reflexiones Sobre el Nuevo Sistema Procesal Penal los Grandes Desafíos del Juez Penal Colombiano" Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá 2005, p. 145.

²⁵ GUERRERO PERALTA Óscar Julián, recuerda que en dentro del control que hace el Juez de garantías, este se extiende tanto al formal, como al material, estando este último relacionado con la evaluación de los requisitos probatorios para la adopción de la medida. En "El Juez de Control de Garantías", publicado en "Reflexiones Sobre el Nuevo Sistema Procesal Penal los Grandes Desafíos del Juez Penal Colombiano" Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá 2005, p. 177.

se tengan en cuenta las reglas que trae el Código de Procedimiento Penal para las pruebas, para lo cual tendría que existir una norma que así lo dispusiera, por lo que no queda clara dicha situación, tal y como sucede en el proceso penal de Puerto Rico, en donde se discute la materia, pero que parece que la tendencia en relación con la prueba de referencia, es a admitirla²⁶.

En nuestro proceso penal está claro que en la fase preliminar no se practican pruebas, razón por la cual, a los elementos de convicción que se recaudan en este escenario procesal no se les aplica dichas reglas.

Por eso de acuerdo con la Ley 906 de 2004 el Juez de Control de Garantías adopta sus decisiones con cualquier información válidamente recaudada que le lleven las partes; por lo que es posible legalizar la captura con el solo informe del policía que la realizó; a menos que el aprehendido discuta, desconozca, o refute su contenido, caso en el que el Juez de Control de Garantías tendrá que tomar las medidas encaminadas a aclarar la situación, en lo que incluso tiene potestades oficiosas, tal y como se revisará más adelante.

Y este contradictorio que se puede presentar en sede del Juez de Control de Garantías, restringido sólo al asunto objeto de decisión de dicho funcionario, supone un descubrimiento in situ, porque es la forma en que se garantiza la contradicción. No se puede contradecir, impugnar o refutar aquello que no se conoce; lo cual tiene que ser garantizado por el juez.

²⁶ CHIESA APONTE, Ernesto L. Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos. Volumen III, Editorial Forum, 1995, pp. 46 y siguientes.

Así lo explicó la Corte Constitucional cuando en sentencia C-1154 de 2005, analizando la exequibilidad del artículo 306 de la Ley 906 de 2004, manifestó:

“La presentación, contradicción y evaluación de los “elementos de conocimiento” que dispone el artículo 306 no es contraria al Acto Legislativo 03 de 2002 pues la norma acusada no permite el debate probatorio sobre la responsabilidad del acusado, en un momento anterior al del juicio oral sino que asegura las garantías procesales de la defensa en armonía con el artículo 29 de la Constitución y los tratados de derechos humanos. Por lo tanto, permite el ejercicio de la contradicción sobre un aspecto del procedimiento penal anterior a lo que se debate en el juicio, es decir la necesidad de la medida de aseguramiento.”

Es preciso que el Juez de Control de Garantías pondere para cada caso, en consideración de la trascendencia de la decisión que pretende adoptar, cuál ha de ser el mecanismo para permitir la igualdad de las partes, sin olvidar que tiene la misión constitucional de garantizar la vigencia de los derechos de las personas involucradas en el proceso penal. El Juez de Control de Garantías está ante todo para proteger al procesado y a la víctima de las actuaciones que realiza la Fiscalía General de la Nación con su Policía Judicial, por eso controla las garantías que aquella restringe o limita con su actividad.

En conclusión, ante el Juez de Control de Garantías se puede presentar discusión probatoria en torno de los elementos de hecho de una norma que le corresponde aplicar; sin embargo, los elementos con los que se le lleva convicción al Juez no tienen el carácter de pruebas, y por tanto no se les aplica las reglas de la

prueba, y el papel del Juez en relación con las garantías, se extiende al de ser más que un mero observador y notario de lo que sucede en la dinámica procesal; y sí tiene la obligación de permitir la contradicción de la información que se le lleva por alguna de las partes, en condiciones de igualdad.

Ap

1. Exponga las razones que hacen importante la claridad entre prueba y elementos de convicción para la práctica judicial.
2. Elabore un cuadro comparativo en el que se haga el parangón entre las pruebas en el marco de la Ley 600 de 2000 y las pruebas en el marco de la ley 906 de 2004.

Ae

1. Ramiro Meneses, padre de 4 menores, viudo, decidió tomar el computador portátil de su vecina Marcela y luego llamarla fingiendo ser otra persona para pedirle que le tenía que entregar la suma de cinco millones de pesos para evitar que el hiciera públicas unas fotografías “comprometedoras” que se encontraban guardadas en la memoria del computador y cinco millones adicionales por la devolución del equipo. Marcela dio aviso a las autoridades de lo que le sucedía y tras algunos días de seguimiento, con base en elementos materiales, la SIJIN pide orden del fiscal del caso para adelantar diligencia de registro y allanamiento de la vivienda de Ramiro, una vez obtienen la orden procede la Policía Judicial a ejecutar la orden, en tal diligencia uno de los agentes del orden golpea a Ramiro, dado que éste no quiere “colaborar”. En definitiva se realiza el registro y allanamiento y se encuentran el Portátil, junto con unos CDs,

además encuentran la vivienda en precarias condiciones y a los 4 menores con evidentes signos de desnutrición. La policía procede a detener a Ramiro y conducirlo ante un Juez con funciones de Control de Garantías.

- a. ¿Qué debe decidir el Juez con funciones de Control de Garantías frente a la legalidad de los elementos materiales probatorios recolectados?
 - b. Si el fiscal solicita que se decrete medida de aseguramiento en contra de Ramiro, ¿Cuáles son los medios de convicción que debe allegar el ente acusador para sustentar su pretensión?
 - c. ¿Cuál es la razón para que no se pueda hablar de un debate probatorio en lo que se refiere a la argumentación y contra-argumentación de la Fiscalía y defensa, respectivamente, ante el Juez de Control de Garantías, frente a la solicitud de medida de aseguramiento?
 - d. ¿Es suficiente que la imputación haya sido por el delito de Extorsión para que proceda la medida de aseguramiento o debe existir sustentación a la pretensión? ¿Por qué?
2. Germán García es capturado por agentes de la Policía Nacional cuando, en un registro vehicular de rutina, encontraron en el interior de su vehículo 1 libra de cocaína. El joven García fue conducido ante la fiscalía y horas después fue puesto disposición de la Jueza con funciones de Control de Garantías para legalizar la captura y formular imputación. En transcurso de la audiencia de legalización de captura el joven manifestó haber sido

agredido por parte de los policías a quienes identificó como Jiménez y Narváez.

- a. Puede la Jueza de Control de Garantías solicitar la versión de los policías.
- b. ¿Cómo se denominarían los argumentos presentados por los policías? ¿testimonio? ¿Porqué?
- c. Más allá del momento procesal, ¿Por qué no se puede considerar como prueba la versión de los agentes de la policía?

B

APONTE CARDONA, Alejandro. "La detención preventiva en la nueva legislación procesal penal; hacia una prevalencia del principio de libertad", publicado en: Reflexiones Sobre el Nuevo Sistema Procesal Penal los Grandes Desafíos del Juez Penal Colombiano. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá 2005.

CHIESA Aponte, Ernesto L. Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos. Volumen III, Editorial Forum, 1995.

GARCÍA, Javier. "Aplicación y límites de contenidos dogmáticos penales en algunas decisiones del Juez de Conocimiento en el nuevo Sistema Penal Acusatorio". En: Segundo Conversatorio Nacional Sistema Penal Acusatorio. Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla". Bogotá D.C. 2007.

JIMÉNEZ, Paula. "Pruebas y argumentación probatoria". En: conversatorio nacional Sistema Penal Acusatorio. Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla". Bogotá D.C. 2006.

MORENO ARBOLEDA, Carlos Alberto.

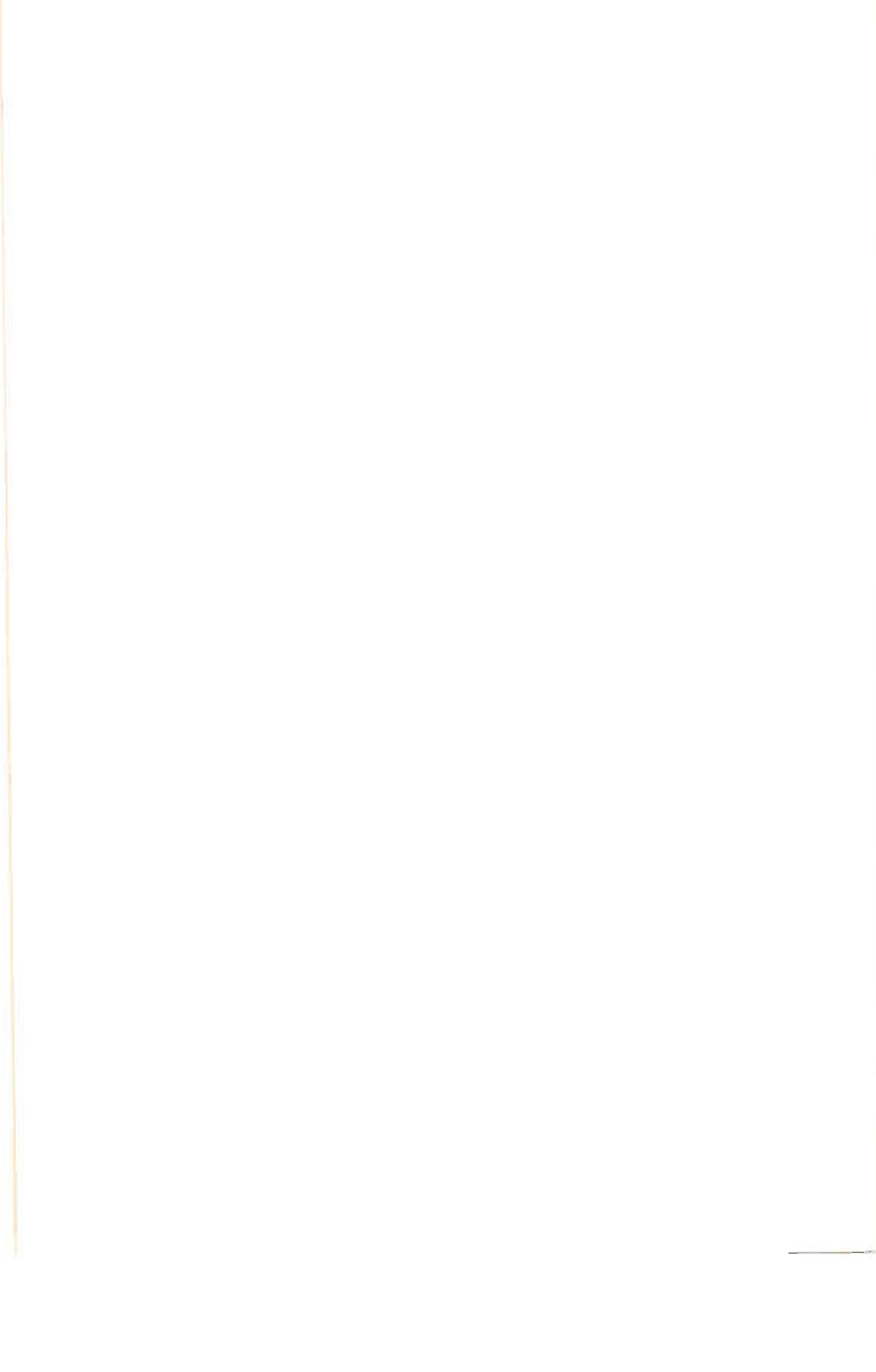
"Medidas de aseguramiento". En: conversatorio nacional Sistema Penal Acusatorio. Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla". Bogotá D.C. 2006.

J

Las siguientes sentencias le serán de utilidad para profundizar en los temas abordados en la unidad.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 3 de mayo de 2007. Rad. 27108. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ.

Corte Constitucional. Sentencia C-1154 de 2005. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.



Unidad **3**

INICIATIVA PROBATORIA

Og

Identificar y dar respuesta a algunos problemas que entorno a la iniciativa probatoria se vienen presentando en la práctica judicial.

Oe

- Analizar la iniciativa probatoria en cabeza del Juez o la Jueza, es decir, la oficiosidad probatoria en el marco del proceso penal acusatorio y determinar la posición jurisprudencial al respecto.
- Estructurar los fundamentos sobre los cuales se ha permitido la práctica de pruebas anticipadas e identificar y dar fórmulas de solución a problemas determinados entorno a la prueba anticipada.
- Reconocer, entorno a la prueba de la inimputabilidad, en cabeza de quién se encuentra la carga probatoria.
- Identificar los límites que tiene la iniciativa probatoria del representante de la víctima y el Ministerio Público.

Se ha querido agrupar bajo este epígrafe algunas de las dudas que se identifican y de las discusiones que se plantean entorno de algunos aspectos probatorios prácticos al interior del proceso penal que, aunque posiblemente no guarden unidad de materia, de alguna manera se relacionan con el título propuesto.

3.1. OFICIOSIDAD PROBATORIA

Entre los diferentes problemas se encuentra el que se refiere a la posibilidad, en el marco de un sistema procesal penal de tendencia acusatoria, de que el Juez pueda decretar pruebas de oficio.

Al respecto se indica que la disposición según la cual los Jueces y las Juezas no pueden decretar pruebas de oficio²⁷ responde a la aplicación del principio de imparcialidad, claramente acentuado en los sistemas procesales con tendencia acusatoria. Tal disposición busca evitar que se dé al traste con uno de los pilares del referido sistema de enjuiciamiento, cual es la definitiva separación entre actos de investigación y actos de juzgamiento y consecuentemente evitar que el Juez o Jueza predisponga el rumbo del proceso, y por ende anticipe su convicción o pierda la ecuanimidad, como podría suceder si dirige o reorienta el destino final del asunto a través de su injerencia en el ámbito probatorio²⁸.

La Corte Constitucional²⁹, haciendo un extenso análisis acerca de la actividad probatoria oficiosa de los Jueces y las Juezas, ha dicho que en un sistema acusatorio puro no existe ninguna posibilidad de que el operador judicial tenga facultades para decretar oficiosamente la práctica de pruebas, pero al tiempo reconoce que el sistema colombiano es de tendencia acusatoria más no eminentemente acusatorio, lo cual se observa básicamente en los poderes del Juez en las audiencias preliminares y la cantidad de partes e intervinientes con que cuenta nuestro proceso penal.

Tal análisis, sumado a la convicción de que el Juez o Jueza con funciones de control de garantías tiene como objetivo primordial salvaguardar los derechos y garantías de las partes e intervinientes en el proceso, y que tal actividad no puede ser limitada, y, luego de realizar un estudio sistemático de la norma que prohíbe el decreto oficioso de pruebas, la Corporación encontró que dicha medida prohibitiva sólo se aplica para el trámite del juicio, en donde ha de

²⁷ Artículo 361: "PROHIBICIÓN DE PRUEBAS DE OFICIO. En ningún caso el Juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio."

²⁸ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de Marzo de 2006. Rad. 24468. M.P.: EDGAR LOMBANA TRUJILLO.

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-396 de 2007. M.P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA

interpretarse de manera plena; en concreto a la audiencia preparatoria y de juicio oral, lo que significa que se refiere sólo al Juez o Jueza de conocimiento.

Por su parte, el Juez o Jueza de Control de Garantías, cuya actuación se encuentra limitada a las audiencias preliminares que se desarrollan en la etapa de investigación, no sufre tal limitante y por tanto puede ordenar oficiosamente los elementos materiales probatorios que necesite a fin de cumplir con su deber constitucional y legal.

En definitiva los Jueces de conocimiento no pueden decretar pruebas de manera oficiosa puesto que tal actuación inclinaría la balanza a uno u otro lado de la actuación procesal, ya sea a favor del ente acusador o a favor de la defensa, pero en todo caso soslayando el principio de igualdad de armas, y ante todo, de imparcialidad.

En igual sentido el Dr. Carlos Moreno expone que las restricciones que se predicen frente al decreto de pruebas de oficio vinculan al juez de conocimiento, puesto que es de él de quien se predica la imparcialidad frente a las partes para lograr hacer un juicio razonable y proporcional en lo referente a la responsabilidad del acusado. Al tiempo, refiere que "las limitaciones probatorias del juez de conocimiento no pueden predicarse del juez que ejerce las funciones de control de garantías", argumentando tal posición en que la función que ejerce el juez de garantías "...es la defensa de los derechos fundamentales del imputado y la víctima, siendo la misma de carácter constitucional, mas no tiene influencia en los problemas propios de la responsabilidad; inmiscuyéndose en la investigación, pero sólo a efectos de verificar materialmente la intangibilidad de los derechos fundamentales o cuando quiera que ellos son restringidos por la actividad de la Fiscalía lo sean de forma proporcional,

razonable y necesaria frente a los contenidos constitucionales que informan a los mismos”³⁰.

De otro lado, la Corte Suprema de Justicia³¹, antes de que la Corte Constitucional analizara la exequibilidad del artículo 361, planteaba que en el marco constitucional colombiano, la prohibición de que el Juez o Jueza de conocimiento decretara pruebas de oficio no podía considerarse absoluta, con los siguientes argumentos:

- La Corte reconoce que en el sistema procesal con tendencia acusatoria el Juez o Jueza no tienen iniciativa en materia probatoria y por ende no puede decretar pruebas de oficio, pero a la par considera que bajo los preceptos constitucionales la prohibición contenida en el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, no puede ser absoluta.
- Señala que en la comunidad reside el interés público de que se investiguen y se castiguen los delitos, que el Estado ha conferido a la Fiscalía la potestad de investigar y acusar, e igualmente al Ministerio Público le ha otorgado un papel protagónico dentro de tal andamiaje y por supuesto los Jueces y las Juezas ocupan un lugar preponderante en tal estructura para lograr la finalidad que se persigue, cual es la consecución de la verdad y la impartición de una verdadera justicia material.
- En tal sentido la Corte³² ha manifestado que el Juez no puede ser un convidado de piedra al proceso penal, y en torno a la función jurídico - política del operador judicial, ha declarado que el Juez debe ser entendido como promotor de los cometidos que un Estado Social de Derecho como Colombia aspira a cumplir a través de su actividad dentro de la Rama Judicial.

³⁰ MORENO, Carlos Alberto. "La prueba de oficio dentro del sistema acusatorio adoptado por el acto legislativo 03 de 2002 y la ley 906 de 2004". En: Segundo Conversatorio Nacional Sistema Penal Acusatorio. Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", Bogotá D.C. 2007. p. 103.

³¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de Marzo de 2006. Rad. 24468. M.P.: EDGAR LOMBANA TRUJILLO.

³² Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 12 de Junio de 2005. Rad. 14464. M.P.: EDGAR LOMBANA TRUJILLO

- Reitera la Corporación, que la actividad jurisprudencial se proyecta más allá del espectro del proceso alcanzando los fines superiores del Estado, cuando el Juez o la Jueza velan por el estricto cumplimiento de los fines constitucionales del proceso penal, contando entre ellos, alcanzar el valor de la justicia material con irrestricto respeto al principio de legalidad.

Tales consideraciones son parte de la argumentación con la cual se soporta la tesis según la cual el Juez no se puede entender tan solo como un instrumento funcional destinado a administrar justicia y tampoco se puede entender como el encargado de distribuir, en términos de justicia formal, lo que a cada quien corresponde. Al Juez se le debe reconocer un alcance superior, se debe reconocer que su actuar debe trascender hacia la búsqueda y alcance de los valores superiores que caracterizan al Estado.

Mientras que la Corte Constitucional considera que en virtud al principio de imparcialidad que se erige como pilar de los sistemas acusatorios, el Juez o Jueza de conocimiento debe acatar la prohibición de decretar pruebas de oficio, advirtiendo que el Juez o Jueza de Control de Garantías no está cobijado por tal limitación, lo cual fue resuelto en juicio de constitucionalidad, que a la luz del Decreto 2067 de 1991, debe ser acatado.

Además del mencionado argumento de autoridad, la Corte Constitucional reconoce que la obligación de la representación del interés general está en cabeza y representación de la Fiscalía General de la Nación, por lo que no resulta sano que el Juez del sistema con tendencia acusatoria como el colombiano, termine supliendo las faltas o deficiencias de uno cualquiera de los enfrentados, porque se desconocería la imparcialidad, eje coyuntural del principio

acusatorio, y no existiría entonces diferencia entre el Juez del sistema mixto que dejamos atrás, con el Juez del nuevo sistema.

Teniendo en cuenta que el sistema procesal penal colombiano a partir del Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004 es de tendencia acusatoria, se habrá de entender que el Juez o Jueza deben ser completamente imparciales y no pueden decretar pruebas de oficio bajo ningún supuesto.

Así, por ejemplo, se ha presentado en la práctica judicial el problema que existiendo una prueba útil para las dos partes, Fiscalía y defensa, es solicitada sólo por la Fiscalía y ya en instancia de juicio oral la Fiscalía, advirtiéndole que le puede resultar contraria a sus intereses, renuncia a ella dejando a la defensa sin esa prueba que le es particularmente útil. En este punto surge el interrogante de si puede el Juez o la Jueza decretar esa prueba de oficio al percatarse que es necesaria para la defensa, cuestionamiento que tiene que resolverse de manera negativa indudablemente; en primer lugar porque las partes tuvieron igual oportunidad para solicitar pruebas y la defensa no las solicitó, aun sabiendo, como lo ha reconocido la Corte Suprema³³, que es normal dentro del devenir procesal que una de las partes dentro de su autonomía desista de una prueba pedida, y en segundo lugar, porque nuestro sistema es esencialmente un sistema de partes en el cual existe como principio la igualdad de armas, principio que no puede ser socavado por el mismo Juez al inclinar la balanza de la relación a favor de una parte que obvió, olvidó, no percibió en el momento procesal oportuno la posibilidad de solicitar dicha prueba. En ese orden de ideas, ni siquiera en este supuesto puede el Juez o la Jueza de Conocimiento decretar pruebas de oficio.

³³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 08 de Noviembre de 2007. Rad. 26411 M P: ALFREDO GÓMEZ QUINTRO.

3.2. PRUEBA ANTICIPADA

Ya se ha comentado en diversas oportunidades que en el marco del sistema procesal penal, implementado a través del Acto Legislativo 03 de 2002, la prueba se practica en el juicio oral, sea este el momento para hacer alusión a la excepción que legalmente se ha aceptado cual es la prueba anticipada.

Se entiende por prueba anticipada, toda aquella practicada durante la investigación y hasta antes de instalarse la audiencia de juicio oral, con audiencia de la otra parte que tiene toda la posibilidad de controvertirla, ante un Juez de Control de Garantías que además de velar por la contradicción, debe comprobar que los presupuestos que se exigen para esa excepcional figura, se constatan.

La prueba anticipada, se practica por el Juez o la Jueza que cumpla funciones de control de garantías, en audiencia pública y con observancia de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio, previa solicitud del Fiscal General de la Nación o el fiscal delegado, de la defensa o del Ministerio Público, o también de la víctima.

La prueba anticipada puede practicarse siempre y cuando existan motivos fundados y de extrema necesidad tendientes a evitar la pérdida o alteración del medio probatorio³⁴. En el evento que la prueba anticipada sea solicitada a partir de la presentación del escrito de acusación, el peticionario tiene la carga de informar de esta circunstancia al Juez o Jueza de conocimiento

³⁴ Código de Procedimiento Penal. Artículos 274 y 284.

Con el nuevo sistema procesal penal, frente al régimen probatorio, surge una nueva mecánica que abandona el principio de permanencia de la prueba, según el cual toda prueba recaudada desde la indagación preliminar tenía validez para fundamentar la sentencia, y se adoptan los principios de concentración e inmediación de la prueba practicada en el curso de un juicio oral, público y con todas las garantías.

De suerte que los elementos materiales probatorios y las evidencias recaudadas durante la investigación, si bien sirven de soporte para imponer medidas restrictivas al ejercicio de los derechos fundamentales, no pueden ser el fundamento de una sentencia condenatoria, decisión que debe estar soportada en pruebas practicadas durante el juicio oral.

En tal sentido, la prueba deja de encontrarse dispersa en varios escenarios procesales, escrita, secreta y valorada por un funcionario judicial que no tuvo incidencia en su recaudo, para ser practicada de forma concentrada en el curso de un juicio oral, público y con todas las garantías procesales.

Con base en tal presupuesto, la norma que consagra la posibilidad de practicar pruebas anticipadas fue demandada ante la Corte Constitucional, aduciéndose que estaba lejos de ceñirse al principio de inmediación de la prueba, cuyo desarrollo requiere que “en presencia del Juez de Conocimiento desfile toda la prueba y sobre esa universalidad, luego de oír a las partes, decida”³⁵.

Frente a tal acusación la Corte haciendo un extenso análisis, pasó a determinar si la prueba anticipada tal como está prevista en la legislación colombiana se ajusta o no a los principios que orientan la

³⁵ Demanda de inconstitucionalidad resuelta a través de la sentencia C- 591 de 2005.

actividad probatoria, como son la inmediación, la legalidad de la prueba, la contradicción y la publicidad.

Al respecto, frente al principio de legalidad³⁶, la Corte concluyó que la prueba anticipada como está concebida en el Código de Procedimiento se ajusta, en tanto prevé ésta se podrá adelantar a condición de que “sea practicada ante el Juez que cumpla funciones de control de garantías”.

En relación con el principio de publicidad, la Corte considera que la norma que consagra la prueba anticipada también lo observa en la medida que dicha prueba debe ser practicada durante una audiencia pública.

Siguiendo el análisis de la corte se encuentra que frente al principio de contradicción, concluye que tampoco es vulnerado en tanto la prueba anticipada se lleva a cabo en audiencia pública y observando las reglas previstas para practicar pruebas en juicio, además frente a la decisión de practicar pruebas anticipadas existe la posibilidad de interponer los recursos de ley.

La figura de la prueba anticipada es constitucional en tanto corresponde con el deber que recae sobre la Fiscalía de garantizar la conservación de la prueba y además está sometida a la exigencia de que se configuren circunstancias particulares y excepcionales que hacen urgente la aplicación de esta medida. En cumplimiento de tal deber, la Fiscalía queda facultada para acudir ante el Juez con funciones de Control de Garantías para que se practique la prueba anticipada debido a que la prueba corre un inminente riesgo de desaparecer.

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-591 de 2005. M.P.: CLARAINÉS HERNÁNDEZ

Al tiempo, se debe decir que de ninguna de las normas que regulan la prueba anticipada se puede deducir de manera directa que la víctima tenga la posibilidad de solicitar la práctica de pruebas anticipadas, es más, la lectura del numeral 2° del artículo 284 podría hacer pensar que esa es una posibilidad sólo para las partes, esto es, la Fiscalía y la defensa y excepcionalmente para el Ministerio Público.

En relación con la iniciativa probatoria de la víctima hay que recordar que la Corte Constitucional³⁷ condicionó la exequibilidad del numeral segundo del artículo 284 a que se entendiera que la facultad de solicitar prueba anticipada también se extiende a la víctima.

Hay finalmente un punto que llama la atención entorno de la prueba anticipada, y es la dificultad que se asocia a la iniciativa de su solicitud, en la medida en que para solicitarla es necesario que exista imputación, lo cual no depende mas que de la Fiscalía, de suerte que si no se ha realizado la audiencia de imputación, ni la defensa, ni la víctima, ni el representante del Ministerio Público podrían excitar el aparato judicial con el objetivo de practicar la prueba anticipada, ya que bien puede encontrarse en peligro también la prueba que favorezca los intereses de estas partes o intervinientes. No se les puede exigir que busquen o promuevan la imputación para adquirir legitimación para solicitar la práctica de la prueba anticipada.

En ese sentido la Corte Constitucional se ha pronunciado para aclarar que el derecho de defensa se extiende también a los momentos previos a la formulación de imputación, razón por la cual, el acto de preservación de la prueba, a partir del excepcional instituto de su práctica anticipada, con la pretensión de que se lleve a

³⁷ En la Sentencia C-209 de 2007.

juicio, cuando está en peligro esta posibilidad, es un acto de defensa y por tanto debe entenderse dentro de las posibilidades que se tienen, aun antes de la formulación de la imputación³⁸. Así se ha pronunciado la Corte:

“En este orden de ideas, la correcta interpretación del derecho de defensa implica que se puede ejercer desde antes de la imputación. Así lo establece el propio Código por ejemplo desde la captura o inclusive antes, cuando el investigado tiene conocimiento de que es un presunto implicado en los hechos. Por ello, la limitación establecida en el artículo 8° de la ley 906 de 2004, si se interpreta en el entendido de que el derecho de defensa sólo se puede ejercer desde el momento en que se adquiere la condición de imputado, sería violatorio del derecho de defensa.”

3.3. PRUEBA DE LA INIMPUTABILIDAD

La dinámica probatoria parte de reconocer al proceso como una relación dialéctica de contrarios, en el que se inicia con la postulación por parte de la Fiscalía, a quien le corresponde la responsabilidad probatoria dentro del proceso, frente a la cual, el procesado ya tiene la presunción de inocencia.

Este principio encuentra su excepción en la prueba de la inimputabilidad que pretende alegar la defensa. Así el artículo 344 del Código de Procedimiento Penal, en su inciso segundo, ordena que “Cuando la defensa piense hacer uso de la inimputabilidad en cualquiera de sus variantes entregará a la Fiscalía los exámenes periciales que le hubieren sido practicados al acusado.”

³⁸ Corte Constitucional Sentencia C-1154 de 2005. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

La inimputabilidad se acredita entonces con un informe pericial, que como todo documento, debe ser introducido al juicio por intermedio de un testigo, que será precisamente el perito que lo elaboró, quien deberá de manera oral verter su conocimiento en torno del estado de inimputabilidad del paciente observado.

En torno de la iniciativa probatoria de la defensa en lo que se refiere al estado de inimputabilidad, que de alguna manera supone una excepción de la carga de la prueba, es posible gracias a la capacidad investigativa y pericial que le otorgó la Ley 1142 de 2007, que incluyó un nuevo numeral al artículo 125 de la Ley 906 de 2004, en que se reconocen como facultades de la defensa:

“Buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar elementos materiales probatorios y evidencia física; realizar entrevistas y valoraciones que requieran conocimientos especializados por medio de los técnicos e investigadores autorizados por la ley. Para tales efectos las entidades públicas y privadas, además de los particulares, prestarán la colaboración que requieran, sin que puedan oponer reserva, siempre que se acredite por parte del defensor certificado por la Fiscalía General de la Nación, que la información será utilizada para efectos judiciales.”

Con esto queda claro que la defensa tiene, no sólo la posibilidad sino la obligación de obtener los medios probatorios para desplegar el derecho de la defensa técnica de manera eficaz, el cual, en desarrollo del principio de igualdad de armas, debe ser auspiciado por el Instituto Nacional de Medicina Legal, de acuerdo con lo ordenado por el artículo 204 de la Ley 906 de 2004.

En este sentido es de precisar que la Corte Suprema de

Justicia³⁹ decretó la nulidad del proceso en el que se acusó a tres internos del pabellón de enfermos mentales de una cárcel de haber abusado sexualmente de otro recluso, por cuanto no se garantizó la igualdad de armas al no haberse facilitado la prueba de la inimputabilidad que la defensa no podía obtener por sus propios recursos. En importante y esclarecedor pronunciamiento la Corte manifestó:

“Ahora bien, está claro que la Ley 906 de 2004, ha hecho recaer en la parte defensiva la obligación, a manera de carga procesal, de alegar y probar la existencia de ese trastorno o anomalía síquica que tuvo especial incidencia en la realización del delito, incluso demandando, por vía excepcional, que desde la misma formulación de acusación se plantee esa como teoría del caso a desarrollar en el juicio oral, acorde con lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 344, en cuanto demanda esa manifestación expresa de la defensa, aportando allí mismo los exámenes periciales practicados al acusado.

La exigencia en cuestión tiene una doble finalidad. Primero, evitar que, como ocurre en el régimen de la Ley 600 de 2000, se utilice el tópico de la inimputabilidad como argumento común y generalizado –especialmente en los casos de homicidio en los cuales el ejecutor se halla bajo el influjo de bebidas embriagantes-, a falta de una mejor teoría del caso, pero sin soporte testimonial o científico, razón por la cual la sistemática acusatoria reclama de la defensa anunciarlo anteladamente y presentar los informes en que funda su alegación.

³⁹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 23 de abril de 2008. Rad. 29118. M.P.: SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Y segundo, facultar de la fiscalía, dentro del concepto de igualdad de armas, la adecuada contradicción de un tema que, por su especialidad científica, requiere adecuada preparación previa y contrastación.

Esa manifestación que se obliga de la defensa, como se advierte de la sistemática acusatoria contemplada en la Ley 906 de 2004, implicaría necesario que para el momento de la formulación de acusación contase ella con los elementos de juicio suficientes para sustentar su teoría del caso encaminada a demostrar la inimputabilidad de los procesados.

Vale decir, como después de la formulación de imputación, se despliega formal y materialmente la tarea investigativa propia de la fiscalía y la defensa, ambas en pro de soportar su particular teoría del caso, para efectos de que, llegada la acusación, ya se haya determinado cómo se afrontará el juicio, es en ese espacio que la defensa debe acopiar esos exámenes, simplemente, porque si de ellos se deduce que los acusados no comportaban, para el momento de los hechos, algún tipo de trastorno que les impidiese conocer la ilicitud de su actuar o gobernarse de acuerdo a ese conocimiento, ningún sentido tiene anunciar al momento de formularse la acusación, que la teoría del caso se funda en una inimputabilidad carente de sustento y, por ende, de imposible demostración en el juicio.

...

Consciente de ello, el profesional de la medicina recomendó que se examinara a los procesados por parte de especialistas adscritos al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en consejo que de inmediato acató la defensora, buscando de manera ingente se diera la cita para la

evaluación, aunque ello resultó infructuoso, pues, se formuló la acusación, realizó la audiencia preparatoria y adelantó el juicio oral, sin que fuese posible obtener la cita y mucho menos el informe pericial subsecuente.

...

Para la Corte, también era posible que la Jueza de Conocimiento incidiera de manera más profunda en la posibilidad de practicar el examen a los procesados y allegar el correspondiente informe, sin que ello implique abandonar su rol de funcionario imparcial, ni mucho menos, incidir oficiosamente en el decreto o práctica de pruebas, como de consuno lo predicaron la fiscalía y el Ministerio Público durante la audiencia de sustentación del recurso de casación.

Todo lo contrario, si se estimase que el Juez opera como tercero imparcial encargado de velar porque las reglas de juego se cumplan, esa condición de garantía que se le atribuye debería conducir a que, observado cómo el principio de igualdad de armas empieza a desnaturalizarse dada la negligencia estatal, se equilibren las cargas, para lo cual debe interponer sus buenos oficios en aras de que oportunamente se practique el examen solicitado por la defensa, necesario en el sustento de su teoría del caso, así como posee la facultad para obtener que los testigos legos y expertos comparezcan a la audiencia de juicio oral, por la vía de la conducción consagrada en los artículos 384 y 412 de la Ley 906 de 2004.

En este sentido, debe precisarse que la condición de imparcialidad o neutralidad del funcionario no implica absoluta pasividad, pues, en casos como el examinado esa omisión conduce a que se vulnere el principio de igualdad de

armas, precisamente uno de aquellos que se le obliga proteger y garantizar al Juez de conocimiento.

...

En el asunto examinado, se recalca, la defensa, dentro de su particular teoría del

caso, entendió necesario adelantar una concreta labor investigativa, que hace necesaria la intervención del investigador de laboratorio, pero su pretensión fue frustrada por la negligencia o molicie de algunos funcionarios, y solo se busca que el funcionario judicial intime al Instituto Nacional de Medicina Legal, realizar el examen solicitado, que, en la práctica, no siquiera debe entenderse una prueba como tal, ya que será finalmente la defensa, acorde con lo que esa evaluación arroje, la que decidirá si pide o no, en el momento procesal adecuado, se llame como testigo al experto o perito.

En suma, la Corte advierte que en el asunto examinado resultaba de vital importancia allegar el examen siquiátrico de medicina legal, conforme lo que constituyó teoría del caso de la defensa, dada la trascendencia de su resultado en frente de la posibilidad cierta de que se hubiese condenado como imputables a personas inimputables.

Ello conlleva a que se decrete la nulidad de parte de lo actuado, en aras de que se restablezca el derecho conculcado, como quiera que es esta la única manera de remediar el daño causado.

En punto del momento a partir del cual debe decretarse esa nulidad, la Sala estima, en seguimiento del criterio de racionalidad obligado de tener en cuenta aquí, que ello debe

operar desde cuando se convocó a la audiencia preparatoria, para efectos de que se rehaga este necesario hito procesal destinado precisamente a la discusión probatoria, en curso del cual, ya la defensa, recabado el examen menesteroso de realizar por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses –para cuyo efecto debe hacer valer el juzgado de conocimiento sus poderes conminatorios–, podrá, dentro de su particular teoría del caso y acorde con lo que la experticia arroje, solicitar o no la presencia del profesional médico encargado de rendir el dictamen, e incluso facultar de la fiscalía la presentación de la correspondiente prueba de refutación, si es ese su interés.”

Otra situación que se presenta en torno de la prueba de la inimputabilidad es, tanto la iniciativa, como la oportunidad, en relación con aceptaciones de imputación o celebración de preacuerdos.

Deben llamar la atención del Juez situaciones como la vivida al interior de un proceso en el que la imputada aceptó la imputación de un homicidio agravado, en un proceso en el que días antes de la verificación de que habla el artículo 293, el defensor solicitó al Instituto Nacional de Medicina Legal la valoración psiquiátrica de la procesada, obteniendo, antes de la audiencia una respuesta, reconociendo un trastorno bipolar severo y manifestando que esa información ya estaba en manos de la Fiscalía; informe según el cual, era muy posible que la procesada estuviera en estado de inimputabilidad, tanto al momento del homicidio, como de la aceptación de la imputación.

3.4. LA INICIATIVA PROBATORIA DEL REPRESENTANTE DE LA VÍCTIMA Y DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO.

Reconocida la iniciativa probatoria a estos dos intervinientes, es oportuno aclarar la limitación que tienen en la práctica de las probanzas que se llevan al juicio, lo cual quedó claro a partir de una sentencia de casación en que la Corte Suprema de Justicia se ocupó en detalle del tema, en que precisó las limitaciones que tienen de interrogar y contrainterrogar a los testigos:

“6. La Sala, teniendo en cuenta la historia legislativa y los precedentes jurisprudenciales considera que en el juicio oral solamente las partes pueden hacer presentación del caso e interrogar y contrainterrogar; esto es, la Fiscalía y la defensa son los únicos sujetos procesales autorizados para participar en la construcción del juicio oral, razón por la cual ningún otro interviniente puede ejecutar acciones para determinar una teoría del caso, cuestionar a los testigos, presentar objeciones y en general promover controversias en su desarrollo.

El Ministerio Público tiene unas facultades limitadas en el curso del juicio oral y solamente cuando observe la manifiesta violación de garantías y derechos fundamentales podrá proceder a solicitar el uso de la palabra ante el Juez.

Excepcionalmente y con el único propósito de conseguir el “cabal conocimiento del caso”, el representante de la sociedad también podrá interrogar a los testigos, de lo cual se desprende que no tiene derecho a contrainterrogar y menos a utilizar la técnica propia de este tipo de preguntas. La facultad de interrogar no lo autoriza para suplir las deficiencias de las partes ni para introducir respuestas a interrogantes que fueran válidamente objetados entre ellas. Lo contrario sería

permitirle que tome partido por una de las partes o se recargue y que en el juicio se desequilibre la igualdad que debe existir entre ellas.

Las víctimas no pueden participar de la dinámica propia del juicio oral; están excluidas de la posibilidad de presentar una teoría del caso y tampoco se les autoriza que interroguen o contrainterroguen a los testigos. Permitir lo anterior implica autorizar la presencia de dos acusadores, supuesto extraño a las premisas que informan el debate de partes que identifica la sistemática procesal acusatoria colombiana.

Lo dicho no significa que las víctimas estén desprotegidas en ésta etapa procesal porque la Fiscalía las representa, razón por la cual el delegado fiscal debe escuchar sus inquietudes; además, pueden presentar un alegato de conclusión en el cierre del debate y, si es del caso, apelar la sentencia⁴⁰.

De acuerdo con lo expuesto el interrogatorio a los testigos realizado por aquellos sujetos que no tienen la condición de parte (y como tal sólo reciben dicha denominación en el proceso (i) la Fiscalía y (ii) la defensa), genera un desequilibrio evidente tanto en lo cuantitativo como en lo cualitativo; en lo cuantitativo porque se permiten dos rondas de preguntas por parte de los acusadores y en lo cualitativo porque, por ejemplo, las preguntas objetadas por la defensa a la Fiscalía en los interrogatorios o contrainterrogatorios se pueden utilizar por el Ministerio Público o la representación de las víctimas, consiguiendo que se incorpore como prueba un dicho o manifestación que no lo pudo obtener una de las partes autorizadas para interrogar⁴¹.(...)

⁴⁰ Véase Corte Constitucional, sentencias C-209 de 2007 M.P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA y C-516 de 2007. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

⁴¹ Que en el presente asunto se dirigieron inequívocamente a suplir las falencias de los interrogatorios, contrainterrogatorios y redirectos realizados por la Fiscalía.

La anterior irregularidad generó nuevos interrogatorios por parte de los otros intervinientes, pues frente a lo preguntado por el Ministerio Público⁴² y la apoderada de la víctima se dio una nueva oportunidad al Fiscal y a la defensa, resultando de allí interrogatorios redirectos de redirectos, exótica figura no establecida en nuestro sistema procesal ni en ningún otro conocido⁴³, pues con ello se hacen interminables las materias a absolver por los testigos afectándose la dinámica procesal y los principios de economía y celeridad.⁴⁴

Ap

1. Indique las razones que motivaron a la Corte para declarar exequible la prueba anticipada.

2. Raquel está muy mal de salud a causa de una enfermedad terminal -leucemia-, y tiene información importante, relevante en un proceso de lavado de activos.

a. ¿Es admisible la práctica de prueba anticipada?

b. Si ésta se práctica y llega el juicio oral, estando aún Raquel viva, consiente pero hospitalizada, ¿qué se debe hacer?

c. En el supuesto en el que Raquel rinda testimonio como prueba anticipada, y luego se presente en juicio y cambie su dicho, ¿qué sucede?

3. Según lo expuesto en la unidad ¿Puede el Juez de Conocimiento decretar pruebas de oficio? Argumente su respuesta.

4. Realice la lectura de la sentencia C-396 de 2007.

⁴² Al acusado-testigo el Ministerio Público lo interrogó en dos oportunidades sin que las preguntas se hicieran en el contexto del artículo 397 del CPP, situación que se comprueba con las objeciones válidamente presentadas por la defensa y las aclaraciones y sugerencias del Tribunal dirigidas al Procurador. Véase CD 22, segunda parte, record 1:00 hasta 14:30 y 52:50 hasta 56:42.

⁴³ Por ejemplo, véase CD 22, segunda parte, record 1:00 en adelante.

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 8 de marzo de 2008. Rad. 28788. M.P. YESID RAMÍREZ BASTIDAS

a. Identifique la tesis de la Corte Constitucional frente a la prueba de oficio y determine los argumentos de la misma frente a la tesis asumida.

b. Compare la tesis de la Corte Constitucional con la tesis expuesta por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 30 de marzo de 2006, Rad. 24468. Exponga su opinión frente a cada una.

5. Realice la lectura de la sentencia C-454 de 2006, refiera los argumentos que esgrimió la Corte para tomar su decisión en lo que se refirió al Artículo 357 del C.P.P. y exponga su posición al respecto.

Ae

1. Lorena y Jorge, quienes son novios, salen de una frutería en la ciudad de Cali cuando son interceptados por dos hombres y una mujer, quienes usando una pistola intimidan a Jorge y Lorena y los despojan de sus pertenencias, (dinero en efectivo, celulares, documentos, y otros). Un vecino del lugar se percata de la situación y llama a la Policía, los agentes del orden llegan presurosos horas después y capturan a Jairo, Elsa y Darío, a quienes se les imputan los punibles de hurto agravado y calificado y porte ilegal de armas.

Se sigue el proceso, advirtiendo que:

Las pruebas que sustentaron la existencia de ese reconocimiento o señalamiento fueron la grabación de la llamada al teléfono 123 de la Policía realizada por Lorena, la denuncia presentada por la misma ante la Uri y el testimonio de los agentes Amaya y Chávez.

En la llamada realizada por Lorena a la Policía,

ella no aportó las características personales de los asaltantes quienes posteriormente fueron retenidos y observados por ella y su novio durante toda la tarde de los hechos, lo que sirvió de apoyo visual para que la ofendida presentara su denuncia ante la Uri, agregando más detalles sobre las características personales de los autores del hurto.

Los sujetos aprehendidos no fueron objeto de la diligencia de reconocimiento en fila de personas por parte de las víctimas, sino que bastó con el señalamiento que éstas hicieren acerca de la participación de los primeros. Es decir, a la fiscalía le bastó con que las víctimas indicaran si los aprehendidos habían participado en el hecho sin agotar diligencias de confrontación y de verificación.

En ese sentido, la individualización de los procesados se dio a través de dicho señalamiento por parte de las víctimas, el cual estuvo contaminado por la exposición a la que fueron sometidos durante toda esa tarde, lo que permitió que las presuntas víctimas registraran progresivamente nuevas características de los presuntos autores.

De otro lado se cuenta con la pistola que: no fue encontrada en manos de ninguno de los procesados, por el contrario, fue entregada a uno de los policías que intervinieron en la diligencia al parecer por el vigilante de la Urbanización Gratamira, quien supuestamente la recuperó luego de que uno de los procesados la arrojara por entre un hueco de la malla de ese conjunto; no fue embalada ni rotulada en el lugar donde fue hallada, pues el policía la guardó en su pantalón mientras llegaba a la Uri; fue descrita

por Lorena como plateada, y por Jorge en el juicio, de color pavonado, es decir, oscuro; en el rótulo de cadena de custodia iniciado en la Uri aparece como una pistola calibre 22 y en el formulario se la identifica como de calibre 32; y, el número externo del arma en el formato de cadena de custodia no corresponde al número consignado en los formatos pues en lugar de la letra H aparece el número uno.

- a. De acuerdo con los supuestos fácticos narrados, ¿considera usted que es admisible como medio de conocimiento el señalamiento hecho por las víctimas en torno a la individualización de los sujetos?
- b. ¿Qué decisión se debe tomar frente a la pistola, teniendo en cuenta la cadena de custodia?

Teniendo en cuenta los medios de conocimiento con los que se cuenta en el caso narrado, ¿Cuál sería su sentencia? Argumente.

B

MORENO, Carlos Alberto. "La prueba de oficio dentro del sistema acusatorio adoptado por el acto legislativo 03 de 2002 y la ley 906 de 2004". En: Segundo Conversatorio Nacional Sistema Penal Acusatorio. Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla". Bogotá D.C. 2007.

J

Las providencias que se reseñan a continuación son de utilidad para profundizar los temas desarrollados en la unidad.

Corte Constitucional. Sentencia C-516 de 2007. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.
Corte Constitucional. Sentencia C-396 de

2007. M.P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

Corte Constitucional. Sentencias C-209 de 2007 M.P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

Corte Constitucional Sentencia C-1154 de 2005. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

Corte Constitucional. Sentencia C-591 de 2005. M.P.: CLARAINÉS HERNÁNDEZ.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 23 de abril de 2008. Rad. 29118. M.P.: SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 8 de marzo de 2008. Rad. 28788. M.P.: YESID RAMÍREZ BASTIDAS.

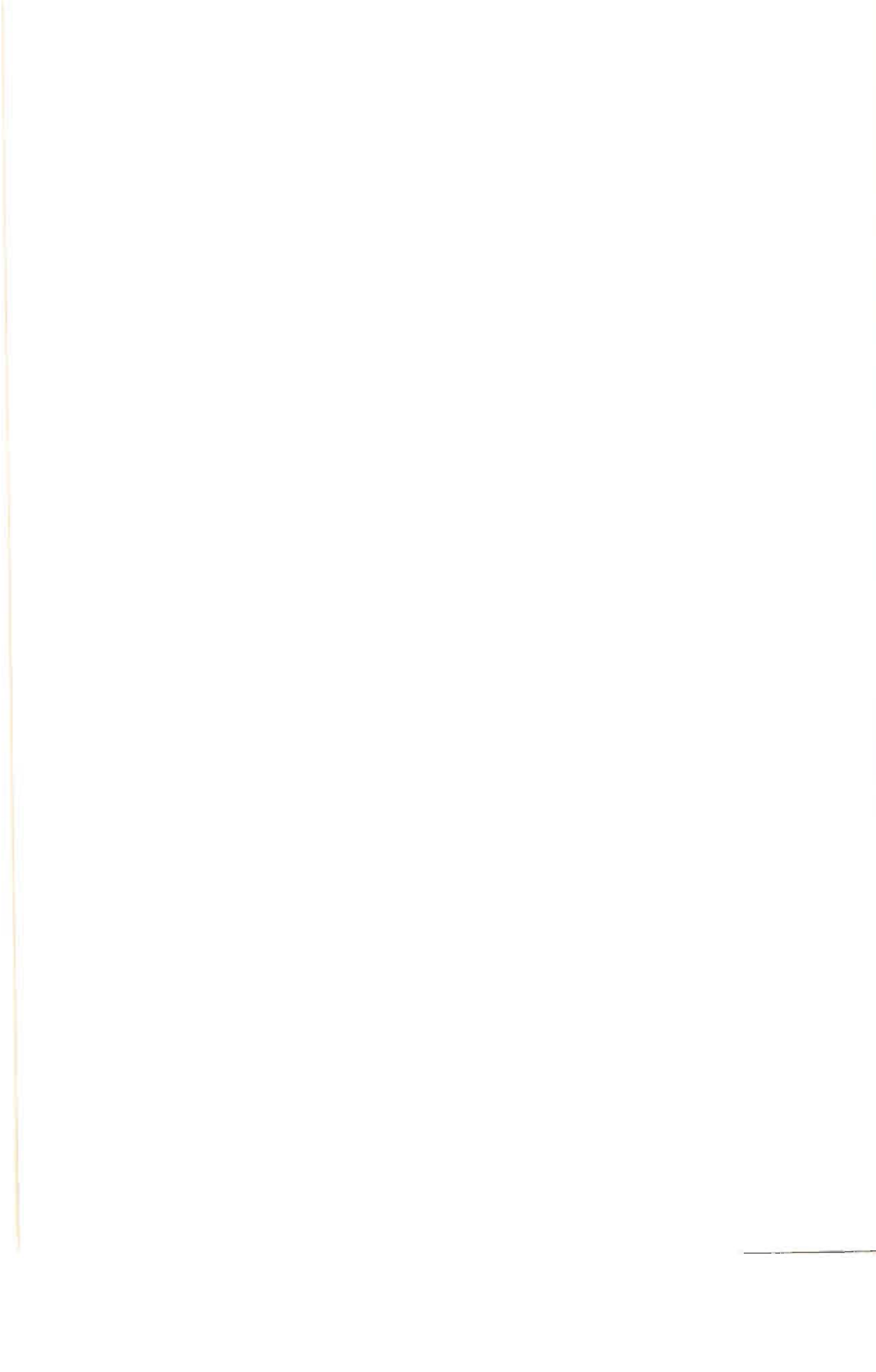
Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 08 de Noviembre de 2007. Rad. 26411. M.P.: ALFREDO GÓMEZ QUINTERO.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de Marzo de 2006. Rad. 24468. M.P.: EDGAR LOMBANATRUJILLO.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 12 de Junio de 2005. Rad. 14464. M.P.: EDGAR LOMBANATRUJILLO.

Unidad **4**

DESCUBRIMIENTO
PROBATORIO



Og

Establecer las características particulares del descubrimiento probatorio como figura propia del Sistema Penal Acusatorio.

Oe

- Definir descubrimiento probatorio.
- Identificar los momentos procesales en los cuales se verifica el descubrimiento probatorio.
- Reconocer la relación existente entre el descubrimiento probatorio y diversos principios como lo son el de igualdad, legalidad, lealtad.
- Identificar y dar respuesta a problemas prácticos que son recurrentes entorno al descubrimiento probatorio.

4.1. DESCUBRIMIENTO PROBATORIO

En la actividad probatoria es posible distinguir varios momentos, tales como el descubrimiento, la admisión, la práctica y la valoración, correspondiendo ahora abordar las dificultades que han surgido en torno de la primera, es decir, en torno al descubrimiento.

Hay que partir del concepto de descubrimiento probatorio, se debe saber que es un aspecto sustancial de la actuación que se enraíza en el debido proceso y que toca en sus cimientos el derecho a la defensa, que consiste en la actividad desplegada por una y otra parte para dar a conocer los elementos materiales probatorios y sus fuentes, que se harán valer como prueba en el juicio oral. El descubrimiento probatorio se inicia con el descubrimiento que hace

la Fiscalía y se concreta cuando la Fiscalía y la defensa suministran, exhiben o ponen a disposición de la contraparte todas las evidencias y elementos probatorios de que dispongan, y anuncian todas las pruebas cuya práctica solicitarán para ser llevadas a cabo en el juicio oral para respaldar su teoría del caso.

Del descubrimiento se dice que es una figura propia del proceso angloamericano, que solo data de los años sesenta, y “Su objetivo se cifra en evitar que se introduzcan pruebas en sede de juzgamiento sobre las cuales no se pueda conformar un contradictorio adecuado, sobre todo para el acusado, que se presenta en desventaja frente a la Fiscalía que ha contado con todas las prerrogativas y medios para investigarlo. Por lo tanto este es un medio de equilibrio entre las partes para un correcto ejercicio del contradictorio y obviamente del derecho de defensa”⁴⁵.

El descubrimiento probatorio, “Discovery” es propio de la esencia del sistema acusatorio y su carácter adversarial y se relaciona directamente con los principios que sustentan el proceso y las prácticas probatorias dentro de éste. Significa lo anterior que dentro del esquema del proceso penal, un descubrimiento defectuoso o incompleto conlleva vulneración de garantías fundamentales y podría generar nulidad de lo actuado en los términos del artículo 457 de la Ley 906 de 2004, y en todo caso exclusión del debate probatorio de todo aquello que no fue objeto de un adecuado descubrimiento.

En este orden de ideas, el descubrimiento guarda una estrecha relación con el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución, puesto que a través del descubrimiento se concreta el postulado constitucional según el cual al imputado se le

⁴⁵ GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Proceso Penal. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez y Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2005, pp. 282 y 283.

debe seguir un procedimiento con la observancia de la plenitud de las formas del juicio y tiene el derecho de presentar y controvertir pruebas, a ejercer el derecho de defensa a través de un abogado o abogada y a solicitar la exclusión de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso.

Frente a la igualdad, consagrada constitucional y legalmente, el descubrimiento probatorio tiene una relación importante, en tanto corresponde a los servidores judiciales hacerla efectiva para los intervinientes en desarrollo de la actuación. Se concreta en la denominada igualdad de armas, que consiste en el derecho que tiene la defensa de conocer las evidencias y elementos probatorios que la Fiscalía utilizará para la acusación (C. de P.P., artículo 125 numeral 3) y, a la vez, a la Fiscalía de conocer de cuáles evidencias y elementos probatorios se servirá la defensa, con la finalidad de que puedan desempeñarse en el mismo plano o nivel.

Teniendo en cuenta que esta prerrogativa no se agota en el simple conocimiento previo, sino que otorga a cada parte la potestad de "utilizar", si conviene a sus intereses, las evidencias y elementos probatorios aducidos por la otra, bien para impugnar la pertinencia o el poder de persuasión, o bien para respaldar su propia teoría.

Es de preponderante importancia el descubrimiento probatorio frente al principio de legalidad, por cuanto este procedimiento es presupuesto para decidir sobre la pertinencia y el decreto de la prueba por parte del Juez o la Jueza y, por la necesidad de observar las formas propias del juicio. Lo anterior es tan cierto y relevante que en el caso de llegarse a practicar una prueba sin surtirse el descubrimiento y ésta fuere tomada en cuenta para decidir, en segunda instancia o en sede de casación, podría ser objeto de exclusión, de acuerdo con lo planteado por el artículo 346.

El descubrimiento probatorio permite además que se concrete el derecho a la defensa, en la medida que sabiendo cuales son los medios de conocimiento que se van a usar en su contra, tiene una mayor oportunidad el procesado o procesada de controvertirlos y desvirtuarlos, esto es, de preparar su defensa.

No menos importante es la relación que tiene el descubrimiento con el principio de lealtad, bajo el supuesto de que todos los intervinientes en el proceso deben actuar conforme a los postulados de la buena fe. Supuesto que implica que los descubrimientos realizados por una y otra parte deben ser íntegros, completos, y de esa manera evitar que a la postre alguna de las partes resulte sorprendida y en una situación de desigualdad por simple desconocimiento.

El descubrimiento probatorio también representa la concreción del principio de contradicción, en virtud del cual el acusado tiene derecho a conocer y controvertir las pruebas que se harán valer en su contra⁴⁶.

El descubrimiento tiene varios momentos, vale decir, la presentación del escrito de acusación, la audiencia de formulación de acusación y la audiencia preparatoria; sin perjuicio de que en el desarrollo del juicio también se realice descubrimiento, de acuerdo con lo autorizado por el inciso final del artículo 344.

En primer lugar, la Fiscalía debe anunciar desde el escrito de acusación las pruebas que pretende hacer valer en el juicio oral, para ello debe realizar una lista detallada que contenga una relación de los hechos, las pruebas anticipadas de haberlas, los datos para localizar los testigos de cargo y de descargo, los datos para la

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 21 de febrero de 2007. Rad. 25920. M.P.: JAVIER ZAPATA ORTIZ.

ubicación de los peritos, los documentos que pretenda aducir con los respectivos testigos de acreditación; y además, los elementos que pudieren resultar favorables al acusado.

El numeral 5° del artículo 337 del Código de Procedimiento Penal, dispone el deber para la Fiscalía, de entregar copia del escrito de acusación con destino al acusado, al Ministerio Público y a las víctimas, con fines únicos de información; con el objeto de que la defensa realmente acceda al escrito de acusación y sus anexos antes de realizarse la audiencia de formulación de acusación, lo cual implica una conducta diligente y leal del Fiscal, de la defensa y del Juez de Conocimiento.

En segundo lugar encontramos la ya referida audiencia de formulación de acusación que como ya se dijo es el principal escenario en el que se lleva a cabo el descubrimiento probatorio por parte de la Fiscalía, es el espacio en el que las partes deben colaborar para que el descubrimiento se verifique en forma completa y correcta. En todo caso, corresponde al administrador de justicia velar por la vigencia de las garantías fundamentales de cada uno de los intervinientes, desplegando en pleno sus facultades como director y responsable de la marcha del juicio en condiciones constitucionales y legales.

En la referida audiencia, la Fiscalía, a su vez, puede solicitar al Juez o a la Jueza que ordene a la defensa la entrega de la copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios de que disponga y pretenda hacer valer en juicio, de que disponga en ese momento, lo cual es muy poco probable porque hasta ahora se está conociendo la acusación con su respaldo probatorio, y hasta ahora la defensa comienza su labor de análisis de la posición procesal que asumirá en el juicio, que de

acuerdo con los principios constitucionales que protegen su ejercicio, pueden ir desde guardar silencio y asumir una posición eminentemente pasiva, pasando por sólo contradecir las pruebas de la Fiscalía, hasta desplegar una actividad probatoria activa; lo cual apenas se decidirá, seguramente, después de conocido el escrito de acusación y sus anexos.

En este orden de ideas, para las partes surge el deber de descubrir los elementos materiales probatorios que pretenden hacer valer en juicio, y paralelamente para el Juez o la Jueza surge la obligación de velar porque el descubrimiento sea completo, íntegro y con observancia de las garantías para todos los intervinientes.

La admisibilidad de la prueba está condicionada al correcto y completo descubrimiento probatorio, así lo dispone el artículo 346 de la Ley 906 de 2004, al decir que el Juez o la Jueza tienen la obligación de rechazar todas aquellas evidencias o elementos probatorios sobre los cuales se haya incumplido el deber de revelar información durante el procedimiento de descubrimiento. Por tanto, las evidencias, medios y elementos no descubiertos no podrán aducirse al proceso ni convertirse en prueba dentro del mismo, ni practicarse durante el juicio oral⁴⁷.

En tercer lugar, la audiencia preparatoria constituye otro momento procesal importante para verificar el descubrimiento probatorio. En ésta, el administrador de justicia cumple un papel preponderante, en tanto tiene la misión de garantizar un adecuado descubrimiento, para ello debe confirmar que el descubrimiento por parte de la Fiscalía fue completo, luego de lo cual ordena a la defensa el descubrimiento de lo que pretende llevar como prueba al juicio, así como también debe ordenar a la Fiscalía y a la defensa que

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 21 de febrero de 2007. Rad. 25920. M.P.: JAVIER ZAPATA ORTIZ.

enuncien la totalidad de pruebas que proyectan hacer valer en el juicio oral. También, en esta audiencia hay lugar a que la Fiscalía y la defensa realicen estipulaciones probatorias.

En esta audiencia, el Juez o la Jueza, a petición de la partes puede solicitar a la Fiscalía o a la defensa que descubran materialmente los elementos materiales probatorios y evidencia física que pretenden hacer valer, para que las partes las conozcan y estudien. Pero si el administrador de justicia concluye que para construir un juicio justo es necesario, aun cuando las partes no manifiesten su deseo, puede solicitar que se exhiban los elementos materiales probatorios y evidencia física en desarrollo de esta audiencia denominada preparatoria⁴⁸.

Por último, es posible hacer referencia a otros momentos procesales, como lo puede ser la audiencia de juicio oral, que aunque no es el escenario apropiado para solicitar pruebas o para descubrirlas, si se llegaren a configurar los presupuestos establecidos en el artículo 344 del Código de Procedimiento Penal, es decir, que ese medio de prueba solicitado se hubiere encontrado durante el desarrollo del juicio, que sea muy significativo por su incidencia en el juzgamiento y por ende, objetivamente, deba ser descubierto, nace la posibilidad para que en el desarrollo de la audiencia de juicio oral se descubran elementos materiales probatorios⁴⁹.

Luego de mencionar los momentos procesales en los que se verifica el descubrimiento probatorio, conviene revisar los inconvenientes más frecuentes que en torno del descubrimiento se han presentado.

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 21 de febrero de 2007 Rad. 25920. M.P.: JAVIER ZAPATA ORTIZ.

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de Marzo de 2006. Rad. 24468. M.P.: EDGAR LOMBANA TRUJILLO

4.2. DIFICULTADES EN TORNO DEL DESCUBRIMIENTO

4.2.1. EL ORDEN DEL DESCUBRIMIENTO Y DE LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA

Esta situación se presenta por la redacción del artículo 344 de la Ley 906 de 2004, según el cual, en la audiencia de formulación de acusación se realiza también el descubrimiento de la defensa. Y tiene que quedar claro que el descubrimiento es de la Fiscalía, quien cuenta a la defensa cómo va a ser su ataque para que la defensa, si lo quiere, contraataque, y en ese caso cuente cuál va a ser su actitud, si de aceptación, si pasiva, o si activa, pero no es que se le obligue a una posición activa definitivamente. Eso sí, si va a ser combativa con pruebas, tiene que descubrirlas. Por eso es la Fiscalía la que tiene que culminar todo su descubrimiento inicialmente, y en ese momento se conoce qué actitud adopta la defensa y, si adopta sólo una actitud pasiva y no va a utilizar ningún elemento probatorio, tendrá sólo que manifestarlo, pero si sí va a utilizar, le nace el deber de descubrir en la preparatoria. El orden de esa dinámica no se puede alterar. Máxime si la Fiscalía ha tenido todo el tiempo que ha requerido para armar la acusación, a tal punto que no existe plazo entre la ocurrencia de la conducta punible y la formulación de imputación, sino que la Fiscalía puede extenderse todo el tiempo que le resulte necesario mientras no prescriba la acción penal y, además, después de la formulación de acusación el plazo para radicar el escrito de acusación es controlado por la Fiscalía, el cual tiene un término máximo, pero no mínimo (artículo 175 del C.P.P.)

La actividad probatoria y la dialéctica dialogal del proceso tienen una dinámica que se inicia con la formulación o el señalamiento que hace la Fiscalía en su condición de promotor del proceso como titular de la acción penal, y como promueve la acción

penal, tiene la carga de la prueba. Así, el artículo 7º de la Ley 906 de 2004 comienza por decir que toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, y continúa señalando que es a la Fiscalía, en su condición de órgano de persecución penal, que corresponde la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal, carga que en ningún momento podrá invertirse y que su obligación va hasta llevar al Juez al nivel de certeza, convencimiento más allá de toda duda razonable y que cualquier sombra de duda que quedare deberá ser resuelta a favor del procesado. Ha dicho la Corte Constitucional que:

“Es el Estado el que corre con la carga de la prueba y, en consecuencia, es de su resorte impulsar la actividad procesal orientada a establecer la verdad de los hechos y a desvirtuar, si las pruebas que aporte que se controvierten a lo largo del proceso se lo permiten, la presunción que favorece al procesado. De allí resulta que éste, quien no está en la posición jurídica activa, se halla exento de la carga de la prueba. No debe demostrar su inocencia. Le es lícito, entonces, hacer o dejar de hacer, decir o dejar de decir todo aquello que tienda a mantener la presunción que el ordenamiento jurídico ha establecido en su favor. Y en esa actitud, que es justamente la que el debido proceso protege, le es permitido callar. Más aún, la Constitución le asegura que no puede ser obligado a hablar si al hacerlo puede verse personalmente comprometido, confesar o incriminar a sus allegados.”⁵⁰

En relación con los momentos propios para adelantar el descubrimiento resulta altamente pedagógica la sentencia de la Corte Suprema de Justicia⁵¹ en la que se explicó:

⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-621 de 1998, M.P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

⁵¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 12 de abril de 2008. Rad. 28847. M.P.: JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

“1. No debe olvidarse que el esquema adversarial propio del sistema acusatorio que rige en Colombia, busca que cada parte, de manera independiente, adelante su particular tarea investigativa y, como resultado de la misma, presente en la oportunidad procesal correspondiente la solicitud probatoria que sustente su personal teoría del caso⁵².”

Por ello, como lo ha indicado la jurisprudencia de la Corte, es de la esencia del sistema acusatorio consagrado en nuestra legislación el descubrimiento probatorio, el cual consiste en que la fiscalía y la defensa deben suministrar, exhibir o poner a disposición de la contraparte todos los elementos materiales probatorios y evidencia física que posean como resultado de sus averiguaciones y que pretendan sean decretadas y practicadas en el juicio oral como sustento de sus argumentaciones, instituto procesal que, así contemplado por la ley, está sustentado en los principios de igualdad, lealtad, defensa, contradicción, objetividad y legalidad, entre otros, permitiendo de esa manera que cada interviniente conozca oportunamente cuáles son los instrumentos de prueba sobre los cuales el adversario fundará su teoría del caso y, de ese modo, elaborar las distintas estrategias propias de la labor encomendada a cada parte en procura del éxito de sus pretensiones.

Ahora bien, entendiendo la función y la tarea que deben realizar el fiscal acusador y la defensa del acusado y, a su vez, lo trascendental de dicho instituto frente al desarrollo de la actividad de cada uno de los mencionados intervinientes (recuérdese que cada cual cumple su propio rol), la Ley 906 de 2004 previó, de manera metódica y cronológica, unos

⁵² Corte Suprema de Justicia. Providencia del 29 de agosto de 2007. Rad. 28056. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

momentos procesales para el descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, consolidando de esa manera la igualdad de condiciones y de oportunidades conforme se encuentra diseñado el juicio y prevista la participación de los intervinientes en él.

Tales momentos son:

El primero acontece con el escrito de acusación que presenta el fiscal ante el Juez de conocimiento, el cual debe contener, entre otras exigencias, "el descubrimiento de pruebas" consignado en un anexo. El fiscal está en la obligación de entregar copia de dicho escrito al acusado, a su defensor, al Ministerio Público y a las víctimas (artículo 337).

El segundo se consolida en la audiencia de formulación de acusación, acto en el cual, según el artículo 344, "se cumplirá lo relacionado con el descubrimiento de la prueba", pues la defensa podrá solicitar al Juez de conocimiento que ordene a la "fiscalía" el descubrimiento de un elemento material probatorio y, a su vez, la fiscalía también podrá "pedir al Juez que ordene a la defensa entregarle copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio".

El tercer momento se presenta en la audiencia preparatoria, en la medida en que el numeral 2° del artículo 356 dispone que la "defensa" descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física.

Por último, el inciso final del artículo 344 prevé, de manera excepcional, otro momento para el descubrimiento probatorio, toda vez que si en 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, 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".

Así, entonces, como lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte, la misma que sirvió de sustento a las argumentaciones de la parte recurrente en este caso, "se colige sin dificultad que no existe un único momento para realizar en forma correcta el descubrimiento, ni existe una sola manera de suministrar a la contraparte las evidencias, elementos y medios probatorios. Por el contrario, el procedimiento penal colombiano es relativamente flexible en esa temática, siempre que se garantice la indemnidad del principio de contradicción, que las partes se desempeñen con lealtad y que las decisiones que al respecto adopte el Juez, se dirijan a la efectividad del derecho sustancial y al logro de los fines constitucionales del proceso penal" (se subrayó)⁵³.

En esas condiciones, como bien puede apreciarse, el descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física está supeditado a un orden metódico y cronológico, según la función y la labor que la fiscalía y la defensa cumplen en el actual proceso de enjuiciamiento oral, siendo evidente que dicho descubrimiento es consecuente y

⁵³ Corte Suprema de Justicia. Sentencias: Del 21 de febrero de 2007. Rad. 25920; Del 13 de septiembre de 2006. Rad. 25007; del 11 de marzo de 2007. Rad. 26128, entre otras.

lógico con el orden que la ley ha previsto frente a la intervención de las citadas partes en aras de garantizar, entre otros, los principios de igualdad, contradicción y lealtad.

Es así como el primer momento del descubrimiento de la prueba, dentro de un contexto lógico del sistema, se encuentra previsto exclusivamente para el fiscal, funcionario que con la presentación del escrito de acusación está en la obligación de entregar al acusado, a su defensor, al Ministerio Público y a las víctimas un anexo contentivo de los elementos materiales probatorios sustento de la acusación (artículo 337)⁵⁴.

Es a partir de ese instante, es decir, del recibo de las referidas copias, cuando las demás partes y específicamente la defensa se enteran sobre qué va a versar la acusación y cuáles son los elementos de convicción que apoyan los cargos, instante a partir del cual la defensa técnica empieza la tarea propia de la labor a él encomendada. No obstante, el conocimiento formal de la acusación que por escrito presentó la fiscalía ante el correspondiente Juez de conocimiento, se materializa en la audiencia de formulación de acusación, acto en el cual, luego de disponerse por parte del Juez "el traslado del escrito de acusación a las demás partes" (artículo 339) y agotados otros ineludibles pasos, se verifica el segundo momento que la ley ha previsto para el "descubrimiento de la prueba", instante en el que, según lo dispuesto en el artículo 344, es la defensa quien en primer término y si a bien lo tiene, goza del derecho a solicitar al Juez "que ordene a la fiscalía el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física", evento en el

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 21 de febrero de 2007. Rad. 25920. JAVIER ZAPATA ORTIZ.

cual se constituye en una obligación por parte de la fiscalía proceder a cumplir el descubrimiento solicitado por la defensa y ordenado por el juez.

No es caprichoso, entonces, que dentro de esa sucesión de pasos teleológicamente concebidos por el legislador, permita que sea la defensa quien solicite en primer lugar el descubrimiento probatorio, pues, se reitera, hasta ese momento se está consolidando su conocimiento frente al contenido de la acusación y de los elementos materiales probatorios y evidencia física que la apoyan, pues no puede olvidarse que, en principio, la fiscalía ha contado con todas las prerrogativas y medios de investigación para sustentar y materializar dicha acusación, siendo factible (por eso se dice que en principio) que la defensa no cuente en ese instante con sus propios elementos materiales de convicción o teniendo algunos, de todos modos vea la necesidad de buscar otros que en ese acto (audiencia de formulación de acusación) aún no ha precisado, debido a que hasta ahora elaborará su estrategia defensiva o contando con ella advierta la necesidad de complementarla o adicionarla frente a los cargos de la acusación y a las pruebas exhibidas o por exhibir en el plazo que la ley contempla, claro está, se insiste, comportamiento de la defensa que está sujeto al grave principio de la lealtad.

Ahora bien, si en la audiencia de formulación de acusación la defensa cuenta con algunos o todos los elementos materiales probatorios o evidencia física sobre los cuales pretende en el juicio sustentar su tesis argumentativa, en aplicación de los principios de lealtad, igualdad y contradicción, está en la obligación de suministrarlos, situación que, sin duda, dentro de la metodología que prevé la ley, da razón de ser a lo

previsto en el citado artículo 344, inciso 2°, cuando consagra que en dicha audiencia también "la fiscalía podrá pedir al Juez que ordene a la defensa entregarle copia de los elementos materiales probatorios de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio", pues resultaría inadmisibles que contando la defensa con tales elementos se abstuviera de hacerlos conocer, conllevando a una clara trasgresión de los mencionados principios fundamentales sustentadores de la sistemática propia del enjuiciamiento oral.

Contrario sensu, como se indicó, al ser factible que por diversos motivos razonables, el defensor del acusado no cuente en el acto de acusación con ningún elemento probatorio, resultaría ilógico exigirle lo imposible, esto es, que descubra la prueba que no posee.

Por ello, la Ley 906 de 2004 consagró un tercer momento para el descubrimiento de la prueba, fase prevista en el numeral 2° del artículo 356, la cual está diseñada para que en la audiencia preparatoria "la defensa descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física" que no poseía en la audiencia de formulación de acusación, fase que permite a la defensa, como última oportunidad, anunciar cuáles son los elementos de convicción que pretende aducir en el juicio y también el derecho que le asiste a la fiscalía para que se los descubra."

Claro está que debe tenerse en cuenta que la defensa no está obligada a presentar pruebas de descargo ni contraprueba, según así lo contempla el artículo 125, numeral 8°, del Código de Procedimiento Penal. No obstante, cuando el defensor del

³⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 21 de febrero de 2007. Rad. 25920. JAVIER ZAPATA ORTIZ.

acusado pretenda hacer valer medios de convicción en el juicio, queda sujeto a la obligación del descubrimiento íntegro y oportuno de los mismos y conforme a las reglas en precedencia comentadas.

2. Debe recordarse que, como lo ha precisado la Sala, "el correcto y completo descubrimiento probatorio condiciona la admisibilidad de la prueba, pues, como lo dispone el artículo 346 de la Ley 906 de 2004, el Juez tiene la obligación de rechazar todas aquellas evidencias o elementos probatorios sobre los cuales se haya incumplido el deber de revelar información durante el procedimiento de descubrimiento. Por tanto, las evidencias, medios y elementos no descubiertos no podrán aducirse al proceso ni controvertirse dentro del mismo, ni practicarse durante el juicio oral"⁵⁵.

En todo caso y frente al procedimiento del descubrimiento probatorio, corresponde al Juez velar por el respeto de las garantías fundamentales de cada uno de los intervinientes, desplegando para el efecto todas sus facultades como director y responsable del desarrollo del juicio en condiciones ajustadas a los cánones constitucionales y legales.⁵⁶

4.2.2. EL PROCEDIMIENTO DEL DESCUBRIMIENTO

Conviene ahora preguntarse si existe alguna forma en que se deba realizar el descubrimiento o si es suficiente la simple enunciación de nombres y direcciones de los testigos en el descubrimiento probatorio, y sobre todo, qué debe descubrir cada

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 12 de abril de 2008. M.P.: JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

una de las partes y cuándo se considera que el descubrimiento ha sido completo.

En primer lugar se debe decir que el descubrimiento probatorio no se satisface con la simple relación de las actividades de investigación llevadas a cabo, es decir, no se concreta con la mera enunciación de los elementos materiales probatorios con que cuenta la parte para hacer valer en juicio como prueba, sino que el fiscal debe, para cumplir con el descubrimiento, mostrar los resultados de las actividades de investigación porque de acuerdo a lo preceptuado por la norma el descubrimiento debe ser lo más completo posible, lo que implica la posibilidad que tienen las partes de solicitar al Juez o a la Jueza que ordene a la otra parte entregar los elementos materiales probatorios con que cuentan. Así que, a manera de ejemplo, cuando se trate de denuncias, querellas, declaraciones entrevistas o interrogatorios, así como informes de investigador de campo de laboratorio, el descubrimiento no queda completo con su simple enunciación, sino que el Fiscal, para este caso, debe aportar tales elementos materiales probatorios como anexos al escrito de acusación⁵⁷.

De tal manera que la Fiscalía no puede alegar que ha descubierto sus elementos materiales probatorios cuando se limita a hacer una relación de éstos en el escrito de acusación y en las adiciones que se le hagan en el transcurso de la audiencia de formulación de acusación o aún cuando fuera de la audiencia entrega a la defensa documentos contentivos tan solo de la lista de testigos y sus direcciones.

El fiscal debe revelar de manera íntegra los resultados de sus labores de investigación, es decir, los contenidos, para citar algunos

⁵⁷ Tribunal Superior de Bogotá. Providencia del 30 de julio de 2005 N.I. 6290.

ejemplos, de las entrevistas, interrogatorios, informes de peritos, informes de investigadores de campo, lo que no implica tampoco, por ejemplo poner a disposición de la defensa a sus testigos para que sean interrogados –fuera de juicio oral–.

4.2.3. LO QUE ES OBJETO DEL DESCUBRIMIENTO

En principio hay que decir que todo lo que va a utilizarse como prueba en el juicio oral debe ser objeto del descubrimiento. Sin embargo, existen algunas situaciones que no están reguladas expresamente por la ley, que también han llegado a ser problemáticas:

4.2.3.1. Las entrevistas de la defensa

Para la Fiscalía resulta obligatorio el registro de las entrevistas realizadas a los testigos a los cuales se acerque entorno de su actividad investigativa, según señala el artículo 206 de la Ley 906 en su inciso segundo que “La entrevista se efectuará observando las reglas técnicas pertinentes y se emplearán los medios idóneos para registrar los resultados del acto investigativo”; y a su turno, el artículo 209 en su literal “d”, indica que el informe del investigador de campo, deberá acompañar a su informe “el registro de las entrevistas e interrogatorios que hubiese realizado”. Sin embargo, el fiscal sólo está obligado a descubrir aquello que va a ser objeto de debate en el juicio, de manera que pueden quedar entrevistas de testigos que no se llevarán al juicio por parte de la Fiscalía, dentro de las cuales puede existir alguna que beneficie a la teoría del caso de la defensa y no se le informe en desarrollo del principio de objetividad que obliga a la Fiscalía, sin que exista forma de controlar de las entrevistas no utilizadas, cuál habría podido servir a la causa de la defensa.

Otra dificultad que surge en torno del descubrimiento de las entrevistas se presenta en torno de la obligatoriedad del registro de las entrevistas de la Fiscalía, situación que no sucede con la defensa. El artículo 267 que se incorpora dentro de las posibilidades investigativas de la defensa de quien aún no es imputado, autoriza la realización de entrevistas, pero nada dice de la obligación de su registro. De igual manera el artículo 271 autoriza al imputado a realizar entrevistas, pero nada menciona sobre la obligatoriedad de su registro. En el mismo sentido el numeral 9º del artículo 125 otorga a la defensa la posibilidad de realizar entrevistas a la defensa.

En este orden, resulta desventajoso que no se obligue a la defensa a registrar con el objetivo de que sea obligatorio el descubrimiento de las entrevistas realizadas a aquellos testigos que se dispone llevar a juicio; que en todo caso no deja de ser lo más aconsejable, su registro y descubrimiento, no solo para garantizar contradicción con lealtad, sino sobre todo para asegurar la fidelidad del testimonio con lo manifestado previamente en las entrevistas.

4.2.3.2. La evidencia demostrativa

Menciona el artículo 423 que "Será admisible la presentación de evidencias demostrativas siempre que resulten pertinentes y relevantes para el esclarecimiento de los hechos o para ilustrar el testimonio de experto."

Entendemos por tanto como evidencia demostrativa todos aquellos apoyos que puedan ser utilizados en el juicio tanto por los abogados, testigos y peritos, tales como mapas, levantamientos topográficos, planos, animaciones, reproducciones de elementos, entre otros. Frente al cuestionamiento surgido en torno de la

obligatoriedad de descubrimiento de la llamada evidencia demostrativa, hay que concluir que si el objetivo del “discovery” es la lealtad con las partes, y la exclusión de la posibilidad de sorpresas en el juicio, resulta claro que este tipo de medios de convicción sí que tienen que ser anunciados y descubiertos desde las oportunidades correspondientes, por lo que corresponde al Juez evitar que entren al juicio en el evento de no haberse descubierto previamente.

4.2.3.3. La prueba de la idoneidad del perito

Debería ser claro también que se debe anunciar y descubrir toda la información y soportes que acrediten la idoneidad del perito que se va a presentar. Desde el escrito de acusación, en tratándose de los peritos de la Fiscalía y desde la preparatoria en lo que se refiere a los peritos de la defensa. De otro modo, se estaría sorprendiendo a la parte, quien no tendría la información y soportes suficientes y necesarios para preparar la impugnación del perito, o por lo menos considerar la posibilidad. Además para determinar previamente el campo de la experiencia y formación del perito, que no por ser experto en un campo, tenga posibilidad de serlo en todos, lo cual se debe tener claro desde antes de la celebración del juicio. En todo caso, cualquier presunción de idoneidad del perito afecta la igualdad de armas, la imparcialidad y la contradicción.



1. Desarrolle una línea del tiempo (referida al proceso) en la que se denoten los diferentes momentos en los que se puede verificar el descubrimiento probatorio, indicando los sujetos que actúan y las situaciones ordinarias o especiales que rodean a cada uno de tales momentos.
2. Exponga las razones por las cuales es importante el descubrimiento probatorio frente a:

- a. Principio de igualdad.
 - b. Principio de lealtad procesal.
 - c. Principio de contradicción.
 - d. Derecho a la defensa.
3. Desarrolle un mapa conceptual que estructure lo concerniente a los momentos en los que se verifica el descubrimiento probatorio.
4. ¿Qué criterios tendría en cuenta para acceder a practicar una prueba, que no haya sido descubierta en audiencia de acusación si es de la Fiscalía, o preparatoria si es de la defensa?

Ae

1. Se adelanta proceso en contra de Jaime Rincón y Fernanda Hernández por el presunto punible de peculado por apropiación, porque siendo funcionarios de la Alcaldía de Pacho se apropiaron de 2 computadores portátiles. La fiscalía hace descubrimiento de sus elementos materiales probatorios –como es debido– en la audiencia de formulación de acusación, dentro de las pruebas que pretende hacer valer en juicio se encuentra, como elemento trascendental, el testimonio de Rafael Novoa, quien compró –de buena fe– los dos portátiles a Jaime y a Fernanda. Luego se lleva a cabo la audiencia preparatoria en la que la defensa descubre sus elementos materiales probatorios. Posteriormente, Rafael, el testigo “estrella” de la Fiscalía fallece en un accidente de tránsito antes de la audiencia de juicio oral.

En este caso responda:

¿La fiscalía ante esta eventualidad puede descubrir, ya agotada la audiencia de

formulación de acusación y la preparatoria, de manera excepcional un testimonio de referencia para que haga alusión a lo manifestado por Rafael en vida? ¿Por qué?

B

GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Proceso Penal. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez y Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2005.

J

Las providencias que se reseñan a continuación son de utilidad para profundizar los temas desarrollados en la unidad.

Corte Constitucional. Sentencia C-621 de 1998, M.P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 12 de abril de 2008. Rad. Rad. 28847. M.P.: JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS.

Corte Suprema de Justicia. Providencia del 29 de agosto de 2007. Rad. 28056. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ.

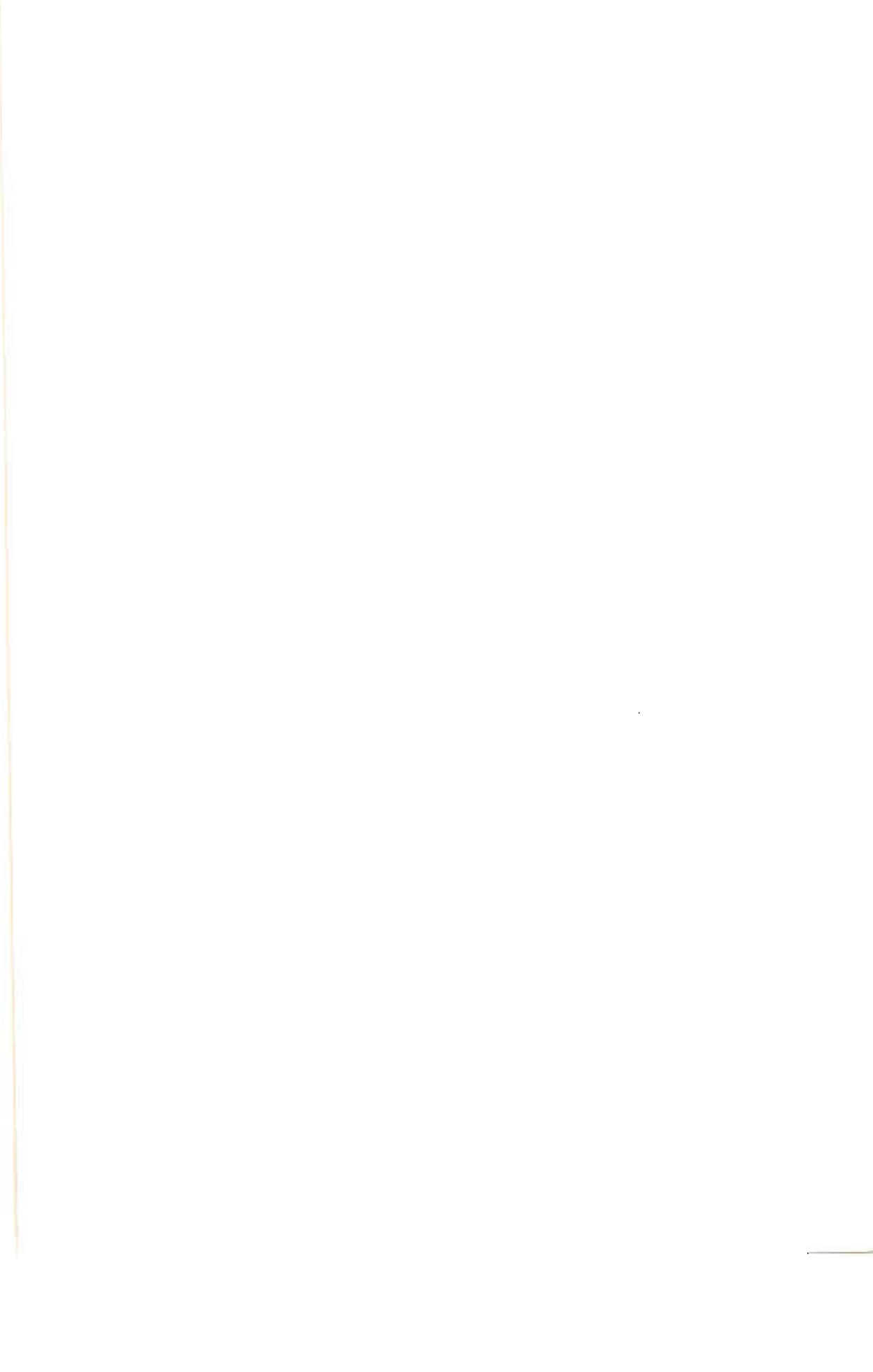
Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 21 de febrero de 2007. Rad. 25920. M.P.: JAVIER ZAPATA ORTIZ.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de Marzo de 2006. Rad. 24468. M.P.: EDGAR LOMBANATRUJILLO.

Tribunal Superior de Bogotá. Providencia del 30 de julio de 2005. N.I. 6290.

Unidad **5**

PRUEBA ILEGAL Y
PRUEBA ILÍCITA



Og

Definir los conceptos de prueba ilegal y prueba ilícita e identificar problemas de la práctica judicial en torno a estos conceptos.

Oe

- Analizar el concepto de prueba ilegal y determinar las consecuencias que se predicen ante su existencia.
- Determinar quién tiene la competencia para decretar la legalidad o ilicitud de las pruebas.
- Identificar los criterios a tener en cuenta para declarar una prueba como ilegal.

5.1. PRUEBA ILEGAL Y PRUEBA ILÍCITA

Una de las consecuencias más notorias de las prioridades en los elementos fundantes de nuestro Estado, que ubica la dignidad humana por encima del interés general, se aprecia en el contenido de la verdad que se busca en el proceso penal, la cual no se obtiene a cualquier precio, de suerte que si en su hallazgo hay que desconocer o ultrajar la dignidad humana, esa verdad así obtenida se coloca por fuera de la valoración del Juez.

Y con la puesta en vigencia de un sistema de marcada tendencia acusatoria esa situación adquiere mayor incidencia en el proceso penal. Por eso el artículo 23 del Código de Procedimiento Penal consagra la cláusula de exclusión, según la cual toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, debiendo excluirse de la actuación procesal, como también ocurre con las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que sólo pueden explicarse en razón de su existencia.

Lo anterior significa que las pruebas viciadas de ilegalidad en su obtención o producción o violatorias de los derechos fundamentales, se excluyen para todo efecto, es decir, no se tienen en cuenta por no existir jurídicamente, lo anterior sin perjuicio de que la decisión sea adoptada con base en las pruebas restantes, sin que sea necesario declarar la invalidez de las actuaciones procesales.

Entorno a la prueba ilegal se han presentado diversos pronunciamientos de las altas cortes, en el marco procesal de la ley 600; así la Corte Constitucional, al referirse al inciso final del artículo 29 de la Constitución Política que consagra que toda prueba obtenida con violación del debido proceso es nula de pleno derecho, indicó la existencia de dos fuentes de exclusión de la prueba, contando en primer término la prueba inconstitucional y en segundo la prueba ilícita.

La prueba inconstitucional, en términos de la Corte⁵⁸, resulta ser la obtenida violando los derechos fundamentales. En tanto que la ilícita es la obtenida mediante actuaciones ilícitas que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado.

Así la cosas, aún cuando se reconocía la existencia de dos fuentes de exclusión, la Corte entendió que la consecuencia que se predicaba de ambas figuras, prueba inconstitucional y prueba ilícita, era la misma, es decir, su declaratoria de nulidad y exclusión en virtud a lo expresado por el inciso final del artículo 29. Al tiempo que la Corte fue clara al expresar que la declaratoria de nulidad de la prueba no contagiaba al proceso, es decir, que en el evento que se declarara la nulidad de una prueba, ya fuere por inconstitucionalidad o ilicitud, tal declaratoria incumbía única y exclusivamente a esa prueba, y la única forma como podía resultar

⁵⁸ Corte Constitucional. Sentencia SU- 159 de 2002. M.P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

afectado el proceso era cuando la decisión se fundaba única y exclusivamente en la prueba excluida.

En cuanto al funcionario que en tal esquema tiene la competencia de declarar la nulidad de la prueba, la Corte estima que es el funcionario judicial quien debe estimar si la prueba se ajusta o no a los presupuestos del debido proceso, lo que permite concluir, que bajo el esquema del sistema mixto, puede decretar la nulidad de la prueba tanto el Fiscal como el Juez de Conocimiento.

Lo importante, dice la Corte, es que la prueba ilegal no puede ser valorada ni usada cuando se trate de adoptar decisiones en lo que a la responsabilidad del sujeto se refiere.

Mientras tanto, en el marco del Sistema Penal Acusatorio, la Corte Constitucional⁵⁹ ha analizado la existencia de dos categorías, cuales son la prueba ilegal y la prueba ilícita. La primera es aquella que se obtiene sin la plena observancia del debido proceso y las formalidades requeridas, se entiende como una prueba que adolece de vicios que afectan su validez y ante su existencia el Juez o la Jueza debe excluirla del debate probatorio y sólo puede decidir con fundamento en las pruebas restantes, pues se considera que la informalidad que afecta la producción de una prueba en particular, no se proyecta mas allá de la prueba misma⁶⁰.

La decisión de la exclusión de la prueba debe estar supeditada a un análisis metódico, porque no toda omisión en el cumplimiento de las formalidades autoriza la exclusión de la prueba, es necesario que el requisito omitido sea de carácter esencial y tenga una incidencia trascendental sobre el debido proceso⁶¹.

⁵⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-591 de 2005. M.P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

⁶⁰ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 22 de octubre de 2003. M.P.: MAURÓ SOLARTE PORTILLA.

⁶¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 7 de septiembre de 2006. Rad. 21529. M.P.: JAVIER ZAPATA ORTIZ.

En ese orden de ideas, la exclusión es la única consecuencia que se predica frente a la existencia de pruebas ilegales, lo que significa que en el evento en el que se violen formalidades sustanciales de cada medio de conocimiento la sanción es la inexistencia de la prueba y no la nulidad de la actuación procesal, así que el funcionario judicial simplemente deja de apreciar esas pruebas irregulares quedando supeditada su decisión al acervo probatorio restante⁶².

Lo anterior indica que el análisis necesario para excluir una prueba ilegal debe ser profundo y estrictamente ajustado a los principios que irrigan el proceso, porque la línea existente entre la legalidad y la ilegalidad de la prueba puede ser muy delgada, lo que obliga a un esfuerzo adicional del operador judicial para determinar la relevancia que una eventual omisión formal puede tener sobre el proceso y los resultados del mismo y en tal sentido determinar si hay lugar a la exclusión de la prueba.

La prueba ilícita, entre tanto, es entendida como la prueba obtenida a través de la vulneración de derechos humanos mediante la comisión de delitos de lesa humanidad como son la tortura, la desaparición forzada o las ejecuciones extrajudiciales⁶³. La sanción que se aplica ante la existencia de pruebas ilícitas, además de su inminente exclusión, es la declaratoria de nulidad del proceso, así es que sin importar la trascendencia que pueda tener la prueba para el proceso, lo que importa es que ha sido obtenida mediante la perpetración de un delito de lesa humanidad que le es imputable a agentes del Estado, vicio que contagia de manera insubsanable a todo el proceso, lo que hace necesaria la declaratoria de nulidad.

⁶² Corte Suprema de Justicia, Auto del 13 de mayo de 2003. Rad. 19250. M.P. JORGE ANÍBAL GÓMEZ.

⁶³ Corte Constitucional. Sentencia C-591 de 2005. M.P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

Ahora bien, cuando la Corte Constitucional⁶⁴ hace referencia a la prueba ilícita pone textualmente la competencia de su declaratoria en cabeza del Juez de Conocimiento y hace referencia explícita al juicio, aún cuando en la misma providencia expone que el principio de exclusión, al ser interpretado a la luz del artículo 29 de la Constitución, debe ser aplicado en cualquiera de las etapas del proceso, de tal manera, dice la Corte, que no sólo es aplicable sobre las pruebas sino también sobre los elementos materiales probatorios.

Prueba ilícita es la que viola derechos fundamentales (protección constitucional), que no alcanza a ser delito de lesa humanidad, y su efecto es excluirla de la actuación, no puede ser valorada, pero el resto del proceso sobrevive.

Por su parte la prueba ilegal apunta al desconocimiento de las reglas de producción o la omisión de formalidades del medio y de la forma como se recogen; esto es, que la prueba ilegal desconoce el rito de producción.

Al respecto, la Corte Suprema se ha pronunciado en el mismo sentido que la Corte Constitucional, entendiendo que se predica como consecuencia indubitable frente a la existencia de una prueba ilícita su exclusión y la posibilidad de generar como consecuencia, también, la declaratoria de nulidad de la actuación procesal y el desplazamiento de los funcionarios y funcionarias judiciales que hubieren conocido tales pruebas⁶⁵.

Frente a las precisiones conceptuales referidas a prueba ilegal y prueba ilícita, Paula Jiménez⁶⁶ define a la prueba inconstitucional

⁶⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-591 de 2005. M.P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

⁶⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 7 de septiembre de 2006. Rad. 21529. M.P.: JAVIER ZAPATA ORTIZ

⁶⁶ JIMÉNEZ, Paula. "Pruebas y argumentación probatoria". En: conversatorio nacional Sistema Penal Acnsatorio. Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla". Bogotá D.C. 2006. p. 60.

como "aquella obtenida con violación de garantías fundamentales o con vulneración de las formalidades esenciales para la aducción de la prueba", en tanto que la prueba ilícita es "aquella que ha sido obtenida con violación de las normas legales".

Al tiempo que considera el reconocimiento de figuras tales como la prueba ilegal y prueba ilícita como propio de un Estado Social de Derecho que privilegia el concepto de hombre y consecuentemente adquieren prevalencia los medios sobre los fines⁶⁷.

Luego, expone que la regla del proceso opera para el proceso, lo que implica que cuando existe una prueba ilícita o ilegal, así beneficie al imputado, ésta debe ser objeto de clausula de exclusión, puesto que Colombia es un Estado Social de Derecho. Y un Estado con tal carácter no puede permitir la valoración de pruebas que han sido obtenidas con violación de derechos o garantías, pues eso colocaría al Estado en el orbe de lo ilegítimo.

Al tiempo que manifiesta, la Dra. Jiménez, dentro de las conclusiones a las que llega frente a la regla de exclusión, que "Si en la etapa del juicio, el juez de conocimiento advierte que se está ante una prueba inconstitucional o una de sus derivadas, debe declarar la nulidad del juicio y el caso debe ser repartido a otro juez para que se conserve la imparcialidad. Así mismo, si observa que en la etapa de juicio, a pesar de haberse excluido el elemento probatorio por un juez de garantías, se le vuelve a poner de presente, deberá declarar la nulidad del juicio, excluir en forma material el elemento probatorio y someter el caso a nuevo reparto"⁶⁸.

⁶⁷ JIMÉNEZ, Paula. "Pruebas y argumentación probatoria". En: conversatorio nacional Sistema Penal Acusatorio. Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla". Bogotá D.C. 2006. p. 56.

⁶⁸ JIMÉNEZ, Paula. "¿A qué precio queremos la verdad? Consideraciones sobre la regla de exclusión". En: Segundo Conversatorio Nacional Sistema Penal Acusatorio. Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla". Bogotá D.C. 2007. p. 91.

5.2. DIFICULTADES QUE SE SUSCITAN ENTORNO DE LA PRUEBA ILEGAL Y DE LA PRUEBA ILÍCITA

Luego de conocer los conceptos que se tienen de prueba ilegal y prueba ilícita, es nuestro objetivo ocuparnos de los problemas que en la práctica judicial se suscitan a su alrededor.

5.2.1. COMPETENCIA PARA DECRETAR LA ILEGALIDAD O LA ILICITUD DE UNA PRUEBA

Ya se ha dicho que el Juez o la Jueza, en el caso de encontrarse con una prueba ilegal, debe proceder a decretar su exclusión y por tanto extraerla del acervo probatorio que va a servir de sustento para decidir sobre la responsabilidad del sujeto.

No queda duda de esa posibilidad en la etapa del juicio. Lo que hay que preguntar es si puede el Juez de Control de Garantías decidir la exclusión de un elemento material probatorio que se ha presentado como sustento de la medida de aseguramiento.

Frente a este cuestionamiento la Corte Suprema de Justicia⁶⁹ con sujeción a lo consagrado por los artículos 154.11 y 237 del C.P.P. considera que el Juez o Jueza con Funciones de Control de Garantías puede realizar el control de legalidad y por tanto, eventualmente, decretar la exclusión de elementos materiales probatorios de resultar ilegales o ilícitos, sólo cuando se trate de audiencias de control posterior sobre órdenes de registros, allanamientos, interceptación de comunicaciones, retención de correspondencia, recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios similares. Al tiempo, manifiesta tajantemente que de no ser uno de estos casos, el Juez con funciones de Control de Garantías no

⁶⁹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 16 de mayo de 2007. Rad. 26310. M.P.: SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

puede abrogarse la competencia para declarar la ilegalidad de elementos materiales probatorios, es decir, no puede aplicar sobre tales la regla de exclusión, debido a que tal competencia se encuentra radicada en cabeza del Juez de Conocimiento en desarrollo, particularmente, de la audiencia preparatoria.

Así lo explica el Alto Tribunal⁷⁰:

"2.1. Ahora bien, hecha la precisión, dígase que no existe audiencia de legalización de elemento material probatorio y evidencia física con destino a la demostración de responsabilidad, porque el escenario natural de discusión acerca de la legalidad de esos elementos que pretenden introducirse al juicio para lo de su objeto, es precisamente la audiencia preparatoria.

En efecto, el Art. 358 de la Ley 906/04 dispone que a solicitud de las partes, los elementos probatorios y evidencia física podrán ser exhibidos en desarrollo de la audiencia "con el único fin de ser conocidos y estudiados", cuya exclusión, rechazo o inadmisibilidad podrán pedir las partes y el Ministerio Público al Juez de conocimiento, de conformidad con las reglas establecidas en el Art. 359 ibidem.

A su turno, el Art. 360 dispone que el Juez "excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código."

Sólo de manera excepcional, la ley expresamente consagra cinco (5) circunstancias que le permiten al Juez de Control de

⁷⁰ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 16 de mayo de 2007. Rad. 26310. M.P.: SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Garantías verificar la legalidad de la incautación y recolección de los elementos materiales probatorios y evidencia física, las cuales se contraen al cumplimiento de las órdenes de registros, allanamientos, interceptación de comunicaciones, retención de correspondencia, recuperación de información dejada al navegar por internet, "u otros medios similares", impartidas por la Fiscalía (Art. 154-1 y 237). Su expedición -en materia de registros y allanamientos- con la preterición de cualquier requisito sustancial genera la invalidez de la diligencia, "por lo que los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan del registro carecerán de valor, serán excluidos de la actuación y sólo podrán ser utilizados para fines de impugnación." -Art. 232-

La razón de que en tales eventos deba recurrirse al Juez de control de garantías, es precisamente porque esos hallazgos derivan de diligencias que afectan derechos fundamentales. A dicho funcionario le está asignado el control, formal y material, de esos actos de investigación, valga decir, la actividad desplegada por la Fiscalía en ejercicio de su atribución de persecución penal."

Bajo la tesis de la Corte Suprema, el Juez con Funciones de Control de Garantías no podría controlar la legalidad de los elementos materiales probatorios y por ende no puede decidir sobre su exclusión, en tal caso su competencia iría hasta la posibilidad de declarar la ilegalidad de la captura pero sin tomar decisión alguna sobre los elementos materiales que le pongan de presente.

Esto se explica en que no siempre que haya ilegalidad de la captura se pueda concluir que los elementos incautados en el acto de

la captura, corran la misma suerte que el acto de la aprehensión, porque hay que determinar si este elemento se deriva o no de la ilegalidad de la captura; pero cuando el elemento incautado tiene origen diferente al de la ilegalidad, no puede el Juez de Control de Garantías aplicarle la misma consecuencia al acto de incautación o hallazgo del elemento material probatorio, que al acto de la aprehensión que sí es lo que se somete a su control.

"Por consecuencia, el Juez de Control de Garantías carece de competencia para pronunciarse acerca de la legalidad o no de los elementos materiales probatorios acopiados por el fiscal, como quiera que la verificación opera en sede de la audiencia preparatoria, como ya se vio, sin que norma ninguna autorice que ello corra de cargo del Juez de control de garantías."⁷¹

Entre tanto, la Corte Constitucional⁷² sostiene que la regla de exclusión es aplicable en todas las etapas del proceso, lo que significa que no sólo se pueden excluir pruebas sino también elementos materiales probatorios, lo que de contera supone que no sólo puede decretar la exclusión quien dirige la etapa de juicio, el Juez de conocimiento, sino también quien dirige la etapa previa a éste, el Juez con Funciones de Control de Garantías.

Pero la Corte Constitucional no ha presentado un pronunciamiento en el que denote con claridad si considera que los Jueces con Funciones de Control de Garantías pueden o no decretar la exclusión de elementos materiales probatorios en audiencias diferentes a las que se refieren los artículos 154 y 237, es decir, en audiencias que no se traten de control posterior sobre órdenes de registros, allanamientos, interceptación de comunicaciones,

⁷¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 16 de mayo de 2007. Rad. 26310. M.P.: SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ.

⁷² Corte Constitucional. Sentencia C-591 de 2005. M.P.: CLARAINÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

⁷³ SALCEDO, Emely. "Régimen de Libertad, capturas y medidas de aseguramiento". En: conversatorio nacional Sistema Penal Acusatorio. Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla". Bogotá D.C. 2006. p. 27.

retención de correspondencia, recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios similares.

Se encuentra que Emely Salcedo⁷³, sostiene que cuando se está frente a una captura ilegal uno de los efectos que de ésta se derivan es la exclusión de la prueba, para lo que se debe determinar la razón por la cual se determina la ilegalidad de la captura y, luego, en segundo lugar, determinar si el elemento material probatorio se recogió con ocasión de la captura, antes o después, puesto que en diversas ocasiones el elemento se recoge en un momento anterior a la captura como sucede cuando en virtud a funciones preventivas, la Policía practica una requisa encontrándole a la persona estupefacientes o armas y como consecuencia de esa labor se originan las medidas materiales de incautación y la captura, caso en el cual lo que se verifica para la legalidad del elementos es la diligencia en virtud de la cual se recogió, y no de la captura que se dio posteriormente.

La Corte Constitucional se ha limitado a decir que en razón a la salvaguarda de las garantías procesales debe ser aplicada la regla de exclusión en cualquier etapa del proceso, lo que deja su tesis en un nivel de relativa abstracción.

"En efecto, una interpretación armónica del artículo 29 Superior con las nuevas disposiciones constitucionales mediante las cuales se estructura el nuevo modelo procesal penal de tendencia acusatoria, conlleva a que la regla de exclusión sea aplicable durante todas las etapas del proceso, es decir, no solamente durante el juicio sino en las etapas anteriores a él, con la posibilidad de excluir entonces, no solamente pruebas, sino también elementos materiales probatorios y evidencia física."⁷⁴

⁷⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-591 de 2005. M.P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

En ese orden de ideas, para el problema planteado, el Juez con funciones de Control de Garantías en tanto tiene la competencia para decidir sobre la imposición o no de una medida de aseguramiento puede decidir que no valora o no tiene en cuenta un elemento material determinado para tal decisión, pero su competencia no se extiende hasta decretar la exclusión del elemento frente al proceso, tal competencia recae en el Juez de Conocimiento en la etapa de juicio, de manera particular, más no exclusiva, en la audiencia preparatoria.

En los demás casos, de advertir vulneración al derecho al debido proceso o a las garantías legales y constitucionales, puede declarar la ilegalidad de la actuación (captura por ejemplo, si declara la ilegalidad de la captura no puede avanzar a imputar, porque el desarrollo de la audiencia es precisamente con ocasión de la captura), declaratoria que no se extiende a los elementos materiales probatorios que de ella se deriven, pues tal tarea le corresponde al Juez de Conocimiento. Así las cosas, puede suceder que el Juez con funciones de Control de Garantías no valore, a modo de ejemplo, un arma a fin de decretar la detención preventiva, pero el Juez de conocimiento puede ser que valore tal elemento ya como prueba en sede de juicio, y con base en el arma y los procedimientos que sobre ésta se practique, declare la responsabilidad del sujeto.

5.2.2. FACTORES A TENER EN CUENTA PARA LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA

El Juez o la Jueza debe empezar por determinar si existe una verdadera violación al debido proceso, criterio que es determinante para decidir sobre la exclusión de la prueba. Y para poderlo concluir debe, en primer lugar, examinar si se trata de una irregularidad menor que no afecta el debido proceso, ejercicio que se logra

analizando si se han llegado a afectar las reglas sustantivas que protegen la integridad del sistema judicial y que impiden el ejercicio de la arbitrariedad en las decisiones judiciales y analizando también, si han sido desconocidas formalidades esenciales que hacen fiable la prueba y su valor para demostrar la verdad real dentro del proceso penal. Así las cosas, si la prueba sobre la cual se está vertiendo el análisis no ha ocasionado en su recaudo una vulneración a los principios que alimentan el proceso y el sistema procesal en sí mismos, pero de pronto adolece de faltas que se pueden calificar como mínimas y no trascendentales, no puede, entonces, declararse como ilegal.

Cabe entonces preguntarse frente a esta posición hasta qué punto no constituye una limitación que, como quiera que la ley no la prevé, se convierte en inaceptable, por cuanto ni el artículo 23, ni el 455 contienen más excepciones que se acerquen a la autorización de condiciones "mínimas de validez", con lo que se está auspicando la perniciosa arbitrariedad al abrir la posibilidad de interpretaciones particulares y peligrosas.

En el devenir del examen al que se está haciendo referencia, en segundo lugar, el Juez o la Jueza debe determinar el alcance y contenido para el caso particular del debido proceso, porque en el sistema colombiano el debido proceso se entiende de manera sustancial, lo que implica que además de buscar la garantías para el cumplimiento de las formalidades y el agotamiento de todas las etapas y oportunidades en los procesos judiciales y administrativos, se deben perseguir tales finalidades, también, en las actuaciones que impliquen un grado de afectación a los derechos fundamentales de las personas. En ese sentido el operador como segundo paso en su análisis tendrá que determinar el grado de afectación sobre los derechos fundamentales de una u otra actuación para determinar si se cumplió o no con los presupuestos del debido proceso.

Ahora, en tercer lugar, el Juez o la Jueza deben tomar su decisión teniendo en cuenta que Colombia es un Estado Social de Derecho, lo que implica que el Aparato Jurisdiccional no puede moverse en dirección a la impunidad o arbitrariedad, al tiempo que, significa que el Juez o la Jueza también debe pensar en que la decisión de excluir o no una prueba no solo tiene incidencia en los derechos propios de quienes participan en un proceso penal, como lo son el de la defensa, debido proceso, imparcialidad, sino también es una decisión que puede influir en derechos constitucionales como el de la vida, la integridad, la libertad, la tranquilidad, que se protegen por parte del Estado, también, cuando sanciona a quienes violen el Código Penal.

Por su parte la Corte Constitucional invita a razonar de manera tajante en el sentido que lo ilegal no puede producir efectos, cuando dice⁷⁵:

"De esta manera, si un Juez ha declarado la invalidez de la diligencia de registro y allanamiento adelantada por orden de un fiscal, porque la encontró ilegal o inconstitucional, todo aquello que de ella se deriva debe carecer de valor y, en tal virtud, no puede generar consecuencias válidas para la investigación o para el proceso penal, pues de lo contrario se derivarían efectos jurídicos de la ilegalidad y se daría valor a la prueba obtenida con violación del debido proceso. Por ello, resulta inconstitucional que la norma parcialmente acusada otorgue efectos jurídicos, aunque sólo sea para fines de impugnación, a materiales probatorios y evidencia física que fueron excluidos de la actuación penal porque se recaudaron en diligencias de registro y allanamiento declaradas inválidas por el Juez competente.

⁷⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-210 de 2007. MARCO GERARDO MONROY CABRA

En este orden de ideas, como se advierte, la prueba ilícita debe ser retirada de todo el proceso penal, de tal forma que no quede vestigio alguno de su contenido, por lo que la cláusula de exclusión de las evidencias o materiales probatorios obtenidos en allanamientos y registros nulos no sólo consiste en la expulsión material de esos elementos sino también en el retiro definitivo de aquellos en la mente del Juez. Dicho de otro modo, la prueba ilícita debe excluirse del proceso y de la operación intelectual que hace el Juez, pues a él corresponde despojarse de su conocimiento e impedir la valoración que de pruebas inconstitucionales pueda hacer el Juez de segunda instancia. Debe evitarse, entonces, la contaminación del proceso penal y del proceso volitivo del Juez, por lo que no resulta admisible que la prueba ilícita sea evaluada en segunda instancia. De esta forma, para la Sala es claro que la expresión acusada es inconstitucional.

Con todo, podría decirse que la exclusión de todos los efectos de las evidencias o elementos materiales probatorios encontrados en diligencias de allanamiento y registro declaradas nulas, desconoce la obligación del Estado de descubrir la verdad, hacer efectiva la ley y reparar los daños causados por el delito, por lo que podría resultar válido establecer su validez para efectos de la impugnación.

Definitivamente la Sala no comparte ese argumento, pues no podría admitirse en el proceso penal democrático que las pruebas ilícitas e ilegales constituyan la fuente de atribución de responsabilidad penal ni que el Estado se beneficie de un hecho contrario a las reglas mínimas de convivencia que salvaguarda la Constitución. Por ello, el Estado no puede administrar justicia con base en la violación del debido

proceso del indiciado o imputado. Entonces, ninguna evidencia, elemento probatorio o prueba ilícita tiene vocación para ser valorada en ninguna etapa del proceso penal.

De todas maneras, es importante advertir que la prohibición de valorar evidencias o elementos materiales probatorios objeto de los allanamientos o registros ilegales o inconstitucionales no excluye la posibilidad de hacer saber a la autoridad competente la existencia de los elementos materiales hallados casualmente en desarrollo de dichos procedimientos que puedan ser objeto de investigación.

En consideración con todo lo expuesto, la Sala concluye que, contrario a lo expresado por el Fiscal General de la Nación, en ningún caso, ni cuando se trata de impugnación de decisiones judiciales, ni de impugnación de testimonios, ni de defensa de los derechos de las víctimas, pueden ser consideradas válidas pruebas, materiales probatorios o evidencias físicas que son nulas por violación del debido proceso, pues la regla constitucional de exclusión de la prueba ilícita directa y derivada es contundente y sólo admitiría excepciones suficientemente justificadas en el texto superior. Sin embargo, en este asunto, no se evidencia que, en ninguno de los casos planteados por la Fiscalía, el legislador pudiese establecer excepción a la regla de protección del debido proceso. Así, teniendo en cuenta que el Constituyente y el Legislador diseñaron un conjunto de instrumentos procesales y sustanciales dirigidos a preservar el derecho del indiciado, imputado o condenado a gozar de un proceso penal con todas las garantías y, en especial, con la garantía de respeto por el debido proceso y la exclusión de la prueba prohibida, la Corte declarará la inexequibilidad de la expresión demandada.”



1. Realice un cuadro comparativo entre prueba ilegal y prueba ilícita.
2. Clasifique los siguientes supuestos, según sean prueba legal, ilegal o ilícita.

SUPUESTO	legal	ilícita	ilegal
1. Hombre asesina con arma blanca a un menor, la gente enfurecida trata de lincharlo, lo golpean, lo ultrajan y luego se lo entregan a la Policía junto con el arma. Califique el arma.			
2. La DIJIN allana el supuesto apartamento de Jorge, buscando un expendio de narcóticos, resultando que ese no es el domicilio de Jorge sino de Renata quien trabaja para la Registraduría y encuentran en su vivienda cédulas y otros documentos falsos, ella falsifica Cédulas. Renata es detenida y presentada ante Juez de Control de Garantías y se presentan como fundamento para la captura y solicitud de detención preventiva los documentos encontrados. Califique los documentos.			
3. Antonia extorsiona a Jacinto, le pide que le entregue 10 millones a cambio de no contarle a su esposa que él le es infiel. Jacinto acude a la Policía Judicial, ésta organiza un			

operativo de entrega vigilada, operativo que es grabado. La grabación no es sometida a cadena de custodia. Califique la grabación.			
--	--	--	--

a. Argumente su respuesta a cada uno de los supuestos.

b. ¿Qué Juez es competente para realizar el control de legalidad en cada uno de los supuestos?

Ae

1. La Policía Judicial, sin orden del fiscal, allana el domicilio de Andrés Martínez quien es sorprendido en flagrancia cuando negociaba con elementos de uso privativo de las Fuerzas Militares (uniformes, botas, camuflaje), él es presentado por el fiscal delegado ante la Juez con funciones de Control Garantías para legalizar la captura.

Con base en los supuestos fácticos responda:

- ¿Hay lugar a la legalización del registro y allanamiento?
- ¿El Juez con funciones de Control de Garantías debe declarar la legalidad de la captura? ¿Por qué?
- El Juez con funciones de control de Garantías tiene la potestad de aplicar la regla de exclusión sobre los elementos materiales probatorios recolectados en los hechos narrados.
- ¿Qué sucede si el Juez de Control de Garantías excluye todos los elementos materiales probatorios que se le presentan como fundamento para legalizar la captura.
- Si no es el Juez de Control de Garantías quien decide sobre la legalidad de los

elementos, ¿Quién y en qué momento procesal lo puede hacer?

Lorena Mancera es capturada en flagrancia mientras vendía marihuana, cocaína y otras drogas en el centro de la Ciudad de Bogotá. En el momento de la captura Lorena es golpeada, ultrajada, por algunos de los miembros de la Policía, además una vez conducida a la URI, fue mojada con agua helada. ¿Le compete al Juez con funciones de control de garantías decidir sobre la legalidad de los elementos materiales probatorios? ¿Por qué?

J

Las providencias que se reseñan a continuación son de utilidad para profundizar los temas desarrollados en la unidad.

Corte Constitucional. Sentencia C-210 de 2007. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

Corte Constitucional. Sentencia C-591 de 2005. M.P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

Corte Constitucional. Sentencia SU- 159 de 2002. M.P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 16 de mayo de 2007. Rad. 26310. M.P.: SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 7 de septiembre de 2006. Rad. 21529. M.P.: JAVIER ZAPATA ORTIZ.

Corte Suprema de Justicia, Auto del 13 de mayo de 2003. Rad. 19250. M.P. JORGE ANÍBAL GÓMEZ.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 22 de octubre de 2003. M.P.: MAURO SOLARTE PORTILLA.

Unidad 6

PRUEBA DE REFERENCIA

Og

Identificar los rasgos de la prueba de referencia y los condicionamientos para su admisibilidad.

Oe

- Definir prueba de referencia.
- Analizar las razones que hacen que la prueba de referencia sea de admisibilidad excepcional.
- Identificar problemas prácticos respecto a la prueba de referencia y sugerir fórmulas de solución.

6.1. PRUEBA DE REFERENCIA

Referirse a la prueba de referencia implica recordar que en el proceso colombiano sólo puede considerarse como prueba a aquellos elementos de convicción que en condiciones de igualdad y de contradicción llevan las partes ante el Juez, para que ellas lo convenzan de una determinada realidad, porque como afirma el Doctor Urbano⁷⁶ "Ya no se trata de que la acusación se convenza a sí misma de la legitimidad de su pretensión sino de que un tercero, el Juez, mediante pruebas practicadas bajo su dirección y en su presencia, logre un conocimiento aproximado de la verdad para que, en ese convencimiento, apoye su convicción y con base en ésta tome una decisión en torno a la responsabilidad o inocencia del imputado".

Y precisamente en esa dinámica de construcción de la prueba es que se plantea la imparcialidad, la inmediatez, y en relación con la prueba testimonial, como forma de garantía de la contradicción, es

⁷⁶ URBANO, Joaquín. Los nuevos fundamentos de las pruebas penales: una reflexión desde la estructura constitucional del procesal penal colombiano, Consejo Superior De La Judicatura, Bogotá, 2006, p. 128

que se exige el conocimiento directo del testigo, a tal punto que el artículo 402 de la Ley 906 de 2004 señala que el testigo sólo puede declarar sobre aquello que haya percibido de manera directa y personal, y precisamente en desarrollo de este planteamiento es que se limita la entrada al acervo probatorio de todo aquello que no sea consecuencia precisamente de ese conocimiento directo y personal que se pretende reconstruir con el medio de prueba.

Y en ese sentido el artículo 402 de la misma normatividad consagra una noción de prueba de referencia, señalando que se entiende por tal toda declaración vertida por fuera del juicio oral, señalándose en el artículo siguiente que en todo caso es una prueba excepcional, a tal punto, que se consagran unos eventos extremos en cuya presencia podría eventualmente otorgarse validez a dichos medios de convicción, señalándose de manera tajante, que en todo caso, una sentencia condenatoria no puede fundamentarse en prueba de este tipo (obtenidas en presencia de las situaciones excepcionales), con que se crea una tarifa legal negativa, a la luz de lo preceptuado en el artículo 381 inciso final.

Resulta oportuno recordar que esta tarifación negativa de la prueba de referencia, es solo para condenar y no para limitar el uso de la defensa, por ejemplo, con ocasión de la aclaración hecha por la Corte⁷⁷ según la cual:

"Importante es precisar, igualmente, que la limitación de la eficacia probatoria de la prueba de referencia que consagra el artículo 381, es exclusivamente para dictar sentencia condenatoria, y por tanto, que las decisiones de otro tipo que deban adoptarse en el curso del proceso penal con fundamento en elementos materiales probatorios, o

⁷⁷ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 6 de marzo de 2008. Rad. 27477. M.P.: AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN

evidencia física, o información legalmente obtenida, que participen de sus características, no están cobijadas por ella."

Como consecuencia de la vigencia plena de los principios de contradicción, inmediación dentro de un juicio presidido por un Juez imparcial, características que no eran identificadas en ese nivel de intensidad en nuestro sistema anterior, al tratamiento de la prueba de referencia se le da un vuelco total en relación con la forma como se manejaba anteriormente, ya que en aquel sistema mixto de tendencia inquisitiva el Juez estaba comprometido de manera definitiva y explícita con la protección de la sociedad, del interés público y por ende con el hallazgo de la verdad real, todo lo cual, ahora no tiene cabida.

Por eso es el Legislador el que señala la excepcionalidad de la admisión de la prueba de referencia, porque ya no le compete al Juez ayudar a construir la verdad, y por tanto no le está dado, sino de manera excepcional, dar la posibilidad de ingreso a pruebas de referencia, en presencia de unas circunstancias extremas y taxativas de autorización, contenidas en el artículo 438, cuya existencia deberá ser demostrada y discutida en la correspondiente audiencia preparatoria, causales dentro de las cuales por lo menos dos deben probarse por medio de peritos, como son, la pérdida de la memoria del testigo y la enfermedad grave que no le permite declarar⁷⁸.

Resulta claro entonces que la prueba de referencia, a menos que se acrediten las causales del artículo 438, es inadmisibile en el juicio, según lo señalado por el artículo 23 del Código de Procedimiento Penal, por lo cual deberá excluirse de la actuación procesal, por cuanto viola las garantías fundamentales de la

⁷⁸ CASTRO OSPINA, Sandra. Cinco estudios sobre el sistema acusatorio, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 137

inmediación y la contradicción. La razón por la que debe excluirse la prueba de referencia del debate probatoria es dada por Verger Grau⁷⁹, en el siguiente sentido:

"porque el testigo directo que declara oralmente o por escrito no puede ser examinado con un interrogatorio cruzado en presencia del jurado o del tribunal. No puede someterse a contradicción al que es fuente de la prueba y, por ello, no pueden depurarse ni contrastarse sus declaraciones. (...) La VI Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos proclamó el derecho del imputado a una confrontación con los testigos de cargo, de modo que, si estos no comparecen y su testimonio es referido por otra persona o por documentos, se entiende vulnerado un derecho constitucional que forma parte del debido proceso, exigible en todos los Estados de la Unión."

Por esta vía se puede afirmar que también en la normatividad colombiana se incorpora el contenido del literal "e" del artículo 3º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que señala como derecho "interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo"; máxime si se tiene en cuenta que uno de los principales objetivos de la reforma era actualizar el derecho patrio con las garantías ofrecidas en los tratados internacionales suscritos por Colombia.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia amplía el marco de admisibilidad de la prueba de referencia a situaciones por fuera de las contenidas en el artículo 437, que permitirían la admisibilidad de la prueba de referencia⁸⁰:

⁷⁹ Citado por CASTRO OSPINA, Sandra Jeannette, Cinco estudios sobre el sistema acusatorio, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 151)

⁸⁰ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de marzo de 2006. Rad. 24.468. M.P.: EDGAR LOMBANA TRUJILLO, ratificado en sentencia del 2 de noviembre de 2006. Rad. 26089. M.P.: SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ y luego ratificado nuevamente en sentencia del 6 de marzo de 2008. Rad. 27477. M.P.: AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN.

"1.2 Sin embargo, no siempre es factible que los testigos comparezcan personalmente al juicio, caso en el cual, acreditada en términos razonables la imposibilidad de recaudar el testimonio de la fuente directa, por razones constitucionales vinculadas a la realización de la justicia material, se confiere cierto grado de validez al testigo de referencia, que también suele llamarse testigo de oídas o testigo indirecto, y es una especie del género de pruebas de referencia admisibles en la legislación.⁸¹ "

La última de las citadas sentencias analizó el siguiente caso⁸²: se investigó la comisión del delito de concusión por parte de un funcionario del Instituto del Seguro Social porque presuntamente exigió de la víctima el pago de una suma de dinero para adelantar un trámite, habiendo sido capturado cuando recibía una parte de lo exigido, actividad en la que participaron dos agentes del DAS, de tal manera que ellos sólo conocieron directamente de la entrega del dinero, mas no tuvieron conocimiento directo de las razones que originaron tal desembolso. Llegado el juicio oral, la víctima, único conocedor de las razones que originaron la entrega del dinero, se encontraba por fuera del país y por lo cual no lograron su comparecencia al juicio, así que se presentaron como únicos testigos a los funcionarios del DAS y del mismo ISS que conocieron de la entrega del dinero y de la queja, respectivamente. De tal suerte que en el juicio se recibieron testimonios directos de los agentes del DAS en lo que se refiere a la entrega del dinero, pero en lo concerniente a los motivos que originaron tal entrega (solicitar, constreñir o inducir) no hubo práctica de pruebas directas, solo de referencia, dado que el afectado, único conocedor, no compareció a la vista pública.

⁸¹ Artículos 437 y ss. Ley 906 de 2004.

⁸² Corte Suprema de Justicia. Sentencia 27477 del 6 de marzo de 2008. M.P. AUGUSTO IBAÑEZ GUZMÁN.

El Juez de primera instancia condenó al funcionario por el delito de concusión, decisión apelada por la defensa que fue revocada por el Tribunal bajo el argumento de que el sujeto no podía ser condenado puesto que la sentencia tuvo fundamento en pruebas de referencia no admisibles, dado que el supuesto de estar fuera del país no se encuentra dentro de las excepciones admisivas que contempla el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal.

En casación, la decisión del Tribunal fue revocada confirmando el fallo condenatorio de la primera instancia. Se hizo un análisis de la excepciones exclusivas e inclusivas respecto de la prueba de referencia, llegando a la conclusión según la cual en el literal "b" del artículo en cuestión establece una excepción residual, cual es, la mención de "eventos similares", para cuya invocación se requiere que se cumplan las siguientes condiciones: a) que el declarante no esté disponible, y, b) que su indisponibilidad derive de circunstancias especiales de fuerza mayor, racionalmente insuperables.

Para la Corte la situación del caso particular, el testigo, que podía declarar de manera directa sobre aspectos propios de la configuración del tipo penal, se encontraba fuera del país y la Fiscalía estaba ante la imposibilidad de ubicarlo, lo que era razón suficiente que identifica la situación con la excepción contemplada en la norma. De tal suerte que, según los argumentos de la providencia, los testigos de referencia en ese caso debían considerarse como admisibles y por tanto valorar sus declaraciones, llegando así a la conclusión de que la responsabilidad del sujeto estaba suficientemente probada y por tanto se tomó la decisión en el sentido ya referido.

No obstante lo anterior, la prueba de referencia sólo es

admisible para el juicio, de manera excepcional cuando se verifican las causales taxativamente previstas en el artículo 438.

También se ha dicho que las reglas de prueba del juicio no rigen para la fase de la investigación, en la cual el Juez de Control de Garantías adopta decisiones con fundamento en información válidamente obtenida, razón por la cual en esa fase procesal podría llegar a tener validez la prueba de referencia a efectos de fundamentar las decisiones que tienen que ver con el marco competencial del Juez de garantías.

Sin embargo, el hecho de que no se discuta su utilización en las llamadas audiencias preliminares, ha generado cierta distorsión de la excepcionalidad de su uso en el juicio, cuando las entrevistas se valoran como si tuvieran la calidad de prueba testimonial, resucitando el principio de la permanencia de la prueba; lo cual queda en evidencia en situaciones de cambio de versión del testigo de cargo en el juicio, en relación con el contenido de la entrevista inicial, o la no comparecencia al juicio de los testigos entrevistados. En estos eventos la entrevista por sí sola, carece de cualquier posibilidad de producir efectos probatorios, así se presente por intermedio del investigador que la practicó, a menos que se pruebe alguno de los eventos excepcionales contenidos en el mencionado artículo 438.

Se han manejado en el Sistema Penal Acusatorio varios casos en los cuales los contenidos de las entrevistas son valorados como si fueran prueba de referencia, cuando el testigo de cargo entrevistado, o no comparece o se retracta o en todo caso, cambia la versión inicial.

A la audiencia de imposición de medida de aseguramiento el investigador de la Fiscalía acude con las entrevistas de testigos directos de la conducta punible, en las que se señala como autor de la

misma al sujeto A. Ya en desarrollo de la audiencia del juicio, cuando concurren los testigos entrevistados y cambian su versión liberando de responsabilidad al sujeto A, momento a partir del cual la entrevista carece por completo de alguna capacidad demostrativa, por señalamiento expreso del artículo 347 del C. de P.P., que regula el manejo de las entrevistas, pero no obstante se tienen en cuenta como si fueran "pruebas de referencia"; con lo cual se traiciona el sentido excepcional de admisibilidad de la prueba de referencia, y se le da alcance de tal a una situación que definitivamente se encuentra por fuera de los casos taxativamente señalados en el artículo 437 del C. de P.P.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando se advierte que una de las pruebas ya practicadas es de referencia o tiene contenidos de referencia? , al respecto es posible decir que dicha situación no la torna en ilegal, por tanto quien esté interesado no puede alegar su exclusión sino que debe tratar de desvirtuar su eficacia demostrativa. Lo que permite concluir que es una carga adicional para las partes en juicio, estar atentos a las pruebas de referencia o con contenidos de referencia y evitar a través de la objeción que sean incorporados y en consecuencia valorados al momento de decidir.

Este problema atañe esencialmente a los adversarios, pues muchas veces el Juez o Jueza no identifican prima facie las manifestaciones de referencia, sin que ello comporte una falta al deber funcional.

En conclusión, cuando se advierte que una prueba ya practicada es de referencia, no hay lugar a que se pida y declare su exclusión, se debe atacar la misma para que tenga un mínimo valor a la hora de ser apreciada por el operador judicial⁸³.

⁸³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 21 de febrero de 2007. Rad. 25920. M.P.: JAVIER ZAPATA ORTIZ.



1. Frente a la prueba de referencia exponga:
 - a. Definición
 - b. Procedencia
 - c. Criterios de valoración
2. Construya un mapa conceptual que presente la estructura de la prueba de referencia.
3. Usted tiene que fallar en un proceso por terrorismo, y cuenta con las siguientes pruebas:
 - a. Testimonio de Juana, que dice que Mario le contó que quien colocó el petardo fue Sandra, una reconocida delincuente de la zona, pero Mario está fuera del país en un tratamiento médico.
 - b. Testimonio de Raúl, quien dice que su hermano antes de morir a causa de la explosión, le dijo en su convalecencia "fue Sandra, fue Sandra..."
 - c. Testimonio del Policía Judicial Guaqueta, quien dice que en sus labores de investigación se entrevistó con varios vecinos de la zona y que todos coinciden en afirmar que la responsable del delito es Sandra.
 - d. Frente a tales circunstancias usted qué hace, condena o absuelve a Sandra.
 - e. ¿Cuál es el análisis pertinente en este caso respecto a la prueba de referencia?
4. Realice la lectura de la sentencia 27477 del 6 de marzo de 2008. M.P.: Augusto Ibáñez Guzmán y:
 - a. Determine la tesis contenida en la sentencia en lo que a prueba de referencia se refiere.
 - b. Desarrolle un esquema en el que se

evidencien los argumentos esgrimidos por el Ponente para sostener su tesis.

- c. Exponga y argumente su criterio frente a la decisión y argumentos de la sentencia en lo que a prueba de referencia concierne.

Ae

1. A JOSÉ ANTONIO CENDALES se le acusó por la muerte violenta de que fue víctima el señor LIBARDO CÁRDENAS, ocurrida el jueves 17 de agosto de 2006 en el establecimiento comercial "Tienda los Papayos", ubicado en el barrio Callejitas en el Valle, a consecuencia de heridas causadas con arma corto punzante en tórax, que lesionaron pulmones y corazón. Se afirma que CENDALES fue capturado inmediatamente después de los hechos, en operativo desplegado por las autoridades policivas, a quienes se les suministró información del agresor, la forma como vestía y además de que iba herido.

El 18 de agosto fue presentado ante el Juzgado Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías, donde se realizaron las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación por el delito de homicidio e imposición de medida de aseguramiento detención preventiva en establecimiento carcelario por la misma conducta.

Surtido el trámite de rigor, la Fiscalía radicó escrito de acusación ante el Juez Penal del Circuito con quien se surtió, el 2 de febrero de 2007, la audiencia oral de acusación por el delito de homicidio.

En la audiencia de juicio oral se tuvieron como pruebas las siguientes:

El Fiscal alega que las heridas producidas en la mano del procesado, lo fueron por causa del mismo ataque que hizo a la víctima cuando trataba de causarle una lesión en el esternón (parte dura del tórax), que pudo haber generado un deslizamiento del arma blanca y consecuentemente causarle las lesiones en los dedos de la mano derecha.

El fiscal aduce la existencia de unas manchas de sangre en las ropas del procesado, pero la Fiscalía no probó que el único hecho de sangre que se configuró en el lugar en la fecha de los acontecimientos fue el sucedido en la tienda Los Papayos, y por tanto, el único en el que pudo herirse el procesado LIBARDO CÁRDENAS.

Se aceptó el testimonio de referencia rendido por los agentes de policía Calvo y Aguilar sobre lo narrado en momentos posteriores al hecho por SANDRA OBANDO, quien se encontraba en estado de embriaguez, razón por la cual su testimonio directo si no fue aceptado. Según el testimonio de los agentes, SANDRA OBANDO manifestó que JOSÉ ANTONIO CENDALES fue el causante de la muerte de LIBARDO.

Con base en lo expuesto, responda:

a. Teniendo en cuenta las pruebas que se practicaron en juicio, ¿Cuál sería su decisión frente a la responsabilidad del señor JOSÉ ANTONIO CENDALES?

b. ¿Cuál es su impresión frente a la prueba de

referencia de que habla en los hechos, teniendo en cuenta su fuente y las particularidades que presenta?

B

CASTRO OSPINA, Sandra. Cinco estudios sobre el sistema acusatorio, Universidad Externado de Colombia, 2005.

URBANO, Joaquín. Los nuevos fundamentos de las pruebas penales: una reflexión desde la estructura constitucional del procesal penal colombiano, Consejo Superior De La Judicatura, Bogotá, 2006.

J

Las providencias que se reseñan a continuación son de utilidad para profundizar los temas desarrollados en la unidad.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia 27477 del 6 de marzo de 2008. M.P.: AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 21 de febrero de 2007. Rad. 25920. M.P.: JAVIER ZAPATAORTIZ.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de marzo de 2006. Rad. 24.468. M.P.: EDGAR LOMBANATRUJILLO.

Unidad **7**

LA VÍCTIMA Y LA PRUEBA

Og

Oe

7.1. LA VÍCTIMA Y LA PRUEBA

Existe consenso entre la doctrina y la jurisprudencia entorno de la necesidad de protección de la víctima al interior del proceso penal, en el entendido de que se ha mantenido separada, ausente, cuando es en realidad la protagonista de todo el entramado del proceso penal.

Mucho se ha discutido al respecto del concepto de víctima y el alcance de sus posibilidades, siendo claro que su protección está en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, de acuerdo con el contenido de los numerales 6 y 7 del artículo 250 constitucional, lo que no obsta para que la víctima tenga participación activa y directa al interior del proceso, frente a lo cual se ha generado todo un movimiento en procura de la reivindicación de los derechos de las víctimas, lo cual se hace más evidente a nivel de pronunciamientos de las altas cortes.

Por ejemplo la Corte Constitucional con la sentencia C-591 de 2005 comienza a modular el alcance de los derechos de las víctimas en el nuevo proceso acusatorio luego de compararlo con el del anterior sistema; con la sentencia C-979 de 2005 analizó nuevamente

los derechos de las víctimas al interior del esquema de justicia distributiva que se observa en la ley 906 de 2004; con la C-047 de 2006, analizó la constitucionalidad de los artículos 176 y 177 de la Ley 906 de 2004, y la Corte reiteró la doctrina referida a la tensión entre el derecho al *non bis in idem* y el debido proceso, contenido en la sentencia C-04 de 2003 y C-979 de 2005, señalando que en los casos de impunidad de violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, la búsqueda de un orden justo y los derechos de las víctimas, desplazan la protección de la seguridad jurídica y la garantía del *non bis in idem*. Con la C-1177 de 2005 continúa el reconocimiento de la posibilidad de su intervención al interior del proceso penal, a tal punto que obliga la comunicación a la víctima sobre la admisión de la querrela; con la sentencia C-454 de 2006 la Corte precisa el alcance de las posibilidades de las víctimas. A su turno, con las sentencias C-209 y C-516 de 2007 la Corte Constitucional sigue ampliando las posibilidades de la víctima y delineando su alcance de interviniente dentro del proceso penal de corte acusatorio.

7.2. EL ALCANCE DE LA ACTUACIÓN DE LA VÍCTIMA AL INTERIOR DEL PROCESO PENAL

Tal vez el principal inconveniente que ha afrontado la víctima en el nuevo sistema está referido a la intervención que desde el punto de vista probatorio puede desplegar. En ese sentido encontramos que el artículo 357 de la Ley 906 de 2004 en principio otorga la posibilidad a la defensa, a la Fiscalía y hasta al Ministerio Público de hacer solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, pero no incluye a la víctima dentro de tal posibilidad, por esta razón el artículo 357 que es el contenido de tal disposición fue objeto de acción pública de inconstitucionalidad, puesto que según argumento del actor, la referida norma adolece de una omisión

legislativa que deriva en un trato discriminatorio y diferencial a las víctimas que degenera en una vulneración a los derechos a la igualdad y al acceso de la justicia en contra de las víctimas.

La Corte resolvió la acción concluyendo que la norma efectivamente adolece de una omisión importante que atenta contra el derecho de acceso de la víctima a la justicia consagrada en el artículo 229 de la norma superior, en cuanto obstruye sus posibilidades de efectiva realización de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, y la coloca, de manera injustificada, en una posición de desventaja en relación con otros actores e intervinientes procesales. Por tanto la Corporación decidió declarar la exequibilidad de la norma bajo el entendido de que las víctimas tienen la posibilidad de realizar solicitudes probatorias en desarrollo de la audiencia preparatoria⁸⁴.

La víctima ha venido ampliando su reconocimiento y ahora, se tiene claro su nuevo perfil de interviniente con amplias y variadas posibilidades que, como lo aclara directamente la Corte Constitucional en la C-209 del 2007, son del siguiente orden:

"De conformidad con lo anterior, la Corte Constitucional reitera que los derechos de la víctima del delito a la verdad, la justicia y la reparación integral se encuentran protegidos en el sistema penal con tendencia acusatoria desarrollado por la Ley 906 de 2004, pero dicha protección no implica un traslado automático de todas las formas y esquemas de intervención mediante los cuales la víctima ejerció sus derechos en el anterior sistema procesal penal regulado por la Ley 600 de 2000, sino que el ejercicio de sus derechos debe hacerse de manera compatible con los rasgos estructurales y las

⁸⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-454 de 2006. M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

características esenciales de este nuevo sistema procesal, creado por el Acto Legislativo 03 de 2002.

En consecuencia, las víctimas podrán intervenir de manera especial a lo largo del proceso penal de acuerdo a las reglas previstas en dicha normatividad, interpretada a la luz de sus derechos constitucionales, así:

1. En la etapa de investigación, en lo que tiene que ver con la práctica de pruebas anticipadas regulada en el artículo 284 de la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional concluyó que el numeral 2 del artículo 284 de la Ley 906 de 2004 era exequible en el entendido de que la víctima también podrá solicitar la práctica de pruebas anticipadas ante el Juez de control de garantías.
2. En la etapa de imputación, en cuanto a lo regulado en el artículo 289 de la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional concluyó que la víctima podrá estar presente en la audiencia de formulación de la imputación.
3. En cuanto a la adopción de medidas de aseguramiento y de protección, en lo regulado por los artículos 306, 316 y 342 de la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional concluyó que la víctima también puede acudir directamente ante el Juez competente, según el caso, a solicitar la medida correspondiente.
4. En relación con el principio de oportunidad regulado en los artículos 324, y 327, la Corte Constitucional concluyó que se deberán valorar expresamente los derechos de las víctimas al dar aplicación a este principio por parte del fiscal, a fin de que

éstas puedan controlar las razones que sirven de fundamento a la decisión del fiscal, así como controvertir la decisión judicial que se adopte al respecto.

5. En materia de preclusión de la acción penal, en lo que atañe a la regulación prevista en el artículo 333 de la Ley 906 de 2004, la Corte concluyó que se debe permitir a la víctima allegar o solicitar elementos materiales probatorios y evidencia física para oponerse a la petición de preclusión del fiscal.

6. En cuanto a la etapa de acusación, en lo regulado por los artículos 337, 339 y 344 de la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional concluyó que la víctima también puede intervenir en la audiencia de formulación de acusación para formular observaciones al escrito de acusación o manifestarse sobre posibles causales de incompetencia, recusaciones, impedimentos o nulidades. En consecuencia, declaró inexecutable la expresión "con fines únicos de información" contenida en el artículo 337 y executable el artículo 344 en el entendido de que la víctima también puede solicitar al Juez el descubrimiento de un elemento material probatorio específico o de evidencia física específica.

7. En la etapa del juicio, la Corte Constitucional consideró que no era posible que la víctima interviniera para presentar una teoría del caso, diferente o contraria a la de la defensa. Habida cuenta de que en las etapas previas del proceso penal ésta ha tenido la oportunidad de participar como interviniente especial para contribuir en la construcción del expediente por parte del fiscal, en la etapa del juicio oral la víctima podrá ejercer sus derechos a través del fiscal, quien es el facultado

para presentar una teoría del caso construida a lo largo de la investigación.

Dada la importancia que tiene para la víctima la posibilidad de que el fiscal le oiga, el Juez deberá velar para que dicha comunicación sea efectiva, y cuando así lo solicite el fiscal del caso, decretar un receso para facilitar dicha comunicación con el abogado de la víctima, sin excluir su acceso directo al fiscal. En consecuencia, la Corte Constitucional declaró exequibles los artículos 371, 378, 391, y 395 de la Ley 906 de 2004, en lo demandado y por el cargo analizado.

7.3. LA VÍCTIMA Y EL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL

Variados son los interrogantes que en torno del incidente de reparación integral se pueden presentar: como que si en dicho trámite también se aplican las reglas del juicio, o si ya se puede hablar otra vez de prueba de referencia, de prueba sumaria, de la flexibilidad del principio de la imparcialidad del Juez, de la iniciativa probatoria, entre otros.

Se halla que tanto el artículo 103 como el 104 hacen referencia en varias ocasiones al término "prueba", y se otorga a "las partes" la iniciativa probatoria, de donde habría que concluir que el querer del Legislador fue extender las reglas de prueba propias del juicio, también al momento de la discusión de la reparación integral de que es titular la víctima.

Esto significa, entre otras cosas, que la prueba de los perjuicios sólo puede surgir a iniciativa y petición de la víctima y no

⁸⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 5 de diciembre de 2007. Rad. 28125. M P: AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN

de manera oficiosa por parte del Juez, quien debe presidir, de ser necesario, un debate probatorio entre las partes, encaminado exclusivamente a definir todo lo relacionado con la reparación integral.

Así lo entendió la Corte suprema de Justicia⁸⁵

"Ahora, la actuación oficiosa del Juez rompe con el esquema adversarial del nuevo sistema. Para efectos de la reparación, el legislador de 2004 previó el incidente de reparación integral (artículo 102 y siguientes), que tiene lugar una vez emitido el sentido del fallo que declara la responsabilidad penal del acusado y el cual se iniciará por solicitud expresa de la víctima, del fiscal o del Ministerio Público, a instancia de aquella.

De manera pues que para que se inicie el incidente es necesaria la existencia de una solicitud expresa. No es de iniciativa del Juez ni puede ser adelantado de oficio, su promoción pertenece a la víctima.

La ley entregó a la víctima la facultad de promover la reparación⁸⁶, por lo que de no ejercerla se perderá la oportunidad de hacerlo dentro del proceso penal, sin que ello signifique que no pueda acudir a otra instancia jurisdiccional con el propósito de obtener su reconocimiento.

En el acta N° 16 la Comisión Redactora Constitucional del Código de Procedimiento Penal de 2004 se consigna que la pretensión económica debe ser solicitada por la víctima, y el

⁸⁵ La Corte Constitucional reconoció de tiempo atrás la legitimidad no sólo de las víctimas sino de los afectados por el delito para lograr el restablecimiento del derecho y la reparación integral (sentencia C-370 de 2006). Así mismo, en la sentencia C-516 de 2007, cuando declaró inexecutable el último inciso del artículo 102 de la Ley 906 de 2004, sostuvo que es la demostración del daño cierto padecido como consecuencia del delito, y no la condición de damnificado o el parentesco, lo que determina la calidad de víctima o perjudicado y por ende de la titularidad de sus derechos.

Estado "únicamente debe garantizar que no se pierda dicha pretensión, evitando que el victimario se insolvente". Ello en cuanto en el sistema adversarial las partes deben ser iguales. Se aclaró, además, que la petición indemnizatoria es una decisión de la víctima y, al ser un proceso de partes, es decisión de ésta solicitar la indemnización de perjuicios."

Otra dificultad que se ha identificado en torno del incidente de reparación integral y las pruebas que en su desarrollo habrían de practicarse, está referido a lo que sucede cuando la sentencia absolutoria es revocada en la segunda instancia, y al momento de una sentencia condenatoria no existe el procedimiento para que pueda convocarse al incidente de reparación en la segunda instancia. Frente a esta situación la Corte Suprema de Justicia precisó que el Juez de segunda instancia debe enviar el proceso al Juez de origen para que allí se adelante el incidente, luego de lo cual, deberá ser nuevamente enviado el proceso a efectos de que el Tribunal correspondiente elabore la sentencia condenatoria incluyendo en su texto ya las conclusiones del incidente de reparación, con lo que se ha aclarado de manera satisfactoria la omisión legislativa⁸⁷.

A tiempo, el Dr. Edgar Ricardo Castellanos, refiriéndose a la multiplicidad de problemas que le asisten al incidente de reparación integral, toca como una de las particularidades lo que se refiere al aspecto probatorio frente a los términos procesales, afirmando que "existe gran debate probatorio: tanto víctima como condenado aportan variedad y gran cantidad de medios de prueba para afianzar sus pretensiones o desestimarlas, según el caso, al punto que aquellos términos para el trámite incidental pueden incluso resultar insuficiente, con lo que no se puede cumplir con la incorporación oportuna a la sentencia de lo resuelto en el trámite incidental"⁸⁸.

⁸⁷ Corte Suprema de Justicia. Del 28 de mayo de 2008. Rad. 29542. M.P.: AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN

⁸⁸ CASTELLANOS, Edgar Ricardo. "-incidente de reparación integral". En: Segundo Conversatorio Nacional Sistema Penal Acusatorio. Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla". Bogotá D.C. 2007. p. 60

Ap

1. Realice la lectura de las sentencias de la Corte Constitucional: C-979 de 2005 , C-047 de 2006 y C-979 de 2005, y luego:
 - a. Extraiga los contenidos que en ellas se desarrollen referidos a las víctimas.
 - b. Realice un parangón entre las diferentes sentencias en los que a víctimas se refiere.
 - c. Identifique la posición de la corte frente a las víctimas con base en las sentencias estudiadas.
2. Realice un mapa conceptual en el que exponga el lugar que ocupa la víctima en el proceso penal.

Ae

Juana María es una joven de 15 años, ha sido víctima del delito de secuestros, mientras estuvo en cautiverio fue víctima, además de múltiples torturas y ultrajes.

Después de que su padre cancelará la suma de 100 millones de pesos la joven fue puesta en libertad.

A ella se le practicaron exámenes médicos y psiquiátricos según los cuales por causa de su experiencia no estaba en pleno uso de sus facultades mentales.

Al poco tiempo fue capturado alias "Pezuña" como presunto coautor del secuestro, a juicio la Fiscalía llevó a la niña como prueba de cargo, pero el Juez con base en el dictamen de psiquiatría forense no le dio credibilidad. Terminado el juicio, el Juez dictó el sentido del fallo como absolutorio por falta de pruebas que desvirtuaran más allá de toda duda razonable la inocencia del sujeto.

A partir de los supuestos fácticos por favor responda:

- Como Juez, ¿Cuál es su posición frente a la víctima?
- Si usted fuera la fiscalía ¿Qué haría?
- Si se apela el fallo de primera instancia, y la segunda revoca lo decidido, ¿Qué sucede con el incidente de reparación integral?

J

Las providencias que se reseñan a continuación son de utilidad para profundizar los temas desarrollados en la unidad.

Corte Constitucional. Sentencia C-454 de 2006. M.P.: JAIME CÓRDOBATRIVIÑO.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 5 de diciembre de 2007. Rad. 28125. M.P.: AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN.

Corte Constitucional. Sentencia C-591 de 2005. M.P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

Corte Constitucional. Sentencia C-979 de 2005. M.P.: JAIME CÓRDOBATRIVIÑO.

Corte Constitucional. Sentencia C-047 de 2006. M.P.: RODRIGO ESCOBAR GIL.

Corte Constitucional. Sentencia C- 1177 de 2005. M.P.: JAIME CÓRDOBATRIVIÑO.

Corte Constitucional. Sentencia C-209 de 2007. M.P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

Corte Constitucional. Sentencia C-516 de 2007. M.P.: JAIME CÓRDOBATRIVIÑO.



BIBLIOGRAFÍA GENERAL DEL MÓDULO

ARIAS Duque, Juan Carlos. El sistema acusatorio colombiano análisis desde su implementación. Ediciones jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2006.

APONTE CARDONA, Alejandro, en "La detención preventiva en la nueva legislación procesal penal; hacia una prevalencia del principio de libertad", publicado en "Reflexiones Sobre el Nuevo Sistema Procesal Penal los Grandes Desafíos del Juez Penal Colombiano" Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá 2005.

MORALES Marín, Gustavo en Antecedentes y fundamentos del nuevo sistema, en el texto titulado Sistema Penal Acusatorio, reflexiones jurídicas, económicas y sociales de la reforma, Universidad Javeriana 2.005.

CASTRO OSPINA, Sandra. Cinco estudios sobre el sistema acusatorio, Universidad Externado de Colombia, 2005.

Código de Procedimiento Penal. Artículos.

CHIESA APONTE, Ernesto L. Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos. Volumen III, Editorial Forum, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón Teoría del Garantismo Penal. Editorial Trotta. Valladolid, 1995.

Gaceta del Congreso No 134, de abril 26 de 2002.

Gaceta Legislativa 531 del 21 de noviembre de 2002.

Gaceta Legislativa No 157 de mayo 10 de 2002.

GARCÍA, Javier. "Aplicación y límites de contenidos dogmáticos penales en algunas decisiones del Juez de Conocimiento en el nuevo Sistema Penal Acusatorio". En: Segundo Conversatorio Nacional Sistema Penal Acusatorio. Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla". Bogotá D.C. 2007.

GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador. "La redefinición de roles en el Sistema Penal Acusatorio", publicado en La Defensa No 7, revista de la Dirección Nacional de Defensoría Pública, Bogotá, 2005.

GUERRERO PERALTA Óscar Julián. En "El Juez de Control de Garantías", publicado en Reflexiones Sobre el Nuevo Sistema Procesal Penal los Grandes Desafíos del Juez Penal Colombiano"

Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá 2005.

GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Proceso Penal. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez y Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2005.

JIMÉNEZ, Paula. "Pruebas y argumentación probatoria". En: conversatorio nacional Sistema Penal Acusatorio. Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla". Bogotá D.C. 2006.

MORALES MARÍN, Gustavo. Proceso y sistemas de juzgamiento penal. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2001.

MORENO ARBOLEDA, Carlos Alberto. "Medidas de aseguramiento". En: conversatorio nacional Sistema Penal Acusatorio. Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla". Bogotá D.C. 2006.

MORENO, Carlos Alberto. "La prueba de oficio dentro del sistema acusatorio adoptado por el acto legislativo 03 de 2002 y la ley 906 de 2004". En: Segundo Conversatorio Nacional Sistema Penal Acusatorio. Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla". Bogotá D.C. 2007.

RAWLS, John. La justicia como equidad. Una reformulación. Editorial Paidós, Barcelona 2002.

Tribunal Superior de Bogotá. Providencia del 30 de julio de 2005. N.I. 6290.

URBANO, Joaquín. Los nuevos fundamentos de las pruebas penales: una reflexión desde la estructura constitucional del procesal penal colombiano, Consejo Superior De La Judicatura, Bogotá, 2006.

VELOZAESCOBAR, Rosa Irene. "Las medidas cautelares reales en el proceso penal regulado por la ley 906 de 2004". En: Segundo Conversatorio Nacional Sistema Penal Acusatorio. Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla". Bogotá D.C. 2007.



JURISPRUDENCIA GENERAL DEL MÓDULO

Corte Constitucional. Sentencia C-516 de 2007. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

Corte Constitucional. Sentencia C - 396 de 2007. M.P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

Corte Constitucional. Sentencia C-210 de 2007. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

Corte Constitucional. Sentencia C-454 de 2006. M.P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

Corte Constitucional. Sentencia C-047 de 2006. M.P.: RODRIGO ESCOBAR GIL.

Corte Constitucional. Sentencia C-591 de 2005. M.P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

Corte Constitucional. Sentencia C-1154 de 2005. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

Corte Constitucional. Sentencia C- 1177 de 2005. M.P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

Corte Constitucional. Sentencia C-979 de 2005. M.P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

Corte Constitucional. Sentencia SU- 159 de 2002. M.P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

Corte Constitucional. Sentencia C-621 de 1998, M.P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 12 de abril de 2008. Rad. Rad. 28847. M.P.: JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 8 de marzo de 2008. Rad. 28788. M.P.: YESID RAMÍREZ BASTIDAS.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia 27477 del 6 de marzo de 2008. M.P.: AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 23 de abril de 2008. Rad. 29118. M.P.: SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 3 de mayo de 2007. Rad. 27108. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 08 de Noviembre de 2007. Rad. 26411. M.P.: ALFREDO GÓMEZ QUINTERO.

Corte Suprema de Justicia. Providencia del 29 de agosto de 2007. Rad. 28056. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 16 de mayo de 2007. Rad. 26310. M.P.: SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 21 de febrero de 2007. Rad. 25920. M.P.: JAVIER ZAPATA ORTIZ.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 5 de diciembre de 2007. Rad. 28125. M.P.: AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de Marzo de 2006. Rad. 24468. M.P.: EDGAR LOMBANATRUJILLO.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 7 de septiembre de 2006. Rad. 21529. M.P.: JAVIER ZAPATA ORTIZ.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 12 de Junio de 2005. Rad. 14464. M.P.: EDGAR LOMBANATRUJILLO.

Corte Suprema de Justicia, Auto del 13 de mayo de 2003. Rad. 19250. M.P. JORGE ANÍBAL GÓMEZ.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 22 de octubre de 2003. M.P.: MAURO SOLARTE PORTILLA.

Tribunal Superior de Bogotá. Providencia del 30 de julio de 2005. N.I. 6290.