



LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO

LUIS FERNANDO BEDOYA SIERRA

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
ESCUELA DE ESTUDIOS E INVESTIGACIONES
CRIMINALÍSTICAS Y CIENCIAS FORENSES

ISBN 978-958-8374-10-9

© Luis Fernando Bedoya Sierra, 2008
Con la colaboración de: Jaime Angel Londoño

© Fiscalía General de la Nación, 2008
Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra.

Nivel Central-Bogotá, D.C.
Diagonal 22B No. 52-01 (Ciudad Salitre)
Teléfonos: 570 2000 - 414 9000

www.fiscalia.gov.co

Primera edición: Diciembre de 2008
Con un tiraje de 4.000 ejemplares
Diseño de Carátula: José Luis Cubillos, Profesional Universitario II
Oficina de Prensa
Diseño de Libro: Fenix Media Group
Composición: Fenix Media Group
Corrección de Estilo: Iván Atswood Romero
Diagramación electrónica: Fenix Media Group

Impresión: Galería Gráfica Compañía de Impresión S.A.

Email: galeriagrafica@gmail.com

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

© 2008

El presente material no puede ser reproducido parcial y/o totalmente por medio alguno, sin permiso expreso del la Fiscalía General de la Nación.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Mario Germán Iguarán Arana
Fiscal General de la Nación

Guillermo Mendoza Diago
Vicefiscal General de la Nación

Mariana Gutiérrez Dueñas
Secretaria General

Sonia Stella Romero Torres
Directora Nacional Administrativa y Financiera

Marilú Mendez Rada
Directora Nacional del Cuerpo Técnico de Investigación

Luis Germán Ortega Rivero
Director Nacional de Fiscalías

Francisco Javier Echeverri Lara
Director de Asuntos Internacionales

COORDINACIÓN EDITORIAL
Rodrigo Barrera Barinas
Jefe de la Oficina de Prensa

ESCUELA DE ESTUDIOS E INVESTIGACIONES
CRIMINALÍSTICAS Y CIENCIAS FORENSES
Jeaneth Niño Farfán
Directora -E-

EMBAJADA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA
DEPARTAMENTO DE JUSTICIA
Paul Vaky
Director
PROGRAMA DE REFORMA A LA JUSTICIA
PLAN COLOMBIA

PRESENTACIÓN

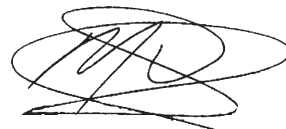
La Fiscalía General de la Nación viene desarrollando un plan de capacitación como apoyo a la actividad investigativa y acusatoria de los fiscales delegados. Este plan está estructurado por distintos módulos que son una respuesta a las necesidades que los destinatarios de las obras han detectado en talleres diseñados por la Escuela de la Fiscalía con fiscales de todo el país, en los que se plantearon los problemas más usuales de la práctica fiscal, se formularon propuestas encaminadas a lograr su solución, y se escucharon los distintos argumentos que las respaldaban. Producto de ese proceso es el presente módulo del que podemos afirmar es un texto construido por los fiscales para los fiscales.

De otra parte, el plan de capacitación es una herramienta para incidir con eficacia en el fortalecimiento del sistema acusatorio penal, que nos permite pensar una administración de justicia en la que se hagan efectivos los principios de verdad, reparación, las garantías del procesado y de la víctima, para lograr, desde la perspectiva penal, la prevalencia de la justicia material que es uno de los objetivos del estado social y democrático de derecho.

El módulo de “la prueba en el proceso penal colombiano” esta construido para optimizar las practicas fiscales en materia de pruebas dentro del proceso penal acusatorio colombiano.

El modulo esta estructurado en una introducción y seis grandes unidades. En la introducción se explora la prueba en el contexto del modelo de Estado adoptado a partir de la Constitución Política de 1991. Posteriormente, se hace un cuidadoso estudio de los medios de prueba a partir de los problemas reales de la práctica fiscal. En la segunda unidad se trabajan varios aspectos de la prueba de referencia, en especial, el problema de los intereses encontrados sobre su comparecencia. De igual manera, hay un trabajo específico sobre aspectos controversiales de la prueba pericial. En la cuarta unidad se estudian los elementos materiales probatorio o evidencias físicas en el que se tratan distintos aspectos como la legalidad de los procedimiento, la utilidad de los elementos probatorio, su autenticidad y valoración. Más adelante, el módulo examina el tema de las estipulaciones probatorias en el que se hace un detenido estudio de aspectos operativos del instituto jurídico. Por último, hay un detenido exposición del descubrimiento probatorio. Este modulo cuenta con una gran riqueza de casos, y talleres que permiten el desarrollo de las habilidades necesarias en el discente para optimizar su práctica fiscal.

Finalmente, el proceso de construcción de los módulos ha contado con la invaluable colaboración del departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, del señor Paul Vaky, de Mike Baile y Kent Cassibry, del Director y Subdirector del National Advocacy Center –NAC- de Estados Unidos de América. A ellos y al autor un agradecimiento especial.



Mario Germán Iguarán Arana
Fiscal General de la Nación

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	05
METODOLOGÍA DE APRENDIZAJE	14
OBJETIVOS GENERALES	
LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO	17
Mapa Conceptual	19
I. LA PRUEBA EN EL CONTEXTO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL DE DERECHO	21
1. FINES DE LA PRUEBA	21
2. EL NIVEL DE CONOCIMIENTO POSIBLE DE LOS HECHOS EN EL PROCESO PENAL	27
3. CARGA DE LA PRUEBA.	33
4. LIBERTAD PROBATORIA	37
4.1. Actos de investigación y legalidad de la prueba.	39
4.1.1. Reglas generales de los actos de investigación.	40

4.1.2. Actos de investigación que implican afectación de derechos fundamentales.	45
4.1.2.1. La diligencia de allanamiento y registro	45
4.1.2.2. Retención de correspondencia.	53

UNIDAD 1

I. MEDIOS DE PRUEBA	61
1. PRUEBA TESTIMONIAL	61
1.1. Concepto.	61
1.2. La calidad de testigo.	63
1.2.1. Deber de declarar	64
1.2.1.1. Excepciones al deber de declarar.	65
1.2.1.1.1. Generalidades	65
1.2.1.1.2. Solidaridad Intima	66
1.2.1.1.3. Solidaridad familiar	69
1.2.1.1.4. El secreto profesional como excepción al deber de declarar	74
1.2.1.1.5. Otras excepciones al deber de declarar	75
1.3. Utilidad del Testigo	77
1.3.1. Regla general	77
1.3.2. Otros aspectos	78
1.3.2.1. Corroboración	78
1.3.2.1.1. Corroboración de circunstancias concomitantes	78
1.3.2.1.2. Corroboración de aspectos relacionados con la conducta punible, pero ocurridos en diferentes circunstancias de tiempo y lugar.	79
1.3.2.1.3. Corroboración de algunas consecuencias de la conducta punible.	80

1.3.2.2. Corroboración para ilustrar sobre algunos aspectos del entorno social o familiar donde ocurre la conducta punible	81
1.3.2.3. Corroboración de circunstancias específicas o genéricas de mayor o menor punibilidad	81
1.3.2.4. Corroboración de la autenticidad de documentos o evidencias físicas.	83
1.4. Análisis de las declaraciones rendidas antes del juicio oral.	84
1.4.1. La entrevista	84
1.4.2. Criterios para evaluar las declaraciones recibidas con el fin preparar el juicio oral	90
1.4.2.1. La posibilidad de percepción	90
1.4.2.1.1. La presencia en el lugar de los hechos	90
1.4.2.1.2. La posibilidad de percepción de acuerdo a las condiciones externas.	92
1.4.2.1.3. La posibilidad de percepción de acuerdo a las condiciones físicas.	94
1.4.2.1.4. La posibilidad de percepción y/o de razonamiento de acuerdo a las condiciones mentales	96
1.4.2.1.5. Las características del objeto	101
1.4.2.2. Los procesos de rememoración	103
1.4.2.3. La capacidad para transmitir el conocimiento sobre los hechos.	104
1.5. El testimonio de los menores	106
1.5.1. La valoración de la prueba del menor.	107
1.5.1.1. El manejo de la evidencia de corroboración	107
1.5.1.2. La protección del niño que tiene la calidad de testigo, sea o no víctima de la conducta punible	110
1.5.1.3. La posibilidad de aplicar las figuras de la prueba de referencia y la prueba anticipada cuando se trata de declaraciones de menores.	114

UNIDAD 2

2. PRUEBA DE REFERENCIA	117
2.1. Qué debe entenderse por prueba de referencia en el ordenamiento jurídico colombiano, teniendo en cuenta los intereses constitucionalmente relevantes que giran en torno a dicho instituto.	117
2.1.1. Regla general sobre conocimiento personal y directo	117
2.1.2. La colisión de intereses constitucionales derivada de la imposibilidad de comparecencia de los testigos a la audiencia de juicio oral.	118
2.1.3. Posibles soluciones al problema en mención	119
2.1.3.1. Admitir en todos los eventos	119
2.1.3.2. Negar toda posibilidad de admisión	119
2.1.3.3. Posición ecléctica	119
2.1.4. Pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinarios sobre la colisión de intereses inherentes a la prueba de referencia.	120
2.1.5. La regulación de la prueba de referencia en la ley 906 de 2004	124
2.1.6. Declaraciones anteriores que no constituyen prueba de referencia	126
2.1.6.1. Cuando las declaraciones están ligadas a la consumación del delito	126
2.1.6.2. Cuando las declaraciones se utilizan con fines de impugnación	127
2.1.6.3. Cuando las declaraciones no se presentan para demostrar la veracidad de lo aseverado.	128
2.1.7. Conclusión	135
2.2. Excepciones a la prueba de referencia	138
2.2.1. La muerte del testigo	138
2.2.2. El testigo asegura haber perdido la memoria	139
2.2.3. El testigo ha sido víctima de secuestro, desaparición forzada o un evento similar	140

2.2.4. Escritos de pasada memoria	141
2.3. Los límites a la admisibilidad de prueba de referencia	144
2.4. La contradicción y valoración de la prueba de referencia	151
2.4.1. Frente a la credibilidad del testigo que percibió directamente los hechos penalmente relevantes.	151
2.4.2. Puede atacar la confiabilidad del medio a través del cual se lleva la prueba de referencia	152
2.5. La utilización en el juicio oral de declaraciones anteriores del testigo.	153
2.5.1. La utilización de las declaraciones anteriores del testigo cuando éste cambia su versión o se retracta en la audiencia de juicio oral	154
2.5.1.1. Análisis de las reglas fijadas por la Corte Suprema de Justicia para la valoración del testigo que se retracta o cambia su versión	162
2.5.1.1.1. Utilización de la declaración anterior	162
2.5.1.1.2. Valoración frente a esa declaración	163
2.5.1.1.3. Forma de realizar el ejercicio de contradicción	164
2.5.1.1.4. Preparación por parte del fiscal	164
2.5.1.1.5. Protección de la víctima y los testigos	164
2.5.2. El testigo comparece a la audiencia de juicio oral pero se niega a responder	165
2.5.2.1. Principales razones de la Corte para concluir que en estos casos la declaración anterior es admisible	166
2.5.2.1.1. El concepto de prueba testimonial no es restrictiva	166
2.5.2.1.2. Lo dicho por el testigo en juicio, e incluso su decisión de no decir nada, se articula con la entrevista introducida a través del policía judicial	166
2.5.2.1.3. El “proceso” a lo largo del cual el testigo entrega su versión	167
2.5.3. El testigo no comparece a la audiencia de juicio oral	168

UNIDAD 3

3. PRUEBA PERICIAL	171
I. Objetivos	171
3.1. Concepto de prueba pericial	171
3.2. Características especiales de la prueba pericial	178
3.3. El descubrimiento del dictamen pericial.	181
3.4. Estructura del dictamen pericial	183
3.5. Algunos aspectos a tener en cuenta frente a la prueba pericial	186

UNIDAD 4

4. ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS O EVIDENCIA FÍSICA

4.1. Objetivos	191
4.2. Concepto	192
4.3. Pasos y requisitos para que las evidencias físicas se conviertan en prueba.	195
4.3.1. Hallazgo	195
4.3.2. La legalidad -procedimiento de consecución	196
4.3.2.1. Clausula de exclusión	199
4.3.2.1.1. Fuente Independiente	203
4.3.2.1.2. Vinculo Atenuado	204
4.3.2.1.3. Descubrimiento Inevitable	204
4.3.3. Utilidad de los EMP - Pertinencia	205
4.3.4. Autenticidad	207
4.3.4.1. Formas de demostrar la autenticidad	209
4.3.4.1.1. Cadena de custodia	210
4.3.4.1.1.1. Cadena de custodia no es un presupuesto de legalidad de las evidencias	210
4.3.4.1.1.2. Diferencia entre cadena de custodia y registro de continuidad	215
4.3.5. La aducción del elemento material probatorio en el juicio oral y el testigo de acreditación	217

UNIDAD 5

5. ESTIPULACIONES PROBATORIAS	227
5.1. Objetivos	227
5.2. Finalidad de las estipulaciones	228
5.3. Objeto de las estipulaciones	228
5.3.1. Aspectos a tener en cuenta en el momento de estipular	231

UNIDAD 6

6. DESCUBRIMIENTO PROBATORIO	235
6.1. Objetivos	235
6.2. Activación del derecho de defensa y su relación con el Descubrimiento probatorio	236
6.3. La iniciativa probatoria de la defensa	242
6.4. El descubrimiento por parte de la Fiscalía –análisis de los aspectos constitucionales relacionados con esta obligación	251
6.5. El descubrimiento de la defensa –análisis de los aspectos constitucionales relacionados con esta obligación de la defensa.	260
BIBLIOGRAFÍA	271

METODOLOGÍA DE APRENDIZAJE

Estrategias didácticas: El módulo está construido para enfrentar necesidades que los talleres de relevancia han evidenciado y que están directamente relacionados con el desempeño de su función. Estos aspectos están presentes en la configuración de los objetivos generales y específicos. Para lograr el mayor provecho del módulo es necesario que realice todas las actividades pedagógicas programadas, incluyendo la lectura del módulo, el desarrollo del mapa conceptual, contestar las preguntas y hacer el glosario. Cada actividad está dirigida a que usted construya su conocimiento, rompiendo la tradición conductual repetitiva de otras formaciones, y potenciando sus competencias interpretativas, argumentales y propositivas.

A partir de las corrientes constructivas que orientan el modelo pedagógico de la escuela en los módulos, usted, para construir el conocimiento y desarrollar sus competencias, deberá desarrollar casos, análisis jurisprudenciales o doctrinales, participara en debates y reflexiones críticas sobre la práctica fiscal y tendrá a su disposición una bibliografía que le permite ampliar sus conocimientos.

Mapa conceptual: Al inicio de la obra usted encontrará un mapa conceptual construido por el autor que presenta los conceptos básicos del texto y sus relaciones. Luego, al terminar cada unidad usted encontrará un espacio para que elabore un mapa conceptual en el que se evidencie su comprensión de los conceptos básicos relacionados con el texto.

Actividad de Aprendizaje: Permite el desarrollo de procesos de pensamiento interpretativos, argumentativos y propositivos que se traduzcan en acciones concretas para integrar y aplicar los diferentes contenidos analizados en los textos. De ahí la importancia de que al final de cada unidad desarrolle las actividades de aprendizaje, pues ellas potencializan sus competencias argumentativas, propositivas y argumentativas.

Glosario: Al final de cada unidad encontrará un glosario que usted debe desarrollar que tiene el propósito de identificar, elaborar e integrar los conceptos más importantes planteados por el autor.

Referencias bibliográficas: Al final del módulo encontrará las referencias bibliográficas con la finalidad de que usted pueda ampliar la información contenida en el módulo.

OBJETIVOS

LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO

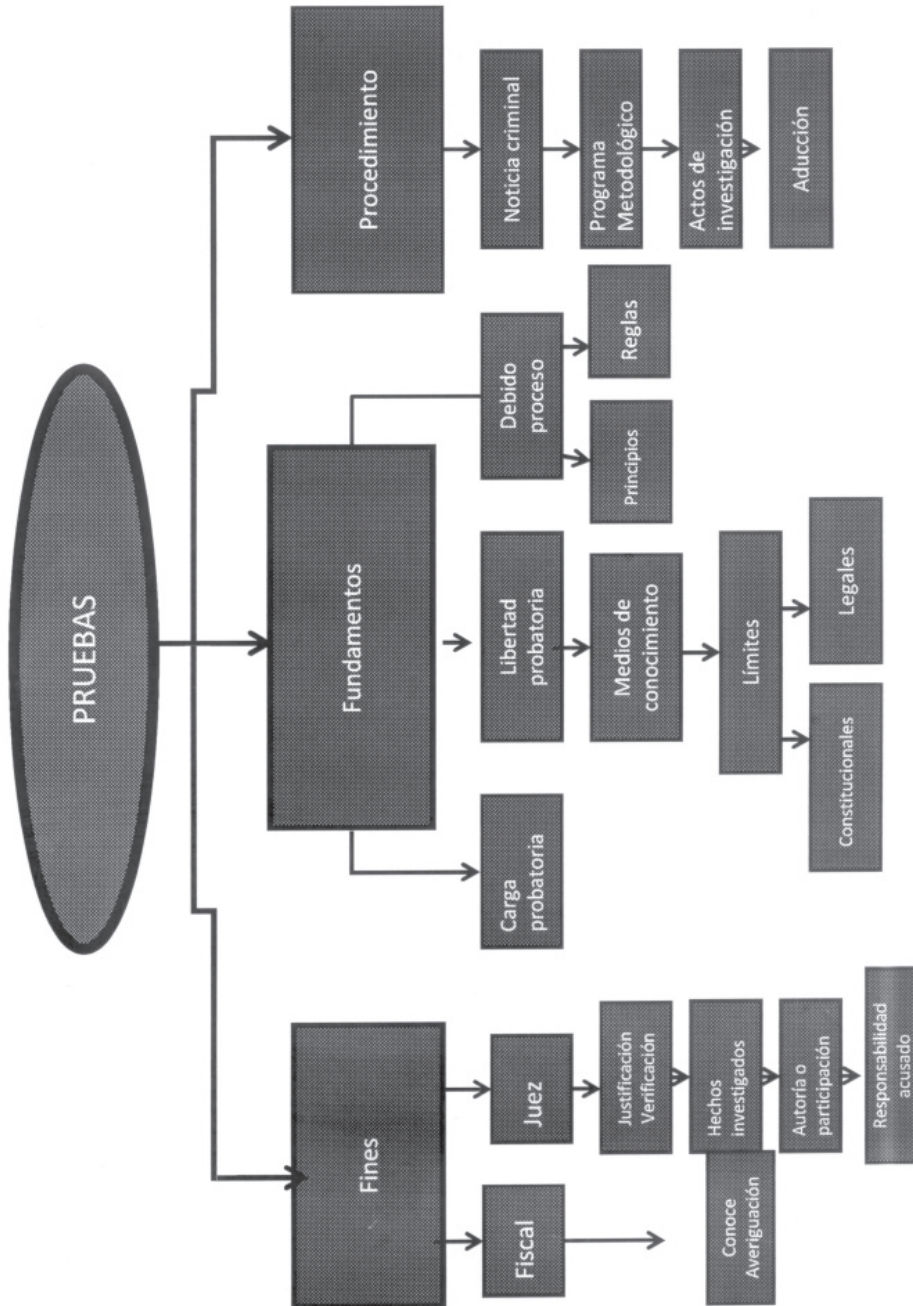
Objetivos Generales

1. Establecer con precisión los hechos frente a los que debe obtenerse el nivel de conocimiento que exige el Ordenamiento Procesal Penal Colombiano para decidir (ordenar archivo, solicitar preclusión, acusar, solicitar condena, entre otros aspectos), a partir del análisis de la conducta denunciada o conocida de oficio¹ y del tipo penal o los tipos penales en que esta pueda enmarcarse.
2. Organizar los actos de investigación idóneos, proporcionales y necesarios para obtener los medios de conocimiento requeridos en la sustentación la teoría del caso.

¹ Al efecto debe recordarse que la actuación penal también puede iniciarse a partir de querrela o petición especial.

3. Analizar previamente la legalidad, autenticidad, pertinencia y conducencia de los medios de conocimiento que se harán valer en el juicio.
4. Establecer si los medios de conocimiento son suficientes para cumplir con la carga probatoria que se tiene frente a los elementos estructurales de la respectiva conducta punible y frente a los demás aspectos que debe acreditar el fiscal durante la audiencia del juicio oral.
5. Analizar las posibles estrategias de la defensa para el adecuado ejercicio de la contradicción, ya sea oponiéndose a que un determinado medio de conocimiento sea admitido o alegando su poco o inexistente poder persuasorio, entre otros aspectos.
6. Diseñar con la debida antelación las estrategias para la adecuada presentación de los diferentes medios de prueba, con el fin de lograr la persuasión racional del juez.
7. Presentar técnicamente los diferentes medios de prueba.
8. Ejercer la contradicción en forma suficiente y oportuna, frente a los medios de acreditación presentados por la defensa.
9. Velar por la protección de los testigos frente a riesgos físicos, psicológicos o de alguna otra naturaleza.

MAPA CONCEPTUAL



I. LA PRUEBA EN EL CONTEXTO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL DE DERECHO.

1. FINES DE LA PRUEBA

Objetivos específicos:

1. Analizar el proceso de conocimiento de los hechos por parte del fiscal.
2. Identificar la manera en que el juez conoce los hechos penalmente relevantes.
3. Precisar la relación que existe entre la función de fiscales y jueces en el proceso de conocimiento de los hechos y en la realización de la justicia material.
4. Reconocer el tipo y nivel de conocimiento posible de los hechos en el proceso penal.
5. Reconocer los límites que tiene el estado para el esclarecimiento y sanción de las conductas punibles.

Al recibir la noticia criminal² el fiscal tiene el primer acercamiento a los hechos penalmente relevantes que se supone han ocurrido³ en la sociedad y frente a los que, utilizando los medios de acreditación obtenidos a través de actos de investigación⁴, tiene el deber de lograr el mayor conocimiento posible para tomar las decisiones que correspondan⁵. Si decide ejercer la acción penal, esto es, someter la pretensión al juez de conocimiento mediante la acusación; tendrá que presentar al juez el conocimiento de los hechos.

En todo caso, es necesario recordar que “Los hechos alegados como sucesos reales de la vida, son siempre e inevitablemente el punto de partida y constituyen tanto el objeto de la prueba a realizar durante el proceso, como el objeto de la calificación jurídica correspondiente, a partir de la que se extrae la consecuencia jurídica prevista en la norma aplicada”⁶. En este sentido el conocimiento jurídico, las habilidades retóricas, los recursos argumentativos o incluso el acierto en la escogencia de la norma jurídica aplicable al caso, resultan inútiles si no proporcionan un acercamiento suficiente a lo ocurrido en la realidad. Es necesario comprender que una actuación o un comportamiento del fiscal que descuide la prueba de los hechos no puede ser útil para solucionar el conflicto que esos hechos objetivos materializan.

Dado que un fiscal que presencié los hechos tendría que asumir el rol de testigo y no podría por tanto ser el encargado de la acusación, es

² La dinámica del sistema implica que el Estado recibe la noticia criminal a través de la Policía Judicial. Hay un segundo estadio que genera el conocimiento del fiscal, que se da por el reporte de inicio o por el informe ejecutivo. Véase frente a este aspecto el módulo de estructura del proceso penal.

³ Se tendrá mayor o menor probabilidad dependiendo de las evidencias allegadas por el denunciante y/o por los medios de acreditación obtenidos por los funcionarios de policía judicial al realizar los actos urgentes. A partir de ese momento debe elaborarse un plan de investigación o programa metodológico orientado a obtener las evidencias necesarias para cumplir las obligaciones probatorias a que haremos alusión en los párrafos siguientes.

⁴ Actos de investigación que deben ser planeados por el fiscal y la Policía Judicial en un programa metodológico.

⁵ Para ordenar el archivo, formular imputación, solicitar preclusión, dar aplicación del principio de oportunidad, acusar, o, en su momento, pedir condena, e inclusive pedir absolución.

⁶ Climent Durán, Carlos. La Prueba Penal. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999 pág. 42

posible concluir que una primera función de las evidencias físicas y de la información legalmente obtenida, es brindar al titular del ejercicio de la acción penal el conocimiento de los hechos, pues a partir de este se decide si es necesario formular imputación, presentar acusación, solicitar la preclusión o dar aplicación al principio de oportunidad, entre otros aspectos. Si el fiscal decide que existe afectación de derechos fundamentales⁷ tendrá que transmitirle al juez de control de garantías un nivel de conocimiento de los hechos tal, que le permita aproximarse a los acontecimientos penalmente relevantes, con el fin de que, dentro de los límites de la inferencia razonable, se justifique la afectación de esos derechos y garantías⁸, de acuerdo con la fase de la actuación y con el tipo de solicitud que se esté presentando.

Dado que el juez de conocimiento no tiene la oportunidad de presenciar los hechos frente a los que debe tomar la decisión, es necesario que los conozca mediante un mecanismo fiable, que además permita a los demás intervinientes ejercer el derecho de contradicción. En este sentido, la labor del fiscal consiste en presentar el conocimiento de los hechos; teniendo en cuenta que estos deben ser descubiertos en forma oportuna, obtenidos legalmente y utilizando medios probatorios pertinentes que deben ser presentados de acuerdo con las reglas que rigen el debate. s reglas que rigen el debate.

Así pues, la más profunda y acertada motivación de la cuestión jurídica perdería trascendencia si recae sobre un componente fáctico alejado de la realidad. El adecuado conocimiento de los hechos es requisito indispensable para decidir en forma justa. Por esta razón, el

⁷ Bien porque se trate de actos de investigación que impliquen la limitación de derechos o garantías o porque debe solicitarse la imposición de medidas cautelares.

⁸ Es importante aclarar en este sentido, pues la nueva praxis judicial así lo enseña, que muchos de los errores del fiscal en las audiencias preliminares se refieren al hábito de privilegiar la racionalización de lo jurídico, olvidando motivar lo fáctico, aun cuando exista un manejo adecuado de lo dogmático. Esto implica privar al juez del conocimiento necesario sobre los hechos para tomar la decisión.

fiscal debe velar porque el juez⁹ tenga un conocimiento adecuado de los hechos, ya sea para que sean impuestas las sanciones pertinentes o para evitar una pena injusta o desproporcionada, y dicho propósito sólo podrá lograrlo mediante las pruebas¹⁰.

Ahora bien, aunque históricamente se ha prestado mayor atención a la motivación jurídica que a la motivación fáctica, aceptando inclusive la íntima convicción del juez y excusándolo del deber de motivar, debe tenerse en cuenta que el conocimiento de los hechos suele ser mucho más problemático que la comprensión y aplicación del derecho, pues frente a las normas existe un importante desarrollo legislativo y jurisprudencial que permite controlar de mejor manera la labor de quien juzga, mientras que los hechos son siempre diferentes y la posibilidad de un conocimiento adecuado de estos no es siempre la apropiada.

Desde esa perspectiva, es necesario tener claro que el adecuado manejo de las evidencias o de las pruebas por parte del fiscal¹¹ tiene como objetivo mediático enterar al juez de las circunstancias que rodearon una acción con trascendencia penal y como objetivo final, propender por la materialización de la justicia, que en el área penal se logra con el esclarecimiento y la sanción de las conductas que afectan en mayor proporción las garantías fundamentales, es decir, las conductas punibles¹² o con la absolución de los ciudadanos frente a quienes no haya sido posible desvirtuar el principio de presunción de inocencia.

⁹ De garantías o de conocimiento.

¹⁰ Recuérdese, con Marina Gascón, que *“antes de decidir cómo se conocen los hechos es preciso aceptar, cuanto menos, que los hechos representan el único motivo de la decisión jurídica”, pues ninguno sentido tiene el ordenamiento jurídico si no está de por medio un determinado hecho. Gascón Abellán, Marina, Los Hechos en el Derecho, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1999, Pág. 12.*

¹¹ Diferencia que resulta pertinente si se tiene en cuenta la fase de la actuación en que se presente este tipo de argumentación, pues como es sabido, se habla de evidencia ante el juez de garantías y de prueba ante el juez de conocimiento.

¹² En tal sentido las pruebas son fundamentales para garantizar los derechos de las víctimas, pues el conocimiento de la verdad, la realización de la justicia y la reparación tienen como presupuesto indispensable el adecuado esclarecimiento de los hechos.

Para lograr los objetivos enunciados, las evidencias o las pruebas¹³ deben dar cuenta de todos y cada uno de los elementos estructurales de la conducta punible. Si el fiscal logra llevar a conocimiento del juez buena parte de los aspectos trascendentales para decidir sobre la afectación de un derecho fundamental o sobre la imposición de la sanción penal pero descuida aunque sea uno de esos aspectos, es posible que el juez no cuente con los elementos para decidir en forma justa y que en consecuencia no sea posible cumplir los objetivos inherentes al ejercicio de la acción penal en un Estado Social de Derecho, que se refieren a la protección de bienes jurídicos de alta trascendencia constitucional, como la vida, la libertad y la dignidad, entre otros.

Generalmente el proceso de conocimiento de los hechos por parte del fiscal y su presentación ante el juez, observan inconvenientes o limitaciones que el fiscal tiene que estar en condición de detectar y superar mediante una explicación racional. Piénsese, por ejemplo, en la acreditación mediante prueba testimonial y en las dificultades que presenta: el interés personal o los prejuicios del testigo pueden llevarlo consciente o inconscientemente a hacer narraciones alejadas de la realidad¹⁴, las dificultades de percepción que pueden dar lugar a que una persona sin interés particular en el caso describa los hechos de acuerdo con una percepción errada, sumado a las dificultades propias del uso del lenguaje, entre otros aspectos.

Si lo que se pretende es presentar el conocimiento de los hechos mediante elementos materiales probatorios, existe el riesgo de que

¹³ Insistimos, dependiendo de la fase en la que se actúe y el juez ante el que se presente la pretensión.

¹⁴ Es necesario aclarar que el interés personal no siempre implica que el testigo falte a la verdad. A manera de ejemplo, es posible que la madre del acusado declare sobre lo realmente ocurrido.

estos hayan sido plantados cambiados o alterados¹⁵. Igual sucede con la prueba documental: por ejemplo, cuando un contrato no ha sido suscrito realmente por quien aparece como autor, cuando un video ha sido alterado o ha sido obtenido usando aparatos que no son los adecuados, entre otros casos.

Por lo anterior, la actividad probatoria de las partes, en este caso del fiscal, debe centrarse en el contenido de cada medio de acreditación pero también debe estar orientada a verificar la confiabilidad del medio utilizado, es decir, la credibilidad del testigo, la autenticidad del elemento material probatorio, la idoneidad del perito u otros aspectos. Esta actividad implica también la verificación de que el medio cognoscitivo sea presentado de tal manera que facilite en la mayor medida posible la aprehensión del conocimiento por parte del juez, pues a manera de ejemplo, poco o nada sirve un testigo que tiene gran conocimiento de los hechos pero no puede transmitirlo en forma adecuada.

Al abordar cada uno de los medios de prueba haremos énfasis en los tres aspectos referidos: (I) el contenido del medio de prueba; (II) la confiabilidad del medio de prueba y, (III) la forma en que es transmitida la información contenida en el medio de prueba. Los fines de la prueba están íntimamente ligados al deber de motivar¹⁶ y permiten comprender las relaciones que se tejen en el cumplimiento de las funciones de fiscales y jueces. En efecto, los jueces tienen la obligación de motivar sus decisiones y ello incluye un componente fáctico. Los fiscales por su parte, además de motivar las decisiones que la Constitución y la ley les asignan¹⁷, tienen el deber de velar

¹⁵ Bajo el entendido, claro está, que no toda irregularidad frente a este tipo de medios de acreditación implica su inadmisibilidad, circunstancia que siempre implicará una carga argumentativa para el fiscal.

¹⁶ Al respecto puede consultarse el módulo de argumentación.

¹⁷ Entre ellas, el rechazo de la actuación, el rechazo de la denuncia, el archivo de las diligencias, el archivo de las diligencias y la aplicación del principio de oportunidad.

porque la motivación de los jueces sea adecuada. Ahora bien, si los jueces conocen de los hechos aquello que las partes les muestran mediante las evidencias o las pruebas, existe una clara correlación entre las obligaciones de fiscales y jueces, pues aquellos tendrán que brindarle a estos los insumos suficientes para que sus decisiones tengan un fundamento suficiente, si se tiene en cuenta que en un sistema procesal de tendencia acusatoria se impide al juez decretar pruebas de oficio, los fiscales tendrán la obligación de aportar al juez los elementos necesarios y adecuados para explicar el contenido y la racionalidad de su decisión.

ACTIVIDAD DE APRENDIZAJE 1

Analice la información que la prensa hablada o escrita le ha brindado sobre la ocurrencia de un determinado delito. Determine el grado y la fiabilidad del conocimiento que ha obtenido mediante la actividad periodística y reflexione sobre la utilidad que podría tener este para tomar una decisión en materia penal.

2. EL NIVEL DE CONOCIMIENTO POSIBLE DE LOS HECHOS EN EL PROCESO PENAL.

El objetivo de este trabajo no es abordar profundamente la discusión en torno al tipo de verdad que se pretende hallar en el proceso penal, sino advertir sobre la necesidad de crear conciencia sobre el carácter de los procesos mentales que aproximan al funcionario judicial al conocimiento de los hechos, como requisito para dar cumplimiento a la carga motivacional frente al componente fáctico.

En el módulo de argumentación se resaltó la importancia que tienen los argumentos inductivos en la labor del operador jurídico¹⁸ y se mostró de qué manera ese tipo de argumentos son relevantes en la evaluación del componente fáctico. A partir de los medios de acreditación debe inferirse que un hecho ocurrió de una determinada manera¹⁹, incluso cuando se trata de un testigo presencial²⁰. Los argumentos inductivos son fundamentales para establecer la credibilidad, aspecto necesario en el proceso de conocimiento de los hechos.

Si se tiene en cuenta que los argumentos inductivos no tienen una estructura lógica que garantice que si las premisas son verdaderas la conclusión será verdadera, es claro que en el proceso de conocimiento de los hechos, en el que esta clase argumentos tienen gran incidencia, no puede hablarse de certeza. Incluso frente a los argumentos más sólidos o fuertes, cabe pregonar el carácter de probables o plausibles. Para tales efectos resulta útil traer a colación el ejemplo utilizado en el modulo de argumentación:

Premisa 1. MARÍA fue asesinada con un revólver.

Premisa 2. A PEDRO le fue incautada el arma homicida

Premisa 3. PEDRO salió corriendo de la casa de María luego de sonar los disparos.

Premisa 4. PEDRO había amenazado a MARIA.

Premisa 5. PEDRO presentaba residuos de pólvora en su piel luego de ocurrido el homicidio de María.

Premisa 6. MARIA estaba sola en su casa.

Premisa 7. Los testigos no vieron salir a nadie más de la casa de MARIA.

C: PEDRO mató a MARIA

¹⁸ Cuya característica principal, según se dijo, es que su estructura lógica no garantiza que la veracidad de las premisas implique la verdad de la conclusión es decir, que se encuentran en el ámbito de lo probable o plausible.

¹⁹ Si bien es cierto se utilizan formas típicas de argumentos deductivos (modus ponens, modus tollenes, las diversas formas de silogismo, entre otros aspectos), algunas de las premisas fundamentales de dichos argumentos corresponden a argumentos inductivos, especialmente los relacionados con los aspectos fácticos.

²⁰ Es el ejemplo más común de la denominada prueba directa.

Aunque es posible afirmar que el argumento anterior es correcto (dado que todas las premisas están debidamente soportadas), tanto que podría servir de soporte a una condena, no implica sin embargo, que pueda afirmarse con certeza que Pedro fue el autor de la muerte de María. En efecto, hipotéticamente podría haber sucedido lo siguiente: *“JUAN, antiguo enemigo de MARÍA, aprovechó que ella había discutido públicamente con PEDRO, e ingresó por el patio de la casa de su víctima para cometer el crimen, convencido de que las sospechas recaerían sobre Pedro; luego salió sigilosamente por la parte posterior de la casa sin ser visto por los vecinos. PEDRO, quien en ese preciso momento ingresaba a la casa de María con el propósito de agredirla por su comportamiento, se asustó al ver el cadáver, tomó el arma y salió corriendo. JUAN fue grabado por un circuito cerrado, la cinta se halló dos años después”*.

Por casos como el anterior, el ordenamiento jurídico, al igual que los de otros países, consagra la acción de revisión, precisamente para corregir los errores que puedan ser cometidos cuando aquello que se presenta como altamente probable o plausible no coincide con lo ocurrido en la realidad. Es por esto que el nuevo ordenamiento jurídico no habla de certeza sino de convencimiento más allá de toda duda razonable, para referirse a la sentencia condenatoria.

El hecho de que no se hable de certeza sino de convencimiento más allá de duda razonable, no debe entenderse como un retroceso en las garantías del procesado, pues aunque la Ley 600 de 2000 hace alusión a “certeza”, en la práctica y de acuerdo con esta disposición, el funcionario judicial también se desenvuelve en el campo de lo probable. Al respecto resultan útiles los planteamientos e Irving M. Copi:

“El estándar de la prueba para ley penal es muy alto. Son tan terribles las consecuencias de condenar a una persona inocente que se debe evitar esa posibilidad a toda costa. Por tanto, un acusado en este caso debe considerarse inocente hasta que no se pruebe lo contrario. La convicción del crimen requiere que el acusado sea encontrado culpable más allá de toda duda razonable. Esto significa

que el acusado se debe encontrar culpable con una probabilidad tan grande que ninguna persona razonable, luego de considerar todas las evidencias disponibles, podría creer en su inocencia. La aplicación de este estándar tiene como resultado el perdón de algunas personas que probablemente son culpables de hecho. Pero esto es mucho mejor que condenar a los inocentes²¹”

Bajo las anteriores premisas puede afirmarse que la actividad probatoria debe estar orientada hacia la construcción de argumentos que permitan inferir con alta probabilidad (más allá de toda duda razonable) que ciertos hechos ocurrieron de determinada manera, para adecuarlos luego a una norma y establecer así las consecuencias que de ello se derivan.

Ante la imposibilidad de obtener certeza en el proceso de reconstrucción de los hechos, resulta fundamental que el fiscal verifique la corrección material de los argumentos relacionados con el componente fáctico, esto es, que se convenza a sí mismo y luego le demuestre al juez, que cada una de las conclusiones principales o secundarias, están fundamentadas en premisas válidas, y que la conexión lógica entre premisas y conclusiones es tal, que sugiere una alta probabilidad de que estas sean ciertas.

Si se acepta que en materia de derecho ordinariamente se está en el terreno de lo plausible o probable y que en consecuencia no siempre es posible establecer con certeza lo ocurrido; el fiscal podrá asumir con mayor responsabilidad la función que tiene en el ámbito probatorio, procurando reconocer adecuadamente cada uno de los procesos mentales que lo llevan a tomar decisiones; como acusar, solicitar una condena o una determinada decisión frente a la ejecución de la pena, entre otros aspectos. De igual manera podrá propiciar ejercicios mentales mucho más concientes en el proceso de conocimiento

²¹ COPI, Irving y COHEN, Carl. Introducción a la lógica. México: Editorial Limusa, 2007, pag. 613

de los hechos por parte del juez, así como de las consecuencias jurídicas que de ellos se derivan²². La verificación de la solidez de cada uno de los argumentos principales o secundarios, denota que el fiscal tiene mayor y mejor comprensión de las razones por las que otorga a un testimonio mayor o menor credibilidad o por las que atribuye un determinado poder persuasorio a los diferentes medios de acreditación. Esto le ayudará a transmitir con mayor precisión la información al juez, al tiempo que le permitirá establecer en qué eventos sus conclusiones están basadas en suposiciones o prejuicios.

Por ejemplo, en la investigación de un supuesto homicidio culposo la Fiscalía cuenta con el testimonio de JUAN, quien es la única persona que afirma haber presenciado los hechos (por lo menos la única que pudo ser localizada por los funcionarios de policía judicial). Para evaluar la credibilidad de Juan, el fiscal podría apelar a sus instintos o a sus “corazonadas”, aunque difícilmente podría transmitirle esas bases de credibilidad al juez. Sin embargo, el fiscal cuenta con una mejor opción, consistente en verificar todos los motivos que lo llevan a concluir que JUAN es un testigo creíble, esto es, puede verificar la solidez de cada una de las conclusiones principales y secundarias que integran su argumentación; así, los procesos mentales que lo llevan a concluir un aspecto fundamental en el proceso penal (la credibilidad del testigo principal de cargo) serán mucho más visibles y conscientes, y por tanto será mucho más fácil que logre transmitirlos al juez²³.

²² Marina Gascón –ob.cit.– resalta que–“la distinción (entre verdad real y verdad procesal) juega también un importante papel metodológico, pues pone de manifiesto la necesidad de establecer garantías epistemológicas para hacer que la declaración de hechos obtenida en el proceso se aproxime lo más posible a la verdad” (...) Y agrega, -citando a M. Taruffo- que, “en los planteamientos más reflexivos de la actualidad, se aprecia una tendencia a concebir el juicio de hecho “la elección de la hipótesis racionalmente más atendible entre las distintas reconstrucciones posibles de los hechos de la causa; en consecuencia, la verdad de los hechos nunca es absoluta, sino que viene dada por la hipótesis más probable, o sostenida por mayores elementos de confirmación”- (la parte en comillas se refiere a M. TARUFFO, MODELLI DI PROBA E DI PROCEDIMENTO PROBATORIO, CIT, PAG.444).

²³ Frente al caso aludido, en el módulo de argumentación se dejó claro que el testimonio en mención resulta creíble porque pudo acreditarse que JUAN pudo presenciar los hechos (se explicó de dónde se infiere que pudo hacerlo), y además se indicó por qué razones su versión fue corroborada por otros medios de prueba (se explicó en qué consistió dicha verificación).

Un razonamiento como el anterior hace mucho más transparente el proceso de conocimiento de los hechos por parte del fiscal y luego, por parte del juez. Por esto permite realizar mejores argumentaciones, al tiempo que posibilita el ejercicio del derecho de contradicción²⁴.

ACTIVIDAD DE APRENDIZAJE 2

Retome uno de los casos en los que ha intervenido como fiscal, preferiblemente el caso más sólido, que haya dado lugar a la imposición de una pena, y realice las siguientes actividades:

1. Descomponga la argumentación de la sentencia (de acuerdo a las pautas fijadas en el módulo de argumentación judicial) y analice si pudo demostrarse con certeza la responsabilidad del condenado.
2. Analice si los procesos mentales que llevaron al juez a darle credibilidad a los testigos fueron explicitados; en caso afirmativo, descomponga el respectivo argumento y analice su solidez.
3. Analice si se expresaron los motivos por los cuales se le dio a cada medio de acreditación un determinado valor suasorio; de ser cierto, descomponga los respectivos argumentos y analice su solidez.

²⁴ En suma, “La recuperación de la racionalidad empírica a través del concepto de probabilidad no carece de consecuencias para la fijación judicial de los hechos. Por un lado, la declaración de hechos probados ya no puede ser concebida como un momento místico y/o susceptible de control racional, como ha sido (y aún es) frecuente en ciertas ideologías del proceso. Por otro, si el conocimiento inductivo de los hechos no produce resultados infalibles, han de introducirse TODAS LAS GARANTÍAS POSIBLES (garantías epistemológicas) para lograr una mayor fiabilidad en la declaración de los mismos y en su caso, facilitar una eventual revisión. Todo lo cual desemboca, frente a lo que había sido la tradición, en UNA EXIGENCIA DE MOTIVACIÓN”. MARINA GASCÓN, obra citada, pág. 8. Es bueno aclarar que cuando se alude a garantías epistemológicas se está haciendo alusión a la corrección de los procesos mentales que llevan al funcionario a conocer unos hechos pasados.

3. CARGA DE LA PRUEBA.

La historia de la humanidad da cuenta de las diversas maneras de lograr el esclarecimiento y la sanción del delito. En los sistemas de marcada tendencia inquisitiva el esclarecimiento de los hechos giraba en torno a la confesión, y para alcanzarla eran utilizadas toda clase de torturas y presiones que hoy son consideradas indebidas.

Con el paso del tiempo ha sido generado un proceso de humanización de la facultad punitiva, materializada principalmente en el reconocimiento de que las personas se presumen inocentes hasta que hayan sido vencidas en un juicio justo²⁵. La imparcialidad del juicio se asocia principalmente con la existencia de un juez ecuánime, con la radicación de la carga de la prueba en el titular del ejercicio de la acción penal, con la prohibición de obtener pruebas mediante la violación de derechos y garantías constitucionales y con la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción en condiciones equivalentes a las del ente acusador.

En lo que se refiere a la carga de la prueba en cabeza del acusador, el nuevo ordenamiento procesal penal reafirma que la Fiscalía General de la Nación debe obtener lícitamente y presentar en debida forma, las pruebas necesarias para convencer al juez más allá de toda duda razonable de que una conducta punible ha ocurrido, de que fue realizada por un determinado individuo y de que es procedente la imposición de una sanción. Un cambio fundamental en este aspecto, si se compara las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, es que de acuerdo con la primera, el fiscal tiene la obligación de investigar lo favorable y lo desfavorable, mientras que en la segunda, el fiscal asume claramente el rol de hallar la prueba requerida, sin perjuicio de que deba tener en cuenta los hallazgos de evidencia de descargo al momento de tomar las decisiones que le competen (formulación imputación, solicitar la imposición o revocatoria de una medida de aseguramiento, acusar,

²⁵ Fair trial, como se denomina en el derecho anglosajón.

entre otros) e informar al defensor sobre su descubrimiento a partir de la radicación del escrito de acusación.

Lo anterior implica que el defensor también debe realizar actividades investigativas cuando quiera demostrarle al juez algún hecho o circunstancia que resulte relevante para los intereses de su representado, aunque es claro que en dicha actividad no tiene la misma exigencia que la Fiscalía, pues le basta con generar la duda. Por esto, el defensor no tiene que lograr un convencimiento más allá de duda razonable frente a un determinado aspecto²⁶. Sobre las funciones de la defensa en el nuevo sistema procesal colombiano puede consultarse, entre otras, las sentencias C-592 de 2005, C- 799 de 2005 y C-1194 de 2005 de la Corte Constitucional, y las sentencias de mayo de 2007, radicado 26186 y 26467 proferidas por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

Una forma adecuada de asumir la carga de la prueba es ubicar los aspectos relevantes para un determinado caso, partiendo de la estructura de la conducta punible. A manera de ejemplo, si se trata de un delito de homicidio, el fiscal deberá tener presente que la obligación de probar implica la ocurrencia real de la muerte, la existencia de una agresión injusta, la identidad del agresor, el nexo causal entre la agresión y el resultado, y en general, todos los aspectos relevantes para el caso, tales como la ocurrencia de circunstancias de mayor o menor punibilidad.

Según lo que hemos expuesto, el fiscal debe preparar cuidadosamente su argumentación antes de presentarla al juez. Gran parte de la preparación de la argumentación está relacionada

²⁷ En los debates previos a la Ley 1142 de 2007, al expresar las razones de la modificación introducida al artículo 125 del Código de Procedimiento Penal, en clara alusión al diferente rol que cumple la defensa en un sistema de tendencia acusatoria, se expresó: "JUSTIFICACIÓN. Atendiendo necesidades expuestas por la Defensoría Pública, se adiciona una modificación al artículo 125, para en el numeral 9 permitir actuaciones a los investigadores y técnicos reconocidos por la ley. En estos casos las entidades públicas, privadas y particulares deberán prestar la colaboración que requiera el defensor certificado como tal por la Fiscalía General de la Nación, sin que se pueda oponer reserva, con el compromiso que la información será utilizada para efectos judiciales.

con el aspecto probatorio y muchos de los subargumentos tienen como conclusión la demostración de un hecho con trascendencia penal. Puede afirmarse que un fiscal desempeña en forma adecuada su tarea probatoria cuando incluye en su argumentación todos los problemas que debe abordar y verifica previamente la corrección material de los argumentos y subargumentos relacionados con los problemas, que tienen como conclusión uno o varios de los hechos penalmente relevantes.

La presunción de inocencia, derecho de carácter constitucional, le imprime una característica especial al cumplimiento de la carga probatoria por parte del fiscal pues hace que pierda vigencia el argumento de que *“algo es verdadero si no se ha demostrado su falsedad”*. Por tanto, ningún aspecto relevante para concluir la procedencia de la sanción penal podrá quedar exento de la carga probatoria que tiene la Fiscalía. Hacemos énfasis en el deber de acreditar los presupuestos de la *sanción*, pues en ocasiones la actividad probatoria se limita a la verificación de la acción que afectó o puso en peligro el bien jurídico penalmente tutelado o a la identificación de la persona que realizó la acción, dejando por fuera aspectos fundamentales para realizar el juicio de reproche; especialmente las razones que tuvo el sujeto activo para realizar la conducta y las circunstancias concretas que rodearon los hechos.

El tratadista Perfecto Andrés Ibáñez²⁷ resalta que la obligación de la motivación de los hechos suele cumplirse en menor proporción frente a los aspectos subjetivos (los que conforman el tipo y los juicios sobre la culpabilidad), e incluso se les ha llegado a asimilar a juicios de valor, generando con ello una flagrante trasgresión al deber de motivar las decisiones judiciales.

²⁷ IBAÑEZ, Perfecto Andrés, Los hechos en la sentencia penal. México: Fontamara S.A, 2005

En este orden de ideas, puede afirmarse que la carga probatoria de la Fiscalía se extiende a los siguientes tópicos:

1. La acreditación de los hechos o circunstancias que constituyen factores específicos de mayor o menor punibilidad.

2. La acreditación de los hechos o circunstancias que constituyen factores genéricos de mayor o menor punibilidad.

3. Cuando concurren dos hipótesis plausibles, la Fiscalía debe explicar por qué se inclina por una de ellas, lo que generalmente implica, (i) la realización de los actos de investigación necesarios para lograr el mejor conocimiento posible de lo ocurrido, y (ii) la transmisión de dicho conocimiento al juez a través de los medios de prueba, pues de lo contrario podría mantenerse una duda razonable que torne improcedente la imposición de la sanción.

4. Frente a las pruebas que presente la defensa. Al respecto resultan de suma importancia los medios de acreditación utilizados para fines de impugnación o refutación, aspecto que será analizado más adelante.

ACTIVIDAD DE APRENDIZAJE 3

Analice el siguiente caso y responda las preguntas que a continuación se enuncian:

María denuncia a Pedro por haber accedido carnalmente a su hija Camila, de 13 años de edad. María asegura que Pedro aprovechó que Camila desde hacía un año se había dedicado a la prostitución para poder comprar ropa de marca, y le pagó para que accediera a la relación sexual.

1. Identifique los aspectos que deben ser acreditados por el fiscal para llevar a juicio a Pedro.
2. Identifique si hay algún hecho o circunstancia exento de prueba.
3. Identifique las posibles estrategias de la defensa y reflexione si podría anticipar alguna actividad probatoria frente a estas.

4. LIBERTAD PROBATORIA.

El sistema de tarifa legal probatoria que imperó en otros tiempos ha sido reemplazado por el de libertad probatoria. La regla general es que las partes pueden presentar el conocimiento de los hechos al juez a través de cualquier medio de acreditación. Ello es comprensible si se tiene en cuenta que un presupuesto necesario para que una decisión sea justa es que el juez tenga un conocimiento adecuado de los hechos; por más que se conozca el derecho, la decisión no podrá ser justa si no se aproxima en forma razonable a lo ocurrido realmente en la sociedad. En tal sentido, la Corte Constitucional ha resaltado que la inadmisión de una prueba debe tener una finalidad constitucionalmente relevante.

“[U]na pretensión pública subjetiva que integra el derecho al debido proceso es la de presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en contra (C.P., art. 29). A este respecto, las limitaciones legales relativas a la conducencia o admisibilidad de un medio específico de prueba, sólo resultan admisibles si persiguen un fin constitucional y las restricciones que entrañan son razonables y proporcionadas en relación con el mismo y las consecuencias que de éste se derivan”. T-395 de 2003. Corte Constitucional.

Sin embargo, el conocimiento de los hechos no es el único interés constitucional relacionado con el ejercicio de la acción penal; es necesario velar porque el cumplimiento de dicho propósito no afecte, o lo haga en la menor proporción posible, los derechos fundamentales, pues no tendría sentido que el costo del esclarecimiento de un delito fuera la afectación irracional, desproporcionada e ilegítima de los derechos y garantías fundamentales. Al respecto, la Corte Constitucional, en la sentencia C-396 de 2007, precisó:

“[l]a búsqueda y realización de la justicia constituye una función primordial para el Estado de Derecho y estructural en el Estado social y democrático. En nuestro contexto constitucional, la búsqueda de la verdad en el proceso penal no es sólo una norma informadora del ordenamiento jurídico como garantía de justicia para el sindicado o para la sociedad, sino también es un instrumento de protección de la víctima y de eficacia de derechos de especial relevancia constitucional. De igual manera, advirtió que el principio de imparcialidad, impone que los jueces deben orientarse “por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia”. Ahora bien, dentro de los parámetros constitucionales, el legislador goza de amplio margen de discrecionalidad en el diseño de los procesos judiciales y en desarrollo de la política criminal, puede adoptar diferentes modelos y técnicas para la averiguación de lo sucedido. Dentro del marco de una sociedad democrática, se trata de conciliar la tensión existente entre el respeto de las libertades y derechos ciudadanos y la efectividad del derecho penal, que en sentido estricto no es más que el reflejo legítimo del *ius puniendi* del Estado. En el modelo de justicia penal adoptado en la Constitución de 1991 el Estado pretende obtener la verdad con las garantías de la libertad (arts. 29, 31, 32 y 33), pues sin lugar a dudas la verdad en el proceso penal no puede alcanzarse a cualquier precio ni en todos los momentos y circunstancias históricas. Desde la perspectiva constitucional, el proceso penal no se agota en la búsqueda de la verdad, pues el concepto de justicia en la averiguación o aproximación a la

misma, está condicionada al respecto de las garantías mínimas que deben ser protegidas por el juez”.

4.1. Actos de investigación y legalidad de la prueba.

Para abordar el tema de la legalidad de la prueba es necesario establecer previamente la diferencia entre actos de investigación y actos de prueba. Al respecto la Corte Constitucional, en la sentencia C-396 de 2007, precisó:

“Es fundamental distinguir los actos de investigación y los actos de prueba. Los primeros tienen como finalidad recaudar y obtener las evidencias o los elementos materiales probatorios que serán utilizados en el juicio oral para verificar las proposiciones de las partes y el Ministerio Público y, para justificar, con grado de probabilidad, las decisiones que corresponden al juez de control de garantía en las etapas preliminares del procedimiento. En otras palabras, los actos de investigación se adelantan por la Fiscalía, la Defensa, el Ministerio Público y la víctima con el control y vigilancia del juez de control de garantías. Los segundos, los actos de prueba, son aquellas actuaciones que realizan las partes ante el juez de conocimiento con el objeto de incorporar los actos de investigación al proceso y convertirlas en pruebas dirigidas a obtener la verdad de lo sucedido y verificar sus proposiciones de hecho”²⁸.

²⁸ Frente a la diferencia entre acto de investigación y evidencia (o prueba) la Corte Suprema de Justicia ha dicho: Sentencia 25007 del 13 de septiembre de 2006 MP Alfredo Gómez Quintero, PAG 32) Los actos de investigación anteceden el EMP. Por ello, “su consolidación y utilidad dependen de la aptitud que tengan de consolidarse probatoriamente en el juicio” Los actos de investigación “no pueden ser valorados ni objeto de contradicción. Los actos de investigación no sustentan de modo alguno...” ninguna decisión, “por cuanto sencillamente de ellos no se da cuenta en ningún momento y solamente vienen a tener una implícita trascendencia en tanto sirven para fundar una prueba”.

Desde la perspectiva constitucional²⁹ los actos de investigación orientados a la obtención de evidencias pueden ser clasificados en: actos de investigación que implican la afectación de derechos fundamentales y actos de investigación que no implican la limitación de derechos. La recopilación de evidencias en la escena del crimen, la recepción de entrevistas, la práctica de ciertos dictámenes (como el de balística, o el orientado a determinar la autenticidad de un documento) son algunos de los actos de investigación que generalmente no implican la afectación de derechos, mientras que otros como el allanamiento y registro de un inmueble, la interceptación de comunicaciones telefónicas, las inspecciones corporales, entre otros, sí comprometen derechos fundamentales

Los actos de investigación que no implican la limitación de derechos fundamentales son explicados en los módulos de policía judicial. Por ello, en este trabajo haremos énfasis en los actos de investigación que comprometen derechos o garantías constitucionales.

4.1.1. Reglas generales de los actos de investigación.

El ordenamiento jurídico fija pautas más o menos precisas para establecer en qué circunstancias los actos de investigación que implican la afectación de derechos y garantías fundamentales resultan no solo legales, sino legítimos³⁰. Dichos actos son permitidos con las limitaciones constitucionales y legales, porque en ocasiones son necesarios para lograr el esclarecimiento de las conductas punibles.

La Corte Constitucional ha reiterado que por lo general, los derechos fundamentales no tienen carácter irrestricto y pueden ser

²⁹ Existen, otros criterios de clasificación, como el funcional, entre otros, relacionado con actos de investigación oficiales y no oficiales.

³⁰ Aunque en la Ley 906 de 2004 se incluyeron claros criterios de legitimidad, pues no sólo se reproducen normas constitucionales sino que además se incluye, expresamente en el artículo 27, el principio de proporcionalidad.

afectados para lograr otros intereses constitucionalmente relevantes³¹, como el esclarecimiento de las conductas punibles, entre otros. De esta manera lo expone en las sentencia C-336 de 2007:

“El interés de la sociedad en que se investiguen las conductas delictivas y se sancione a sus responsables, en procura de preservar la vigencia de un orden justo, es también un bien protegido por la Constitución. El acopio de información en relación con las personas puede ser eventualmente un medio necesario para la satisfacción de ese interés constitucionalmente protegido. Sin embargo, su recaudo debe realizarse con escrupuloso acatamiento de las cautelas que la propia Constitución ha establecido para la protección de los derechos fundamentales especialmente expuestos a su afectación, vulneración o mengua en el contexto de una investigación criminal. El requerimiento de autorización judicial previa para la adopción de medidas – adicionales- que implique afectación de derechos fundamentales es una de esas cautelas que el legislador debe acatar al configurar las reglas orientadas a regular la actividad investigativa del Estado”.

Como es apenas natural, el ordenamiento superior, caracterizado por su generalidad, fija parámetros amplios, que deben ser específicamente reglados por el legislador y, finalmente concretados por el funcionario judicial. La mayoría de límites constitucionales a los actos de investigación están asociados a la reserva judicial³² y a la observancia de las previsiones legales. Además, el ordenamiento superior consagra, de manera implícita, una pauta interpretativa ineludible, orientada a evitar limitaciones innecesarias o desproporcionadas de los derechos fundamentales; la Corte Constitucional³³ la ha denominado principio

³¹ En la sentencia SU-159 de 2002, la Corte expresó: “En un estado social de derecho la investigación y sanción de los delitos es un mecanismo idóneo para proteger derechos fundamentales tan importantes como la vida, la libertad y la dignidad”.

³² Por ejemplo, el artículo 28 superior hace énfasis en que la limitación de los derechos a la libertad y a la intimidad sólo pueden ser afectados por regla general, en virtud de mandato escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en ley.

³³ Emulando a los tribunales de Alemania y España.

de proporcionalidad, que fue objeto de estudio en los módulos de Derechos Fundamentales y Audiencias Preliminares.

El desarrollo del principio de proporcionalidad supone la verificación de tres aspectos fundamentales frente a las actuaciones que comprometan garantías superiores: (i) debe verificarse la idoneidad del procedimiento para alcanzar el fin buscado; (ii) debe establecerse que no existan otros mecanismos menos lesivos para las garantías ciudadanas, que permitan alcanzar el mismo fin, y (iii) debe constatarse que exista proporcionalidad entre el fin perseguido y el nivel de afectación de derechos que el acto de investigación implica. Este análisis debe ser incluido en la motivación escrita de la orden y en las actuaciones ante el juez de control de garantías, bien cuando se acude ante él para el control posterior o cuando el propósito es solicitar una autorización previa³⁴.

El artículo 250 de la Constitución Política consagra como regla general que la afectación de derechos y garantías constitucionales para la obtención de elementos materiales probatorios u otro tipo de información debe ser autorizada previamente por el juez de control de garantías. La excepción la constituyen las diligencias de allanamiento y registro, interceptación de comunicaciones, interceptación de correspondencia y la de recuperación de información dejada al

³⁴ Sobre la incidencia del principio de proporcionalidad en la decisión sobre actos de investigación que impliquen la limitación de derechos fundamentales, en la sentencia C-336 de 2007 se reiteró: “

“En virtud del principio de reserva judicial de las medidas que implican afectación de derechos, en cada caso concreto, el juez de control de garantías deberá hacer un juicio de proporcionalidad de la medida cuya autorización se le solicita. Para ello deberá determinar si la finalidad concreta que lleva al Fiscal o a la policía judicial en circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, a solicitar autorización para realizar la medida de intervención corporal es legítima e imperiosa. Igualmente, habrá de examinar si la medida específica, en las condiciones particulares del caso, es o no pertinente, y de serlo, si la medida solicitada es idónea para alcanzar dicho fin; si además de idónea, es necesaria porque no existe otro medio alternativo menos restrictivo de los derechos con eficacia semejante para obtener los elementos materiales probatorios y evidencias materiales dentro del programa de investigación; y si al ponderar los derechos y las finalidades buscadas la medida en concreto no resulta desproporcionada, teniendo en cuenta la naturaleza y gravedad de los delitos investigados, el grado de afectación de los derechos que supone la medida en concreto, y los intereses y objetivos específicos buscados con la medida dentro del programa de investigación” .

navegar por la Internet³⁵. Más adelante se harán algunas precisiones frente a este último acto.

Para realizar un adecuado análisis de cada uno de los actos de ³⁵ “De tales previsiones” constitucionales se concluye que fue voluntad del Constituyente: (I) radicar en cabeza de los jueces de control de garantías la adopción de las medidas necesarias para asegurar la comparecencia de los imputados al proceso penal; sólo excepcionalmente y previa regulación legal que incluya los límites y eventos en que procede, la Fiscalía podrá efectuar capturas; (II) facultar directamente a la Fiscalía para adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptación de comunicaciones, sometidos al control posterior del juez de control de garantías; (III) disponer que en todos los demás eventos en que, para el aseguramiento de los elementos materiales probatorios, se requiera medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales deberá mediar autorización (es decir, control previo) por parte del juez de control de garantías”.

6. El carácter previo del control judicial, como regla, se deriva del énfasis que en el sistema de investigación penal de tendencia acusatoria se imprimió al principio de reserva judicial de las intervenciones que afectan derechos fundamentales. Así lo destacó la jurisprudencia de esta Corporación desde sus primeras decisiones proferidas a propósito del control constitucional del Acto Legislativo que reformó la Constitución para introducir este modelo de investigación:

“Por medio del acto Legislativo 03 de 2002 el Constituyente optó por afianzar el carácter acusatorio del sistema procesal penal colombiano, estructurando a la Fiscalía General de la Nación como una instancia especializada en la investigación de los delitos y estableciendo que, como regla general, las decisiones que restringen los derechos constitucionales de los investigados e imputados son tomadas por los jueces y tribunales”. (Se destaca)

7. El lugar preferente que ocupan los derechos fundamentales en el Estado constitucional de derecho, se expresa a través de los controles que deben mediar para su afectación. Así lo destaca la Corte al señalar que:

“El constituyente, retomando la experiencia de la estructura del proceso penal en el derecho penal comparado, previó que la Fiscalía, en aquellos casos en que ejerce facultades restrictivas de derechos fundamentales, esté sometida al control judicial o control de garantías – según la denominación de la propia norma-, decisión que denota el lugar preferente que ocupan los derechos fundamentales en el Estado constitucional de derecho”.

8. Sobre el papel de garante de los derechos fundamentales que cumple el Juez de control de garantías en el nuevo sistema de investigación penal, ya tuvo oportunidad de pronunciarse esta Corte:

“El artículo 250 de la Constitución establece la cláusula general de competencia del juez de control de garantías para adoptar, a solicitud de la Fiscalía, las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso (Art.250.num.1°); le asigna el control automático sobre las capturas facultativas que excepcionalmente realice la Fiscalía conforme a facultades que otorgue la ley, así como sobre las diligencias de registro, allanamientos, incautaciones e interceptación de comunicaciones que adelante la fiscalía (Art., 250, num. 1° inciso 3° y num. 2°9). Así mismo señala que en caso de requerirse “medidas adicionales que implique afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la autorización por parte del juez que ejerza funciones de control de garantías para poder proceder a ello” (Art. 250 num. 3°).

Así, la creación del Juez de control de garantías o juez de la investigación penal, responde al principio de necesidad efectiva de protección judicial, en razón a que muchas de las medidas procesales que se adoptan en el curso de la investigación penal entran en tensión con el principio de inviolabilidad de determinados derechos fundamentales, los cuales únicamente pueden ser afectados en sede jurisdiccional.

Se trata de una clara vinculación de la investigación a la garantía de los derechos fundamentales tanto del investigado como de la víctima, que funcionan así como límites de la investigación.

investigación es fundamental establecer con precisión cuál es el derecho o garantía que pueden ser afectados, ya que esto constituye un presupuesto indispensable para determinar la procedencia de la diligencia y para realizar una motivación adecuada. Así por ejemplo, cuando se trata de una diligencia de allanamiento y registro, es posible comprometer los derechos a la intimidad domiciliaria y al libre desarrollo de la personalidad. En las intervenciones corporales es posible afectar el derecho a la intimidad (frente al cuerpo o frente al estado de salud), a la integridad y a la libre autodeterminación.

Una formulación coherente con la estructura de un proceso penal de tendencia acusatoria, como el que configura la Ley 906 de 2004, exige que las discusiones relacionadas con la afectación de los derechos fundamentales del imputado, se resuelvan en el ámbito jurisdiccional. La salvaguarda de los derechos fundamentales del investigado es función prioritaria adscrita al juez de control de garantías. Así, toda actuación que involucre afectación de derechos fundamentales demanda para su legalización o convalidación el sometimiento a una valoración judicial, con miras a garantizar el necesario equilibrio que debe existir entre la eficacia y funcionalidad de la administración de justicia penal y los derechos fundamentales del investigado y de la víctima”.

9. De manera específica, sobre la necesidad de autorización previa del Juez de control de garantías para la adopción, por parte de la Fiscalía, de medidas que impliquen afectación, mengua o limitación de derechos fundamentales, en el desarrollo de la actividad de aseguramiento de los elementos materiales probatorios, se pronunció así esta Corporación:

“De conformidad con el numeral 3 del artículo 250 de la Carta, la Fiscalía General de la Nación deberá “asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello.” Esta disposición establece el principio general para el aseguramiento de los elementos materiales probatorios, según el cual cuando haya afectación de derechos fundamentales, la práctica de medidas para obtener tales elementos probatorios requiere de autorización judicial.

Según esta disposición constitucional es la “afectación de derechos fundamentales” la que obliga al Fiscal a solicitar de manera expresa y específica la autorización judicial previa. El empleo del término “afectación” supone, según su grado, una “limitación” o “restricción” al ejercicio o goce de un derecho fundamental. Dicha limitación o restricción (I) debe estar prevista en una ley (principio de reserva legal) y requiere, además, (II) de la intervención judicial (principio de reserva judicial), para determinar si resulta irrazonable o desproporcionada”.

10. De las anteriores referencias jurisprudenciales surgen dos conclusiones de particular relevancia para el asunto bajo examen: (I) que como principio general, toda medida de investigación que implique afectación de derechos fundamentales debe estar precedida de autorización del juez de control de garantías; (II) que como consecuencia de ello el control posterior autorizado por la Carta (Art. 250.2) respecto de ciertas medidas que afectan derechos fundamentales, configura una excepción a la regla general, y bajo esa condición deben analizarse las hipótesis allí previstas”. Toda cita corresponde a la sentencia C-336 de 2007.

4.1.2. Actos de investigación que implican afectación de derechos fundamentales.

4.1.2.1. La diligencia de allanamiento y registro.

De acuerdo con la metodología propuesta, cabe precisar que con este tipo de diligencias se puede afectar el derecho a la intimidad domiciliaria consagrado en los artículos 15 y 28 de la Constitución Política. La jurisprudencia nacional y foránea coinciden en el hecho de que con estas diligencias también se puede afectar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues la intimidad del domicilio le permite a las personas efectuar conductas que seguramente no realizarían en público.

Frente al anterior aspecto el Código de Procedimiento Penal incluye el concepto de *expectativa razonable de intimidad*, que permite establecer en qué eventos es necesario agotar el procedimiento previsto en la Constitución y la ley para afectar el derecho a la intimidad. En el derecho comparado este concepto comprende una faceta subjetiva y una objetiva; la primera relacionada con lo que piensa el sujeto sobre la intimidad de la que puede disfrutar en un sitio determinado, y la segunda, relacionada con lo que, en un contexto social específico, puede generar verdadera expectativa razonable de intimidad. No siempre existe coincidencia entre los componentes subjetivo y objetivo, pues es factible, por ejemplo, que aunque una persona esté convencida de que su intimidad estará protegida en un parque público, en el contexto social donde ello ocurre se acepte que ese tipo de sitios no son aptos para mantenerse a salvo de intromisiones particulares u oficiales.

La expectativa razonable de intimidad se extiende al lugar de trabajo, pero únicamente a aquellos sitios que permanecen cerrados. En consecuencia, no puede predicarse que exista expectativa razonable de intimidad en un establecimiento abierto al público, a menos que se trate de aquellos compartimientos que permanecen cerrados, como

el lugar donde está ubicado un baño privado, la cocina o un sitio de descanso.

Los requisitos para la legitimidad de la orden de allanamiento y registro son los siguientes:

1. Debe estar claramente delimitado el fin de la diligencia. Aunque este tipo de procedimientos también puede tener como fin la captura del indiciado o imputado. En este trabajo nos limitaremos a analizar su utilización para obtener elementos materiales probatorios u otro tipo de información relevante para el esclarecimiento de los hechos. En todo caso, el fiscal debe tener claro el fin de la diligencia, ya que este debe estar explícito en la respectiva orden.

2. En lo que respecta al funcionario competente para expedir la orden, el artículo 250 de la constitución, reiterado en el artículo 219 del Código de Procedimiento Penal, dispone que el fiscal tiene la potestad de ordenar la diligencia de allanamiento y registro. Aunque algunos consideran que el control del juez debe ser previo, la norma constitucional le asigna dicha función al fiscal.

3. La orden de allanamiento debe estar debidamente motivada. Para comprender mejor esta obligación debe tenerse en cuenta que este tipo de procedimientos implican la afectación del derecho a la intimidad y que este tiene una estrecha relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Por ello, si se acepta que los derechos fundamentales deben limitarse únicamente cuando sea necesario y existan motivos suficientes, es lógico que un acto de investigación de esa naturaleza sólo sea ordenado si existen bases suficientes para concluir fundadamente que en un determinado inmueble hay evidencias relevantes para el esclarecimiento de un delito. Ese conocimiento, según se anotó en párrafos precedentes, sólo puede adquirirse mediante evidencia física u otro tipo de información que haya sido legalmente obtenida. En la orden respectiva el fiscal tiene que

expresar las razones³⁶ que lo llevan a concluir que en un determinado inmueble hay evidencias relevantes para el esclarecimiento de una conducta punible. Además de la carga frente a los motivos fundados, el fiscal adquiere otras responsabilidades argumentativas, tales como realizar el procedimiento por fuera del horario regular consagrado en la ley³⁷, lo que es posible cuando fundadamente pueda concluirse que la evidencia: (i) sólo puede ser hallada en un determinado horario, (ii) puede ser destruida, y (iii) puede ser ocultada. En estos eventos el fiscal tendrá que indicar en qué consiste el riesgo y cuáles son las bases para predicar su existencia y de igual manera, cuando no sea posible indicar con precisión el sitio a registrar y se opte por proferir la orden³⁸.

Es conveniente resaltar que las exigencias argumentativas no obedecen a un capricho del legislador sino a la intención de brindar una protección más amplia a los derechos fundamentales que pueden verse afectados con este tipo de procedimientos; en efecto, es claro que el derecho a la intimidad es afectado en mayor medida cuando la diligencia de allanamiento y registro se realiza en horas de la noche o la madrugada, también el hecho de que el sitio objeto de registro no esté determinado puede poner en mayor riesgo el derecho a la intimidad.

Si la orden de allanamiento tiene una finalidad mixta, esto es; la obtención de evidencias y la captura del indiciado o imputado, el fiscal deberá motivar cada uno de estos aspectos; es decir, deberá

³⁶ Como implica el conocimiento de unos determinados hechos, las razones necesariamente estarán ligados a medios cognoscitivos.

³⁷ De seis de la mañana a seis de la tarde.

³⁸ Ley 1142 de 2007, en su artículo 14, morigeró las exigencias consagradas en la Ley 906 en lo que atañe a la determinación precisa del lugar, en cuanto indicó que “la orden expedida por el fiscal deberá determinar los lugares que se van a registrar. Si se trata de edificaciones, naves o aeronaves que dispongan de varias habitaciones o compartimiento, se indicará expresamente cuales se encuentran comprendidos en la diligencia. De no ser posible la descripción exacta del lugar o lugares por registrar, el fiscal deberá indicar en la orden los argumentos para que, a pesar de ello, deba procederse al operativo. En ninguna circunstancia podrá autorizarse por la Fiscalía General de la Nación el diligenciamiento de órdenes de registro y allanamiento indiscriminados, o donde de manera global se señale el bien por registrar”.

indicar las razones que lo llevan a concluir que en un determinado inmueble hay evidencia física, así como determinar por qué puede concluirse que en ese sitio se encuentra la persona sobre la que pesa una orden de captura. Si el allanamiento con fines de captura se “aprovecha” para buscar evidencia, sin que haya sido expedida una orden para este efecto, ello equivale, en lo que se refiere a la búsqueda de información, a un allanamiento ilegal.

4. La Ley determina límites específicos para el procedimiento. La hora, la forma de realización, la elaboración del acta, entre otros. El artículo 225 regula algunos aspectos de la diligencia de allanamiento y registro. Dicha regulación, según se dijo, busca garantizar la menor afectación posible de derechos fundamentales en desarrollo de los actos de investigación. Dado que el fiscal no asiste a la diligencia, debe indagar sobre la forma en que fue realizada y debe tomar las medidas pertinentes en el evento en que detecte que hubo extralimitaciones.

5. Control judicial. Existía discusión sobre el tiempo para solicitar la audiencia de control, por una aparente antinomia del Código de Procedimiento Penal, pues mientras una norma hablaba de 36 horas la otra hacía alusión a 24 horas. Finalmente la Ley 1142 de 2007 dejó claro que la audiencia de control debe realizarse dentro de las 24 horas siguientes al cumplimiento de la orden³⁹. Al respecto puede consultarse la sentencia 28535 de 9 de abril de 2008, emitida por la Corte Suprema de Justicia, en la que se reafirma que el término para realizar el control es de 24 horas.

“Recapitulando, se tiene entonces lo siguiente: (i) que la audiencia de control de legalidad posterior de los procedimientos

³⁹ Artículo 16, que modifica el 237 de la Ley 906. “Dentro de las 24 horas siguientes al cumplimiento de las órdenes de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por Internet u otros medios similares, el fiscal comparecerá ante el juez de control de garantías, para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado, incluida la orden.

de allanamiento y registro, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por Internet u otros medios similares, es una sola, (ii) que el control comprende la revisión de la legalidad formal y material de la orden, y en general de la actuación cumplida, incluido el procedimiento adelantado y la recolección de elementos, y (iii) que la diligencia debe realizarse dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al cumplimiento de la orden. En relación con el momento a partir del cual debe iniciarse el conteo de las veinticuatro (24) horas, se ha sostenido generosamente por algunos intérpretes que debe serlo a partir del momento de la presentación del informe al fiscal por parte de las unidades policiales que intervinieron en el procedimiento, en el entendido de que el querer del legislador cuando dispuso la reducción del término, fue que a las 24 horas se sumaran las doce (12) de que dispone la policía para la presentación del informe, para un total de treinta y seis (36). La Corte no participa de esta interpretación. El propio artículo 237, antes y después de la modificación introducida por el artículo 16 de la Ley 1142 de 2007, es claro en ordenar que la comparecencia del fiscal ante el juez de garantías para que realice la audiencia de legalidad sobre lo actuado debe hacerse dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al cumplimiento de las órdenes, expresión que no admite discusiones en torno a que el cómputo debe hacerse a partir de la terminación de la diligencia”.

En cuanto a los alcances del control, el juez debe verificar que la orden contenga los presupuestos constitucionales y legales enunciados y además, debe verificar que el procedimiento haya sido realizado de acuerdo con lo establecido en la ley y con la mínima limitación de garantías.

6. Frente a la diferencia entre el registro de sistemas de almacenamiento de información y la obtención de información de las bases de datos, debe tenerse en cuenta la sentencia C-336 de 2007,

en la que la Corte estableció importantes diferencias entre el registro que puede ser ordenado por el fiscal, con control posterior del juez de garantías y la búsqueda selectiva en bases de datos. Para establecer esta diferencia (fundamental para determinar si el control por parte del juez es previo o posterior) la Corte estructuró la *ratio decidendi* de la sentencia a partir de la definición de base de datos, luego resaltó la importancia de los derechos constitucionales en juego y finalmente, aplicó la regla general contenida en el artículo 250 de la Constitución Política relacionada con el control previo por parte del juez, para concluir finalmente, que el acto de investigación consistente en la búsqueda selectiva en bases de datos requiere autorización judicial previa.

Lo primero que debe tener claro el fiscal para determinar si requiere autorización judicial previa para practicar un registro a documentos, videos u otros, es verificar si se trata de una base de datos. La Corte la define así:

“un programa residente en memoria, que se encarga de gestionar todo el tratamiento de entrada, salida, protección y elaboración de la información que almacena.” Se trata de una colección de datos organizados y estructurados según un determinado modelo de información que refleja no sólo los datos en sí mismos sino también las relaciones que existen entre ellos. Una base de datos se diseña con un propósito específico y debe ser organizada con una lógica coherente.

Como lo ha señalado la Corte, citando la doctrina autorizada las bases de datos se articulan a un sistema de información mas complejo denominado banco de datos o central de información, con miras a la racionalización y control del poder informático: “un banco de datos no es otra cosa que un conjunto de informaciones que se refieren a un sector particular del conocimiento, las cuales pueden articularse en varias bases de datos y ser distribuidas a los usuarios de una entidad que se ocupa de su constante actualización y ampliación” .

La Corte hace evidente su preocupación por la debida comprensión del concepto, y al parecer es por esta razón que, además de definir lo que es una base de datos, también se refiere a aquello que no lo es, así:

“Para la Corte es claro que las normas demandadas hacen referencia a las bases de datos creadas en desarrollo de una actividad profesional o institucional de tratamiento de datos de carácter personal, que realicen instituciones o entidades públicas o privadas, debidamente autorizadas para el efecto, quienes actúan como operadoras de esas bases de datos. Es el caso, a manera de ejemplo, de las centrales de información establecidas para prevenir el riesgo financiero, las bases de datos que manejan las EPS, las bases de datos que manejan las clínicas, los hospitales o las universidades para la prestación de servicios, o con una finalidad lícita predeterminada.

En este contexto, los datos personales contenidos en esas bases de datos son objeto de protección en virtud de que su recolección y tratamiento es el producto de una actividad legítima que se articula sobre el consentimiento libre, previo y expreso del titular del dato, que atiende la finalidad en vista de la cual se otorgó tal consentimiento, así como los demás principios que regulan esta actividad, lo cual le permite al titular de los datos ejercer frente al operador, los derechos y garantías que le otorga la Constitución.

No puede confundirse entonces, la consulta selectiva en bases de datos personales, la cual se inserta en el contexto del ejercicio controlado del poder informático por parte de las entidades administradoras de datos, con el examen minucioso que se realiza en el marco de una diligencia de allanamiento y registro sobre ciertos objetos como archivos, documentos digitales, videos, grabaciones, etc. (Art.223) que sí constituyen típicas diligencias de registro y como tales se rigen por el numeral 2º del artículo

250 de la Constitución y los artículos 219 a 238 de la Ley 906 de 2004, que no son objeto de este estudio de constitucionalidad.

Las bases de datos a que se refieren los preceptos parcialmente acusados no pueden confundirse con aquellos sistemas de información creados por el usuario que no ejerce esa actividad de acopio de información de manera profesional o institucional. Estos sistemas de información, mecánicos o computarizados, constituyen documentos cuyo examen judicial sí se rige por las reglas que regulan las diligencia de inspección o registro de objetos o documentos”.

Sobre este tema la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 29991 del 2 de julio de 2008, precisó lo siguiente:

“De lo anterior, se desprende, que el material informático que reposa en el computador y teléfono celular autorizados a EDWIN MAURICIO GÓMEZ LUNA por la Dirección del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, no tiene la categoría de base de datos a las cuales hace referencia el inciso 2º del artículo 244 de la Ley 906 de 2004, sino la de documentos digitales, cuya recuperación y análisis debe ser objeto de control posterior, como lo dispone el artículo 237 del mismo ordenamiento, modificado por el artículo 16 de la Ley 1142 de 2007”.

Para decidir sobre la procedencia de una búsqueda selectiva en bases de datos, el fiscal debe tener muy claro cuál es la información que se espera encontrar, pues la afectación del derecho constitucional al *habeas data* implica que este tipo de procedimientos sólo podrán ser autorizados cuando existan motivos fundados para concluir que en una determinada base de datos puede obtenerse información relevante para la investigación, sin perjuicio de la obligación de verificar que el procedimiento sea idóneo para lograr dicho fin, que no existan otros mecanismos menos lesivos para los derechos

fundamentales que permitan alcanzar el objetivo y se analice la proporcionalidad que existe, entre la afectación del derecho y los beneficios que se obtendrán con el procedimiento.

ACTIVIDAD DE APRENDIZAJE 4

Analice el siguiente caso y responda las preguntas que a continuación se formulan.

El fiscal 176 adscrito a la Unidad de delitos contra la administración pública se entera, mediante la declaración jurada de un testigo, de que PEDRO, a quien se le investiga por un concurso de delitos de peculado, tiene en su computador personal una especie de sistema contable que da cuenta de las apropiaciones ilícitas de dineros oficiales, incluyendo la cantidad, la fecha y la destinación de las cifras. Además, se entera de que PEDRO ha realizado múltiples consignaciones a un determinado BANCO, precisamente con el producto del dinero que se ha apropiado.

1. Analice el (los) acto (s) de investigación que serían procedentes en este caso. Explique por qué opta por uno u otros.
2. Indique si en este caso el control del juez sería previo o posterior frente a cada acto de investigación.
3. Prepare la argumentación pertinente para cada evento; tanto frente a la orden como frente a la solicitud y/o control.

4.1.2.2. Retención de correspondencia.

El artículo 233 del Código de Procedimiento Penal regula el acto de investigación consistente en la retención y evaluación de la correspondencia. Se trata sin duda, de una actuación oficial que

implica la limitación de derechos fundamentales, por lo que es necesario que el fiscal adopte las medidas necesarias para evitar una limitación innecesaria o desproporcionada, y por tanto ilegítima.

El artículo 115 de la Constitución Política consagra el derecho a la intimidad y dispone que esta sólo pueda ser afectada mediante orden de autoridad judicial competente y con el previo cumplimiento de los requisitos legales.

Para comprender el alcance de este derecho fundamental, y, en consecuencia, para establecer cuándo el acto de investigación debe ceñirse a los presupuestos constitucionales y legales que condicionan su legitimidad, es necesario establecer el sentido y alcance del derecho a la intimidad en lo que se refiere a esta forma de comunicación⁴⁰.

En la sentencia C-179 de 1994 la Corte Constitucional reiteró que “[e]l secreto de las comunicaciones, garantizado por el precepto constitucional en cita, es considerado por la doctrina como un derecho individual resultado del *status libertatis* de la persona que como ya se dijo, le garantiza un espacio inviolable de libertad y privacidad frente a su familia, a la sociedad y al Estado. La inviolabilidad de la correspondencia es apreciada porque preserva el derecho de la persona al dominio de sus propios asuntos e intereses, aún los intrascendentes. Liberándola de la injerencia de los demás miembros de la colectividad y especialmente de quienes ejercen el poder público⁴¹.

Hasta hace algún tiempo era más fácil delimitar el derecho a la intimidad en la comunicación mediante correspondencia, pues ésta sólo comprendía la comunicación escrita; entre otras razones,

⁴⁰ Procede esta aclaración por cuanto la interceptación de comunicaciones telefónicas y la búsqueda de información dejada al navegar por Internet son actos de investigación autónomos.

⁴¹ En alusión a la sentencia T-349/93 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

porque las relaciones sociales, comerciales y personales no estaban tan globalizadas, los delitos que implican el traslado de productos ilícitos de un lugar a otro no habían alcanzado la relevancia que actualmente se conoce y no habían sido desarrolladas tantas formas de comunicación como de las que utiliza la humanidad hoy día. Estos cambios, obviamente, han incidido en el tratamiento jurídico del tema, tal y como ha sido evidenciado en el desarrollo de la jurisprudencia española.

En efecto, hasta hace aproximadamente una década el Tribunal Supremo Español, al tratar de desentrañar el alcance del derecho al secreto de las comunicaciones postales, concluyó que bajo la protección de la garantía constitucional *“se encuentran no solamente las cartas o correspondencia personal sino todo género de correspondencia postal (...), ya que a través de estas es posible enviar mensajes o efectos personales de carácter confidencial que están así mismo bajo la salvaguarda del derecho fundamental, puesto que en un paquete postal es posible incluir objetos que excediendo el volumen de lo que es una carta o misiva tengan una connotación personal o íntima que no puede ser investigada si no con la previa autorización judicial⁴²”*.

En un reciente fallo⁴³ el alto tribunal español se refirió a la necesidad de cambiar dicha interpretación, y reiteró las subreglas que a su juicio permiten una mejor comprensión del alcance del derecho en cuestión⁴⁴.

⁴² Tribunal Supremo Español, sentencia 1270 del 20 de octubre de 1997.

⁴³ Tribunal Supremo Español. Sentencia 232 de 2007

⁴⁴ “Un paso más y aunque en el terreno de las hipótesis estimáramos que nos hallamos ante una multiplicidad de paquetes postales, calificando así la mercancía de los contenedores, la jurisprudencia constitucional ha modificado el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 4 de abril de 1995 . Se trata de la sentencia del Tribunal Constitucional dictada por la Sala Primera en 9 de octubre de 2006 , en el recurso núm. 1829/2003, promovido contra la sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Sta. Cruz de Tenerife de 12 de junio de 2001 y las del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2003. A partir de la sentencia invocada deben tenerse presente una serie de criterios interpretativos respecto al alcance del derecho constitucional al secreto de las comunicaciones postales (art. 18-3 C.E.).

En primer lugar, se aclaró que *“no todo envío o intercambio de objetos o señales que pueda realizarse mediante los servicios postales es una comunicación postal”*. Esta aclaración resulta importante porque en la situación actual de nuestro país, el servicio de envío de correspondencia puede ser utilizado para el tráfico de sustancias prohibidas o en general, para la consumación de conductas punibles. Por esto es necesario encontrar un punto de equilibrio entre la protección del derecho fundamental a la intimidad en las comunicaciones y el control que deben ejercer las autoridades para proteger bienes jurídicos de trascendencia constitucional y en general, para garantizar la vigencia de un orden justo.

Los avances tecnológicos, especialmente los relacionados con los sistemas de comunicación, hacen aplicables a nuestro ordenamiento jurídico la reciente definición de *comunicación* elaborada por el tribunal ibérico:

“El proceso de transmisión de expresiones de sentido a través de cualquier conjunto de sonidos, señales o signos”.

A partir de esta definición, el tribunal procura delimitar las circunstancias bajo las que se activa el derecho consagrado en el artículo 15 de nuestra Constitución Política y concluye que *“el derecho al secreto de las comunicaciones postales sólo protege el intercambio de objetos a través de los cuales se transmiten mensajes mediante signos lingüísticos, de modo que la comunicación postal es desde esta perspectiva equivalente a la correspondencia”*.

En este orden de ideas, el Tribunal Supremo Español, en un ejercicio hermenéutico perfectamente compatible con nuestro ordenamiento, concluye que: *“no gozan de la protección constitucional aquellos objetos -continentes- que por sus propias características no son usualmente utilizados para contener correspondencia individual, sino para servir al transporte y tráfico de mercancías, de modo que la introducción en ellos de mensajes no modificará su régimen de protección constitucional”*.

En todo caso, si existen dudas con respecto al contenido de una encomienda; es decir, si es razonable pensar que contiene comunicaciones privadas, así coincidan razones para concluir que se trata de otro tipo de envío, debe optarse por seguir los procedimientos que disponen la Constitución y la ley para proteger el derecho fundamental que hemos analizado, lo que es expresión del principio universal “*pro libertatis*”.

Luego de las anteriores precisiones, abordaremos el análisis de los requisitos constitucionales y legales para ordenar la interceptación de correspondencia como acto de investigación penal.

Los artículos 28 y 250 de la Constitución Política, este último reformado por el acto legislativo 03 de 2002, disponen que el fiscal está facultado para ordenar la interceptación de correspondencia y debe someter el acto de investigación en su integridad (según se verá) a control del juez de garantías. La interceptación de correspondencia es una de las excepciones a la regla general del artículo 250 de la constitución, según la cual, toda limitación de derechos y garantías constitucionales debe ser sometida a control previo del juez de control de garantías.

El artículo 234 del Código de Procedimiento Penal, bajo el título “*examen y devolución de correspondencia*”, fija las reglas para la realización de este acto de investigación, para lo que hace una remisión a la reglamentación de la diligencia de allanamiento y registro.

En cuanto a la orden, la norma citada confirma que debe ser expedida por el fiscal. Aunque el ordenamiento procesal no establece el contenido de la orden, la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, en especial de las normas que regulan la limitación de derechos fundamentales para lograr otros fines constitucionalmente importantes, permite inferir que esta debe contener, como mínimo, lo siguiente:

1. Los motivos fundados que permiten inferir que el servicio de correspondencia está siendo utilizado para fines ilícitos, o que en la correspondencia de una persona hay información relevante para el esclarecimiento de un delito. Los motivos fundados obviamente deben estar sustentados en otros elementos materiales probatorios o en información legalmente obtenida que permita hacer la inferencia, pues, cuando se trata de la limitación de un derecho fundamental, las razones de la decisión deben ser expresadas con claridad, de tal forma que puedan ser controladas por el juez, por el ministerio público y en el momento oportuno, por la defensa o por la persona que haya resultado afectada⁴⁵.

2. Debe indicarse la evidencia o la información que se espera hallar con el acto de investigación. Aunque la legitimidad de la diligencia no está supeditada a los hallazgos que se hagan, pues la orden siempre se expide a la luz de un juicio de probabilidad, debe existir claridad en torno a lo que se está buscando, entre otras cosas porque los motivos para expedir la orden deben estar asociados con una información concreta.

3. Debe expresarse el test de proporcionalidad, concretamente los sub-principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. El primero, para dar cuenta de que el acto de investigación es efectivamente útil para obtener la información buscada; el segundo, para demostrar que no existen medios menos invasivos para alcanzar el mismo fin y el tercero para aclarar que existe proporcionalidad entre la afectación del derecho fundamental que entraña la actuación investigativa y los objetivos que se pretende alcanzar, para lo que resultan útiles las subreglas determinadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-822 de 2005 en lo que se refiere a la gravedad del delito investigado y la importancia de la evidencia que se pretende encontrar, entre otras.

⁴⁵ A la interceptación de correspondencia le es aplicable, por orden expresa del inciso segundo del artículo 233 del Código de Procedimiento Penal, lo regulado en el artículo 231 ídem, de tal manera que la violación del debido proceso en este tipo de procedimientos podrá ser alegada por el indiciado o imputado y por la persona que haya resultado afectada con la actuación oficial.

4. Debe establecerse el tiempo durante el cual será interceptada la correspondencia, en procura de limitar en la menor proporción posible los derechos del ciudadano. Aunque el artículo 233 de la Ley 906 de 2004 dispone que el procedimiento puede tener una duración máxima de un año, (si la información que sirve de fundamento a la orden da cuenta de que la evidencia física o la información que se pretende hallar esta contenida en la correspondencia de una determinada fecha o de un lapso determinado) la orden debe limitarse al tiempo estrictamente necesario, pues la intervención que exceda este lapso, degeneraría en una limitación del derecho fundamental sin motivos fundados. Este aspecto debe ser aclarado en la respectiva orden.

5. Tal y como sucede con la diligencia de allanamiento y registro, la interceptación de correspondencia debe ser hecha restringiendo la menor cantidad posible de garantías. Por ello, el inciso primero del artículo 234 en cita dispone que la Policía Judicial debe informar al fiscal, en un plazo máximo de 12 horas, sobre los hallazgos de elementos materiales probatorios u otra información relevante para la investigación, precisamente para que el fiscal pueda ejercer los controles pertinentes. Aunque el inciso cuarto de dicha norma dispone que la evidencia debe ser devuelta cuando sea formulada la imputación, ordena también la devolución anticipada de la correspondencia examinada, "cuya apariencia no se hubiera alterado", con el objeto de no suscitar la atención del indiciado o imputado.

En lo que se refiere a la devolución de la correspondencia, es importante hacer dos aclaraciones: (i) Si el procedimiento se ordena luego de que ha sido formulada la imputación, (aunque esto no es muy usual, debido a que la comunicación de los cargos implica necesariamente el hecho de poner en evidencia la actividad investigativa) la correspondencia debe devolverse lo antes posible. (ii) Si el procedimiento es realizado en la etapa de indagación y no se reúnen los requisitos necesarios para formular imputación, la correspondencia debe devolverse en el menor tiempo posible, sobre

todo cuando el procedimiento ha arrojado resultados negativos o se han disipado las sospechas que recaían sobre el indiciado.

Ahora bien, en lo que se refiere a la devolución anticipada de correspondencia cuya apariencia no haya sido alterada, esta tiene dos finalidades perfectamente delimitables: (I) impedir que la persona afectada con el acto de investigación se percate de la realización del mismo, pues si ello ocurre seguramente se abstendrá de utilizar el servicio de correspondencia para fines ilícitos y (II) garantizar el cumplimiento de la obligación estatal de afectar en la menor proporción posible los derechos fundamentales.

Dado que es posible que la correspondencia contenga información especialmente protegida, como las comunicaciones con el defensor o la relacionada con datos íntimos de la persona que haga parte de la esfera intangible del derecho (como el diario personal, algunas fotografías, información sobre tendencias sexuales, etcétera), existe la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la limitación del derecho a la intimidad no llegue a niveles constitucionalmente inadmisibles, pues aunque los derechos fundamentales puedan ser limitados para efectos de la investigación penal, la actividad estatal no puede llegar al punto de arrasar con el núcleo esencial de protección.

6. En cuanto al procedimiento, la interceptación de correspondencia implica necesariamente la colaboración de las autoridades o entidades que tienen a su cargo la distribución. Por ello, la Policía Judicial debe contactar a dichas autoridades o entidades al momento de ejecutar la orden del fiscal, con el fin de que sean tomadas las medidas necesarias para que el procedimiento sea exitoso.

7. En lo que respecta al control judicial; debe realizarse dentro de las 24 horas siguientes a la ejecución de la orden, según lo dispuesto en el artículo 237 de la Ley 906 de 2006, modificada, como en antes se vio, por la Ley 1142 de 2007. El control debe abarcar el contenido de la orden, la forma en que fue realizado el procedimiento y su presentación oportuna al control de la judicatura.

UNIDAD 1

I. MEDIOS DE PRUEBA

1. PRUEBA TESTIMONIAL.

1.1. Concepto.

La prueba testimonial esta concebida como *“la exposición o relato que un tercero hace ante el juez sobre los hechos o circunstancias relacionadas directa o indirectamente con el delito que se investiga”*⁴⁶ Si partimos del hecho de que el fallador no presencia lo ocurrido, los testigos son *“como los auxiliares del juez, son los ojos y los oídos de la justicia”*⁴⁷.

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia, en alusión al mismo tema, ha reiterado: *“por testimonio cabe entender, jurídicamente hablando, los hechos, circunstancias o cosas que se ponen en conocimiento de la autoridad respectiva y que interesan a una investigación o a un proceso”*⁴⁸.

⁴⁶ MARTINEZ RAVE, Gilberto, Procedimiento Penal Colombiano, Bogotá: Editorial Temis, pág. 408.

⁴⁷ ELLERO, Pietro, De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal, Madrid: Instituto Editorial Reus, 1968, s.p.

⁴⁸ Providencia del 19 de julio de 1991, reiterada en sentencia del 30 de marzo de 2006, radicado 24468.

El testimonio es una de las más importantes fuentes de información para el funcionario judicial, pues a través de este es posible dar cuenta directa de los hechos jurídicamente relevantes (una agresión física, el desapoderamiento de un bien, el abuso sexual, entre otros), puede ser útil para demostrar la autenticidad de un documento o de una evidencia física o puede referirse a circunstancias que corroboren otro medio de acreditación. Es a través de este que el juez puede conocer las actividades de los peritos que han ejecutado su labor para mejorar el conocimiento o comprensión de los hechos. Sin embargo, a pesar de su importancia, la prueba testimonial presenta dificultades en lo que se refiere a su confiabilidad o poder persuasorio, pues el conocimiento que transmite el testigo puede estar viciado por prejuicios, intereses, problemas de percepción, problemas de rememoración o problemas de interpretación, entre otros; inclusive el uso incorrecto del lenguaje puede dar lugar a que el conocimiento del testigo no sea transmitido en forma adecuada. Estos riesgos o dificultades de la prueba testimonial han sido objeto de estudio por la doctrina nacional y extranjera, y han sido tenidos en cuenta por el legislador para establecer los criterios de valoración de este tipo de prueba.

En efecto, el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal consagra los criterios de apreciación de la prueba testimonial, frente a los que cabe anotar, que buscan enfrentar de manera adecuada los problemas inherentes a este medio de acreditación:

“Para apreciar el testimonio el juez tendrá en cuenta los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad”.

Según se indicó en la parte primera de este trabajo, el fiscal pasa por dos etapas básicas frente al conocimiento de los hechos; la primera, denominada por algún sector de la doctrina como de descubrimiento, que consiste en su propio acercamiento a la realidad fáctica que dio lugar al inicio de la actuación, y la segunda, llamada de justificación o explicación, que consiste en la transmisión de dicho conocimiento al juez. Cuando ese conocimiento se logra o se pretende alcanzar a través de prueba testimonial, el fiscal debe tener presentes los criterios de valoración que consagra la ley y que han sido desarrollados por la jurisprudencia y la doctrina para establecer cuando un testigo resulta confiable. En primer lugar, para convencerse a sí mismo de que el testigo realmente puede brindar información relevante y confiable sobre los hechos y luego para demostrarle al juez la verosimilitud del testigo durante su actuación en la audiencia pública. El fiscal no puede posponer el análisis para la etapa del juicio, fundamentalmente por las siguientes razones: (I) porque si no evalúa correctamente la credibilidad del testigo, no podrá establecer si en verdad existen motivos suficientes para formular imputación y para acusar; (II) porque si él mismo no tiene claridad sobre las razones por las que el testigo resulta confiable, no podrá transmitirselas al juez; (III) porque si no se conocen las debilidades (supuestas o reales) del testigo no es posible dar explicaciones claras y oportunas para demostrar las razones por las que, a pesar de sus falencias, el testigo resulta creíble y (IV) porque resultará muy difícil, sino imposible, responder adecuadamente a los ataques que la contraparte haga al testigo.

Los aspectos hasta ahora enunciados serán analizados en los párrafos siguientes.

1.2. La calidad de testigo.

El análisis sobre este aspecto puede abordarse desde dos puntos de vista: (I) desde el deber de rendir testimonio y las excepciones constitucionales y legales a dicho deber y (II) desde el conocimiento,

directo o indirecto, que tenga la persona sobre los hechos penalmente relevantes.

1.2.1. *Deber de declarar.*

El artículo 383 de la ley 906 de 2004 dispone que *“toda persona está obligada a rendir, bajo juramento, el testimonio que se le solicite en el juicio oral y público o como prueba anticipada, salvo las excepciones constitucionales y legales”*. Sobre el soporte constitucional de la obligación de declarar, la Corte Constitucional ha dicho que este emana del *“deber de solidaridad y de colaboración con la justicia, consagrados en el artículo 95 superior”*⁵⁰, salvo en los eventos de excepción a dicho deber, regulados en el artículo 33 de la Carta y en el artículo 8 de la Ley 906 de 2004.

Si se acepta que el esclarecimiento y la sanción del delito son aspectos de vital importancia para la sociedad⁵¹, y que en nuestro ordenamiento jurídico cada día se le presta mayor atención a los derechos de las víctimas⁵², es claro que el deber de solidaridad y de colaboración con la justicia es una responsabilidad ciudadana absolutamente legítima, que, como bien lo aclara la Corte, tiene soporte en el ordenamiento superior. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que el testigo también tiene derecho a que sea protegida su integridad, sobre todo cuando se trata de asuntos de especial complejidad o cuando fundadamente puede concluirse que del hecho de declarar en juicio puede derivarse riesgo real para él o su familia, eventos en los cuales el fiscal debe procurar la ayuda y protección necesarias.

⁵⁰ Sentencia C-069 de 1994.

⁵¹ Véase, por ejemplo, las sentencias SU-159 de 2002 y C-591 de 2005.

⁵² Sentencias C-228 de 2002, C-454 de 2006, C-209, C-210 y 516 de 2007, entre otras.

1.2.1.1. Excepciones al deber de declarar.

1.2.1.1.1. Generalidades.

Las excepciones al deber de declarar están reguladas en la Constitución y en la ley. El artículo 33 de la carta política dispone que *“nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”*.

Este artículo está relacionado con aspectos constitucionales de gran trascendencia, como bien lo explica la Corte Constitucional en la sentencia C-1287 de 2001:

En primer lugar, el alto tribunal resalta que este derecho tiene relación con el proceso de humanización del ejercicio de la acción penal, si se tiene en cuenta que *“en desarrollo y aplicación de la primacía de la dignidad humana, el moderno derecho penal, abandonando definitivamente los métodos de averiguación de la verdad que prescindiendo de este concepto admitían cualquier forma de llegar a ella, proscriben las presiones ejercidas sobre los acusados o sus familiares, que bajo el apremio del juramento o cualquier otra forma de intimidación moral, conduzcan al declarante a confesar su delito o a delatar a aquellos con quienes está unido por vínculos muy cercanos de parentesco”*.

Además, resalta el alto tribunal, *“el principio de autonomía de la voluntad y el derecho fundamental a la libertad de conciencia se ven también desarrollados en la norma superior que consagra la excepción al deber declarar en juicio contra sí mismo y contra los más próximos familiares. La libertad moral o libertad de conciencia a que alude el artículo 18 de la Constitución, encuentran una garantía complementaria en el principio de no incriminación, impidiendo presiones sobre la conciencia de los individuos llamados a deponer en esas circunstancias”*.

De otro lado, explica la Corte, *“la excepción aludida se abstiene de invadir la esfera íntima de las relaciones familiares, en aras de preservar la armonía y unidad de esta célula básica de la sociedad ... proteger la armonía y la unidad familiar que puede verse amenazada si se impone la obligación de declarar en contra de tales parientes, proscribiendo toda actuación de las autoridades que busque obtener la confesión involuntaria de quien es parte en un proceso, o la denuncia penal de los familiares cercanos, en las mismas circunstancias de involuntariedad”*.

El artículo 33 de la Constitución ha sido analizado a partir de los conceptos de solidaridad íntima y solidaridad familiar.

1.2.1.1.2. Solidaridad íntima.

La solidaridad íntima está asociada a la tendencia natural del ser humano a autoprotgerse y por ende, a evitar sufrir daño. En tal sentido, José María Sámper, en doctrina citada por la Corte Constitucional en la sentencia C-1287 de 2001, precisa:

“[e]s abiertamente inmoral que la ley obligue a alguna persona, contra natura, a declarar, en asunto de que pueda resultar pena (criminal, correccional o de policía), contra sí mismo o contra sus parientes más cercanos, ... Innecesario nos parece demostrar, ni aun brevemente, la justicia de esta prohibición, exigida por los más elementales principios de moral y de humanidad, y adoptada en la legislación criminal de todos los pueblos civilizados, ... La garantía es de derecho natural. Naturalmente, para hacerla efectiva, en el caso de disposición testimonial..., la ley ha de exigir la comprobación del parentesco⁵³, ...”

El derecho a no declarar contra sí mismo es renunciable, pero para esto es necesario que quien renuncia se encuentre debidamente

⁵³ SAMPER, José María, Derecho Público interno de Colombia, Bogotá: Temis, 1982, pag. 329.

informado del sentido y alcance del derecho consagrado en el artículo 33 de la Constitución Política. Al respecto, el artículo 8 del Código de Procedimiento Penal consagra en su primer literal el derecho a no declarar en contra de sí mismo, ni en contra de los parientes en los grados de ley y luego, en el literal I, dispone que dicho derecho es renunciable, “*siempre y cuando se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada*”.

En relación con lo anterior, el artículo 282 ídem consagra la posibilidad de que el fiscal o la policía judicial interroguen al indiciado, bajo las siguientes condiciones:

- Que le sea indicado que no está obligado a declarar en su contra,
- Que se encuentre acompañado de su defensor
- Que no se le hagan imputaciones

Esta posibilidad debe utilizarse con cautela porque, (I) debe garantizarse que el indiciado realmente comprenda el sentido y alcance del derecho constitucional a no auto incriminarse y, (II) aunque lo expresado por el indiciado constituye información legalmente obtenida, debe tenerse en cuenta que éste no está obligado a declarar en el juicio, así haya rendido interrogatorio en la fase de indagación y aunque lo dicho con antelación constituya, según lo aceptado hasta ahora en nuestro ordenamiento jurídico, prueba de referencia inadmisibles. Es por esto por lo que, en principio, el caso no podrá estar basado en la información que suministre el indiciado, aunque sea claro, (de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia) que si el acusado decide comparecer como testigo, es posible utilizar las declaraciones anteriores para efectos de impugnación y que adquieran relevancia probatoria bajo circunstancias que serán objeto de análisis en otros apartados.

La forma en que el artículo 282 ídem regula el acto de investigación denominado *interrogatorio al indiciado*, pone de manifiesto un aspecto

trascendental para comprender en qué momento se activa el derecho a no autoincriminarse. En efecto, dicha norma dispone que esta actuación sea procedente cuando el fiscal o la policía judicial, *“tuviera motivos fundados de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que una persona es autora o partícipe de la conducta que se investiga”*. Sin embargo, como es posible que el autor de la conducta punible sea entrevistado como un testigo cualquiera, porque el órgano encargado de la persecución penal aún no cuenta con información alguna para concluir sobre su calidad de presunto autor, en este evento. La información no puede catalogarse como ilícitamente obtenida y por tanto (y este aspecto resulta ser el más relevante), las evidencias obtenidas a partir de la información brindada bajo estas condiciones no tienen vocación de ser excluidas.

Lo que sí es claro es que en el momento en que los agentes oficiales tengan conocimiento de que el ciudadano es el presunto responsable, deben tomar las medidas que esta norma indica. Es por esto que los funcionarios de policía judicial, al recibir entrevistas, y el fiscal, al momento de tomar una declaración jurada, deben acatar la obligación consagrada en el artículo 385 del Código de Procedimiento Penal, que les exige informar previamente sobre el contenido de las excepciones consagradas en el artículo 33 de la constitución, *“a cualquier persona”* cuya versión sea recibida, y aunque la norma en cita se refiere a que dicha obligación debe ser cumplida por el juez, el fundamento de dicho deber es perfectamente aplicable a la entrevistas y declaraciones juradas tomadas en las fases previas al juicio oral.

Para que funcione el derecho a no auto incriminarse, es fundamental que exista interrogatorio por parte de los agentes oficiales, pues es posible que los ciudadanos hagan manifestaciones espontáneas en presencia de los investigadores; ya sea cuando éstos estén realizando actos urgentes o se encuentren desarrollando algún

acto de investigación previsto en el programa metodológico. Si esto ocurre, no es posible considerar dicha información o la que se derive de ella, como ilícita⁵⁴.

Frente al tema de la renuncia del derecho a no auto incriminarse, es necesario hacer las siguientes precisiones: (I) el hecho de que el indiciado acceda a rendir el interrogatorio, según lo regulado en el citado artículo 282, no implica que esté obligado a comparecer como testigo al juicio oral, (II) es posible que el acusado renuncie al derecho a no declarar en juicio y que luego pretenda ejercerlo negándose a responder durante el contra interrogatorio; esto impediría la contradicción y por tanto la prueba no podría ser valorada por el juez, según lo dispuesto en el artículo 16 del Código de Procedimiento Penal.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que el privilegio de no declarar contra sí mismo permanece mientras existe peligro de perjuicio en materia penal; esto implica que desaparezca cuando, (I) dejen de existir razones para considerar a un ciudadano como presunto autor de la conducta punible, (II) cuando el ciudadano haya sido beneficiado con una decisión de preclusión (aunque la investigación continúe con respecto a otras personas) y (III) cuando el ciudadano es condenado y el proceso debe mantenerse en contra de otras personas⁵⁵.

1.2.1.1.3. Solidaridad familiar.

Según lo anotado por la Corte Constitucional en la sentencia citada, el privilegio consagrado en el artículo 33 de la Constitución Política

⁵⁴ Siempre y cuando sean manifestaciones espontáneas del capturado, posteriores al conocimiento de sus derechos y sin interrogatorio previo del agente captor. Ver sentencia 23251 del 13 de septiembre de 2006, MP Álvaro Orlando Pérez Pinzón, donde la Corte Suprema de Justicia fija importantes reglas para determinar en qué eventos es admisible, para los efectos que consagra el ordenamiento procesal penal, lo expresado por las personas capturadas y en general, por los presuntos responsables de una conducta punible.

⁵⁵ En el acápite dedicado a los testimonios especiales, se profundizará sobre este tema.

tiene, entre otros fines, la protección de la familia como célula básica de la sociedad⁵⁶, pues es obvio que dicha unidad puede ser afectada si las personas son obligadas a declarar en contra de sus parientes más cercanos⁵⁷.

Al respecto son aplicables los conceptos enunciados en el acápite anterior, aunque cabe hacer las siguientes precisiones:

- I. Se trata de un derecho renunciable, pero a diferencia de lo que sucede con la renuncia que hace el indiciado, imputado o acusado, la que hace el pariente no busca asumir la responsabilidad propia sino colaborar con la justicia para que otro ciudadano sea penalizado. Esto es lógico si se tiene en cuenta que muchos delitos, tienen como sujetos activo y pasivo a personas pertenecientes a un mismo núcleo familiar, además de que sea posible, que una persona considere ética o moralmente inadmisibles guardar silencio frente a una conducta punible ejecutada por un pariente en contra de un particular, entre otras cosas porque guardar silencio en eventos como ese podría lesionar, tal vez con mayor intensidad, la pretendida unidad familiar.
- II. Es posible que, tal y como generalmente sucede con el testimonio del acusado, la defensa busque sustentar la teoría

⁵⁶ El artículo 42 de la Constitución Política señala que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, se constituye por vínculos naturales o jurídicos...”.

⁵⁷ En el derecho comparado han sido hechas importantes precisiones sobre la naturaleza y alcance de esta garantía. Frente a este privilegio, Chiesa Aponte³ manifiesta que “(s)e trata, en puridad de un “derecho” ... una regla de exclusión de evidencia basada en consideraciones de política pública (policy) y no en falta de confiabilidad”, el cual tiene ciertos fundamentos, que hay que comenzar a examinar para entender mejor⁵: “1.- proteger al inocente de hundirse a sí mismo mediante mala actuación en la silla de los testigos; ... 3.- estimular a terceros a testificar, sin temor de ser compelidos a autoincriminarse; ... 5.- evitar procedimientos indeseables usados en un pasado ya superado (inquisición, el ‘star chamber’); 6.- justificación histórica – se ha creado una tradición saludable, el respeto a procedimientos legales, evitando situaciones que probablemente han de producir escenas indignas o incivilizadas; 7.- fomentar la más completa investigación por el ministerio público – llámese fiscalía –, quien no podrá contar con testimonio auto incriminatorio compelido; ... 10.- evitar la tortura y otros medios inhumanos de tratar a la persona para obtener testimonios; 11.- Contribuir a un justo balance requiriendo al gobierno no meterse con el ciudadano hasta que no demuestre justa causa para molestarlo y poniendo en el gobierno la carga para procesarlo”

del caso con la declaración del familiar. Si el ciudadano, luego de ser debidamente informado, renuncia al privilegio consagrado en el artículo 33 de la constitución, para apoyar la teoría del caso de la fiscalía o de la defensa, comparece al juicio bajo las mismas condiciones de cualquier testigo y por tanto, debe someterse al interrogatorio cruzado y la valoración de su testimonio deberá ser hecha bajo los parámetros fijados por el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal.

- III. Es posible que los funcionarios de policía judicial no conozcan el vínculo de un ciudadano con el presunto responsable y realicen la entrevista como un acto rutinario de investigación; en este caso no puede considerarse esta actuación como ilícita, ni la evidencia obtenida a raíz de la misma.
- IV. El hecho de que el ciudadano, durante una entrevista o declaración jurada por fuera del juicio oral, renuncie al derecho a no declarar en contra de sus parientes, no implica que esté obligado a declarar en juicio; por ello, el fiscal debe abstenerse, en la medida de las posibilidades, de basar su caso únicamente en este tipo de versiones, aunque en ocasiones resulte inevitable.
- V. Cuando los parientes del acusado deciden comparecer al juicio como testigos de cargo, es posible que medien circunstancias que puedan incidir en la valoración del testimonio, por lo que el fiscal debe realizar las dos actividades a que hicimos alusión en párrafos precedentes: durante la preparación del caso, debe precisar si el testigo realmente es confiable, ubicar sus problemas o debilidades y luego, preparar las estrategias para explicarle al juez las razones por las que debe darse a este testimonio, un determinado valor persuasorio⁵⁸, para

⁵⁸ Claro está, siempre que la verificación que haga durante las fases anteriores al juicio lo lleven a concluir que se trata de un testigo confiable.

lo que (según se anotará más adelante) será determinante la utilización de la prueba de corroboración⁵⁹.

VI. Aunque siempre deben cumplirse los requisitos legales orientados a proteger y desarrollar el derecho a no inculparse o inculpar a los parientes más cercanos; en el evento en que se presente alguna irregularidad frente a este aspecto, el fiscal deberá siempre analizar su trascendencia, con el fin de determinar si la información debe ser o no desestimada.⁶⁰

⁵⁹ Más adelante se analizarán los criterios que la jurisprudencia nacional y foránea ha fijado para la valoración del testimonio de la víctima.

⁶⁰ Un ejemplo de ello lo constituye la decisión tomada por el Tribunal Superior de Medellín, en providencia del 24 de abril de 2006, frente a la declaración de la menor hija de un acusado, a quien no le fue recordado el contenido del artículo 33 de la constitución; que se expresa así: *"Validez o no de la declaración de un familiar a quien no se le da a conocer la posibilidad de abstenerse de declarar"*

En efecto, es cierto que en este trámite el juez a quo no puso de presente a la menor el contenido del art. 33 de la Carta Fundamental ni los arts. 383 y 385 de la Ley 906 de 2004. La menor (...) no estaba obligada a declarar en el proceso penal seguido en contra de su señor padre el aquí enjuiciado (...). Esto es, la menor no estaba compelida a rendir declaración.

El señor Juez a quo al constatar con la tarjeta de identidad que M. Y. O. contaba con once (11) años de edad solicita el acompañamiento de su señora madre y manifiesta que no procede la toma de juramento de conformidad con el art. 383 CPP (registro 58:37 y 59:47, respectivamente) Si bien es cierto que la norma expresa que

"El Juez informará sobre estas excepciones a cualquier persona que vaya a rendir testimonio, quien podrá renunciar a ese derecho" (inc. 2° art. 385 ley 906 de 2004), no lo es menos que esta omisión por parte del juez de instancia apenas constituye una informalidad que en modo alguno invalida la prueba o la convierte, per se, en una prueba ilícita, como parece darlo a entender el abogado que sustenta la apelación.

Es prueba ilícita la inconstitucional que se ha obtenido con violación de las garantías fundamentales, razón por la cual es nula y se excluye física y jurídicamente de la investigación, y también es prueba ilícita la ilegal porque se ha practicado con violación del régimen legal de la prueba o no ha cumplido con sus requisitos formales esenciales.

No hay en la recepción de la declaración de la menor (...) vulneración de garantías fundamentales ni vulneración de las formalidades esenciales para la práctica de la prueba testimonial, pues la prueba fue solicitada motu proprio por la señora defensora del implicado, la menor fue citada a instancia de la defensora y así fue como concurrió al debate oral, es decir, su presencia allí fue voluntaria y libre y, finalmente, en ningún momento la defensa solicitó información del juez para que la menor tuviera la oportunidad de abstenerse de rendir declaración en el juicio oral. En definitiva, la menor en modo alguno fue obligada o compelida contra su voluntad a declarar en este asunto.

Se incurrió entonces en una irregularidad en la práctica de la prueba que no hace que la prueba sea ilícita. "En este punto se debe comprender, desde luego, que no es la violación de cualquier norma legal la que genera una prueba ilícita sino las violaciones de aquellas normas que consagran formalidades esenciales para la práctica de la prueba. De acuerdo con esto, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia, aquellas irregularidades en la práctica probatoria que no afecten esas formalidades esenciales, no tiene por qué reputarse como generadoras de pruebas ilícitas".

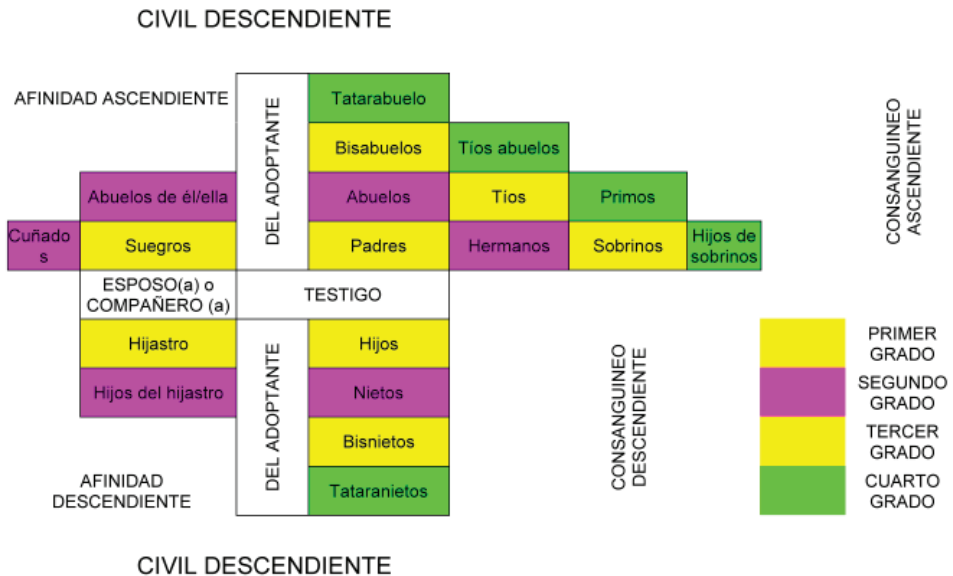
VII. Frente a la calidad de pariente, debe tenerse en cuenta lo siguiente: es importante que los funcionarios de policía judicial, y en su momento el fiscal, verifiquen si los testigos que llevarán a juicio, inclusive los testigos que son entrevistados y en virtud de dicho acto de investigación proporcionan información que puede ser útil para tomar decisiones en las etapas anteriores al juicio; tienen alguna relación de parentesco con el indiciado, imputado o acusado⁶¹. No siempre es suficiente que un testigo aduzca el privilegio de no declarar en contra de sus parientes, sobre todo cuando la policía judicial no tiene bases para predicar la real existencia del vínculo que activa este derecho. Es necesario que sean realizadas las verificaciones necesarias con el fin de evitar que se incumpla el deber de rendir testimonio aduciendo una inexistente relación con la persona implicada.

En cuanto al alcance del derecho constitucional a no declarar en contra de los familiares más cercanos, existe una aparente antinomia entre el canon 33 constitucional y el artículo 8 del Código de Procedimiento Penal en lo que atañe al parentesco civil, pues el primero sólo cubre el primer grado, mientras que los artículos 8° y 385 de la ley 906 de 2004 comprenden hasta el cuarto grado. Al respecto son útiles las consideraciones plasmadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-799 de 2005, en cuanto determina que la mayor cobertura legal no es incompatible y por el contrario desarrolla el ordenamiento superior en lo que se refiere a la obligación de brindar la mayor cobertura posible de los derechos fundamentales.

La denominación legal sobre los grados de parentesco no siempre resulta comprensible para los ciudadanos cobijados con este privilegio, por lo que el funcionario que dirige la entrevista o el interrogatorio en audiencia, debe velar porque esta información sea comprensible.

⁶¹ Piénsese, por ejemplo, en un testigo que sea confiable y tenga información determinante para basar la teoría del caso de la Fiscalía, frente al cual no se verifica en las etapas previas su relación con el indiciado, imputado o acusado, y luego, en la audiencia de juicio oral, cuando el juez lo enteró del derecho consagrado en el artículo 33 de la Constitución Política, decide no declarar.

El siguiente cuadro puede resultar útil para dicho efecto.



1.2.1.1.4. El secreto profesional como excepción al deber de declarar.

Bajo el título de “*excepciones constitucionales*”, el artículo 385 del Código de Procedimiento Penal, desarrolla en sus dos primeros incisos, el artículo 33 de la Constitución Política, en cuanto dispone que el juez informe sobre este derecho a cualquier persona que vaya a rendir testimonio. En el inciso tercero incluye otras excepciones al deber de declarar que no están consagradas expresamente en la Constitución Política, aunque sin duda, pretenden proteger aspectos constitucionalmente relevantes.

Entre el listado que propone el artículo 385 del CPP, y que ratifica el numeral 1º del artículo 345 ibidem, se tienen las relaciones de: “a) Abogado con su cliente; b) Médico con paciente; c) Psiquiatra, psicólogo o terapeuta con el paciente; d) Trabajador social con el entrevistado; e) Clérigo con el feligrés; f) Contador público con el cliente; g) Periodista con su fuente;

h) Investigador con el informante.” Estas relaciones, por sus especiales características, permiten infidencias tan personales que pueden llegar a la confesión de la comisión de delitos, en algunos casos para buscar soluciones judiciales, médicas, mentales, familiares, espirituales o contables, entre otras, a problemas originados de un hecho.

El privilegio apunta a la protección del derecho a la no autoincriminación, y de los derechos que, según se vio, le son conexos, pues el ciudadano que tiene que suministrar información en virtud de las relaciones enunciadas, deposita su confianza en el receptor con la seguridad de que esta no será divulgada. Además, la prohibición consagrada en el artículo 385 es también una forma de protección de dichas profesiones u oficios, especialmente de la confianza que la ciudadanía espera poder depositar en quienes se dedican a ellas.

La excepción al deber de declarar al amparo del sigilo profesional no puede extenderse a situaciones que escapen a la relación derivada del ejercicio de la profesión u oficio. Es posible que un sacerdote sea testigo de una conducta punible o que el médico conozca hechos que pueden comprometer penalmente a su paciente y que ninguno de ellos haya adquirido este conocimiento en virtud de la asistencia prestada, sin que en uno u otro caso el profesional o el clérigo estén exonerados del deber de declarar.

1.2.1.1.5. Otras excepciones al deber de declarar.

Algunas de estas causales, de origen estatutario o legal, según el autor Chiesa Aponte, no surgen de la naturaleza de la actividad probatoria, es decir, son reglas de exclusión “*basadas en políticas ajenas a la búsqueda de la verdad*”, tales como⁶²: (I). Las conversaciones entre fiscal, indiciado y víctima producto de la figura de la conciliación (Art.

⁶² Ernesto L. Chiesa Aponte, Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos, Vol. III, Ed. Forum 1995, Pág. 312 y 313. Referencia no literal, ajustada a las instituciones procesales del Sistema Penal Acusatorio Colombiano.

519 numeral 3° CPP) (II). Los ofrecimientos que libremente haga una persona, como sucede en el caso típico de lesiones en accidentes de tránsito en el que una persona, motivada por razones de solidaridad más no porque acepte su responsabilidad, brinda alguna ayuda para sufragar los gastos médicos o para cubrir cualquier otra necesidad⁶³; y (III). Declaraciones de culpabilidad (Art. 359 inc 2° CPP). Podría decirse que estas, más que reglas a la excepción de declarar, son causales de exclusión o rechazo de pruebas. En consecuencia, si una persona que conoce de dichas negociaciones u ofrecimientos es llamada a declarar por tener información relevante para el caso, no puede ser interrogada sobre el contenido de las negociaciones u ofrecimientos realizados bajo las condiciones expuestas.

ACTIVIDAD DE APRENDIZAJE 5

1.- La policía judicial manifiesta conocer que el posible autor del delito de enriquecimiento ilícito ha tenido hace 5 años el mismo Contador, durante la preparación del programa metodológico se propone obtener la entrevista de esta persona. ¿Cuál sería su posición frente a esa actividad investigativa?, ¿cuáles serían sus recomendaciones?

2.- La policía judicial le manifiesta que tiene conocimiento de que el presunto autor del homicidio que se investiga contrató los servicios de un abogado, el cual ya no tiene relación profesional con el indiciado. Por lo tanto, le informan que lo van a entrevistar para extraer la información que tiene, pues no hay privilegio por secreto profesional. ¿Qué aconsejaría usted a la policía judicial?

⁶³ Esta insinuación de sufragar gastos médicos, según el autor, “pretende fomentar la conducta generosa hacia el prójimo, sin temor de que tal conducta se use como evidencia de responsabilidad”

3.- Un psicólogo llega a su oficina y manifiesta que estuvo tratando al señor Pedro Pérez, que en ese tratamiento se dio cuenta de los delitos que aquel cometió. Que su conciencia no lo dejó tranquilo y que por eso quiere colaborar con la justicia y desea renunciar a su derecho de no declarar, ayudando al esclarecimiento de los hechos y la verdad para las víctimas y la sociedad. Qué decisión tomaría usted frente a esta solicitud del psicólogo?

1.3. Utilidad del testigo.

1.3.1. Regla general

Así como el ordenamiento jurídico consagra y desarrolla el derecho a no autoincriminarse, también establece pautas para determinar quién, (de acuerdo con su conocimiento) puede tener la calidad de testigo. Dicha regulación comprende la etapa que hemos denominado de descubrimiento o preparación y se extiende hasta la práctica de la prueba en el juicio oral, así como a las valoraciones que de esta deban hacerse, aún frente al recurso extraordinario de casación. Veamos:

El artículo 375 del Código de Procedimiento Penal dispone que *“el elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba deban referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y a sus consecuencias, así como a la identidad o la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o perito”*.

Las normas sobre pertinencia son también aplicables a la prueba testimonial, por lo que el equipo de la Fiscalía, desde su primer

contacto con el caso, debe establecer si la información que posee una persona puede resultar útil para el conocimiento de los hechos. Este análisis debe realizarse con mucho cuidado, con el fin de evitar: (I) la saturación de la actuación con información irrelevante y (II) la pérdida de información útil, así esta no tenga relación directa con los hechos materia de investigación.

En este orden de ideas, además de los testigos presenciales, cuya utilidad para la investigación es innegable, la información que posea una persona puede ser útil en los siguientes eventos:

1.3.2. Otros aspectos

1.3.2.1. Corroboración:

Si el testigo, así no haya presenciado los hechos penalmente relevantes (el homicidio, el hurto, la violación, etc.), posee información que permita corroborar otras versiones o en general, información contenida en otros medios de prueba, su intervención puede resultar útil para el adecuado ejercicio de la función judicial. Este tipo de información adquiere especial trascendencia frente a delitos que por lo general son cometidos en la clandestinidad (las agresiones sexuales, por ejemplo) o cuando la credibilidad de un testigo se encuentra cuestionada por su interés en el resultado del proceso o por cualquier otra circunstancia semejante. En estos casos, la prueba de corroboración puede resultar útil con respecto a diversos aspectos:

1.3.2.1.1. Corroboración de circunstancias concomitantes.

Para corroborar aspectos concomitantes con la conducta punible. Por ejemplo; si una persona no presencia el acceso carnal violento, pero ve a la víctima salir de un lugar determinado, angustiada y con las vestiduras rotas. En este caso su declaración es importante para confirmar que la víctima estuvo en el lugar de los hechos y que evidenciaba un estado de ánimo y una apariencia personal

compatibles con los de un ataque sexual. Sobre la importancia de la evidencia de corroboración en el sentido enunciado, la Corte Suprema de Justicia, en providencia del 30 de marzo de 2006, radicado 24468, al analizar la dificultad para esclarecer delitos sexuales de los que sean víctimas menores de edad, (sobre todo por la clandestinidad que suele rodear este tipo de acontecimientos) resaltó la importancia de la información que aun cuando no da cuenta directa de los hechos, puede contribuir a su esclarecimiento:

“Es claro que en el caso que concita la atención de la Sala el señalamiento acusatorio de la menor está refrendado por otras pruebas a las que se sustrajo en su análisis el fallador o las valoró en forma errada, como el dicho del hermano menor de la víctima, quien confirmó que el procesado cuando estaba con Y.T.E.A., lo enviaba a hacer un mandado o a cambiar un billete, de lo cual se infiere indiciariamente que buscaba la oportunidad para quedarse a solas con su nieta y llevar a cabo los actos libidinosos, ratificando la versión de su consanguíneo.”

1.3.2.1.2. Corroboración de aspectos relacionados con la conducta punible, pero ocurridos en diferentes circunstancias de tiempo y lugar.

Si a manera de ilustración, un coacusado que decide colaborar con la administración de justicia asegura haber entregado una cifra millonaria a otro y existe un testigo de que para esa fecha el partícipe estuvo gastando dinero en gran cantidad, su declaración puede ser útil. Así no se refiera directamente a los hechos materia de investigación ni se esté refiriendo directa o indirectamente, a las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la conducta punible, es decir; el testigo no podrá dar cuenta de que hubo un asalto, una extorsión o un secuestro, pero sí podrá suministrar información que coincida con los datos aportados por otro deponente con respecto a la distribución o destinación del dinero de ilícita procedencia.

1.3.2.1.3. Corroboración de algunas consecuencias de la conducta punible.

Aunque todos los delitos representan graves atentados contra los derechos y garantías constitucionales, algunos de ellos se caracterizan por dejar huellas físicas o psicológicas en la víctima, generando comportamientos o actitudes que pueden ser presenciados por otras personas y cuyo conocimiento, por parte del fiscal y por supuesto del juez, pueden contribuir al adecuado ejercicio de la función judicial; sobre todo cuando ha sido cuestionada la declaración de la víctima o de alguno de los testigos que hicieron alusión directa a los hechos.

En un importante pronunciamiento, la Corte Suprema de Justicia se refirió a la pertinencia e importancia de las declaraciones de varias personas que daban cuenta del cambio de actitud asumido por una menor que había sido víctima de abuso sexual; el alto tribunal resaltó, que aunque estas personas no habían presenciado el delito, sí tenían información importante para el esclarecimiento de los hechos, pues sus relatos corroboraban lo expuesto por la niña en torno a los abusos a que fue sometida⁶⁴.

⁶⁴ Sentencia 24468 del 30 de marzo de 2006. "Elena... relató que su niña K... le contó que Alfredo le tocaba la vagina; y que la menor tuvo un cambio de comportamiento, pues inicialmente se bañaba en un lavadero que queda en el patio de la casa y posteriormente no quería hacerlo, porque le daba miedo y pena que la miraran desnuda. Ese cambio de actitud fue asociado por la declarante con lo que la menor le contó, es decir, el hecho de que Alfredo la tocaba". En el mismo sentido declaró Ángela..., quien vivía en la misma casa y ocasionalmente se ocupaba de cuidar a K..., y agregó que en una ocasión la niña le dijo que no la bañara en el patio porque le daba pena y que además le dolía la vagina. También declaró que un día encontró a Alfredo agachado observándola mientras ella (Ángela) se estaba bañando.

Ninguna irregularidad se observa en cuanto a la admisión y la práctica de los testimonios de las señoras Elena..., Gloria... y Ángela... en el juicio oral, por ser evidente que el juez no podía saber desde un principio que ellas, además de declarar lo que percibieron directamente, también iban a relatar contenidos de oídas o referidos. Por ello se dijo con antelación que la dificultad esencial que plantean las pruebas de referencia no radica en la legalidad de su práctica, sino en la valoración de las mismas.

De ahí que, contrario a lo pretendido por el casacionista, los testimonios de las mencionadas señoras sí eran pertinentes y admisibles como medios de prueba dentro del juicio oral, por varias razones esenciales:

I) Aunque no son testigos presenciales de los actos de abuso sexual contra K..., se refirieron a otros hechos o situaciones que ellas mismas percibieron, cumpliéndose así la exigencia de conocimiento personal contenida en el artículo 402 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004.

III) Por mandato del artículo 375 *ibidem*, los medios de prueba, entre ellos los testigos, deben referirse directa o indirectamente a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva. Los testimonios que el libelista cuestiona se refirieron a hechos que ponían en evidencia la tendencia sexual de Alfredo..., aspecto íntimamente relacionado con la conducta punible.

IV) Los testimonios de las mencionadas señoras también eran pertinentes, en cuanto servían para hacer más probable la verificación de los hechos delictivos atribuidos a Alfredo... (art. 375 *ibid.*).

Además, es posible que el presunto responsable cambie ostensiblemente sus rutinas o modifique su comportamiento luego de cometer la conducta punible y esta información resulte útil para el esclarecimiento de los hechos.

1.3.2.2. Corroboración para ilustrar algunos aspectos del entorno social o familiar donde ocurre la conducta punible.

Aunque la conducta punible está claramente definida en la ley, no debe olvidarse que los hechos ocurren en un contexto social o familiar determinado, y que es en dichos contextos en los que puede surgir el móvil de la actuación humana con trascendencia penal, cuyo conocimiento es necesario y útil para tomar las decisiones y presentar las solicitudes a lo largo de la actuación. En relación con este tema, el Tribunal Superior de Bogotá, frente a la pertinencia de las declaraciones de varias personas que podían dar cuenta de la situación de seguridad del barrio donde ocurrieron el homicidio, sobre todo ante la hipótesis de que pudo tratarse de un “ajuste de cuentas” entre las pandillas del sector, concluyó que dichas declaraciones debían escucharse en el juicio oral⁶⁵.

1.3.2.3. Corroboración de circunstancias específicas o genéricas de mayor o menor punibilidad.

La Corte Suprema de Justicia ha precisado que la acreditación de las circunstancias de mayor o menor punibilidad debe darse en el juicio oral, debido a la trascendencia que estas tienen para la determinación de la pena. Por tanto, es posible que la información del testigo, sea útil para esclarecer estos aspectos, aunque no se encuentre relacionada con el tipo básico. En tal sentido, el alto tribunal precisó:

⁶⁵ “En lo atinente a la no aceptación como elementos probatorios de los testimonios del que es o era comandante del CAI, de Santa Bibiana, MANUEL CASTANEDA y de la señora HILDA CIPAGAUTA GONZALEZ, madre de un menor muerto violentamente en el mismo sector, se revocará la decisión, para que se practiquen en el juicio oral, en el entendido que sí son pruebas pertinentes, si se mira que la Fiscalía pretende probar su posible relación, y los motivos y orígenes del homicidio que aquí se juzga, en cuanto pudo ser un ajuste de cuentas, de las pandillas que en el sector se acepta existen. No se puede desconocer que la problemática social de determinado sector, es importante establecerla en estos casos, porque los hechos de sangre no escapan a estas influencias”. Auto del 18 de mayo de 2005, radicado 200500059.”

“Para la Sala” no es atendible la apreciación de la representante del Ministerio Público. El elenco de principios que informan este procedimiento no permiten una tal lectura del precepto y no deja campo a que sea en una fase posterior al juicio oral, en la que se debatan los motivos de intensificación de la sanción. Ese no es el sentido y su alcance de un lado, porque la brevedad del tiempo limitaría un aporte probatorio necesario para sustentar las otrora denominadas causales genéricas de agravación, máxime que allí no hay consagración legal específica para la aducción y práctica probatoria, como si sucede por ejemplo, con el incidente de reparación integral en los artículos 103 y 104 de la Ley 906 de 2004.

De otro lado, porque el debate acerca de las causales de intensificación punitiva no puede ser tratado como una extensión del juicio oral. Precisamente, según el artículo 374 de la Ley 906 de 2004, a excepción de las pruebas que se practican de forma anticipada en audiencia preliminar ante el Juez de Control de Garantías (artículos 154 numeral 2º y 284), toda prueba debe ser solicitada o presentada en la audiencia preparatoria y se practicará en el momento respectivo en el juicio oral y público. Con esta interpretación no es probable ninguna intromisión de factores modificadores que acentúen la responsabilidad por fuera del marco de la imputación allanada o de la acusación, en los términos referidos por el Ministerio Público, pues se debe preservar, además, el derecho de defensa. La norma controvertida debe ser aplicada de la manera más favorable para la efectividad de los derechos o las garantías fundamentales.

Pero, también se advierte, que para el aporte de pruebas en el traslado en la audiencia de individualización de pena no habría la posibilidad de la verificación previa de su legalidad, conducencia y pertinencia, como depuración necesaria que se impone ante el juez.

Aunque se podría contra-argumentar que si se anhela un juez imparcial, al conocer dentro del juicio oral de los aspectos personales, familiares o sociales del imputado, como por ejemplo sus antecedentes penales, puede contaminar el criterio del juzgador al punto de formarse un prejuizgamiento, dada la incidencia punitiva que tienen las aludidas causales deben hacer parte de la imputación y ser conocidas por el imputado a efectos de allanarse o llegar a acuerdo, o en el caso del trámite ordinario han de ser debatidas en el juicio oral y público.

En efecto, la inclusión de circunstancias de mayor o menor punibilidad en la imputación o en la acusación, siempre que no hayan sido previstas de otra manera, tiene clara trascendencia, no sólo por su necesaria discusión y contradicción para establecer el equilibrio de las partes, sino porque ellas se reflejarán en el proceso de dosificación de la pena previsto en la Ley 599 de 2000 en la cual se restringió la discrecionalidad del juzgador al fraccionar el ámbito punitivo, pues fijados los límites mínimos y máximos en los que se ha de mover teniendo en cuenta las circunstancias modificadoras de tales extremos punitivos (v.gr. causales de agravación específicas del delito), establecerá según la concurrencia de circunstancias de mayor o menor punibilidad, el cuarto o cuartos dentro de los que deberá determinar en concreto la pena a través de la ponderación de los factores concernientes a la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial causado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el específico caso”⁶⁶.

1.3.2.4. Corroboración de la autenticidad de documentos o evidencias físicas.

Es posible que un testigo no pueda dar cuenta directa de los hechos penalmente relevantes, pero sí de la autenticidad de un documento o de una determinada evidencia física. Esto hace que la prueba sea

⁶⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia 25862, 21 de Marzo de 2007.

pertinente a la luz de la norma objeto de análisis (Art. 375 del Código de Procedimiento penal). Sobre esto se recabará en los acápite dedicados a los elementos materiales probatorios, evidencia física y prueba documental.

1.4. Análisis de las declaraciones rendidas antes del juicio oral.

De acuerdo con lo expresado en la primera parte de este trabajo, el fiscal cumple dos funciones fundamentales frente a los medios de conocimiento: durante las etapas de indagación e investigación procura obtener las evidencias necesarias para tener un adecuado conocimiento de los hechos –sin perjuicio de su deber de seguir investigando a lo largo de toda la actuación- y luego, en la etapa de juicio oral (e incluso en las audiencias preliminares, cuando le corresponde presentar alguna pretensión a los jueces de control de garantías), debe transmitir dicho conocimiento al juez, de acuerdo con las exigencias que consagra el ordenamiento procesal penal para cada fase del proceso. En este apartado analizaremos dichas labores en lo que respecta a la prueba testimonial, desde la obtención de la entrevista hasta la preparación de la presentación del testigo en la audiencia de juicio oral.

1.4.1. La entrevista.

El artículo 206 de la Ley 906 de 2004 dispone que “*cuando la policía judicial, en desarrollo de su actividad, considere fundadamente que una persona fue víctima o testigo presencial de un delito o que tiene alguna información útil para la investigación que adelanta, realizará entrevista con ella y si fuere del caso, le dará la protección necesaria*”. Esta norma, en armonía con el artículo 205 ídem, regula la manera en que la entrevista debe ser fijada y consagra la obligación de someter dicho registro a cadena de custodia⁶⁷.

⁶⁷ Aunque el ordenamiento jurídico dispone expresamente que las entrevistas deben ser sometidas a cadena de custodia, no se observa en la práctica una tendencia a cumplir dicho procedimiento, entre otros argumentos porque las entrevistas no tienen el carácter de prueba autónoma, ya que por regla general el conocimiento debe llegar al juez a través de la declaración del testigo en juicio. Además, se aducen problemas logísticos para mantener custodiados este tipo de medios de conocimiento en los respectivos almacenes.

Frente a este primer aspecto cabe resaltar lo siguiente:

- I. La entrevista es un acto de investigación que debe realizarse con criterios de racionalidad en el sentido de que no se entrevista a cualquier persona, sino a aquella frente a quien pueda pensarse fundadamente que tiene información útil, sin perjuicio claro está, de las primeras indagaciones que deben hacer los investigadores al llegar a la escena de los hechos, en las que es lógico preguntar de manera global por lo ocurrido a quienes se encuentran presentes y de las denominadas “labores de vecindario”, que aunque no constituyen, en principio la recepción de entrevistas propiamente dichas, sí pueden servir para motivar su realización. La entrevista como acto de investigación regulado en los artículos 205 y 206 de la ley 906 de 2004, no puede omitirse.
- II. El ordenamiento jurídico colombiano confiere un especial valor a la entrevista, ya que esta, legalmente obtenida, puede constituir información que sirva de fundamento a decisiones que impliquen la limitación de derechos fundamentales. De igual manera, puede ser utilizada para impugnar la credibilidad del testigo, para constituir prueba de referencia admisible en los casos consagrados en la ley e inclusive para que su contenido sea valorado por el juez cuando el testigo comparece al juicio pero se contradice o se retracta de lo expresado inicialmente ante los investigadores⁶⁸.
- III. Lo anterior implica la obligación de recibir la entrevista “observando las reglas técnicas pertinentes” y empleando los medios idóneos para registrarla, según lo ordenan los artículos 205 y 206 citados, pues de ello puede depender que este acto de investigación produzca los efectos esperados.

⁶⁸ CSJ, sentencia 26727 del 7 febrero de 2007 y 25738 del 9 de noviembre de 2006.

- IV. La entrevista, entendida como acto formal de investigación, debe realizarse respetando los derechos constitucionales y legales que pueden ser afectados con este tipo de actuación, especialmente lo relacionado con el derecho a no auto incriminarse ni incriminar a los parientes en los grados establecidos por la ley y evitando cualquier forma de manipulación de la información; lo que puede ocurrir, por ejemplo, si se utilizan preguntas sugestivas o capciosas⁶⁹. Al respecto es necesario tener en cuenta que la entrevista debe ser leída o escuchada cuando se utiliza para fines de impugnación e incluso debe ser descubierta cuando se utiliza como fundamento de una solicitud ante el juez de control de garantías. Esto puede poner de manifiesto las irregularidades en que haya incurrido el investigador e inclusive el fiscal cuando recibe declaraciones juradas, sin perjuicio claro está, de la obligación que tienen él y la policía judicial de actuar con criterios de objetividad y transparencia, de acuerdo con lo regulado en el artículo 115 del Código de Procedimiento Penal.
- V. Si se parte del hecho de que la entrevista puede ser el fundamento de decisiones tan importantes como la formulación de imputación, la solicitud de una medida cautelar y la acusación, entre otras, es necesario que quien la práctica tenga en cuenta los criterios para la apreciación del testimonio establecidos en el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal, por las siguientes razones: (I) porque si este tipo de información va a ser utilizada antes del juicio oral para fundamentar decisiones o solicitudes que impliquen la afectación de derechos o garantías, es necesario recopilar los elementos suficientes para establecer la fiabilidad y el poder suasorio de la información suministrada por el testigo, (II) porque la Fiscalía tiene la carga de demostrarle

⁶⁹ Al respecto, en el Manual de Policía Judicial, página 26, en el acápite destinado al desarrollo de la entrevista, se recomienda en primer lugar invitar al entrevistado a que “relate libremente la información que posea del hecho”, y luego “realizar preguntas concretas que permitan aclarar dudas, plantear y descartar hipótesis, teniendo la precaución de no inducir la respuesta con la formulación de dichas preguntas”.

al juez las razones por las que los testigos que presenta merecen credibilidad y ello implica considerar este aspecto desde las primeras etapas de la actuación; sobre todo si se tiene en cuenta la posibilidad de que, bajo ciertas circunstancias, la entrevista pueda ser valorada para determinar el sentido de la sentencia⁷⁰.

VI. Si la entrevista practicada por la policía judicial no contiene la información suficiente para evaluar el poder persuasorio y la confiabilidad de la información suministrada por el testigo, el fiscal debe tomar las medidas necesarias para que estas falencias sean corregidas. De hecho, con el objeto de preparar adecuadamente el juicio oral, el fiscal puede recibir declaraciones juradas de los testigos entrevistados por la Policía Judicial, según lo dispuesto en el artículo 437 del Código de Procedimiento Penal. En todo caso, el fiscal no puede omitir el análisis sobre los criterios de apreciación de la prueba testimonial.

En cuanto a la evaluación de las entrevistas realizadas a raíz de los actos urgentes o en desarrollo del programa metodológico, el ordenamiento procesal penal consagra varios momentos en los que el fiscal tendrá que determinar su poder persuasorio para tomar decisiones y/o presentar solicitudes a la judicatura. En efecto, el

⁷⁰ Aunque sin ajustarse a la denominación utilizada en el artículo 404 de la Ley 906 de 2004, el Manual de Policía Judicial advierte la necesidad de tener en cuenta los criterios consagrados en la norma citada. En lo que se refiere a este aspecto se recomienda al investigador: "Conocer detalladamente las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en que sucedieron los hechos a investigar, acudiendo a la información técnica y forense, que le permita elaborar hipótesis. Obtener información previa sobre las características del entrevistado como edad, condiciones físicas y mentales, y posición social. Evaluar el perfil del entrevistado. Solicitar al entrevistado su identificación e iniciar la entrevista con preguntas abiertas o cerradas que permitan "romper el hielo" y que no necesariamente tengan relación con el hecho a investigar (Historia personal, intereses mutuos, entre otros aspectos)". Además, "observar y evaluar detenidamente el lenguaje verbal y no verbal del entrevistado, con el fin de obtener indicios sobre la veracidad de la información que suministra. Nótese que el artículo 404 básicamente se refiere a los mismos aspectos: "para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y contra interrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad".

artículo 221, en el inciso primero, dispone que los motivos fundados que pueden servir de soporte a una orden de allanamiento pueden tener respaldo, entre otros medios de acreditación, en declaración jurada de testigo o informante, y en el inciso segundo afirma que *“cuando se trate de declaración jurada de testigo, el fiscal deberá estar presente con miras a un eventual interrogatorio que le permita apreciar mejor su credibilidad”*. Esta norma es muy importante para el análisis del proceso de descubrimiento de los hechos a través de la prueba testimonial, porque incluso en las etapas embrionarias de la actuación, el legislador le impone al fiscal la obligación de verificar si una declaración es o no confiable. Para esto, es necesario tener en cuenta los criterios desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia para tales efectos, que en gran medida fueron recogidos en el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal. Del texto literal de la norma citada se infiere claramente que la intención del legislador fue radicar en cabeza del fiscal la obligación de verificar la credibilidad del declarante, para lo que dispuso que el funcionario judicial se encuentre presente durante la declaración. Al respecto, la Corte Constitucional, en la sentencia C-673 de 2005, resalta la obligación que tiene el fiscal de valorar los medios de acreditación al momento de ordenar una actuación que implique la limitación de derechos fundamentales, enfatizando en que el fiscal tiene la obligación de establecer la confiabilidad de dichos motivos cuando estén basados en una declaración; sin que le pueda ser impuesta la reserva del funcionario judicial frente a los informantes; en tal sentido el alto tribunal precisó:

“Del examen del inciso en estudio puede advertirse, que fue voluntad del legislador revestir de cierta formalidad la declaración que rinde un testigo o informante a fin de que sirva de soporte para el decreto y práctica de un registro y allanamiento; es decir, consideró que para establecer con verosimilitud la vinculación del bien por registrar con el delito investigado, la declaración de testigo o informante debía ser rendida bajo la gravedad del juramento. La exigencia de tal solemnidad es conforme con la Constitución, por cuanto la declaración jurada le imprime seriedad y confiabilidad a la información suministrada

por el testigo o informante, con base en la cual el fiscal elaborará un juicio sobre la procedencia de un registro y allanamiento, esto es, sobre la decisión de decretar y practicar una medida restrictiva del ejercicio de un derecho fundamental, valoración esta que comprende un “juicio fáctico”, referido a la apreciación de los elementos materiales probatorios que hacen aconsejable adelantarlos, y un “juicio jurídico, centrado en la ponderación de los intereses confrontados, y que son, el respeto por el derecho a la inviolabilidad del domicilio, y por otro, el interés general por la persecución del delito.

Siendo ello así, resulta constitucionalmente inadmisibles que cuando se trate de informantes, quienes rinden una declaración jurada, el fiscal no cuente con la facultad de interrogarlo con el fin de apreciar mejor su credibilidad. En efecto, no basta con que la policía judicial le precise al funcionario judicial la identificación del informante y le explique las razones por las cuales le resulta confiable, si el fiscal no puede adelantar sus propias valoraciones, con base en las cuales, se insiste, se procederá a adoptar una medida restrictiva al ejercicio de un derecho fundamental. Por lo tanto, en el caso del informante, también deberá proceder la posibilidad de que eventualmente el fiscal que dirige la investigación pueda interrogarlo”.

Idénticas valoraciones debe realizar el fiscal para decidir si formula imputación, si solicita la imposición de una medida de aseguramiento o formula acusación, pues, en todo caso, la existencia de entrevistas (así sean varias), no significa que hayan sido alcanzados los niveles de conocimiento que exige el legislador para tomar las decisiones durante la actuación, es decir; una inferencia razonable de autoría, para formular imputación, la probabilidad de verdad frente a la existencia de la conducta delictiva y la autoría del imputado para formular acusación, o el convencimiento más allá de duda razonable para solicitar la condena.

Estas conclusiones suponen necesariamente un juicio anticipado del poder persuasorio de la declaración, sin perjuicio de la claridad

que existe con respecto al tipo estricto de prueba practicada en el juicio oral, bajo la intermediación y dirección del juez y con la posibilidad de contradictorio.

1.4.2. Criterios para evaluar las declaraciones recibidas con el fin preparar el juicio oral.

Por lo anterior, para la policía judicial y para el fiscal, el análisis del testimonio debe comprender, como mínimo, los siguientes aspectos, siempre bajo el supuesto de que la correcta realización de las actividades previas al juicio oral le permitirá al fiscal un mejor desempeño en dicho escenario.

1.4.2.1. La posibilidad de percepción.

Está asociada con los siguientes aspectos: (I) la presencia en el lugar de los hechos; (II) la posibilidad de percepción de acuerdo con las condiciones externas, (III) la posibilidad de percepción de acuerdo con las condiciones físicas, (IV) la posibilidad de percepción de acuerdo con las condiciones mentales y (V) las características del objeto.

1.4.2.1.1. La presencia en el lugar de los hechos.

Es apenas obvio que la percepción dependa de que el testigo haya estado o no presente cuando ocurrió un determinado hecho. Los funcionarios de policía judicial deben estar muy atentos a esto, pues este puede ser determinante para establecer la confiabilidad del testimonio (si está mintiendo o no en torno a la percepción), e inclusive para precisar si se trata de un testigo de referencia (que no haya percibido directamente sino que haya recibido la información por la narración que le hizo quien realmente percibió). Esta verificación compete tanto a la policía judicial como al fiscal, pues, según se ha indicado, no existe solución de continuidad entre el proceso de descubrimiento y el proceso de justificación, así estos ocurran en diferentes fases de la actuación.

No es posible analizar este tema de manera aislada, porque en muchos eventos puede ocurrir, por ejemplo, que la actividad delincinencial del testigo, que podría ser invocada como un factor de menor credibilidad, sea determinante para justificar la presencia en el sitio de los hechos, como en el caso de las actividades de narcotráfico, las que según la reglas de la experiencia⁷¹ se realizan y requieren de especial reserva. El equipo de la Fiscalía debe adelantar las labores necesarias para verificar este aspecto, pues, de no hacerlo, pueden presentarse circunstancias contrarias al adecuado ejercicio de la labor judicial, tales como: (I) que se generen cargas para un ciudadano (imputación, medidas cautelares, acusación, etc.) con base en una declaración mendaz o (II) que la acusación de quien realmente ha cometido la conducta punible se base en un testimonio falso y que este aspecto sea haga manifiesto en la audiencia de juicio oral con la evidencia que al respecto presente la defensa. Esto generaría un fallo absolutorio, con vocación de cosa juzgada, que perjudicaría a la fiscalía porque aún con posterioridad o con un mayor esfuerzo le quedaba la posibilidad de conseguir otras evidencias.

Para la acreditación de la presencia del testigo en el sitio de los hechos puede ser determinante la evidencia de corroboración, ya sea porque otros testigos dan cuenta de que el declarante estuvo presente en el lugar o porque sean reunidos medios de acreditación que aunque no den cuenta de ese aspecto en particular, informen de circunstancias que hacen más verosímil el testimonio; como la declaración de los compañeros de trabajo o del jefe que confirma que el ciudadano no llegó a tiempo a su sitio de trabajo el día de en que ocurrieron los hechos o que para esa época se encontraba disfrutando de una licencia, de vacaciones o de un permiso; o el evento del agente de tránsito que da cuenta de que al llegar al

⁷¹ Las reglas o máximas de la experiencia resultan fundamentales para la valoración de los testimonios. En este módulo haremos referencias someras a ellas, pero sobre este tema podrá ahondarse en el módulo de argumentación.

sitio de los hechos pudo observar al testigo y obtuvo de éste una primera versión de lo sucedido⁷².

No sobra advertir que el fiscal debe verificar este aspecto frente a sus testigos, precisamente para evitar manipulaciones o engaños que generen situaciones injustas⁷³ o para transmitir un adecuado conocimiento al juez. De igual manera debe hacerlo frente a los testigos que presente la defensa, porque es posible (y ocurre con alguna frecuencia) que algunas personas quieran favorecer al acusado con su declaración y en virtud de ello, aseguren falsamente haber presenciado los hechos. Para esta verificación es fundamental establecer, por ejemplo, a qué se dedica el testigo, así como verificar si para la fecha y hora de ocurrencia de los hechos, realmente podía estar presente en el sitio donde estos ocurrieron.

1.4.2.1.2. La posibilidad de percepción de acuerdo a las condiciones externas.

Al análisis sobre la presencia del testigo en el sitio de los hechos debe referirse el estudio de las características del lugar y las condiciones climáticas, lumínicas, acústicas y en general a todo aquello que pudo haber incidido en su percepción. Así por ejemplo,

⁷² Para resaltar la importancia de la prueba de corroboración, se trae como ejemplo un caso real, en el que se discutía si una menor de edad, que fue presentada como testigo de un acceso carnal a una niña de 12 años, realmente pudo presenciar lo ocurrido, porque, según la defensa, ese tipo de actos generalmente son realizados en la clandestinidad. En dicho caso fue determinante el que la testigo pudiera describir algunas características del interior del inmueble donde ocurrieron los hechos, además de que un ciudadano dio cuenta de que dicha menor fue vista en inmediaciones del lugar para la fecha en que ocurrieron los hechos.

⁷³ En alguna ocasión en Estados Unidos fue condenado un ciudadano por un delito de naturaleza sexual, decisión que se basó principalmente en la declaración de la víctima. Investigaciones ulteriores permitieron establecer que la víctima, en la misma fecha y a la misma hora en que dice ocurrió el ataque, “estaba en el salón de clase de su escuela. Los archivos de la escuela y su profesora verificaban lo anterior. De todo esto se desprendía que hubiera sido físicamente imposible a la pareja haberse encontrado aquel día, a la hora en que los papás de la muchachita estaban lejos del hogar” (REYNOLDS, Queentins, Sala de Jurados, Mexico: Editorial Constancia S.A, 1951, pág. 16). No cabe duda que en casos como este lo deseable es que el equipo de la Fiscalía haga estas verificaciones incluso antes de decidir si formula imputación, o por lo menos antes de llegar a la etapa de juicio, no sólo para evitar generar cargas injustas a los ciudadanos, sino además porque es posible que una omisión de esa naturaleza de lugar a un fallo condenatorio injusto, y también lo es que a posteriori no se hagan o no se puedan hacer las verificaciones que demuestren la inocencia del condenado. De otro lado, cuando se hacen este tipo de verificaciones pueden encontrarse mayores elementos para concluir y luego mostrarle al juez que un testigo es realmente creíble.

cuando el testigo afirma que ha percibido los hechos a través de la vista, debe considerarse la distancia desde la que percibió el lugar donde estos ocurrieron, las condiciones de luminosidad, la presencia de obstáculos, entre otros aspectos. Este análisis debe realizarse con cuidado, pues es posible que incluso en circunstancias adversas, el testigo haya logrado percibir los hechos. Pudo encontrarse, por ejemplo, ubicado en un ángulo de visión que superaba los obstáculos, como arbustos, vallas, cercas, entre otros, y le permitía percibir lo que ocurrió.

Dado esto, es recomendable que tanto la policía judicial como el fiscal analicen el lugar de los hechos con el propósito de determinar las posibilidades de percepción que tenía el testigo; teniendo en cuenta su versión de lo ocurrido. Esta actividad puede facilitarse si se cuenta con la presencia del testigo, no sólo con el fin de obtener mayor información sino además para confrontarlo cuando lo que afirme resulte confuso o inverosímil. Es fundamental indagar por las condiciones en que se encontraba la escena en el momento en que los hechos ocurrieron, pues es posible que sean diferentes; ya sea porque algunos obstáculos que estaban presentes en el momento de su ocurrencia fueron retirados, porque las condiciones climáticas no coinciden o porque otros objetos fueron puestos o reubicados posteriormente, entre otros casos. Este aspecto es fundamental, entre otras cosas porque es posible que la contraparte utilice fotografías, videos o croquis, con el propósito de ilustrar al juez sobre las especiales características del lugar y que dicha evidencia no represente el lugar tal y como se encontraba para cuando ocurrió el hecho penalmente relevante.

Cuando el equipo de la Fiscalía haya tenido especiales dificultades para establecer si el testigo realmente pudo o no presenciar lo ocurrido, pese a las dificultades derivadas de las características del lugar de los hechos o de las condiciones imperantes para el momento en que ocurrieron, y por esta razón haya tenido que visitar la escena del crimen, elaborar croquis, estudiar fotografías del lugar o realizar

otras actividades; deberá tener en cuenta que con seguridad, el juez enfrentará dificultades semejantes para establecer la verosimilitud del testimonio. En tales eventos y dado que una de las funciones principales del fiscal es facilitarle al juez el conocimiento de los hechos, es necesario adoptar las medidas pertinentes para demostrar que el testigo percibió estrictamente lo que incluyó en su narración. Por tanto, el interrogatorio deberá incluir las preguntas que aclaren dicho aspecto, además podrán ser utilizados fotografías, gráficos, videos, entre otros, que le permita al juez comprender con mayor facilidad los aspectos que se pretende demostrar⁷⁴.

1.4.2.1.3. La posibilidad de percepción de acuerdo a las condiciones físicas.

Dado que el proceso de conocimiento tiene su inicio en la percepción sensorial, el fiscal debe evaluar el estado general de salud del testigo (particularmente sus facultades sensoriales) con el fin de determinar su credibilidad. La percepción sensorial debe ser valorada teniendo en cuenta el órgano de los sentidos a través del cual se logró la aprehensión del conocimiento; por ejemplo, si el testigo dice que vio matar, su sentido de la vista debe encontrarse en condiciones aptas para la aprehensión, y si menciona que escuchó gritos, su sentido de la audición deberá permitirle esa percepción sonora.

Es posible que una persona tenga profundas limitaciones físico-sensoriales en algún órgano, pero que el conocimiento sea percibido a través de otro que se encuentre sano. Por ejemplo, que quien haya visto sea sordomudo o quien haya escuchado sea una persona invidente. De la misma manera, es posible que en algunos eventos la pretensión de la contraparte sea restar credibilidad al relato debido a la existencia de ese tipo de limitaciones, por lo que es necesario

⁷⁴ Cuenta el autor Quentin Reynolds que en un caso ocurrido en Estados Unidos fue determinante el análisis del sitio de los hechos, toda vez que el mismo permitió establecer que desde el lugar donde el testigo dice que se encontraba no era posible observar lo que dice haber observado al interior de un vehículo, toda vez que en esa fecha, a esa hora y bajo las condiciones climáticas que existían en ese momento el sol se reflejaba en el parabrisas del carro e impedía totalmente observar hacia su interior. Ob.cit.

que el fiscal esté presto a presentar los argumentos necesarios para demostrar la improcedencia de ese tipo de conclusiones.

Las limitaciones del órgano u órganos que permiten la percepción no implica necesariamente que el testigo deba ser descartado, ni significa que deba otorgársele indefectiblemente un menor valor persuasorio a su testimonio. Es perfectamente posible, por ejemplo, que una persona con una visión o audición disminuida pueda ver o escuchar adecuadamente un hecho, dependiendo, entre otros aspectos, de las características del objeto percibido, del nivel de la limitación física, de las condiciones de visibilidad, de las interferencias para la audición o de la utilización de aparatos que permitan mejorar la visión o audición⁷⁵, entre otros casos.

Desde otra óptica, es posible que una persona que goce de facultades sensoriales plenas no pueda percibir un determinado hecho o circunstancia que por su notoriedad o trascendencia debió haber sido percibido, sin que ello necesariamente implique que esté faltando a la verdad. Si el equipo de la Fiscalía detecta oportunamente este tipo de circunstancias puede adoptar las medidas necesarias para establecer, (I) si ello obedece a que el testigo no estuvo en el sitio de los hechos⁷⁶ y por tanto no se trata de un testimonio veraz y (II) si medió alguna circunstancia que incidió en la percepción, a pesar de que el testigo haya estado en el lugar de ocurrencia de la conducta

⁷⁵ En esta clase de ayudas, como anteojos o audífonos, el fiscal debe tener en cuenta la verdadera utilidad de los mismos, los antecedentes de la enfermedad, entre otros aspectos, con el fin de no descuidar estos aspectos, pues es posible que frente a los mismos debe argumentar en la audiencia de juicio en el evento de que la defensa los utilice para desestimar o impugnar la credibilidad por el aspecto sensorial. Además, porque puede ser que el testigo esté interesado en ocultarle al fiscal este aspecto o que, de buena fe, al testigo se le pase por alto mencionarlo. Entonces, para estar preparados, una pregunta común a todos los testigos, en la entrevista de la policía judicial y en la preparación que hace el fiscal, debe ser frente a la utilización de aparatos que ayuden a los sentidos, así no se vean a simple vista.

⁷⁶ De esta circunstancia es ejemplo real un caso de suplantación del conductor involucrado en un accidente de tránsito donde falleció una persona, en el que un gemelo, enfermo del corazón y por tanto imposibilitado para consumir bebidas alcohólicas, simuló ser el conductor de un vehículo conducido por su hermano bajo extremo estado de embriaguez; durante la indagatoria el suplantador narró de manera adecuada muchos aspectos relevantes del accidente, pero no pudo dar cuenta de un importante detalle, frente al cual el suplantado al parecer no tomó la precaución de enterarlo: no pudo indicar de qué color era la camioneta contra la que había colisionado, y ni siquiera pudo indicar si era un carro de color oscuro o claro, a pesar de haber supuestamente permanecido varias horas en el lugar de los hechos.

punible. En este evento el fiscal debe establecer con precisión lo que sucedió, para luego explicarle al juez las razones por las que, a pesar de la falencia en la percepción, el testimonio merece credibilidad. El último aspecto referido debe ser analizado con cautela por el fiscal, sobre todo cuando es la víctima quien comparece como testigo, según se analizará en el acápite siguiente.

1.4.2.1.4. La posibilidad de percepción y/o de razonamiento de acuerdo a las condiciones mentales.

La plenitud mental se refiere a la capacidad del testigo para conocer de acuerdo con el estado de la mente, pero también a la capacidad de rememoración y transmisión del conocimiento, pues así el estado mental del testigo sea óptimo al momento de ocurrir los hechos, puede encontrarse disminuido al momento de la declaración, ya sea por alguna enfermedad, por un accidente o cualquier otra circunstancia suficiente para disminuir la capacidad mental.

Entre las principales enfermedades mentales que pueden impedir la realización de un proceso cognoscitivo normal, luego de la percepción, tenemos⁷⁷: *“el retardo mental, la psicosis, la neurosis, trastornos de la personalidad, la dependencia de las drogas, el alcoholismo, y las psicosis alcohólicas, trastornos mentales de la senectud, y trastornos sicosomáticos o sicofisiológicos”*. Por supuesto, que estas patologías mentales afectan el proceso de conocimiento, pero en algunos casos no lo anulan en su totalidad. Por esto es necesario determinar la incidencia de éstas en la capacidad de percepción, rememoración y trasmisión del conocimiento.

En lo que se refiere a testigos afectados por alguna de estas circunstancias, debe tenerse en cuenta aspectos como los siguientes:

Si se trata de una persona adicta a sustancias que afecten su capacidad mental, es necesario establecer si en el momento en que

⁷⁷ ARENAS SALAZAR, Jorge. Pruebas Penales, 2ª Edición., Ed. Ediciones y Ley, Pág. 128.

ocurrieron los hechos había consumido alguna sustancia. Debe establecerse el grado de afectación de la adicción en la capacidad mental. En estos casos el fiscal tiene que prepararse para evitar que los prejuicios con respecto a las personas consumidoras de alcohol o drogas conduzcan a otros intervinientes, e incluso a él mismo, a restarle credibilidad al testigo, independientemente de que en el momento en que ocurrieron los hechos, éste se encontrara libre de sustancias que afectaran su sano juicio.

El equipo de la Fiscalía debe indagar por el nivel del trastorno o deficiencia mental, con el fin de establecer la real incidencia de ésta en la idoneidad para rendir testimonio, ya que dentro de las personas que sufren de retardo mental, existen niveles de afectación. Se denomina “fronterizos” a las personas habilitadas para ser testigos a pesar de padecer una leve afectación en la capacidad mental. Por esta razón, y ya sea por su ausencia temporal o por la presencia de una afección leve en los procesos mentales que coincida con el momento de la percepción, el testigo no puede ser desechado apriorísticamente. Es deber del fiscal analizar las situaciones que afectan al sujeto cognoscente. En estos eventos la Fiscalía tendrá que realizar las actividades necesarias para establecer la fiabilidad del testimonio rendido bajo estas circunstancias, para luego explicarle al juez las razones por las que podría confiar en la declaración rendida por una persona que se encuentra en las condiciones indicadas. En estos casos es útil que el fiscal se asesore de un perito.

En el acápite anterior se hizo alusión a ciertas circunstancias físicas que pueden incidir en el proceso de percepción de los hechos. Existen también situaciones relacionadas con el estado mental que pueden incidir en la percepción de lo sucedido, sobre todo cuando se trata de víctimas de delitos de gran impacto. El equipo de la Fiscalía debe estar muy atento a este tipo de situaciones, pues como ya se ha anotado, su primera obligación es realizar las actividades necesarias para tener un conocimiento adecuado de los hechos y luego transmitirle esta información al juez a través de los medios de prueba. Al respecto

debe tenerse en cuenta lo siguiente: (I) es posible que el testigo quiera incluir en su relato aspectos que no haya percibido; lo que puede dar lugar a que se afecten injustamente los derechos del presunto responsable o a que la alusión a hechos no percibidos revista de inverosimilitud todo el relato, aun cuando este contenga aspectos presenciados por el deponente y expresados con claridad durante el interrogatorio. Por esto es necesario que el fiscal adopte las medidas pertinentes para evitar estas situaciones. (II) si el fiscal detecta que la víctima o cualquier otro testigo dejó de percibir algún aspecto relevante y luego de hacer las constataciones pertinentes, se convence de que ello obedeció a alteraciones psíquicas derivadas del impacto de la conducta punible o de cualquier otra circunstancia semejante, deberá explicarle al juez esta situación, pues es factible que la defensa haga notar dichas falencias. Frente a este último aspecto, resultan relevantes las reglas utilizadas por la Corte Suprema de Justicia para valorar el testimonio de una joven que fue objeto de violación en un gimnasio, quien no pudo describir con precisión el lugar donde se había consumado el acceso carnal; el alto tribunal, en alusión a los argumentos presentados por la Fiscalía y las razones del fallador de instancia para proferir el fallo condenatorio, dijo:

“No se necesita ser sicólogo para comprender que quien es sometido a una agresión sexual entra en conmoción; mucho más cuando se trata de una dama y, con mayor razón, cuando es apenas una adolescente, sin experiencia en esos aspectos. Como lo advirtió la Fiscalía, la menor fue sorprendida por una persona de quien ella no esperaba un ataque; fue asaltada por quien servía a su familia, por su vecino. El llanto en que irrumpió mientras vertía su testimonio, demuestra su sensibilidad frente a este tema. Por tanto, no es difícil inferir que su estado emocional, en el momento de los hechos, era de choque. Ella cuenta cómo su única reacción fue llorar.

En tales condiciones, es imposible exigir a una persona que describa con detalle circunstancias o situaciones que para

ella, en el momento de los sucesos, carecían de relevancia. Lo importante era que estaba siendo violada, que era atacada; carecía de trascendencia la distancia exacta entre la puerta y el sitio de la violación; si el mueble sobre el cual fue arrojada era metálico o de material sintético, cuál era su longitud o su altura; si estaba fabricado con espuma o con plumas. Su mente estaba concentrada en lo principal: en el agresivo comportamiento de su conocido y en su propia desgracia.

¿Cómo exigir a una persona que, en medio de esas condiciones, sea capaz de calcular si un objeto está levantado del piso diez, quince o veinte centímetros? ¿Cómo pedirle que describa exactamente el material del que estaba hecho? La víctima no estaba interesada en ello. Sólo quería que terminara el violento episodio, 'para salir del lugar'⁷⁸.

Por último, la capacidad intelectual, determinada por la cultura, la profesión u oficio, el adiestramiento y la personalidad, son factores a tener en cuenta para valorar el testimonio, ya que pueden tener incidencia directa en la percepción de lo sucedido. Así por ejemplo, para un físico que presencie un accidente de tránsito puede ser más fácil narrar los hechos usando lenguaje técnico e incluyendo detalles aplicados a su profesión; aspectos que seguramente no podrían ser incluidos en la narración de una persona que posea ese grado de instrucción. Un mecánico que presencie el mismo accidente seguramente podrá suministrar información más precisa sobre los aspectos mecánicos de los vehículos en colisión, pues en el momento en que percibe los hechos su atención se centra en los aspectos que le son familiares por su oficio, como el ruido del motor, el movimiento oscilatorio de uno de los vehículos, el movimiento extraño de las llantas, entre otros aspectos. Estas circunstancias deben ser tenidas en cuenta por el fiscal; ya sea para utilizar el mayor poder

⁷⁸ Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, sentencia del 11 de abril de 2007, radicado 26128.

persuasorio que puede tener un testimonio bajo estas condiciones o para evitar que a un testigo que no tenga este tipo de conocimiento o formación se le pretenda exigir que haga cálculos complejos o se refiera a aspectos que para él son desconocidos. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha utilizado las siguientes reglas de valoración:

“No pueden pasarse por alto las condiciones personales y profesionales de un testigo al momento de exigirle cierto grado de precisión en sus respuestas. La menor respondió que sí ha recibido clases sobre medidas de longitud; pero que no podía calcularlas, “porque es diferente”. Y tiene razón: No es lo mismo pedir a un albañil que calcule una distancia o una altura, que preguntárselo a quien se dedica a escribir en una oficina. Aquél tiene como parte de su oficio la toma de medidas y la experiencia le permite adquirir habilidad en los cálculos; éste tendría que tomar un metro para poder responder.

“Lo mismo sucede con el tiempo. Si a un árbitro profesional de fútbol se le pide que calcule los 45 minutos que dura una de las fases de un partido, con seguridad tendrá éxito y será muy aproximado en su respuesta. Otra persona, que no esté interesada en el tiempo, no podrá suministrar el mismo resultado. Un estudiante no tiene que hacer cuentas del tiempo que dura una clase, salvo que esté pendiente del reloj, porque al final de la misma una sirena, un timbre o una campana, se lo anunciará”⁷⁹.

Por ello, tampoco se puede exigir precisión a la víctima sobre el tiempo que duró el ataque al que fue sometida. Unos pocos minutos pudieron convertirse para ella en una eternidad; no estaba pendiente del tiempo; apenas hace un cálculo; ni siquiera se sabe si usaba reloj o si en la pared del gimnasio había uno y si ella tenía posibilidades de haber mirado la hora en que empezó la agresión y la hora en punto en que cesó”.

⁷⁹ CSJ, radicado 26128 del 11 de abril de 2007.

La personalidad, definida como *“las características biosicológicas particulares de cada individuo y su particular modo de relación con el entorno”*⁸⁰, se convierte en un factor determinante para la capacidad del sujeto cognoscente al momento de la percepción. Es más fácil la aprehensión de los detalles de un hecho, para una persona con personalidad curiosa y perspicaz, que para una persona distraída, dispersa o retraída.

La edad también constituye un importante factor para tener en cuenta en el momento de evaluar la capacidad de percepción del sujeto cognoscente, pues aspectos como la madurez y la decrepitud pueden generar cambios en esta etapa del proceso de conocimiento. Aunque son temas importantes, por ahora no se hará un análisis detallado de ellos, se ahondará en el tema cuando sean abordados los *“testimonios especiales”* y específicamente el *“testimonio de menores”*.

1.4.2.1.5. Las características del objeto.

Analizado el sujeto cognoscente y descartada cualquier circunstancia que pueda afectar el proceso de conocimiento a partir de la percepción del hecho⁸¹, lo propio es que el fiscal analice tanto el objeto conocido como la relación entre éste y el sujeto cognoscente. Dicha relación se encuentra marcada por las ya conocidas circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodean la percepción. No solo es importante si el sujeto está en capacidad de conocer desde el punto de vista físico y síquico, sino también es importante establecer las características del objeto y las circunstancias externas en que se conoce.

Es importante conocer la naturaleza del objeto, pues existen unos más complejos que otros, que dependen por supuesto, de las capacidades sensoriales e intelectuales del sujeto. El profesor Jorge

⁸⁰ ARENAS SALAZAR, Jorge, Pruebas Penales, Segunda Edición, Bogotá: Editorial Ediciones y Ley, página 132.

⁸¹ Lo que también será de utilidad para establecer los procesos de rememoración y comportamiento en la audiencia al momento de rendir la declaración.

Arenas Salazar⁸² utiliza un ejemplo bastante ilustrativo: *“si lo que se pretende es esclarecer un accidente aéreo, las condiciones de un avión antes del despegue constituyen un objeto de conocimiento más complejo para los pasajeros que sobrevivieron que para los técnicos aeronáuticos que estaban en plataforma antes del despegue; así, algunos pasajeros podrán narrar que sintieron ruidos y maniobras extrañas, pero seguramente no podrán entenderlos o descifrarlos, lo que puede incidir en los procesos de recordación y narración; mientras que los técnicos, al escuchar los mismos ruidos y observar las mismas maniobras, seguramente las habrán interpretado desde el momento mismo de la percepción y, por ello, el proceso de rememoración será más preciso y la narración que hagan más completa, coherente y explicativa”*.

La complejidad del objeto puede estar determinada por el conocimiento que pueda tener la mayoría de las personas; así, siguiendo con el ejemplo anterior, las condiciones de un avión antes del despegue no son comunes a un número considerable de personas, pero sí lo serán las condiciones del clima. En este orden de ideas, es más fácil que alguien que pueda dar referencia sobre cuáles eran las condiciones meteorológicas en el momento del siniestro del avión a que alguien pueda describir detalladamente y con precisión las condiciones del avión antes del despegue. En todo caso, el equipo de la Fiscalía debe tener presente lo siguiente: (I) es posible que una persona que no tenga conocimientos técnicos, sea testigo de hechos o circunstancias relevantes para la investigación, así estas deban ser interpretadas luego por un experto. (II) Cuando una persona incluye en su declaración aspectos complejos o que suponen el conocimiento de una disciplina en particular, se debe verificar que el deponente realmente se encuentre en capacidad de emitir ese tipo de conceptos para evitar especulaciones que generen más confusión que claridad.

Además, como bien lo resalta el profesor Arenas en la obra citada, *“es necesario comprobar que sujeto y objeto estaban en la relación adecuada*

⁸² Ob.cit, página 133 a 135.

para el fin buscado". Por ello, es importante determinar las condiciones de percepción, como: visibilidad, distancia entre sujeto y objeto, tamaño, condiciones del lugar, obstáculos que pueden impedir la visión o la capacidad de escuchar, la intensidad del estímulo sensorial, entre otras. Para determinar estos aspectos puede resultar útil, según se anotó en los párrafos precedentes, la observación directa del sitio de los hechos, de ser posible en compañía del testigo, para analizar en el terreno las condiciones reales de percepción.

1.4.2.2. Los procesos de rememoración

Luego de analizar el proceso de percepción, el equipo de la Fiscalía debe evaluar los procesos de rememoración del testigo, pues aunque se haya encontrado en óptimas condiciones físicas y psíquicas para percibir el objeto, (incluso cuando se trata de objetos de fácil percepción) es posible que no esté en capacidad de evocar los recuerdos, ya sea por factores intrínsecos o extrínsecos, y que en consecuencia, no pueda transmitir el conocimiento a la policía judicial y al fiscal y luego al juez.

Este aspecto debe ser verificado desde el primer contacto con el testigo, para garantizar que el conocimiento de los hechos por parte del ente acusador es adecuado, lo que constituye presupuesto indispensable para presentar las solicitudes o pretensiones justas y adecuadas ante los jueces.

Entre los factores extrínsecos tenemos el transcurso del tiempo. La regla general es que se recuerda con más facilidad lo percibido pocos días antes, que aquello que fue observado hace uno o varios años. Sin embargo, debe analizarse este aspecto con detenimiento, pues es posible que algunos hechos queden fijados en la memoria; por su trascendencia, por el impacto psicológico generado en el testigo, por asociaciones que el testigo haya hecho de acuerdo con sus propias vivencias o por cualquier otra circunstancia que favorezca la rememoración. Estos aspectos deben ser tenidos en cuenta por la Policía Judicial y por el fiscal para tomar las decisiones de su

competencia y para presentar las respectivas solicitudes ante los jueces.

Para analizar los procesos y posibilidades de rememoración también debe tenerse en cuenta las características del objeto percibido. De acuerdo con lo expresado en el acápite anterior, será más difícil evocar el objeto si es complejo o si sus detalles son desorganizados. Su complejidad también dependerá del sujeto que debe recordarlo y del tipo de memoria que tenga, pues si es visual recordará fácilmente las imágenes o si es auditiva recordará fácilmente sonidos o voces. La complejidad va ligada al contenido del recuerdo, pues es más fácil recordar poco que recordar muchos detalles o episodios.

Los factores intrínsecos del sujeto que debe recordar y que afectan la memoria son: *la edad (pues en los niños y ancianos se debe poner más atención frente a las deficiencias de la memoria), enfermedades defectos y limitaciones de la memoria, la ocupación, oficio o profesión del sujeto (como se había mencionado, ello incide en que sea más fácil recordar objetos afines a sus estudios o rutina laboral), importancia del contenido para el sujeto (así, será de mayor interés para la víctima recordar los detalles del hurto y las facciones de su agresor, que para el testigo que estaba al lado y que fácilmente puede olvidar las incidencias del mismo), intensidad del impacto y afectación en el sujeto (un acontecimiento que impacta emocionalmente quedará más arraigado en la mente que uno que simplemente se da rutinariamente); y la personalidad (como ya fue aludido, está determinada por la diligencia, cuidado y orden con que el sujeto maneja su vida)*⁸³.

1.4.2.3. La capacidad para transmitir el conocimiento sobre los hechos.

Luego de evaluar, entre otros aspectos, el sujeto que percibe, el objeto percibido, el momento mismo de la percepción y la capacidad de que el recuerdo pueda permanecer en la memoria para narrar el hecho en juicio, el fiscal debe evaluar en el testigo la capacidad que

⁸³ Ob.cit, página 136 a 140.

tiene para transmitir el conocimiento que adquirió y guardó en su memoria.

En lo que respecta a lo factores intrínsecos, es necesario evaluar de nuevo al sujeto que conoció y recordó, pues un declarante debe estar en plenas facultades físicas y mentales para rendir su testimonio. No puede aceptarse declarantes en estado de alcoholismo o bajo el efecto de estupefacientes, ni testigos cuya capacidad mental se encuentre afectada por alguna circunstancia, posterior a la percepción y anterior al día de la audiencia (como amnesia temporal o retardo mental, entre otros). Otra circunstancia que también es propia del sujeto, y que puede afectar la trasmisión del conocimiento en la audiencia, es la personalidad del testigo, pues habrá testigos que tienen dificultades en la expresión, problemas de dicción en general o a quienes su personalidad no les permite desenvolverse fluidamente en la audiencia. Esto dificulta al fiscal el desarrollo del interrogatorio de forma clara y contundente. Dado que en ocasiones puede ser inevitable basar una decisión o una pretensión en declaraciones rendidas por personas con dificultades para transmitir el conocimiento, tanto la Policía Judicial como el fiscal deben tener presente, entre otros, los siguientes aspectos: (I) deben establecer si en realidad se trata de problemas de transmisión del conocimiento, o si las limitaciones advertidas obedecen a que el testigo no tiene un conocimiento adecuado o completo de lo sucedido y trata de llenar los vacíos con su propia invención, (II) Deben verificar si el testigo tuvo una percepción adecuada, pero tiene dificultades para transmitir el conocimiento y adoptar las medidas necesarias para corregir o aminorar al máximo los efectos de dicha situación. En estos casos es fundamental la seguridad y confianza que se le transmita al deponente para la adecuada preparación del testimonio, pues aunque no es permitido orientar al testigo sobre el contenido de las respuestas, sí se le puede orientar para que su relato sea más claro (por ejemplo, pidiéndole que explique el significado de ciertos términos cuyo entendimiento pueda generar dificultad al juez), además puede indagarse por la causa de la dificultad para transmitir el

conocimiento, no sólo para tratar de atenuarla, sino para que a partir de su conocimiento los interlocutores, especialmente el juez, estén dispuestos a tener la paciencia y consideración necesaria con el testigo.

Los factores extrínsecos son otras de las circunstancias que podrían afectar la trasmisión del conocimiento en el momento de la declaración. Son de esta naturaleza las coerciones o amenazas de que puede ser víctima el testigo y que deben ser detectadas lo antes posible por la Fiscalía para tomar las medidas necesarias. También es importante que el testigo se sienta cómodo con su interrogador; así, en el interrogatorio directo que le hace el fiscal, el cuestionario debe ser lo más apropiado posible para que no genere en el testigo confusiones y para que, de esta manera, sea posible transmitir con fluidez lo que ha conocido. Durante el contrainterrogatorio, el fiscal debe estar atento a proteger la integridad de su testigo, pues es posible que el tipo de preguntas que pueden ser hechas en esta fase del interrogatorio cruzado le genere confusión; lo que puede llevar al testigo a transmitir una verdad alterada sin que esta sea su intención. Para evitar esto es determinante la adecuada preparación del testigo, la oposición a preguntas inadecuadas y la correcta utilización del ejercicio de redirecto.

En todo caso debe tenerse en cuenta que el testigo es quien en últimas lleva el conocimiento de los hechos al fiscal, en la etapa de descubrimiento, y al juez, en la etapa de justificación. El fiscal debe esforzarse, primero para detectar si el testigo realmente conoce los hechos, y luego para lograr que dicho conocimiento se transmita de manera adecuada al juez. Existen limitaciones para transmitir el conocimiento que quizás no puedan ser superadas, razón por la que el fiscal debe diseñar las estrategias necesarias para mantener la confianza y la atención del juez en el testigo.

1.5. El testimonio de menores.

Lo expuesto hasta ahora sobre la prueba testimonial abarca las declaraciones de los niños. Sin embargo, resulta oportuno hacer algunas

precisiones en torno al manejo de este tipo de testigos, básicamente frente a lo siguiente: (1) la valoración del testimonio del menor (2) la protección del menor que debe comparecer como testigo –tenga o no la calidad de víctima- (3) la posibilidad de admitir la prueba de referencia o la prueba anticipada cuando los niños son testigos en un proceso penal.

1.5.1. La valoración del testimonio del menor.

En épocas pasadas tuvo algún peso el argumento de que las declaraciones rendidas por los niños tenían un valor probatorio disminuido, bajo la consideración de la corta edad y el incipiente desarrollo de las facultades mentales. En la actualidad dicha postura ha sido revaluada e inclusive se admite que las declaraciones de los menores en algunos eventos puedan resultar más confiables que las declaraciones de los adultos. En la sentencia 24468 del 30 de marzo de 2006, la Corte Suprema de Justicia reitera dicha posición y hace énfasis en las bases científicas –desde la psicología- para concluir que los testimonios de los menores sí son confiables. En este orden de ideas, el fiscal debe estar atento a rebatir este tipo de argumentos e insistir en que la valoración del testimonio de los menores debe hacerse a la luz de los criterios regulados en el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal.

El valor probatorio de la declaración del menor adquiere mayor trascendencia cuando éste ha sido víctima de delitos que, como los sexuales, normalmente se cometen en la clandestinidad. En estos casos debe prestarse especial atención a tres aspectos: (I) el manejo de la evidencia de corroboración (II) la doctrina desarrollada en la jurisprudencia nacional y extranjera sobre el valor del testigo único y (III) el manejo de las retractaciones del menor.

1.5.1.1. El manejo de la evidencia de corroboración.

Este es un aspecto que siempre resulta fundamental para lograr la persuasión racional y que adquiere mayor importancia cuando el único testigo presencial de los hechos es la propia víctima. En España, por

ejemplo, se hace hincapié en las “*corroboraciones periféricas objetivas*”, que, según la doctrina del Tribunal Supremo, “*podrían ratificar algún elemento periférico o circunstancial de de las conductas objeto de acusación, es decir un dato comprobable, íntimamente relacionado con alguna de las ocasiones en que se produjeron supuestamente los abusos, que aun cuando no acreditase directamente la realidad de éstos, ni la autoría del acusado, permitiese contrastar objetivamente la verosimilitud del relato*”⁸⁴. En un caso concreto, las corroboraciones tuvieron la siguiente incidencia en la valoración del testimonio de una joven que adujo ser abusada sexualmente:

“la declaración de la víctima viene avalada por un conjunto de corroboraciones objetivas y de testimonios que, sin no versean sobre el núcleo central de la acción típica, sí confirman una serie de aspectos periféricos dotando de verosimilitud a dicha declaración. Así el informe pericial médico confirma anatómicamente una desfloración antigua de la víctima, compatible con sus declaraciones, el informe psicológico refleja una personalidad notoriamente afectada por una situación continua de abuso sexual, las declaraciones de los profesores avalan este criterio desde la perspectiva objetiva de personas imparciales y acostumbradas al trato con los menores que apreciaron la existencia de problemas en la relación de la menor con su padre, la declaración del hermano de la joven pone de relieve la existencia de frecuentes encierros del acusado con la menor, no justificados y que coinciden con las acusaciones de ésta..”⁸⁵.

Una argumentación como la anterior sólo es posible si la Fiscalía planea adecuadamente la investigación y en virtud de ello adquiere medios de conocimiento cuyo fin principal es “rodear”, robustecer o corroborar la declaración del testigo único. En tal sentido, se invita a consultar el módulo de argumentación judicial, especialmente en el acápite destinado a la preparación de la audiencia de juicio oral y a la importancia de la prueba de corroboración.

⁸⁴ TSE 1029, sentencia del 29 de diciembre de 1997.

⁸⁵ TSE 190, del 16 de febrero de 1998.

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia de nuestro país, en sentencia 27536 del seis de septiembre de 2007, hace alusión a la importancia de las declaraciones de los testigos que, aunque no presenciaron la conducta delictiva, sí pueden dar cuenta de que vieron a la víctima en compañía del victimario poco antes de consumarse la agresión.

Debe tenerse en cuenta también que el principio "*testis unus, testis nullus*" ha sido superado, por lo que resulta inaceptable el argumento de que una sentencia pueda basarse en el testimonio de la víctima. Frente al tema, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 27536 del seis de septiembre de 2007, precisó:

"Es que a pesar del histórico origen práctico de la regla *testis unus, testis nullus*, hoy no se tiene como máxima de valoración probatoria en los sistemas como el nuestro de apreciación racional de la prueba pues su rigidez vincula el método de evaluación probatoria a la anticipación de una frustración de resultados en la investigación del delito que además de impedir un análisis racional del juzgador contraría la realidad de que uno o varios testimonios pueden ser suficientes para conducir a la certeza. Una tal máxima restringe la acción penal y se opone a la realidad de que en muchos casos -como este- un declarante puede ser real o virtualmente testigo único e inclusive serlo la propia víctima."⁸⁶

Es muy común que los niños que han sido víctimas se retracten o modifiquen sus declaraciones, por esto el fiscal debe estar atento para tomar las medidas pertinentes. En estos casos, además de la utilización de las declaraciones anteriores del testigo para efectos de impugnación, aspecto analizado en otro acápite de este trabajo, la Fiscalía debe establecer cuáles son las razones que pudieron dar lugar al cambio de versión, ya

⁸⁶ En el mismo sentido, el Tribunal Supremo Español, en sentencia del 7 de noviembre de 1997, indicó: "Es afirmación pacífica y reiterada actualmente que la manifestación en el proceso penal de un único testigo es suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia y apoyar la resolución condenatoria, careciendo de virtualidad jurídica el antiguo principio "*testis unus testis nullus*, siempre y cuando no aparezcan razones objetivas que invaliden las afirmaciones de ese único testigo, provocando la duda en la credibilidad del mismo (...) sin importar que dicho testimonio único provenga de la propia víctima, ya que de no aceptarse se llegaría a la más absoluta impunidad en muchos ilícitos penales..".

sea para adoptar las medidas de protección necesarias –obligación del fiscal-, o para mostrarle al juez cuáles son las circunstancias y cuál puede haber sido su incidencia en la actitud del niño al declarar. La experiencia enseña, por ejemplo, que la dependencia económica de la madre de los pequeños abusados por sus padres o padrastros puede dar lugar a presiones en los pequeños y orientarlos a modificar su declaración con el objeto de evitar que el padre de familia vaya a prisión. En todo caso, el cambio de versión no puede conllevar automáticamente la solicitud de preclusión o de absolución, pues en estas circunstancias es factible que el niño, además de haber sido abusado, esté siendo víctima de otros delitos o de presiones indebidas; asuntos frente a los que la Fiscalía tiene la obligación de indagar.

1.5.1.2. La protección del niño que tiene la calidad de testigo, sea o no víctima de la conducta punible.

Rendir declaración en un proceso penal suele resultar traumático para cualquier persona y obviamente, mucho más para un niño. En el ordenamiento jurídico colombiano han sido adoptadas medidas para aminorar dicho efecto; concretamente en la Ley de Infancia y Adolescencia, se estableció que el testimonio del menor debe ser tomado por del Defensor de Familia, y en varias regiones del país se ha utilizado la cámara gesell⁸⁷.

⁸⁷ La C.S.J., en sentencia 27478 del 27 de junio de 2007, indicó:

“la Cámara de Gesell[1], es sólo un instrumento utilizado en la Psicología al cual se acude en la investigación criminal para facilitar la recepción del testimonio de menores víctimas de delitos; se trata entonces de un espacio acondicionado principalmente para realizar observaciones relacionadas con el desarrollo de comunicación, comprensión y habilidades del atestante. La presencia del psicólogo forense en uno de los salones dispuestos para entrevistar al menor busca brindarle intimidad para que rinda tranquilamente su versión de los hechos, y principalmente, para evitarle la victimización secundaria que genera de por sí el escenario judicial y la presencia de público.

En este orden, una es la versión del menor que se recoge en la entrevista, la profesional receptora es un intermediario entre los funcionarios judiciales, pero puede ser llamada como testigo para exponer sus criterios científicos y profesionales en auxilio de la Administración de Justicia, sin embargo, el censor en este caso fusiona las dos probanzas para demeritar su valor suasorio.

Las condiciones de realización de la entrevista en la cámara Gesell en manera alguna se constituyen en requisitos de validez para la exposición del menor víctima o de la declaración de la profesional receptora, ni se constituyen en ineludible referentes para la valoración o credibilidad si se tiene en cuenta que el sistema penal acusatorio está basado en la libertad probatoria.

Sin embargo, el riesgo psicológico para los menores suele ser alto, sobre todo cuando deben referirse varias veces a eventos esencialmente traumáticos como los abusos sexuales o cualquier otra forma de violencia. Si bien el fiscal tiene como obligación general la protección de los testigos, dicho deber se intensifica cuando se trata de niños, pues en muchas ocasiones los delitos ocurren en el seno familiar, y los pequeños pueden verse expuestos a presiones, discriminación o cualquier otra forma de maltrato por haber “denunciado” a otro miembro de la unidad familiar. Por tanto, el fiscal debe estar muy atento a tal situación, pues incluso puede suceder que la madre o el adulto que haya decidido denunciar una determinada conducta punible, modifiquen luego su postura y decidan cambiar su versión para evitar el encarcelamiento del infractor. Aún más, es posible que en estos eventos se presenten situaciones intolerables, como por ejemplo que se genere impunidad frente a un abuso sexual cometido en contra de un niño y que además de ello el menor sea obligado a cohabitar con el agresor. Esto puede dejar la sensación de que acudir a la tutela penal no es un camino adecuado o viable.

La protección del menor debe extenderse a su intervención como testigo en la audiencia de juicio oral cuando a ello haya lugar. En cada evento debe evaluarse si la presencia del niño en la sala de audiencias, frente al acusado, puede generarle traumatismos inaceptables; por lo que debe adoptarse las medidas necesarias para que ello no ocurra. Frente a este tema resultan bastante ilustrativos los planteamientos del tratadista Ernesto Chiesa Aponte, quien hace alusión a los debates en el derecho norteamericano, en torno al balance entre el derecho de contradicción y la protección del menor que comparece como testigo cuando se adoptan medidas como que el niño rinda el testimonio en una dependencia en la que haya sido instalado un circuito cerrado de televisión:

“..(iii) El interés público en el bienestar físico y emocional de los niños víctimas de abuso es lo suficientemente importante para

limitar, en casos apropiados, el derecho del acusado al careo (confrontación cara a cara). La literatura científica y los estatutos de los Estados establecen la legitimidad de proteger a los niños del trauma que acarrea el testimonio frente al acusado”⁸⁸.

El tema de la protección del menor y la ponderación que debe hacerse con el derecho del acusado a ejercer el contradictorio frente a todas las pruebas que se aduzcan en su contra ha sido objeto de diversas posturas. En un trabajo realizado por un grupo interdisciplinario de la Escuela Superior de Trabajo Social de la Universidad Nacional de la Plata sobre este punto, se resaltó:

“La legislación de algunos países⁸⁹ permite en la actualidad que los testimonios infantiles sean grabados en videos, en presencia del Juez o de otros testigos por él autorizados, con lo cual se eliminaría la presencia del niño o de la niña en la sala. Sin embargo, esta utilización de videos ha sido objeto de variados debates en países como Estados Unidos, acusando que sólo sirven para mostrar versiones parciales o distorsionadas de la realidad. Tras estas afirmaciones, algunos autores sugieren la utilización de sistemas de televisión de circuito cerrado, que permiten repreguntar al niño, sin necesidad de que permanezca en la sala.

Otra propuesta relacionada es la realizada por el denominado Comité Pigot de Inglaterra, el cual propone utilizar no un video de una sola declaración, sino una serie de ellos que permite comparar la evolución de las declaraciones infantiles”.

En lo que se refiere a las previsiones para proteger los derechos de los menores, en el mismo artículo se expresa:

⁸⁸ Ob.cit, Volumen I, págs. 394 y siguientes.

⁸⁹ Canadá y Dinamarca.

“La ley nacional 25.85218 establece la incorporación al Código Procesal Civil Nacional la siguiente reforma: “Art. 250 bis: Cuando se trate de víctimas de los delitos tipificados en el Código Penal, libro II, título I, capítulo II y título III, que a la fecha en que se requiera su comparecencia no hayan cumplido los 16 años de edad, se seguirá el siguiente procedimiento: a) Los menores aludidos solo serán entrevistados por un psicólogo especialista en niños y/o adolescentes, designado por el Tribunal que ordene la medida, no pudiendo en ningún caso ser interrogado en forma directa por dicho tribunal o las partes; b) el acto se llevará a cabo en un gabinete acondicionados con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor; c) en el plazo que el tribunal disponga, el profesional actuante con las conclusiones a las que arriban; d) a pedido de parte o si el tribunal lo dispusiera de oficio, las alternativas del acto podrán ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con el que se cuente. En ese caso pre-vio a la iniciación del acto el tribunal hará saber a la profesional a cargo de la entrevista las inquietudes propuestas por las partes, así como las que sugieran durante el trascurso del acto, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor. Cuando se trate de actos de reconocimientos de lugares o cosas, el menor será acompañado por el profesional que designe el tribunal, no pudiendo en ningún caso estar presente el imputado...Art. 250 ter. Cuando se trate de víctimas previstas el art. 250 bis., que a la fecha de ser requerida su comparecencia hayan cumplido 16 años de edad y no hubieran cumplido los 18 años, el tribunal previo a la recepción del testimonio, requerirá informe de especialistas acerca del la existencia de riesgo para la salud psico-física del menor en caso de comparecer ante los estrados. En caso afirmativo, se procederá de acuerdo a lo dispuesto en el art. 250 bis.”

En el artículo citado se resalta que la Federación de Colegios de Abogados de ese país formalizó el protocolo para la recepción de testimonios de menores víctimas de abuso, dirigido precisamente a proteger al menor y a lograr que su declaración sea útil para el esclarecimiento de los hechos.

Lo anterior resulta especialmente útil para resaltar la preocupación que a nivel internacional se ha expresado por la protección de los niños que tienen la calidad de testigos de conductas punibles. El peligro de doble victimización es evidente, pero también debe considerarse que la declaración de los menores, sobre todo cuando son víctimas de ataques sexuales u otras agresiones, resulta fundamental para que se haga justicia. Los esfuerzos deben ser orientados a lograr un punto de equilibrio entre los intereses superiores en juego (la protección del menor, la efectividad de la justicia y la protección de los derechos del acusado).

1.5.1.3. La posibilidad de aplicar las figuras de la prueba de referencia y la prueba anticipada cuando se trata de declaraciones de menores.

En la sentencia 24468 del 30 de marzo de 2006 la Corte Suprema de Justicia hizo alusión a la posibilidad de admitir como prueba de referencia las declaraciones rendidas por un menor por fuera del juicio oral, cuando su comparecencia al juicio pueda generarle graves perjuicios:

“Un caso especial lo constituyen los niños y niñas víctimas de delitos sexuales o de otras formas degradantes de violencia, cuya versión sea necesaria en desarrollo de un juicio oral. El Juez decidirá, con argumentación razonable, si practica su testimonio en la audiencia pública, si lo recauda fuera de la sala de audiencias (artículo 383 de la Ley 906 de 2004); o si prescinde de su declaración directa, en protección de sus derechos fundamentales, que prevalecen en los términos del artículo 44

de la Constitución Política, y en lugar de su testimonio directo autoriza testimonios de referencia u otra prueba de la misma índole”.

“Hoy se acepta pacíficamente que el testimonio en un escenario judicial, e inclusive en otro preparado ex profeso, podría someter al niño o niña víctima de violencia a nuevos episodios de violencia física o moral, configurándose un evento de victimización secundaria, en todo caso incompatible con la Carta y con los fines constitucionales del proceso penal, puesto que el artículo 44 superior ordena proteger a los niños y niñas de toda forma de violencia física o moral”.

La CSJ en sentencia 29609 del 17 de septiembre de 2008, reitera la jurisprudencia en el sentido de tener como prueba de referencia admisible la declaración anterior del menor que no está disponible para rendir testimonio en el juicio oral por causas como presiones al interior de su círculo familiar.

Otra posible solución sería la de acudir a la figura de la prueba anticipada, como mecanismo para lograr un punto de equilibrio entre los derechos de los niños, la especial protección que debe dárseles por mandato constitucional y el derecho de contradicción que tiene el acusado. Esta diligencia podría ser practicada utilizando la cámara de *gesell*, adoptando las medidas necesarias para aminorar el perjuicio que pueda recibir el menor a causa de su comparecencia como testigo. Con esto podría evitarse que el menor tenga que declarar varias veces sobre un hecho traumático, así como las presiones a que pueda ser sometido para que modifique su versión. De otro lado, la defensa tendría la posibilidad de ejercer un contradictorio pleno.

ACTIVIDAD DE APRENDIZAJE 6

1.- De los hechos ocurridos en el baño de una discoteca, en el que un hombre fue muerto por un disparo de arma de fuego, luego de agresiones verbales y físicas; existen tres testigos: uno que estaba entrando al baño, quien escuchó la riña y luego el disparo, otro que estaba en uno de los sanitarios y otro que estaba en los lavamanos. ¿Cuáles serían las preguntas que le haría a cada uno de ellos para analizar el proceso de conocimiento?

2.- Una persona que tiene problemas auditivos y que ese día llevaba audífonos, dice haber escuchado lo ocurrido y otro testigo que tiene problemas visuales y usa anteojos con una fórmula de bastantes dioptrías, dice haber visto los mismos hechos a una distancia de aproximadamente 30 metros. ¿Cómo analizaría estos dos testigos y que otras medidas adoptaría para ello?

UNIDAD 2

2. PRUEBA DE REFERENCIA

El análisis de este tema se hará a partir de las siguientes preguntas: 1. ¿Qué debe entenderse por *prueba de referencia* en el Sistema Acusatorio Colombiano, teniendo en cuenta los intereses constitucionalmente relevantes relacionados con esta? 2. ¿Cuáles son las excepciones a la regla general de prohibición de prueba de referencia? 3. ¿Cuáles son los límites que impone el ordenamiento jurídico colombiano en lo que se refiere a la prueba de referencia? 4. ¿Qué consecuencias de derivan de la inobservancia de las reglas sobre prueba de referencia? Para realizar este estudio serán tenidos en cuenta el marco legal, el desarrollo jurisprudencial colombiano y el derecho comparado.

2.1. ¿Qué debe entenderse por prueba de referencia en el ordenamiento jurídico colombiano, teniendo en cuenta los intereses constitucionalmente relevantes que giran en torno a dicho instituto?

2.1.1. Regla general sobre conocimiento personal y directo.

Como regla general, el artículo 402 del Código de Procedimiento Penal dispone que “*el testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que*

en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir”. En su segunda parte, la norma citada establece que el testimonio podrá ser objetado mediante el procedimiento de impugnación de la credibilidad del testigo, siempre que exista controversia en torno al conocimiento personal.

La anterior norma se articula con los artículos 15, 16 y 372 y siguientes del Código de Procedimiento Penal que consagran, entre otros aspectos, los principios de inmediación y contradicción y se traducen en la regla general que establece que: sólo se tendrá como prueba la practicada en el juicio oral, en presencia del juez y con todas las posibilidades de contradicción.

Las anteriores disposiciones desarrollan derechos fundamentales tan importantes como el debido proceso (Art. 29 C.P.), y apuntan a garantizar la confiabilidad de las pruebas que le permiten al juez conocer los hechos frente a los cuales debe tomar una decisión justa.

2.1.2. La colisión de intereses constitucionales derivada de la imposibilidad de comparecencia de los testigos a la audiencia de juicio oral.

En la práctica suelen presentarse múltiples circunstancias que impiden que los testigos presenciales comparezcan al juicio para ser sometidos al interrogatorio cruzado en presencia del juez. Es posible, por ejemplo, que el testigo haya muerto, que haya perdido la memoria o que se encuentre afectado por una enfermedad que le impide declarar u otro aspecto. En circunstancias como estas, el alcance de los principios de inmediación y contradicción resulta limitado por otro postulado constitucional: la justicia material⁹⁰; relacionada

⁹⁰ En este contexto se hace alusión a la justicia material enfocada al esclarecimiento y la sanción de las conductas punibles; sin embargo; debe tenerse en cuenta que en la realización de un juicio con todas las garantías también está ligado al concepto de justicia material, como lo resaltó la Corte Constitucional en la sentencia C-209 de 2007.

generalmente con otros intereses trascendentales como el derecho de la víctima a que se esclarezca la verdad, a que se haga justicia y a que le sea reparado el daño causado. Básicamente debe resolverse el siguiente interrogante: cuando no es posible lograr la comparecencia de la persona que directa y personalmente presencié los hechos con el fin de que haga su declaración en presencia del juez y con plenas posibilidades de contradicción ¿es admisible como prueba de un hecho o circunstancia penalmente relevante, una declaración rendida por fuera del juicio oral?

2.1.3. Posibles soluciones al problema en mención.

2.1.3.1. Admitir en todos los eventos las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral para brindar a la administración de justicia todos los medios de conocimiento que hagan posible la realización de la justicia material, es una postura ligada con la consideración de que la prueba de referencia entraña un problema de valoración y no de legalidad o siguiendo la tradición española, que el problema es de valoración y no de valorabilidad.

2.1.3.2. Negar toda posibilidad de admisión de prueba de referencia, para garantizar la vigencia de los principios de inmediación y contradicción. Tal forma de ver las cosas está relacionada con serias reservas en torno a la confiabilidad de la prueba de referencia y con la postura de que los problemas de estos medios de conocimiento están más asociados con la valorabilidad que con la valoración.

2.1.3.3. Una tercera posición, ecléctica, orientada a consagrar como regla general la inadmisibilidad de la prueba de referencia y a permitir su admisibilidad en eventos excepcionales, con lo que se pretende la armonización de los intereses constitucionales relacionados en este acápite.

2.1.4. Pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinarios sobre la colisión de intereses inherentes a la prueba de referencia.

La jurisprudencia y la doctrina nacional y foránea han analizado los aspectos fundamentales relacionados con la prueba de referencia; veamos:

De un lado, la Corte Constitucional ha consolidado una importante línea jurisprudencial con respecto a la importancia de un adecuado y eficaz ejercicio de la acción penal (SU-159 de 2002, C-591 de 2005, entre otras), especialmente en lo que relacionado con los derechos de la víctima y la sociedad a que se conozca la verdad, se haga justicia y se repare el daño causado (C-228 de 2002, C-454 de 2006, C-209 de 2007, C-210 de 2007, 29609 del 17 de septiembre de 2008”, entre otras). La Corte Suprema de Justicia, aunque ha tenido en cuenta la importante protección que implica la regla general consistente en la inadmisibilidad de la prueba de referencia, ha expresado su preocupación porque en ocasiones son considerados injustificadamente medios de conocimiento importantes para lograr que se haga justicia (24468 del 30 de marzo de 2006, 25920 del 21 de febrero de 2007, 26411 del 8 de noviembre de 2007, 27477 del 6 de marzo de 2008, entre otras). De acuerdo con esta postura, puede predicarse la importancia de que el juez cuente con todos los medios de conocimiento posibles para tomar las decisiones que le competen, salvo que la admisión de dichos medios implique la afectación desproporcionada de otros intereses constitucionales.

De otro lado, han sido tenidos en cuenta los riesgos que entraña la prueba de referencia, en especial por la limitación que implica para los principios de inmediación y contradicción:

En las discusiones al interior del Congreso, previas a la expedición de la Ley 906 de 2004, se hizo alusión a la necesidad de reducir el listado de excepciones a la prohibición de admisión de prueba de referencia, precisamente por las dificultades que implicaba frente el ejercicio del derecho de contradicción:

“Justificación. En virtud de las reglas que rigen la práctica de la prueba en un sistema acusatorio, se considera que el abuso de la figura de la prueba de referencia puede presentar un gran obstáculo para el cumplimiento de principios tan importantes como la inmediación y la contradicción probatoria. El artículo señalado, al determinar una extensa casuística convierte en regla general lo que por su naturaleza solo debe ser la excepción; por eso se ha concluido que las circunstancias que ameritan el despliegue de tan singular figura son las que se proponen”⁹¹.

La Corte Suprema de Justicia ha resaltado que *“La admisibilidad excepcional del testimonio de referencia, y el valor menguado que la ley le asigna, se explica, de una parte, porque recorta el derecho a la defensa, en cuanto no es factible interrogar al autor directo del relato que hace quien lo oyó; y de otra, porque al juez se le dificulta la labor de confeccionar raciocinios adecuados sobre la credibilidad del testimonio indirecto, cuando no es posible confrontarlo con la fuente directa del mensaje transmitido por el declarante de referencia”⁹².*

En este aspecto, existen coincidencias en el derecho comparado con respecto a las reflexiones sobre la problemática de la prueba de referencia, aún en sistemas de enjuiciamiento diferentes como el anglosajón y el continental europeo:

El Tribunal Constitucional de España ha señalado:

“[e]s igualmente cierto que , en la generalidad de los casos, la prueba de referencia es poco recomendable– y de ahí el justificado recelo jurisprudencial sobre ella-, pues en muchos casos supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos y

⁹¹ INFORME PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 01 DE 2003 - CÁMARA. “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal” Bogotá, D.C., 24 de Octubre de 2003

⁹² Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, sentencia del 30 de marzo de 2006, radicado 24468.

el dar valor a los dichos de personas que no han comparecido en el proceso, y es por ello por lo que, como criterio general, cuando existan testigos presenciales o que de otra manera hayan percibido directamente el hecho por probar, el órgano judicial debe oírlos directamente en vez de llamar a declarar a quienes oyeron de ellos el relato de su experiencia e, incluso, cuando los funcionarios de Policía tengan la fundada sospecha de que los testigos presenciales, pueden ausentarse al extranjero, deben trasladarlos inmediatamente ante la autoridad judicial a fin de que, bajo la necesaria contradicción exigida por el artículo 448, sean interrogados los testigos en calidad de prueba sumaria anticipada”⁹³.

En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹⁴, frente a este aspecto citado por el Tribunal Constitucional español, ha resaltado que es inadmisibile “[l]a sustitución del testigo directo por el indirecto sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquél al juicio oral, porque, de un lado, priva al Tribunal Sentenciador de la posibilidad de formar su juicio confrontando el testimonio directo con el indirecto, y, de otro, vulnera el artículo 6.1 y 3.d CEDH que consagra el derecho del acusado de interrogar a los testigos que declaren en contra de él”⁹⁵.

⁹³ STC 217/1989, 21 de diciembre, fundamento 5º

⁹⁴ Sentencias STC 187/2003, de 15 de julio, entre otras, que reproducen jurisprudencia del TEDH, entre otras, Delta c. Francia, 19 de diciembre de 1990; Isgro c. Italia, 19 de febrero de 1991.

⁹⁵ En sentencia del 30 de marzo de 2006, radicado 24468, la Corte Suprema de Justicia se apoya en algunas consideraciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y resalta: “Es cierto que la regulación de la ley responde, como tendencia, al principio de inmediación de la prueba, entendiéndose por tal la utilización del medio de prueba más directo y no los simples relatos sobre éste, pero ello no significa que deba rechazarse en forma absoluta los testimonios de referencias u oídas, porque no siempre es posible obtener y practicar la prueba original y directa, que en muchos supuestos puede devenir imposible, y, en definitiva, la problemática que plantea la prueba de referencia es, como en cualquier otra prueba, el relativo a su veracidad y credibilidad.

El Tribunal Constitucional Español sigue la tesis jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, exigiendo para desplazar o sustituir totalmente la prueba testifical directa, que se trate de casos de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada al juicio oral (Sentencia del Tribunal Constitucional 303/93). En este punto la doctrina de este Tribunal sigue el canon hermenéutico proporcionado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (artículo 10.2 CE en relación con el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso Delta, de 19 diciembre 1990 caso Isgro, de 19 de febrero 1991 caso Asch, de 26 abril 1991, entre otras).

El Tribunal Constitucional Español reconoce que su doctrina sobre la prueba sumarial anticipada o la imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial en el juicio oral tiene su base y precedente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que había declarado como contraria a lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la sustitución del testigo directo por el indirecto sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquél al juicio oral (entre otras, Delta c. Franci Elena, 19 diciembre Isgro c. Italia, 19 febrero 1991 Asch c. Austria, 26 abril 1919 en particular, sobre la prohibición de testigos anónimos Windisch c. Austria de 27 septiembre 1990 y Ludl c. Suiza de 15 junio 1992)“.

En lo que tiene que ver con el derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos, el tratadista Ernesto L. Chiesa Aponte coincide en señalar:

“[S]e estima que de ordinario, la prueba de referencia no es confiable, en la medida de que se trata de recibir como evidencia una declaración que no se hace con el rigor exigido en las reglas: en la corte, bajo juramento y sujeto a confrontación por la parte afectada. La declaración anterior puede haber sido hecha en corte –en procedimiento o vista anterior- y hecha bajo juramento; con todo, sigue presente el problema más serio: la parte contra la que se ofrece la declaración no ha tenido oportunidad de confrontarse con el declarante, sobre todo, no ha tenido la oportunidad de contrainterrogar al declarante”⁹⁶.

De acuerdo con lo expresado hasta ahora puede concluirse que tanto el legislador como el operador jurídico deben prestar especial atención a los intereses superiores relacionados con anterioridad, antes de decidir sobre la admisibilidad de la prueba de referencia, esto con el fin de evitar la supresión injustificada de evidencia que le permita al juez un mejor conocimiento de los hechos, y para evitar un sacrificio desproporcionado de principios tan importantes como la inmediación y la contradicción, que sin duda, también están asociados con la justeza de la decisión que pone fin al proceso penal. En tal sentido, parece más recomendable la posición dirigida a consagrar como regla general la prohibición de la prueba de referencia y a admitirla en casos excepcionales.

En la Ley 906 de 2004 se desarrolla la posición en comentario, esto es, se consagra como regla general la inadmisibilidad de la prueba de referencia, pero a la vez se consagran algunos eventos excepcionales de admisión de dichos medios de acreditación (artículos 437 y ss).

⁹⁶ Ob.cit. vol.III. pág. 338.

Sin embargo, como se verá más adelante, una solución en tal sentido no deja de ser problemática, porque en la práctica suelen presentarse situaciones que desbordan el régimen legal y generan discusiones jurídicas con respecto a la admisibilidad o de las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral que pretenden aducirse como prueba de un hecho o circunstancia penalmente relevante, sobre todo si se tiene en cuenta que el número de excepciones consagradas en nuestro ordenamiento jurídico es significativamente inferior a las aceptadas en el sistema norteamericano e incluso a las consagradas en el sistema de enjuiciamiento criminal chileno.

Así las cosas, a continuación analizaremos la reglamentación de la prueba de referencia en el sistema acusatorio colombiano.

2.1.5. La regulación de la prueba de referencia en la Ley 906 de 2004.

Los artículos 437 a 431 de la Ley 906 de 2004 regulan la denominada prueba de referencia en lo que respecta a su definición y en lo concerniente a los eventos en que resulta admisible, así como en lo que se refiere a sus limitaciones como fundamento exclusivo de la sentencia condenatoria.

El artículo 437 en cita dispone que *“se considera como prueba de referencia toda declaración realizada por fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial del objeto de debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio”*.

Es conveniente resaltar, para los fines de este módulo, que la definición que consagra el artículo 437 del Código no coincide con la regulación del ordenamiento procesal de Puerto Rico ni con lo establecido en las reglas de evidencia de Estados Unidos (cuya

incidencia en nuestro ordenamiento es innegable), pues en dichas legislaciones se dispone como prueba de referencia a toda declaración hecha por fuera del juicio oral, ***“que se ofrece en evidencia para probar la verdad de lo aseverado”***.

A pesar de que en nuestra legislación no se consagró expresamente que uno de los elementos de la prueba de referencia sea la pretensión de aducirla para probar la veracidad de lo aseverado, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del seis de marzo de 2008, radicado 27477, enfatizó en que este componente sí está presente en la regulación. Esta postura resulta fundamental para aclarar algunos aspectos relevantes sobre la materia, en especial para diferenciar algunos eventos en los que el carácter de prueba de referencia es sólo aparente:

“En términos menos abstrusos, puede decirse que prueba de referencia es la evidencia (medio probatorio) a través de la cual se pretende probar la verdad de una declaración realizada al margen del proceso por una persona determinada, no disponible para declarar en el juicio, que revela hechos de los cuales tuvo conocimiento personal, trascendentes para afirmar o negar la tipicidad de la conducta, el grado de intervención del sujeto agente, las circunstancias de atenuación o agravación concurrentes, la naturaleza o extensión del daño ocasionado, o cualquier otro aspecto sustancial del debate (antijuridicidad o culpabilidad, por ejemplo).

Para que una prueba pueda ser considerada de referencia, se requiere, por tanto, la concurrencia de varios elementos: (I) una declaración realizada por una persona fuera del juicio oral, (II) que verse sobre aspectos que en forma directa o personal haya tenido la ocasión de observar o percibir, (III) que exista un medio o modo de prueba que se ofrece como evidencia para probar la verdad de los hechos de que informa la declaración (testigo de oídas, por ejemplo), y (IV) que la verdad que se pretende probar

tenga por objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate (tipicidad de la conducta, grado de intervención, circunstancias de atenuación o agravación punitivas, naturaleza o extensión del daño causado, entre otros)”.

Lo anterior resulta importante si se tiene en cuenta que la interpretación literal y aislada del artículo 347 podría llevar a la conclusión de que cualquier aseveración realizada por fuera del juicio oral puede ser considerada como prueba de referencia, lo que por regla general, es inadmisibile, según se explicará más adelante.

Si el ordenamiento procesal penal es interpretado sistemáticamente, de acuerdo con los aspectos constitucionales ligados al tema de prueba de referencia, puede concluirse que la voluntad del legislador no estaba orientada a considerar como prueba de referencia todas las aseveraciones realizadas por fuera del juicio oral. Por ahora, haremos alusión a algunos eventos de manifestaciones realizadas por fuera del juicio oral, que claramente no constituyen prueba de referencia; luego analizaremos otras clases de manifestaciones que pueden resultar útiles en el proceso de conocimiento de los hechos y que generan discusión al respecto.

2.1.6. Declaraciones anteriores que no constituyen prueba de referencia.

2.1.6.1. Cuando las declaraciones están ligadas a la consumación del delito.

Varios delitos requieren para su consumación de ciertas aseveraciones, como sucede con los de injuria y calumnia, con el constreñimiento, la estafa y las amenazas, entre otros. A manera de ejemplo, en un juicio por injuria la víctima y los demás testigos seguramente harán alusión a las aseveraciones del supuesto injuriante, y en un juicio por constreñimiento se mencionará el contenido de la amenaza y la finalidad perseguida por el constreñidor, lo que necesariamente implica hacer alusión a aseveraciones hechas por

fuera del juicio oral. Sería absurdo, pretender que el al regular el tema de prueba de referencia, se quiso imposibilitar el juzgamiento de este tipo de conductas punibles, pues ello implicaría la desprotección de los bienes jurídicos cuya tutela ha sido confiada a la jurisdicción penal. En estos casos no se presenta ninguna limitación a los principios de inmediación y contradicción (cuya protección justifica la prohibición de referencia), dado que los testigos, en presencia del juez, se refieren a hechos o circunstancias que presenciaron directamente (el trato injurioso, la amenaza, entre otros) y quedan disponibles para que la contraparte ejerza el contradictorio por los diversos medios que regula el ordenamiento procesal penal.

Finalmente, es claro que la pretensión en estos eventos es demostrar la existencia de la declaración (la injuria, la calumnia, la amenaza), más no la veracidad de lo manifestado (que efectivamente la persona mencionada incurrió en un acto deshonesto, que es verdad que el denunciante cometió una determinada conducta punible), por lo que no se reuniría uno de los requisitos de la prueba de referencia en el derecho comparado (que la declaración se ofrezca en evidencia para demostrar la veracidad de lo aseverado), que también hace parte de nuestro ordenamiento jurídico, según lo ha considerado la CSJ en la sentencia 27477 antes citada

2.1.6.2. Cuando las declaraciones se utilizan con fines de impugnación.

El sistema acusatorio colombiano, según se verá más adelante, permite que las declaraciones anteriores del testigo sean utilizadas durante el contrainterrogatorio para la impugnación de la credibilidad. En estricto sentido se trata de declaraciones hechas por fuera del juicio oral, por lo que en principio, de acuerdo con el artículo 347, podría afirmarse que se trata de prueba de referencia. Sin embargo, como bien lo anota Chiesa Aponte, este tipo de declaraciones no se consideran prueba de referencia porque “no se ofrecen para probar la verdad de su contenido sino meramente para probar que el testigo hizo la declaración,

lo que tiene un valor probatorio de impugnación independientemente de la verdad o falsedad de la declaración”.

Al respecto debe tenerse en cuenta que el artículo 440 de la Ley 906 dispone que “*podrán utilizarse, con fines de impugnación de la credibilidad del testigo o perito, las declaraciones que “no constituyan prueba de referencia **in**admisibles, de acuerdo con las causales previstas en el artículo 438”*. Si se hace una interpretación literal de la norma, ha de entenderse que la intención del legislador estuvo orientada a permitir que la prueba de referencia admisible fuera utilizada también para efectos de impugnación (la norma se refiere a la no inadmisibles, o sea a la admisibles); aunque también cabe pensar que la norma fue mal redactada y que lo pretendido es que las declaraciones que constituyen prueba de referencia inadmisibles pueden ser utilizadas para fines de impugnación, lo que sería coherente con lo regulado sobre la impugnación en otros artículos, a cerca de la posibilidad de utilizar las declaraciones rendidas por los testigos por fuera del juicio oral.

Es claro que en los casos anteriores no se trata de prueba de referencia, de acuerdo con el desarrollo legislativo y jurisprudencial que esta ha tenido en nuestro país.

A continuación analizaremos otros eventos que pueden generar mayor discusión:

2.1.6.3. Cuando las declaraciones no se presentan para demostrar la veracidad de lo aseverado.

Algunos aspectos relevantes para el esclarecimiento de la conducta punible pueden estar asociados a manifestaciones realizadas por las personas por fuera de la audiencia de juicio oral. A manera de ejemplo, es posible que el móvil de un homicidio esté íntimamente ligado a las manifestaciones que una persona le haga a otra, también lo es que para desentrañar el tema de la legítima defensa o el estado de ira e intenso

dolor sea necesario hacer alusión a las aseveraciones hechas por las personas, sin que por ello sea posible predicar necesariamente que se trata de prueba de referencia. El tratadista Chiesa Aponte utiliza un ejemplo bastante ilustrativo:

“Raúl es acusado de matar a Juan. El fiscal presenta a Pedro como testigo para que testifique que el día anterior a la muerte de Juan, oyó a Ernesto decirle a Raúl que Juan había agredido a Raulito, el hijo de Raúl. En este caso no se trata de prueba de referencia, pues la evidencia no se ofrece para establecer la verdad de la declaración –que Juan agredió a Raulito–, sino para probar el posible efecto que tuvo la declaración sobre Raúl, y el motivo de éste para agredir o matar a Juan. La declaración sería prueba de referencia si se ofrece para probar que Juan agredió a Raulito”.

En el caso anterior no se presentarían los problemas que se predicen de la prueba de referencia en cuanto a la contradicción y a la inmediación, pues la defensa tendría la oportunidad de contrainterrogar a Pedro sobre las circunstancias en las que percibió que Ernesto le contó a Raúl sobre la agresión de la que fue objeto su hijo. Dado que la declaración se hace con la única finalidad de probar la real ocurrencia del comentario (no apunta, por ejemplo, a demostrar la realidad de dicha agresión) no se presentarían aspectos frente a los que no pudiera ejercerse la contradicción o respecto de los que el juez no tuviera inmediación. Bajo estas circunstancias, el debate sobre la admisión de esta evidencia tendría que incluir el siguiente interrogante: ¿cuáles son los derechos o los intereses constitucionalmente relevantes que se estaría protegiendo y que justificarían privar a la administración de justicia de esta importante información? Tal parece según lo anotado, que las manifestaciones del testigo Pedro sobre lo que vio y escuchó no afectan ni la inmediación ni la contradicción, razón suficiente para concluir que no existen motivos para impedir que ingresen al acervo probatorio para ser valoradas con los otros medios de acreditación.

Como complemento al caso objeto de análisis, es posible que el testigo Pedro haya percibido además, la reacción que el comentario de Ernesto generó en Raúl, y dicha reacción pudo haber consistido, por ejemplo, en el enrojecimiento de la piel, gestos agresivos e incluso frases relacionadas con el deseo de venganza. Si se admite que lo declarado por Pedro sobre lo que Ernesto le dijo a Raúl no es prueba de referencia, (precisamente porque apunta a demostrar el móvil más no la realidad de la agresión a que hizo alusión Ernesto) no encontramos razones para concluir que lo que escuchó Pedro decir a Raúl como reacción al comentario de Ernesto, constituya prueba de referencia; pues con dicha declaración sólo se pretende probar el efecto que el comentario de Ernesto produjo en la psiquis de Raúl. En este orden de ideas, el testigo Pedro podría declarar que bajo ciertas circunstancias de tiempo y lugar escuchó a Ernesto decirle a Raúl que Juan había agredido a su hijo Raulito, y podrá declarar que ante este comentario Raúl se enrojeció, levantó la voz y dijo que iba a matar a Juan, pues de una y otra circunstancia es testigo directo.

En el mismo sentido, es posible que para el esclarecimiento de un delito resulte relevante demostrar una determinada actitud o un estado de ánimo en particular, ya sea del acusado o de la víctima. También lo es que una u otra circunstancia se exteriorice con conductas o expresiones que sean presenciadas por otra persona. Piénsese, por ejemplo, en un caso de homicidio por un presunto móvil de racismo o xenofobia en el que la fiscalía cuente con un testigo que haya presenciado el momento en que el acusado expresó públicamente que odiaba a las personas de raza blanca, a los de raza negra, a los indígenas o en fin, a cualquier grupo de personas en particular. La Fiscalía podría presentar al testigo en juicio para acreditar que en determinadas circunstancias de tiempo, modo y lugar escuchó al acusado expresar su odio hacia un grupo étnico; esto con el objeto de establecer el posible móvil de la agresión; lo que es lógico si se tiene en cuenta que las acciones humanas suelen tener una motivación que en principio hace parte del fuero interno, pero que suele ser exteriorizada de diversas maneras, inclusive a través del lenguaje.

En ocasiones las expresiones verbales de una persona, relevantes para establecer un determinado aspecto en materia penal, se derivan de ciertos estados de ánimo que pueden referirse al autor o a la víctima de una conducta punible; veamos:

En los casos de homicidios pasionales o de dolo de ímpetu, es común que el agresor observe algún grado de alteración y es posible que este estado de ánimo se haga palmario por su apariencia física (enrojecimiento, sudoración, expresión facial, entre otros) e incluso a través de frases alusivas a diversas situaciones, como a la manera en que se consumó el delito. Estas circunstancias pueden ser presenciadas por uno o varios testigos. Por ejemplo, si Juan ve salir a Pedro de una cantina con un arma en la mano, con el rostro descompuesto y expresando frases como: *“siempre debí matar a ese desgraciado provocador de Luís”*; no cabe duda de que es testigo directo del estado psíquico de Pedro en ese momento. Por tanto, podrá en juicio declarar lo que vio y escuchó, no para demostrar que es cierto lo expresado por Pedro en el sentido de que mató a Luís, sino para acreditar que Pedro asumió una determinada conducta y denotaba un estado de ánimo en particular; estado que él pudo ver y escuchar directamente y que puede constituir un hecho indicador de que Pedro fue el autor de la muerte de Luís. Lo que sumado a otras circunstancias (la presencia de Pedro en el sitio de los hechos, el hallazgo de sangre de Luís en el arma de Pedro, entre otros) puede llevar al juez al convencimiento más allá de duda razonable de que fue Pedro quien efectivamente produjo la muerte de Luís.

En esta misma línea, la Corte Suprema de Justicia, luego de hacer énfasis en que uno de los presupuestos de la prueba de referencia es que pretenda aducirse con el propósito de demostrar la verdad de una declaración rendida por fuera del juicio oral, procura explicar en qué momento se presenta la figura objeto de análisis:

“Si A, por ejemplo, escuchó a B decir que C fue el autor del homicidio de Z, y A es llevado a juicio para probar la verdad

de la afirmación hecha por B, es decir, que C fue el autor del homicidio, se estará frente a una prueba de referencia, pues lo buscado, a través de ella, es probar la verdad de un conocimiento personal ajeno. Pero si lo pretendido es simplemente acreditar que B hizo la manifestación, o que ésta simplemente existió, independientemente de que su contenido sea o no veraz, se estará frente a una prueba directa, porque el aspecto que se pretende probar (que la manifestación se hizo), fue personalmente percibido por el testigo⁹⁸.

En ese mismo sentido, el alto tribunal, en sentencia del 27 de julio de 2007, radicado 26468, hizo alusión a los criterios que la doctrina ha diseñado para desentrañar si el sujeto activo actuó con dolo homicida o con el propósito de lesionar, entre ellos, resalta la Corte, las *“manifestaciones expresas -anteriores, concomitantes y posteriores- sobre el cometido por el que la conducta propende, etc.”* En dicho fallo, que corresponde a un caso tramitado bajo la Ley 906 de 2004, uno de los fundamentos del alto tribunal para casar la sentencia fue precisamente lo expresado por el acusado en los momentos posteriores y concomitantes con el ataque, comentarios que fueron relacionados por la víctima durante su declaración:

“Está visto que J. A. T. L le expresó a su compañera L. V. H. en la noche del episodio fáctico, que bajo ninguna circunstancia permitiría que lo abandonara como ya lo tenía resuelto y que en el extremo de hacer cumplir su decisión, había considerado matarla y luego quitarse el mismo la vida. Lo que acometió enseguida para materializar su anuncio fue precisamente extraer un bisturí que tenía debajo de la silla de conductor en que se hallaba y sin dejar de manejar -detenerse le permitiría a la mujer huir con su hija de brazos-, le hizo un primer lance en el cuello y luego muchos más asumiendo enteramente la concreción de sus premonitorias palabras.

En el caso concreto, no existe para la Sala mayoritaria la menor inquietud en torno al propósito que dirigía la voluntad de J. A. T. L.,

dado que no solamente la investigación brinda parámetros objetivos de valoración, sino que el propio imputado expresó reiteradamente a su víctima la dirección de su conducta”.

Es más, los magistrados que salvaron el voto también hicieron alusión a la valoración de las palabras expresadas por el acusado a su víctima, pero al igual que en la sala mayoritaria, las aseveraciones se analizaron en el contexto de un determinado estado de ánimo del que podía inferirse un propósito específico: (homicida según la mayoría y de lesionar según los disidentes).

“Se ha pretendido entronizar por parte de la fiscalía, para soportar su auscultación de que lo sucedido se aviene con el conato homicida, que el procesado antes de ejecutar la agresión manifestó a la víctima su intención de darle muerte, que utilizó un instrumento idóneo para el efecto, y, finalmente que la reiteración y ubicación de las heridas, se erigían suficientes para producir el fatal resultado.

Lo que evidencian los antecedentes antes referenciados, es que el procesado buscaba obtener algún tipo de satisfacción a su orgullo herido por ocasión de la negativa de la víctima a aceptarlo de nuevo en el seno del hogar antes conjunto, y perfectamente ella pasaba por la reacción si se quiere primaria de causar daño físico a la víctima. Los alcances de este, vale decir, la simple afectación de la salud o el causar la muerte, se erigen en el factor a elucidar dado que, emerge obvio, para nada se opone a la pretensión únicamente lesionadora, el que se haga radicar en el tópico pasional la motivación, o incluso que se determine que ello se planeó anteladamente.

En otras palabras, en un plano estrictamente teórico, nada indica que en caso de lastimarse la autoestima por el rechazo del ser querido, la única válvula de escape ilícita sea precisamente dar muerte a la persona de quien se recibe el agravio – cuando, a la par, la práctica diaria enseña

de múltiples casos, incluso superiores en número al recurso extremo de segar la vida, en los cuales la satisfacción pretendida demanda apenas golpear o causar daño físico-; ni resulta objetivo advertir que sólo en los eventos gobernados por la pretensión homicida, puede planearse, o mejor, escogerse el lugar y momento adecuados, y la forma de materializar el fin propuesto”.

Lo expresado por los magistrados en el salvamento de voto permite establecer con precisión la importancia de la distinción mencionada en la primera parte de este acápite, en el sentido de que algunas legislaciones foráneas aclaran que puede hablarse de prueba de referencia cuando la declaración se ofrece “*para probar la verdad de lo aseverado*”, postura que fue asumida por nuestra Corte en la sentencia del seis de marzo de 2008 (27477). Aunque nuestro ordenamiento jurídico no haga esa salvedad, su interpretación sistemática, especialmente de acuerdo con los aspectos constitucionales vinculados al tema de la prueba de referencia, permite concluir que algunas manifestaciones hechas por fuera del juicio oral pueden tener “*un valor probatorio independiente de la verdad de su contenido, es decir, el solo haberse hecho la declaración es pertinente para un fin legítimo más allá de establecer que la declaración es verdadera*”, por lo que (I) puede ser pertinente para conocer mejor los hechos, (II) no limita el derecho de contradicción, ni afecta la inmediación y (III) no constituye en estricto sentido, prueba de referencia.

En un reciente fallo, la Corte Suprema de Justicia, al casar oficiosamente la decisión del Tribunal que ofició como segunda instancia, hizo alusión a la importancia de las aseveraciones hechas por dos agentes de policía luego de que uno de sus compañeros fuera herido por un sujeto que momentos antes había cometido un homicidio. Estas quedaron grabadas en el sistema de registro de las comunicaciones policiales. El alto tribunal resaltó la importancia de la grabación en que estaban consignadas las manifestaciones de los policiales para corroborar la veracidad de lo expresado por éstos en la audiencia de juicio oral con respecto a la agresiva conducta del acusado:

“A su vez, en los registros magnetofónicos de la Policía Nacional válidamente aportados durante el juicio oral, en los cuales aparecen las grabaciones de las voces de quienes tuvieron relación con el asunto que motivó este diligenciamiento, se logra establecer a los 2:34 minutos una voz que afirma “mi subteniente está lesionado, está herido, vamos a mirar el chaleco a ver...” y a los 6:47 minutos se escucha” “...Monsalve tenía el chaleco...”⁹⁷.

En estricto sentido, el contenido de la grabación representa declaraciones hechas por fuera del juicio oral, pero estas no fueron aportadas para demostrar la veracidad de su contenido, sino para acreditar que las manifestaciones fueron hechas por los policiales en el momento en que ocurrieron los hechos. Con esto se logró dar mayor credibilidad a las versiones entregadas por los servidores públicos en la audiencia de juicio oral.

La utilización de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral para efectos de corroboración es tratada de diferente manera en el derecho norteamericano, pues allí sólo es posible cuando la contraparte cuestiona la credibilidad del testigo por haber cambiado la versión.

2.1.7. Conclusión.

Existen casos de fácil determinación del carácter de referencia de una determinada declaración, por ejemplo cuando Juan le comenta a su amigo Pedro que yendo por la autopista pudo observar cuando un camión que circulaba a gran velocidad atropelló a un peatón que estaba en la berma. Lo ideal, sin duda, es que Juan comparezca al juicio y responda las preguntas durante el interrogatorio cruzado; pero es posible que para el momento del juicio Juan no pueda comparecer; ya sea porque ha fallecido, o porque se encuentra secuestrado o sencillamente no está disponible por alguna de las razones consagradas en el artículo 438 y de acuerdo con desarrollo

⁹⁷ CSJ, sentencia 28432 del 5 de diciembre de 2007.

jurisprudencial que se ha hecho al respecto. Por tanto, su versión debe ser llevada al juicio a través de Pedro, quien no presencié los hechos pero conoce lo que Juan le contó sobre ellos. Este ejemplo permite advertir las grandes limitaciones que puede entrañar la prueba de referencia para obtener un adecuado conocimiento de los hechos en la esfera judicial, pues en este caso es posible, por ejemplo, que Juan no le haya aclarado a Pedro lo que él entiende por “gran velocidad”, que no haya hecho precisión sobre el sitio exacto donde se encontraba el peatón atropellado o no haya mencionado detalles fundamentales para esclarecer lo sucedido. Es claro que dichos vacíos no podrán ser llenados por Pedro. Además, de que la parte contra la que se aduce la prueba tendrá limitaciones para ejercer el derecho de contradicción, y el juez no podrá ejercer la intermediación desde la fuente directa de información –Juan–.

También estaríamos frente a un evento de prueba de referencia si JUAN, antes de la ocurrencia de cualquiera de los casos mencionados (morir, ser secuestrado, perder la memoria, entre otros) hubiera sido entrevistado por la policía judicial o hubiera rendido una declaración jurada ante el fiscal o ante el juez de control de garantías en desarrollo de una audiencia preliminar.

Cuando el artículo 437 hace alusión a “*declaraciones realizadas por fuera del juicio oral*”, no está limitando el concepto de prueba de referencia a las declaraciones rendidas formalmente ante una autoridad –entrevistas o declaraciones juradas–, pues estas pueden haber sido percibidas por un particular, por citar un ejemplo. (lo que en otra época era denominado testimonio de oídas).

En este orden de ideas, podrán tener la calidad de prueba de referencia: (I) lo que una persona le haya contado a otra sobre hechos penalmente relevantes, (II) las entrevistas realizadas por la policía judicial; (III) las declaraciones rendidas ante el juez de control de garantías, (IV) las declaraciones juradas rendidas ante un fiscal, (V) las declaraciones rendidas ante un juez en otro proceso, (VI) las declaraciones consignadas por una persona en un documento: escrito, grabado, filmado, u otros.

A pesar de los problemas que entraña la prueba de referencia, debe tenerse presente que no toda aseveración realizada por fuera del juicio oral, que pretenda ser utilizada por una de las partes para sustentar su teoría del caso, constituye prueba de referencia. Así ocurre, por ejemplo cuando se trata de verbalizaciones que dan cuenta de un determinado estado de ánimo, de una alteración psíquica, de alguna tendencia o cuando la manifestación hace parte de la materialización de la conducta punible: las frases injuriantes, la amenaza orientada a doblegar la voluntad, las exigencias en una extorsión, entre otras.

Lo anterior hace imperioso que el fiscal tenga clara la utilidad de cada uno de los medios de acreditación recopilados durante las fases de indagación e investigación e incluso durante la etapa de juicio oral en los eventos de prueba sobreviniente, pues de esta manera podrá explicar, en la audiencia de preparatoria o en la fase procesal en que se presente la discusión jurídica; qué es exactamente lo que pretende acreditar con un determinado medio de prueba y a partir de ello, argumentar las razones que le permiten concluir si se trata o no de prueba de referencia y si esta resulta admisible. Retomando el ejemplo propuesto por el profesor Chiesa, si durante la audiencia preparatoria el fiscal no explica que la declaración de Pedro sobre lo que Ernesto le dijo a Raúl pretende establecer el posible móvil del homicidio (el impacto que el comentario generó en Raúl) y no la veracidad de la declaración (que efectivamente el hijo de Raúl fue agredido), es posible que la prueba sea considerada de referencia y por tanto sea in admitida.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que el artículo 375 del Código de Procedimiento Penal dispone que es pertinente la prueba que se refiera directa o indirectamente a los elementos de la conducta punible, a las consecuencias de la misma, a la identidad o a la responsabilidad del acusado y que también lo es la que sirva *“para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito”*. Lo fundamental es que el fiscal tenga claro qué es lo que pretende

acreditar con cada evidencia, para que en la audiencia preparatoria e incluso en desarrollo del juicio oral pueda explicar la pertinencia de cada medio de acreditación: un determinado elemento estructural de la conducta punible, la credibilidad de un testigo u otro aspecto.

2.2. Excepciones a la prohibición de prueba de referencia.

El artículo 438 del Código de Procedimiento Penal dispone *“únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:*

- a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;
- b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar.
- c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar.
- d) Ha fallecido.

También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos”.

La norma citada consagra varios eventos de admisibilidad de prueba de referencia, todos basados de una u otra forma, en que el testigo no esté disponible para declarar en juicio; veamos:

2.2.1. La muerte del testigo.

a). La muerte del testigo. Quizá el evento más claro de no disponibilidad del testigo ocurre cuando la persona que presencia los hechos jurídicamente relevantes y relata lo sucedido por fuera del juicio oral, ha fallecido. En tal caso la parte interesada en presentar la declaración de referencia tiene la carga de acreditar la muerte

del testigo y debe dejar claro el medio a través del que pretende llevar a juicio la declaración de quien ha fallecido: ya sea mediante la declaración de una persona que haya escuchado su declaración, mediante un escrito, grabación fonóptica, un video u otro medio. Cuando el fiscal pretenda presentar como prueba de referencia la declaración de una persona que ha fallecido, debe establecer la credibilidad del testigo presencial y del medio a través del que se pretende llevar dicha versión al juicio oral, según se indicó en párrafos precedentes y de acuerdo con los aspectos que serán objeto de análisis en el acápite siguiente. Lo mismo puede decirse del caso en que el testigo ha sido víctima de secuestro, desaparición forzada u otro evento similar y alguna de las partes pretende hacer valer como prueba las declaraciones hechas por éste por fuera del juicio oral: la parte debe acreditar la situación que justifica la admisión de prueba de referencia y debe indicar el medio a través del que será llevada dicha información al juez. Es necesario aclarar que cuando la muerte del testigo es previsible (el fiscal tiene razones para pensar que puede morir) debe acudirse a la figura de la prueba anticipada, no sólo para garantizar la contradicción sino además porque esta prueba puede tener mayor valor persuasorio, dado que escapa a las restricciones de la prueba de referencia. De hecho resulta más contundente que el juez de conocimiento observe o escuche el registro de la prueba anticipada a que la versión del testigo le sea llevada a través de otra persona o mediante entrevista.

2.2.2. El testigo asegura haber perdido la memoria.

El ordenamiento procesal dispone que cuando se trata de testigos que afirman haber perdido la memoria, es necesario corroborar esta situación mediante dictamen pericial. Esto con el fin de descartar que las afirmaciones del testigo obedezcan a una posible intención de no declarar en juicio y no a la pérdida de la facultad de la memoria. Al respecto surgen los siguientes interrogantes: (I) ¿En qué momento la parte interesada en presentar la prueba de referencia debe presentar la acreditación pericial de la pérdida de memoria? (II) ¿Cómo se

garantiza a la contraparte el derecho de contradicción frente al dictamen presentado para corroborar la pérdida de dicha facultad? (III) ¿Para acreditar o corroborar la pérdida de memoria basta el informe escrito o debe comparecer el perito para ser sometido a un interrogatorio cruzado? y (IV) ¿Puede la parte contra la que se pretende presentar la prueba de referencia, presentar otro perito para refutar el concepto del experto presentado por la parte que pretende llevar a juicio la declaración de referencia?

Puede afirmarse que el debido proceso y en concreto el derecho de contradicción, tienen vigencia durante toda la actuación. Dado que la decisión que debe tomar el juez en torno a si admite o no la prueba de referencia, puede incidir en la intermediación y en el ejercicio del derecho de contradicción frente al medio de prueba, es lógico concluir que la parte contra la que se pretende presentar la prueba de referencia debe tener la oportunidad de controvertir el dictamen que sirve de soporte a la solicitud, pues bien podría demostrar, por ejemplo, que el testigo no ha perdido la memoria sino que quiere eludir la comparecencia al juicio.

2.2.3. El testigo ha sido víctima de secuestro, desaparición forzada o un evento similar.

En estos casos la parte interesada en presentar la prueba de referencia debe acreditar la situación que hace admisible la declaración hecha por fuera del juicio oral. Si el testigo es liberado antes de que se admita la prueba de referencia, debe comparecer a juicio para narrar los hechos que haya percibido directa y personalmente.

La admisión excepcional de prueba de referencia puede implicar discusiones sobre lo que debe entenderse por “evento similar” al secuestro o desaparición forzada; principalmente porque los casos enunciados en la norma hacen alusión a circunstancias que imposibilitan físicamente la comparecencia del testigo y que ni

siquiera la intervención estatal podría conjurar (salvo, claro está de un operativo para lograr la liberación o hallar a la persona desaparecida). También puede presentarse otra situación que impida la comparecencia de un testigo, como el desplazamiento forzado (que implica la no disponibilidad del testigo). Lo cierto es que el legislador no quiso limitar la admisibilidad de prueba de referencia a los eventos de secuestro y desaparición forzada, pues si así hubiese sido, ningún sentido tendría la alusión a los eventos similares. En este orden de ideas, la similitud puede referirse a la gravedad de la presión o agresión de la que ha sido objeto el testigo y a la forma (grado de intensidad, constancia, entre otros) en que esta impide su comparecencia al juicio, asuntos que deben ser valorados por el juez en cada caso concreto¹⁰⁰.

2.2.4. *Los escritos de pasada memoria.*

Han sido definidos como *“declaración contenida en un escrito o grabación en relación a una materia sobre la cual el testigo una vez tuvo conocimiento, pero al presente no recuerda lo suficiente para permitirle testificar en forma precisa, si el escrito o grabación fue hecho o adoptado por el testigo cuando la materia estaba fresca en su memoria”*⁹⁸.

A manera de ejemplo; si una persona que presencia un accidente de tránsito, anota en un papel el número de matrícula de uno de los vehículos, cuyo conductor decide alejarse del sitio de los hechos, y al ser llamada a declarar asegura no recordar el número, pero puede testificar que cuando lo tuvo presente lo anotó cuidadosamente en un papel; podría solicitarse la admisión de este hecho como prueba de referencia de la declaración contenida en el escrito en mención. Lo mismo podría suceder en el caso de un empleado de un parqueadero que ve ingresar un gran número de vehículos al local donde trabaja y anota en un papel sus respectivos números de matrícula, aunque momentos después ya no se encuentre en capacidad de recordarlos.

⁹⁸ CHIESA APONTE, Luis E, Ob.cit, s.p.

Si es llamado a juicio a declarar sobre el ingreso de cierto vehículo en una fecha determinada, podría solicitarse la admisión (como escrito de pasada memoria) de la declaración que escribió en el papel en el que registró el ingreso del automotor.

Así, aunque el testigo no pueda recordar el dato que dejó plasmado en un escrito o grabación, sí puede decir bajo la gravedad de juramento que cuanto tuvo la información presente la escribió o la grabó. También podrá declarar que lo escrito corresponde a la realidad, no porque lo recuerde, sino porque su intención fue dejar un registro fiel de los datos que en otro momento tuvo en su memoria.

El escrito de pasada memoria no puede confundirse con el proceso de refrescamiento de memoria, para el que pueden ser utilizadas declaraciones anteriores del testigo, pues en éste evento la lectura le permite al testigo recordar lo sucedido, mientras que en aquél, el testigo no puede recordar la información que tuvo en su mente en un momento determinado a pesar de leer el escrito. Es decir; retomando los ejemplos anteriores, ni la persona que presencié el accidente puede recordar la placa del carro involucrado en el percance, ni el empleado del parqueadero puede recordar si el vehículo identificado con una determinada placa ingresó al local en una determinada fecha.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 27477 del 6 de marzo de 2008, indicó:

“En relación con las excepciones previstas en el último inciso del artículo en mención (registros escritos de pasada memoria y archivos históricos), es oportuno precisar que su admisibilidad procede con independencia de que el declarante esté o no disponible para declarar en juicio, pues como ya se dejó visto, dichas hipótesis exceptivas a la regla general de prohibición de la prueba de referencia, tienen un factor de justificación distinto:

la existencia de garantías circunstanciales de confiabilidad de la prueba.

• *Si se entendiera que para la admisión de las pruebas relacionadas en el último inciso de la norma (registro de pasada memoria y archivos históricos) es adicionalmente necesario probar que el declarante no está disponible, el agregado sería absolutamente innecesario, porque la simple demostración del hecho de la indisponibilidad por alguna de las razones señaladas en sus cuatro literales, habilitaría la introducción al juicio de la prueba de referencia, cualquiera que ella fuere, incluidas las documentales que la norma expresamente refiere”.*

Cabe anotar lo siguiente con referencia a estas últimas declaraciones de la Corte:

Es indiscutible que la prueba de referencia sólo es admisible cuando no es posible lograr la comparecencia del testigo a la audiencia de juicio oral para que narre los hechos que haya percibido en forma personal y directa. Cuando se trata de escritos de pasada memoria, es posible que el testigo se encuentre físicamente disponible pero no en capacidad de narrar los hechos o circunstancias penalmente relevante de los que tuvo conocimiento, precisamente por haberlos olvidado.

La admisión de la prueba de referencia en la modalidad de escritos de pasada memoria implica riesgos en torno a la confiabilidad de la información, ya que el testigo no está en capacidad de recordar, ni narrar aquello que percibió. Para aminorar los riesgos en torno a la confiabilidad es necesario aclarar al juez varios aspectos: (I) que es cierto que el testigo ya no recuerda lo que en un momento determinado percibió y narró o describió en un escrito; (II) que aunque no recuerda los datos que tuvo en su mente en un momento determinado, puede dar fe de que estos fueron consignados en el escrito y de que en éste no fueron consignados datos falsos (no porque recuerde la información sino porque siempre se tuvo la intención de

consignar datos verdaderos), (III) que el escrito es auténtico desde la perspectiva material (no ha sido alterado) y desde la perspectiva de su autoría (que los datos fueron consignados por él).

Así las cosas, la presencia del testigo es necesaria para aclarar, en cuanto sea posible, las circunstancias bajo las que se obtuvo la información y se consignó en un informe, así como para sentar las bases de admisibilidad de la prueba de referencia.

Si el testigo no está disponible por cualquiera de las circunstancias ya expuestas, deberá acudir a otra de las excepciones a la regla general de prohibición de la prueba de referencia. Finalmente, cabe anotar que aunque la norma hace alusión a “escritos” –de pasada memoria-, es posible que la información haya sido documentada de otra manera (mediante registro fonóptico, magnetofónico, entre otros) lo que no constituye razón para que en estos eventos no sea admisible la prueba de referencia, siempre que pueda demostrarse que la información es confiable.

2.3. Los límites a la admisibilidad de prueba de referencia.

Este tema lo abordaremos a partir de la siguiente pregunta:

¿Consagra el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal excepciones taxativas a la inadmisibilidad de la prueba de referencia?

En los párrafos anteriores hicimos alusión a las discusiones del Congreso que daban cuenta de la intención de reducir las circunstancias de admisibilidad de la prueba de referencia¹⁰², para evitar que se convirtiera en la regla general. Ello coincide con la el artículo 438 del ordenamiento procesal penal que expresa que **“únicamente”** en los eventos allí enunciados será admisible la prueba de referencia.

Al respecto es necesario hacer las siguientes consideraciones:

La admisibilidad de la prueba de referencia, según lo expresado en la primera parte de este acápite, compromete varios intereses constitucionalmente relevantes: de un lado, la intermediación del juez frente a la fuente de conocimiento y el ejercicio del derecho de contradicción por la parte contra la que se aduce el medio de prueba y de otro, el interés legítimo de la víctima y la sociedad en que se haga justicia. Sin embargo, estos planteamientos son muy generales y no siempre son suficientes para resolver todas las situaciones que presenta la casuística. La Corte Suprema de Justicia ha iniciado una línea jurisprudencial sobre el alcance del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, que da cuenta de una interpretación más amplia de este precepto; veamos:

En la sentencia 24468 del 30 de marzo de 2006 la corte recalca sobre la necesidad de interpretar sistemáticamente el artículo 438, no sólo de acuerdo con la Constitución Política sino en armonía con las demás normas del Código de Procedimiento Penal:

“Ahora bien, el artículo 438 del mismo código enlista unos casos como los únicos en los cuales es admisible la prueba de referencia. No obstante, dicha norma no puede interpretarse aisladamente, sino en el marco constitucional y en armonía con la sistemática probatoria del nuevo régimen de procedimiento penal, uno de cuyos fines superiores consiste en la búsqueda de la verdad compatible con la justicia material, por lo cual, el juez en cada evento determinará cuándo es pertinente alguna prueba de referencia que pretendan aducir las partes; y en todo caso, el juez queda obligado a otorgar a ese género de pruebas un valor de convicción menguado o restringido, como lo manda el artículo 381”.

Luego, la Corte hace algunas precisiones sobre lo que debe entenderse por testigo no disponible, anotación que resulta importante toda vez que a partir de la misma se plantea la posibilidad de incluir otros eventos de admisión de prueba de referencia no contemplados en el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal:

“Ahora bien, que el testigo directo pueda comparecer, no sólo implica que esté en posibilidad de asistir físicamente al juicio oral, o a través de un medio electrónico –tele video conferencia¹-; sino que, lo realmente importante es que pueda acudir con uso y goce de sus facultades físico mentales, pues si no está en tales condiciones, quizá no sea idóneo como testigo y entonces será factible apoyarse en la prueba indirecta para que otros relaten lo que aquél expresó”.

Luego, la Corte hace algunas precisiones sobre lo que debe entenderse por testigo no disponible; aspecto importante si se tiene en cuenta que esto plantea la posibilidad de incluir otros eventos de admisión de prueba de referencia no contemplados en el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal:

“Ahora bien, que el testigo directo pueda comparecer,“no sólo implica que esté en posibilidad de asistir físicamente al juicio oral, o a través de un medio electrónico –tele video conferencia¹⁰³-; sino que, lo realmente importante es que pueda acudir con uso y goce de sus facultades físico mentales, pues si no está en tales condiciones, quizá no sea idóneo como testigo y entonces será factible apoyarse en la prueba indirecta para que otros relaten lo que aquél expresó”.

Seguidamente la corte alude a la posibilidad de admitir como prueba de referencia las declaraciones hechas por un menor por fuera del juicio oral:

“Un caso especial lo constituyen los niños y niñas víctimas de delitos sexuales o de otras formas degradantes de violencia, cuya versión sea necesaria en desarrollo de un juicio oral. El Juez decidirá, con argumentación razonable, si practica su testimonio en la audiencia pública, si lo recauda fuera de la sala de audiencias (artículo 383 de la Ley 906 de 2004); o si prescinde de su declaración directa, en protección de sus derechos fundamentales, que prevalecen en los términos del artículo 44

de la Constitución Política, y en lugar de su testimonio directo autoriza testimonios de referencia u otra prueba de la misma índole”.

“Hoy se acepta pacíficamente que el testimonio en un escenario judicial, e inclusive en otro preparado ex profeso, podría someter al niño o niña víctima de violencia a nuevos episodios de violencia física o moral, configurándose un evento de victimización secundaria, en todo caso incompatible con la Carta y con los fines constitucionales del proceso penal, puesto que el artículo 44 superior ordena proteger a los niños y niñas de toda forma de violencia física o moral”.

Al respecto, el Tribunal Superior de Bogotá ha considerado que *“las pruebas de referencia que pueden confluír a apoyar una sentencia de condena, son solo aquellas cuya admisión está permitida por una excepción legal a la regla general que ordena la exclusión”*. Más adelante considera la posibilidad de admitir la prueba de referencia en otros eventos, siempre que se argumente suficientemente desde la perspectiva constitucional, la necesidad de admitir prueba de referencia más allá de los eventos consagrados en el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal:

“Podría considerarse la posibilidad de que el juez, con miras a la realización de los fines del proceso penal, admita una prueba de referencia cuya procedencia excepcional no haya sido fijada en la ley; para ello deberá satisfacer una fuerte carga argumentativa”, que permita explicar, a la luz de la Constitución, la excepción al régimen legal”.

En sentencia del seis de marzo de 2008, la Corte Suprema de Justicia retoma lo expresado en la (ya citada) sentencia del 30 de marzo de 2006, en el sentido de que el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal no debe ser interpretado de manera aislada. Luego introduce un importante razonamiento según el cual, el segundo literal de la

norma citada consagra una especie de cláusula residual incluyente, que le brinda al juez la posibilidad de admitir eventos de prueba referencia no consagrados expresamente en la norma:

“Se mantuvo, así, como principio general, la cláusula de exclusión o prohibición de la prueba de referencia[1], alternada con un catálogo de excepciones tasadas, agrupadas en dos categorías: Las relacionadas en sus literales a), b), c) y d), que tienen como factor común justificativo de su inclusión, la indisponibilidad del declarante. Y las previstas en el último inciso del artículo (registros escritos de pasada memoria y archivos históricos), cuya inclusión se justifica porque se reconoce en relación con ellas la existencia de garantías indiciarias o circunstanciales de confiabilidad.

Paralelamente a ello, la norma introdujo una excepción residual admisiva o cláusula residual incluyente, de carácter discrecional, en la hipótesis prevista en el literal b), al dejar en manos del Juez la posibilidad de admitir a práctica en el juicio, pruebas de referencia distintas de las allí reseñadas, frente a eventos similares.

La expresión eventos similares, indica que debe tratarse de situaciones parecidas a las previstas en las excepciones tasadas, bien por su naturaleza o porque participan de las particularidades que le son comunes, como lo es, por ejemplo, que se trate de casos en los que el declarante no se halle disponible como testigo, y que la indisponibilidad obedezca a situaciones especiales de fuerza mayor, que no puedan ser racionalmente superadas, como podría ser la desaparición voluntaria del declarante o su imposibilidad de localización”¹.

A partir de las anteriores consideraciones y luego de reiterar que la prueba de referencia sólo es admisible en casos excepcionales (cuando medien circunstancias que lo ameriten), la Corte explica las razones

por las que puede admitirse como prueba de referencia la declaración de un testigo cuando no sea posible lograr su comparecencia a juicio:

“Esta apreciación, que es, en esencia, sobre la cual recae la inconformidad del casacionista, es equivocada. Ciertamente es que el motivo que se aduce como justificante para demandar la valoración de estas pruebas como de referencia admisibles (que el declarante vivía en los Estados Unidos), no se encuentra expresamente previsto como hipótesis exceptiva en el artículo 438 del Código, pero ello no necesariamente significa que carezca de esta condición.

Ya se dijo que a la par de las excepciones a la regla general de prohibición de la prueba de referencia, que expresamente establece el artículo 438, el legislador introdujo una excepción residual de carácter discrecional, que le permite al juez decidir potestativamente sobre la admisión de pruebas de referencia en casos distintos de los allí previstos, cuando se esté frente a eventos similares, y que del estudio de las características de las excepciones tasadas, surgía que los nuevos eventos debían cumplir, en principio, dos condiciones, (I) que el declarante no esté disponible, y (II) que su indisponibilidad derive de circunstancias especiales de fuerza mayor, racionalmente insuperables.

En el caso analizado, **Alfonso Ruiz Ramírez** no declaró en el juicio oral por hallarse residenciado en los Estados Unidos y porque la Fiscalía no contaba con la dirección para ubicarlo en el exterior, según se desprende de los elementos materiales probatorios aportados al proceso, y del escrito de acusación, donde se suministra como dirección conocida del testigo, para efectos de su citación al juicio con el fin de ser escuchado en declaración, la que tenía transitoriamente en Bogotá al momento de los hechos.

Estas especiales circunstancias muestran que las exigencias de no disponibilidad del testigo y de insuperabilidad racional de esa indisponibilidad, concurren en el caso analizado, pues el testigo se hallaba fuera del país, y la Fiscalía no estaba en condiciones de garantizar su comparecencia (voluntaria u obligatoria) al juicio. Y del proceso tampoco surge que estuvieran dadas las condiciones materiales para procurar o coordinar con éxito su asistencia”.

Cabe resaltar que la posibilidad de admitir como prueba de referencia las declaraciones rendidas por fuera del juicio por una persona cuya localización no es posible, tiene especial arraigo en la jurisprudencia española, en la que la exigencia principal es que la parte que pretende aducir dicho medio de prueba acredite la imposibilidad de ubicar y lograr la comparecencia del testigo⁹⁹.

La línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en lo que tiene que ver con la interpretación del literal b del artículo 438, fue complementada con la sentencia 29609 del 17 de septiembre de 2008, donde se admitió como prueba de referencia la declaración anterior de un menor que no compareció al Juicio oral por las presiones de sus familiares.

Los anteriores referentes jurisprudenciales evidencian el interés de la administración de justicia por flexibilizar el rigor del artículo 438, que consagra un listado de excepciones a la prohibición de prueba de referencia en apariencia insuficiente para afrontar adecuadamente las diversas situaciones que presenta la casuística.

En todo caso, debe tenerse en cuenta, como lo resalta la Corte Suprema en la última de las sentencias citadas, que la admisión de la prueba de referencia es excepcional y que en los eventos en que se admita este tipo de medios de conocimiento debe prestarse especial

⁹⁹ STC 41 del 27 de febrero de 2003, entre otras.

atención al tema de la valoración, aspecto del que nos ocuparemos en las siguientes líneas.

A manera de reflexión, cabe anotar lo siguiente: si la parte interesada en presentar a un testigo en juicio se entera de que éste va a salir del país y anticipa que no será posible su comparecencia al juicio, podrá optar por la alternativa de pedir la práctica de una prueba anticipada, no sólo para brindar mayores posibilidades de contradicción, sino porque una versión recibida ante un juez, bajo la gravedad de juramento, (preferiblemente a través de un interrogatorio cruzado, y debidamente documentada -audio o video-) puede resultar mucho más confiable para el fallador; dado que este no sería uno de los casos de limitación a la prueba de referencia establecidos por el legislador, a cerca de su imposibilidad para ser fundamento exclusivo de la sentencia.

2.4. La contradicción y valoración de la prueba de referencia.

Ya se ha resaltado que la razón de ser de la restricción a la admisibilidad de prueba de referencia está directamente asociada con la limitada confiabilidad de estos medios de conocimiento, circunstancia que se presenta básicamente por las limitaciones en la inmediación y en la contradicción. Sin embargo, la parte contra la que se aduce una prueba de referencia puede ejercer el contradictorio de diferentes maneras:

2.4.1. Frente a la credibilidad del testigo que percibió directamente los hechos penalmente relevantes.

Si la defensa pretende que se admita la declaración realizada por un testigo que luego fallece, es secuestrado, ha perdido la memoria o se encuentra en alguna de las circunstancias consagradas en el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal o en los caso a los que por razón de la jurisprudencia, se ha extendido la figura de la admisibilidad de prueba de referencia, la Fiscalía puede realizar las

indagaciones necesarias para verificar la credibilidad de esa persona, según los criterios trazados en el artículo 404 y en este sentido podrá demostrar: (I) que el testigo no se encontraba en el lugar de los hechos en el momento en que ocurrieron, (II) que tenía dificultades de percepción, derivadas de problemas físicos, de las características del objeto o de otros aspectos. (III) el interés personal del testigo en el caso objeto de conocimiento (IV) que esa persona mintió en otras oportunidades ante las autoridades judiciales u otra circunstancia.

2.4.2. Puede atacar la confiabilidad del medio a través del cual se lleva la prueba de referencia.

Partiendo del hecho de que la declaración rendida por fuera del juicio oral que, se pretende aducir como prueba de referencia, puede constar en un escrito, en una grabación fonóptica o en video, entre otros medios o puede ser llevada a juicio a través de un testigo; es claro que la parte contra la que se pretende aducir la declaración puede cuestionar la confiabilidad de dicho medio. Puede demostrar, por ejemplo, que el escrito que contiene la declaración ha sido alterado o que no fue suscrito por el declarante o puede establecer que el video o la grabación fonóptica han sido editados o alterados de cualquier otra forma. Así mismo, puede cuestionar la credibilidad del testigo mediante el que se pretende llevar la declaración; Ya sea por problemas de percepción o por interés personal en el asunto objeto de debate, entre otros aspectos.

El hecho de que se admita una determinada prueba de referencia no significa que tenga valor persuasorio, pues el alcance del artículo 381 del ordenamiento procesal se limita a impedir que la prueba de referencia sea fundamento exclusivo de la condena. Así las cosas, la prueba de referencia también debe ser objeto de valoración, para lo que puede tenerse en cuenta, además de los criterios generales consagrados en el artículo 404, aspectos como los siguientes: (I) el sentido de las palabras utilizadas por el declarante, sobre todo si se tiene en cuenta que éste no comparecerá al juicio y por tanto no habrá lugar a aclaraciones. También debe considerarse el contexto

en el que se hacen las afirmaciones, ya que esto puede incidir en el sentido de lo aseverado (II) El contenido real de la declaración, pues este medio de acreditación sólo puede ser utilizado para confirmar los temas o aspectos en él incluidos. (III) Las circunstancias bajo las que son hacen las afirmaciones, ya que algunas respuestas pueden ser producto de preguntas sugestivas, capciosas o con cualquier otro vicio que tergiverse las ideas del declarante.

Lo expuesto hasta ahora debe ser tenido en cuenta por el fiscal en el momento de establecer la eficacia de los medios de conocimiento a los que va a referirse en el juicio y también puede resultar útil para argumentar (en los alegatos finales) las razones por las que las pruebas aportadas son suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia más allá de duda razonable. Según lo anotado en otros apartados, durante la preparación del caso el fiscal tiene el deber de constatar si los problemas probatorios que debe afrontar tienen una respuesta razonable, basada obviamente, en los respectivos medios de acreditación. Esta preparación le es útil para defender su pretensión durante la audiencia de juicio oral. Cuando la acreditación de los hechos incluye prueba de referencia (admisible en los términos ya relacionados), es obligación del fiscal detectar los problemas que puede tener este medio de acreditación, ya sea para otorgarle el valor que realmente tiene, para ordenar los actos de investigación necesarios para hacer las respectivas verificaciones, para diseñar la mejor estrategia de presentación de la prueba con el fin de lograr el mayor nivel de persuasión, para lograr una adecuada corroboración u otro aspecto.

2.5. La utilización en el juicio oral de declaraciones anteriores del testigo.

En este apartado nos ocuparemos del desarrollo jurisprudencial sobre la posibilidad de que la parte que ofrece un testigo pueda utilizar sus declaraciones anteriores cuando se presenta alguno de los siguientes eventos: (I) Cuando el testigo cambia su versión o se

retracta en la audiencia de juicio oral (II) Cuando el testigo comparece a la audiencia de juicio oral pero se niega a responder y (III) Cuando no es posible lograr su comparecencia a la audiencia de juicio oral.

2.5.1. La utilización de las declaraciones anteriores del testigo cuando éste cambia su versión o se retracta en la audiencia de juicio oral.

Según se ha anotado, la prohibición general de admisión de prueba de referencia busca garantizar el derecho de contradicción y permitirle al juez la inmediación con los medios de acreditación pertinentes para conocer los hechos frente a los que debe tomar una decisión. De acuerdo con los conceptos atrás analizados, las declaraciones anteriores del testigo, incluso las recibidas bajo juramento por el fiscal, el juez de control de garantías u otro juez en otro proceso, constituyen prueba de referencia.

Sin embargo, el mismo ordenamiento permite que las declaraciones anteriores del testigo sean utilizadas para fines de impugnación. El artículo 393 de la Ley 906 de 2004 dispone que *“para contrainterrogar se puede utilizar cualquier declaración que hubiese hecho el testigo sobre los hechos en entrevista, en declaración jurada durante la investigación o en la propia audiencia de juicio oral”*. En lo que se refiere a la impugnación, el artículo 403 dispone, que está orientada a cuestionar la credibilidad del testimonio, entre otros aspectos, frente a manifestaciones anteriores hechas a terceros en entrevistas o durante su intervención en una audiencia preliminar ante el juez de control de garantías.

Finalmente, el artículo 347 reitera que las afirmaciones hechas en las exposiciones o declaraciones juradas, *“para hacerse valer en el juicio como impugnación, deben ser leídas durante el contrainterrogatorio. No obstante, la información contenida en ellas no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al contrainterrogatorio de las partes”*.

La anterior regulación no ofrece mayor dificultad cuando lo que se pretende es atacar la credibilidad del testimonio para que

el juez no lo tenga en cuenta como fundamento de la sentencia. Sin embargo, es posible que una de las partes pretenda ejercer el proceso de impugnación, no para que nada de lo expresado por el testigo sea tenido en cuenta por el juez, sino con la intención de que las declaraciones hechas por fuera del juicio sirvan de fundamento a una determinada pretensión. Este asunto ha sido tratado por la Corte Suprema de Justicia, aunque debe recalcar que hasta el momento no ha sido construida una doctrina pacífica sobre el particular.

En sentencia del 30 de noviembre de 2006, radicado 25978, la Corte Suprema de Justicia conoció en casación, de un caso de homicidio en el que el autor material se sometió a una forma de terminación anticipada del proceso y a raíz de ello se convirtió en el testigo principal en contra de los autores intelectuales. Dicho testigo se comprometió a colaborar con la Fiscalía a cambio de que ésta le brindara protección y entregó una declaración previa al juicio en la que daba cuenta de la identidad de los determinadores del homicidio. Durante la audiencia del juicio oral, el testigo se mostró reacio a ratificar lo que había expresado a la Fiscalía en el interrogatorio rendido con anterioridad, por lo que el fiscal del caso ejerció la impugnación a través de la lectura del documento donde estaba contenida dicha declaración y luego formuló algunas preguntas complementarias. El juez de conocimiento y el tribunal de Distrito que conoció en segunda instancia tuvieron en cuenta para su decisión lo expresado por el testigo en la declaración anterior a la audiencia de juicio oral. Aunque la defensa afirmó que dicha valoración es indebida porque la Ley 906 de 2004 impide tener como prueba las versiones de los testigos rendidas por fuera de la audiencia de juicio oral; la Corte hizo las siguientes consideraciones:

Sobre el alcance del artículo 347, la Corte considera que debe superarse su interpretación literal, aunque es cierto que la entrevista no puede ser tenida en cuenta como prueba "autónoma", sí puede ser valorada por el juez cuando es utilizada para fines de impugnación. Resalta la Corte que el ordenamiento procesal penal establece

expresamente el procedimiento que debe agotarse para dicho propósito:

“Por lo tanto, en el caso de que en el juicio oral un testigo modifique o se retracte de anteriores manifestaciones, la parte interesada podrá impugnar su credibilidad, leyendo o haciéndole leer en voz alta el contenido de su inicial declaración. Si el testigo acepta haber rendido esa declaración, se le invitará a que explique la diferencia o contradicción que se observa con lo dicho en el juicio oral. Véase cómo el contenido de las declaraciones previas se aportan al debate a través de las preguntas formuladas al testigo y sobre ese interrogatorio subsiguiente a la lectura realizada las partes podrán conainterrogar, refutando en todo o en parte lo que el testigo dijo entonces y explica ahora, actos con los cuales se satisfacen los principios de inmediación, publicidad y contradicción de la prueba en su integridad.”

La Corte concluye que el proceso de impugnación no sólo es útil para evitar que el juez tenga en cuenta en su decisión un determinado testimonio, sino que además puede dar lugar a que una declaración rendida antes del juicio oral se incorpore al testimonio rendido en este escenario:

“Véase cómo desde la perspectiva de la inmediación, el juez tiene en su presencia al autor del testimonio. Puede por ello valorar su cambiante posición frente a afirmaciones anteriores y también puede valorar lo manifestado al ejercer la última palabra, optando por la que en su convicción considere más fiable. Desde las exigencias de la publicidad ya se ha expuesto cómo el contenido de las declaraciones previas accede al juicio oral a través del interrogatorio y conainterrogatorio de las partes. Y frente al derecho de contradicción, queda salvaguardado con el hecho de que se permita a la parte contraria formular al

testigo todas las preguntas que desee en relación con los hechos previamente relatados e incorporados al testimonio en el juicio oral a través del procedimiento señalado”.

En lo que atañe a la utilización del mayor número de medios de acreditación posible, con los límites que consagran la ley para proteger otros intereses constitucionalmente relevantes, la Corte resalta que *“El juez debe tener libertad para valorar todas las posibilidades que se le pueden llevar al conocimiento de un hecho más allá de toda duda razonable, sin tener que desdeñar situaciones conocidas a través de medios procedimentales legales y obligatorios”*.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que este precedente de la Corte no ha sido adoptado en forma unánime, pues tanto en la sentencia en cita como en sentencia del siete de febrero de 2007, radicado 26727, los magistrados que aclararon el voto hicieron alusión a una interpretación diferente del artículo 347 de la Ley 906 de 2004, explicando que la estructura adversarial del nuevo sistema procesal penal y la vigencia de los principios de contradicción e inmediación, impiden que las declaraciones rendidas por un testigo por fuera de la audiencia de juicio oral puedan incorporarse a la declaración rendida en juicio. Los magistrados disidentes enfatizaron en el hecho de que ordenamiento procesal determina con claridad la forma correcta de utilizar las declaraciones anteriores al juicio: para refrescar memoria o impugnar la credibilidad del testigo.

Ante la disparidad de criterios que se evidencia en esta materia, y teniendo en cuenta que los precedentes de la Corte Suprema de Justicia, (según se vio en el módulo de argumentación) son relativamente obligatorios; (Dado que el funcionario judicial puede apartarse de estos siempre y que asuma la carga argumentativa que ello implica) resulta conveniente analizar la forma en que ha sido tratado este tema en el derecho comparado con el fin de obtener mejores elementos de juicio; ya sea para adoptar una posición

contraria a la expuesta mayoritariamente por la Corte o para defender la aplicación de dicha tesis cuando la contraparte pretenda que el juez se aparte de este precedente.

A pesar de las diferencias existentes entre el sistema de enjuiciamiento criminal anglosajón y el continental europeo, en los dos modelos el análisis de la prueba de referencia es abordado desde la perspectiva del derecho de contradicción y del principio de inmediación. En lo referente a la posibilidad de utilizar las declaraciones anteriores de un testigo que comparece a juicio para basar en estas la decisión, existe una clara coincidencia entre la tesis mayoritaria de la Corte y la regulación que de este tema ha sido hecha en el derecho español, tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo.

El Tribunal Constitucional ibérico, en sentencia 155 del 22 de julio de 2002, reiteró la línea jurisprudencial construida desde años anteriores, y esbozó consideraciones muy semejantes a las aducidas por la Corte Suprema de Justicia de Colombia en torno a la posibilidad de que el juez valore las declaraciones rendidas por un testigo ante los funcionarios de policía o ante autoridades judiciales en la etapa previa al juicio oral:

“[d]e acuerdo al contenido del artículo 714 lecrim, en el caso de que en el acto del juicio oral un testigo o un imputado (pues a este último se ha extendido jurisprudencialmente las previsiones legales que analizamos), modifique o se retracte de anteriores manifestaciones, se le podrá leer la declaración sumarial invitándole a que explique la diferencia o contradicción que se observe en la práctica del juicio oral. Es este interrogatorio subsiguiente a la lectura de las anteriores declaraciones, realizado en presencia y con el protagonismo de las partes, el que hemos considerado que satisface las exigencias de contradicción precisa para desvirtuar la presunción de inocencia, de manera que, en tales casos, el órgano judicial, podrá fundar la condena en una u otra versión de los hechos optando por la que, a su juicio,

tenga mayor credibilidad (...). Dicho de otro modo, si se cumplen las exigencias reseñadas el órgano sentenciador se encuentra ante pruebas válidas, y puede dar credibilidad a uno u otro testimonio y fundar sobre él la condena, ya que la defensa puede impugnar su contenido haciendo a su respecto las alegaciones que tenga oportunas”.

Si se compara esta sentencia del Tribunal Constitucional español con la providencia de la Corte Suprema de Justicia atrás reseñada, son evidentes algunas semejanzas entre los fundamentos, para concluir que los jueces (bajo determinadas circunstancias) pueden valorar las declaraciones rendidas por un testigo antes del juicio oral cuando estas son total o parcialmente contradictorias, así: (I) que el testigo esté presente en la audiencia de juicio oral, (II) que sea leída la declaración anterior (III) que se le pidan las respectivas explicaciones en desarrollo del juicio oral, (IV) que la parte contra la que se aduce el testimonio tenga la oportunidad de contrainterrogar, y (V) que el juez ejerza intermediación en dicho debate y a partir de ello adquiera los elementos suficientes para decidir por una u otra declaración. Una primera diferencia consiste en que en Colombia, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 906 de 2004, la defensa también tiene la posibilidad de recibir entrevistas o de pedir a un inspector de policía, a un alcalde o a un notario que le reciba declaración jurada a un testigo. Estas declaraciones también pueden ser utilizadas para fines de impugnación y por tanto, bajo las reglas objeto de análisis, pueden ser valoradas por el juez en el evento en que el testigo cambie la versión.

Sin embargo, la jurisprudencia española ha hecho algunas precisiones que son compatibles con la posición mayoritaria de la Corte Suprema y que pueden ser útiles para comprender mejor lo concluido en la citada sentencia 25978:

En primer lugar, se reitera que las declaraciones anteriores, para que puedan ser utilizadas con fines de impugnación y sean objeto de valoración por parte del juez, tienen que haber sido recibidas de

acuerdo a lo establecido en la Constitución y la ley. Esto debe tenerse en cuenta porque, según se verá en acápite posterior, la entrevista es un acto de investigación reglado, amén que el mismo no puede ser utilizado para tergiversar la verdad de ninguna manera, por lo que en la misma no podrán hacerse, por ejemplo, preguntas capciosas o preguntas sugestivas. Además, es importante que al recibir las declaraciones anteriores las personas sean suficientemente informadas de los privilegios derivados del artículo 33 de la Carta Política.

En cuanto a la lectura de la declaración anterior, el Tribunal Constitucional ha precisado que debe hacerse en condiciones que permitan a la contraparte el adecuado ejercicio del contradictorio. No basta, que la contraparte conozca la declaración rendida por fuera del juicio, sino que es necesario que tenga posibilidades reales de ejercer el derecho de contradicción¹.

Finalmente, y esta es una exigencia apenas lógica si se tiene en cuenta el deber constitucional y legal de motivar las decisiones judiciales¹, el juez debe explicar las razones por las que otorga mayor credibilidad a una u otra versión del testigo; en tal sentido, el Tribunal Constitucional español anota que: *“si bien el otorgamiento de credibilidad a un determinado medio de prueba (en concreto a unas determinadas declaraciones testificales), cuanto existen otros (otras declaraciones en este caso concreto aludido) con entidad suficiente para desvirtuarlo, se inserta en el ámbito más estrictamente subjetivo de la decisión del órgano judicial sentenciador, y por tanto más protegido, en principio, frente a cualquier posible control externo, también es necesario precisar que ese insuperable subjetivismo no puede llegar al extremo de arbitrariedad, constitucionalmente vedada a todos los poderes públicos y entre ellos, obviamente, al judicial”*¹.

Según se anunció en la parte primera de este apartado, en el derecho anglosajón y de incidencia anglosajona también se ha discutido la posibilidad de valorar las declaraciones anteriores del testigo cuando éste comparece al juicio oral. Se ha hecho énfasis en que *“se trata de*

un testigo que está testificando en juicio y que ha hecho una declaración fuera de Corte. Si el testigo está dispuesto a someterse a contrainterrogatorio por la parte afectada por tal declaración, su admisión en corte no choca con las razones para la exclusión de la prueba de referencia". Al respecto, el tratadista Ernesto Chiesa Aponte hace alusión a la forma en que ha sido tratado este tema en Estados Unidos y Puerto Rico, enfatizando en la necesidad de que la parte contra la que se presenta el testimonio anterior tenga la oportunidad de ejercer el contrainterrogatorio:

“Lo verdaderamente crucial para la defensa es contrainterrogar al testigo en torno a los hechos sobre los que versa la declaración anterior, y no sólo sobre haber hecho tal declaración y las circunstancias bajo las cuales se prestó la declaración. Una cosa es que la defensa opte, como cuestión de estrategia, por contrainterrogar sobre las circunstancias que rodearon la declaración anterior (si hubo coacción, etc.), como ocurrió en el caso de Stevenson; otra es que la defensa trate y no pueda contrainterrogar, al menos efectivamente en principio, sobre el contenido mismo de la declaración, de ordinario sobre los hechos imputados, como ocurrió en Owens. A nuestro juicio, cuando un testigo presta una declaración en la etapa investigativa o de procedimiento anterior sin sujeción a contrainterrogatorio del imputado, el derecho a confrontación exige, para su admisibilidad en el juicio como una “declaración anterior”, que el testigo se someta a contrainterrogatorio serio sobre los hechos relatados en la “declaración, sin que se considere suficiente que el testigo en corte afirme que hizo la declaración anterior y que no recuerda sobre los hechos relatados en ella. A nuestro juicio, la aplicación de “testigo no disponible” acarrea que el testigo no está sujeto a contrainterrogatorio con relación a la declaración en cuestión, por lo que no debe recurrirse a la excepción de “declaraciones anteriores”¹⁰⁰.

¹⁰⁰ CHIESA APONTE, Luis E, Ob.cit, s.p.

Puede concluirse entonces que la valoración de las declaraciones anteriores del testigo cuando éste comparece al juicio oral, es un tema del que se han ocupado otros importantes tribunales del mundo y que el punto central de discusión es la posibilidad que tiene la parte contra la que se presenta el testimonio de ejercer en forma adecuada el derecho de contradicción. En lo que respecta a Colombia, la discusión generada al interior de la Corte Suprema de Justicia se refiere al ejercicio del derecho de contradicción y a la necesidad de acopiar el mayor número de medios de acreditación posible para tomar una decisión justa en materia penal. En todo caso, sea cual fuere la posición que adopte, el fiscal debe prepararse para sustentar adecuadamente sus tesis en desarrollo de la audiencia, ya sea para solicitar que una declaración anterior de uno de sus testigos sea valorada por el juez (evento en el que deberá seguir los procedimientos indicados por la Corte y explicar suficientemente las razones por las que lo expresado por el testigo resulta confiable) o para solicitar que una declaración anterior de un testigo de la contraparte no sea objeto de valoración.

2.5.1.1. Análisis de las reglas fijadas por la Corte Suprema de Justicia para la valoración del testigo que se retracta o cambia su versión.

Finalmente, en lo referente a las reglas fijadas mayoritariamente por la Corte en torno a la valoración de declaraciones anteriores del testigo que comparece al juicio, cabe hacer las siguientes precisiones:

2.5.1.1.1. Lo común es que la impugnación de un testigo la haga la contraparte y esté orientada a restarle credibilidad al testimonio; por ello las normas citadas hacen alusión a que cuando las declaraciones anteriores sean utilizadas con dicho propósito deben ser leídas durante el conainterrogatorio. Sin embargo, tal como sucedió en el caso analizado por la Corte en la sentencia relacionada, es posible que la parte que solicitó la práctica del testimonio se vea enfrentada a que el testigo modifique de manera sorpresiva la versión que había entregado en la entrevista o declaración rendida antes del juicio oral;

en este caso, según la posición mayoritaria de la Corte Suprema, podrá realizar el procedimiento mencionado, con el propósito de incorporar la declaración anterior a la versión entregada durante el juicio oral. En lo que se refiere a las dificultades que puede enfrentar una parte con los testigos que ha solicitado, en el derecho comparado se admite inclusive que bajo ciertas circunstancias sea posible hacer excepciones a la prohibición de realizar preguntas sugestivas durante el interrogatorio directo:

“El fiscal da“comienzo con el examen directo del testigo, en el cual de ordinario no se permiten preguntas sugestivas. Por excepción se permite la pregunta sugestiva en el examen directo al testigo hostil, a la parte adversa o identificado con la parte adversa o a una persona con grandes limitaciones de expresión, bien por corta o edad o capacidad, o cuando por razón de pudor está renuente a hablar, como el caso de la víctima de delitos sexuales”¹⁰¹.

2.5.1.1.2. La posibilidad de valoración de declaraciones anteriores del testigo que comparece a la audiencia de juicio oral está supeditada a que se siga el procedimiento señalado por la Corte, es decir, a que sea utilizada la declaración anterior para fines de impugnación, a que sea leída la declaración anterior y a la posibilidad de que la contraparte ejerza el contradictorio. Así, si el fiscal considera útil que el juez valore lo que sus testigos o los testigos de la contraparte expresaron en declaraciones anteriores al juicio oral, debe cuidarse de utilizar adecuadamente dichas declaraciones en la audiencia de juicio oral, so pena de que la pretendida valoración no sea pertinente. Nótese que en la sentencia del siete de febrero de 2007, radicado 26727, la Corte hizo énfasis en que en ese caso las declaraciones anteriores no podían ser objeto de valoración porque no se siguió el procedimiento a que hemos hecho alusión.

¹⁰¹ CHIESA APONTE, Luis E, Ob.cit, s.p.

2.5.1.1.3. Aunque las normas relacionadas con la utilización de las declaraciones anteriores para fines de impugnación, e incluso la jurisprudencia que se ocupa del tema, hacen alusión a la lectura de la declaración anterior, la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico permite inferir fácilmente que lo fundamental es que la versión previa sea conocida en el desarrollo de la audiencia del juicio oral, independientemente del medio en que se encuentre contenida. En este orden de ideas, si se trata de una grabación fonóptica o de un video, deben ser reproducidos en juicio para que todos los intervinientes escuchen lo expresado por el testigo.

2.5.1.1.4. El fiscal debe anticiparse a la posibilidad de que uno o varios de sus testigos cambien su versión durante la audiencia del juicio oral o se retracten de lo expresado con antelación a esta, sobre todo cuando la relación entre la víctima y el acusado pueda dar lugar a presiones de diversa índole –piénsese, por ejemplo, en los delitos sexuales cometidos al interior de una determinada familia, o cuando se trate de la desarticulación de poderosas bandas delincuenciales con la judicialización de sus integrantes-. Parte de la preparación consiste en establecer las condiciones que han rodeado al testigo y que pueden llevarlo a cambiar su versión, como amenazas o presiones orientadas a evitar que el testimonio sea conocido por el juez. En esta materia, es importante prestar especial atención a los delitos sexuales, pues en ocasiones la dependencia económica, la relación sentimental entre los adultos (cuando la víctima es menor de edad), entre otros aspectos, pueden generar una atmósfera que conduzca al testigo a cambiar su versión. Si lo que se pretende es utilizar las declaraciones anteriores en los términos referidos en este apartado, es conveniente ilustrar al juez sobre las razones que puedan explicar o motivar el cambio de versión, según el caso.

2.5.1.1.5. La posibilidad de utilizar las declaraciones anteriores de los testigos ofrecidos por la Fiscalía, cuando estos cambian la versión o se retractan, debe ser siempre considerada al momento de establecer las estrategias para lograr que se haga justicia. Aunque es posible que

el cambio de versión obedezca a la mendacidad del testigo, (aspecto frente al cual el fiscal debe estar siempre atento para evitar convertirse en instrumento para la consumación de una injusticia) el ejercicio de la acción penal no puede ser abandonado o descuidado siempre que un testigo se retracte, pues es posible que el esté siendo víctima de un delito. Esto adquiere mayor gravedad cuando se trata de la víctima, porque es en casos como este en los que se presentan circunstancias de doble victimización. Así, a manera de ejemplo, si en una primera versión la víctima ha narrado coherentemente los hechos y estos son corroborados por otros medios de acreditación, el hecho de que se presente una retractación (incluso durante otra declaración por fuera del juicio oral), no significa que el caso deba ser abandonado y que la única salida posible sea solicitar la preclusión de la acción; por el contrario, en esos eventos debe intensificarse la labor investigativa con el propósito de establecer con claridad lo que ha ocurrido, (la víctima siente temor de perder el apoyo económico de su compañero y someter a sus hijos a la miseria, han mediado amenazas u otros hechos) sin perjuicio de la obligación que tiene el fiscal de garantizar la seguridad de la víctima y los testigos.

2.5.2. El testigo comparece a la audiencia de juicio oral pero se niega a responder

En el numeral anterior se expresaron los presupuestos que hacen legítima la valoración de las declaraciones anteriores del testigo cuando éste se retracta o cambia su versión durante la audiencia del juicio oral. Estos presupuestos, sin duda, están orientados a lograr un punto de equilibrio entre los intereses constitucionales involucrados en este tipo de situaciones, tales como: el esclarecimiento de la verdad y la garantía del debido proceso, (ambos presupuestos de la justicia material). Entre estos se incluye la posibilidad real de contradicción –indagar al testigo por los motivos del cambio de versión-, lo que supone el pleno conocimiento de la declaración anterior y la disposición del testigo a contestar las preguntas que le sean formuladas. Al respecto cabe recordar lo establecido en el

artículo 16 del ordenamiento procesal penal en el sentido de que el juez sólo puede valorar las pruebas sometidas a contradicción. Cosa distinta sucede con los testigos que comparecen al juicio, pero se niegan a contestar el interrogatorio y/o el conainterrogatorio a pesar de las advertencias que haga el juez sobre las consecuencias de faltar a la verdad.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia 26411 del 08 de noviembre de 2007, siempre en el contexto de testigos que se mostraron renuentes a responder durante la audiencia de juicio oral, concluyó que en esos eventos el juez puede valorar las versiones rendidas ante la Policía Judicial siempre y cuando hayan sido recogidas legalmente y hayan sido allegadas al juicio de acuerdo con lo establecido en el Código de Procedimiento Penal para tales efectos. La Corte apoyó su conclusión en los siguientes fundamentos:

2.5.2.1. Principales razones de la Corte para concluir que en estos casos la declaración anterior es admisible.

2.5.2.1.1. El concepto de prueba testimonial no es restrictiva.

“Por ello, el concepto de prueba testimonial como medio del conocimiento no es de cobertura restrictiva; no se puede entender cómo, si el testigo directo, en la audiencia del juicio oral se retracta o guarda silencio, entonces de nada valen las imputaciones que hizo ante el órgano de investigación o de indagación, las evidencias que suministró y que fueron aportadas legítimamente por el testigo de acreditación que también declara en el proceso”.

2.5.2.1.2. Lo dicho por el testigo en juicio, e incluso su decisión de no decir nada, se articula con la entrevista introducida a través del policía judicial.

“Es palmario que si ante el órgano de indagación e investigación dijo una cosa y en la audiencia de juicio oral y público dijo otra

(u optó por no responder absolutamente nada –aquí algún testigo tuvo esa actitud), **el testimonio** como evidencia del juicio que es, articulado con la evidencia que se suministre al proceso (entrevista, documento, acta, reconocimiento, video, etc.), y con el dicho del órgano de investigación e indagación (Policía Judicial, experto técnico o científico, testigo acreditado, etc.), ofrecen de hecho un diálogo a partir del cual es **legítimo** hacer inferencias probatorias a la luz de la contemplación material de la prueba testimonial, documental, etc.. **¡Esa es la esencia del papel del juez!**”.

2.5.2.1.3. El “proceso” a lo largo del cual el testigo entrega su versión.

“Es factible apreciar la credibilidad del dicho del renuente a partir del “**diálogo que ofreció durante el proceso** desde el momento del recaudo del elemento material probatorio y evidencia física legalmente aceptado en el juicio (art. 275 ib.); es viable **apreciar** la versión (incluso la actitud pasiva del testigo en la audiencia de juicio oral y público) y confrontarla con aquella que rindió ante el órgano de indagación e investigación para hacer **inferencias** absolutamente válidas¹¹², puesto que se trata en síntesis de apreciar un medio de conocimiento legítimo, de cara a los criterios de apreciación de cada prueba en concreto (testimonial, documental, etc.).

La Corte reitera su concepto de “proceso de suministro de información” y hace énfasis en que no es buen derecho desatender lo dicho con anterioridad por el testigo cuando en juicio se retracta o guarda silencio. En síntesis: No es regla del pensamiento judicial penal (tarifa probatoria negativa) predicar que si el testigo que ayer imputó ante el órgano de investigación y hoy se retracta o nada contesta en el juicio, por esa razón le imprima un sentido absolutorio a la sentencia. Dicho de otra manera, el juez tiene el deber constitucional y legal de apreciar las pruebas válidamente aducidas al proceso y fallar en justicia, de conformidad con el sistema de persuasión racional con apoyo en los medios probatorios con los que cuenta el proceso”.

Puede advertirse que existen diferencias sustanciales en la forma en que la Corte ha tratado el tema de la utilización de las declaraciones anteriores del testigo con el propósito de incorporarlas a la declaración rendida en el juicio: En el primer evento (cuando el testigo está dispuesto a responder y aclara el porqué del cambio), el alto tribunal hace énfasis en las posibilidades reales de contradicción como presupuesto de admisibilidad del medio de acreditación, mientras que en el segundo (cuando el testigo calla), los fundamentos de la posibilidad de valoración son asociados a la necesidad de esclarecer la verdad y a la trascendencia de las actividades realizadas por la policía judicial.

Sin desconocer la importancia de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia –aspecto que fue tratado en el módulo de Argumentación-, debe tenerse especial cuidado con la posibilidad de admitir como prueba las entrevistas del testigo cuando éste decide guardar absoluto silencio durante la audiencia del juicio oral, pues, en estricto sentido, desde la perspectiva del derecho de contradicción, no existen mayores diferencias entre el testigo que opta por no comparecer a la audiencia de juicio y el que decide comparecer pero no dice una sola palabra o simplemente expresa que no declarará sin importar las consecuencias jurídicas que de ello se deriven.

2.5.3. El testigo no comparece a la audiencia de juicio oral.

Aunque en otro apartado nos referimos a lo expresado por la Corte Suprema de Justicia en torno a la posibilidad de admitir como prueba de referencia las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral cuando no es posible lograr la comparecencia del testigo (27477 del seis de marzo de 2008), es conveniente retomar el tema para resaltar que las limitaciones al derecho de contradicción derivadas de la imposibilidad de contrainterrogar al testigo, tienen su espacio de discusión en el escenario de la prueba de referencia, ya que por implicar la limitación de la contradicción y la inmediatez, fue objeto de una específica reglamentación por parte del legislador, tanto

en su admisión excepcional como en su limitación para servir de fundamento exclusivo a la sentencia condenatoria. Así lo expresa la Corte en la providencia en mención.

Por tanto, la tendencia plasmada en la sentencia 27477, la más reciente de las que hemos analizado hasta ahora, aunada a la consideración de que el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal consagra una especie de cláusula residual en materia de admisibilidad de prueba de referencia, podría tenerse en cuenta para intentar una mejor solución a los casos en que el testigo se encuentra físicamente disponible en la audiencia del juicio oral, pero jurídicamente no lo está, dada la imposibilidad de obtener sus respuestas con respecto a los hechos que personalmente presencié.

UNIDAD 3

3. PRUEBA PERICIAL

I. Objetivos:

1. Utilizar adecuadamente la prueba pericial para la preparación y presentación del caso.
2. Ejercer un contradictorio contundente frente a la prueba pericial presentada por la defensa.
3. Reconocer los argumentos correctos para que la prueba pericial sea valorada según lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.
4. Desarrollar el manejo adecuado de las declaraciones de los testigos técnicos.

3.1. Concepto de prueba pericial.

En la primera parte de este módulo se hizo énfasis en que los hechos constituyen el referente del proceso penal, ya que es precisamente frente a ellos que debe adoptarse una determinada decisión. También

se anotó que ni el fiscal ni el juez tienen conocimiento directo de los hechos, por lo que el primero debe lograrlo mediante evidencias físicas e información legalmente obtenida y el segundo mediante las pruebas practicadas en la audiencia de juicio oral en desarrollo de los principios de inmediación, contradicción y publicidad. En los casos en que el asunto penalmente relevante incluye aspectos que superan el conocimiento corriente, puede ser necesaria la intervención de un experto para lograr que el conocimiento de los hechos sea el adecuado. En el ordenamiento jurídico colombiano y en el derecho comparado, se anota lo siguiente sobre el concepto e importancia de la prueba pericial:

“La prueba pericial es procedente cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados”¹⁰².

“La prueba pericial ha sido definida como aquella que se realiza para aportar al proceso las máximas de la experiencia que el juez no posee o no puede poseer y para facilitar la percepción y la apreciación de los hechos concretos objeto del debate”¹⁰³.

“una prueba de auxilio judicial para suplir la ausencia de conocimientos científicos o culturales de los jueces, porque en definitiva, y como medio probatorio, ayuda a constatar la realidad no captable directamente por los sentidos, en manifiesto contraste con la prueba testifical o la de inspección ocular (o reconocimiento judicial)”¹⁰⁴.

“Cuando conocimiento científico, técnico o especializado sea de ayuda para el juzgador entender la evidencia o determinar un hecho en controversia, un testigo capacitado como perito en

¹⁰² Artículo 405 del Código de Procedimiento Penal.

¹⁰³ CLIMENT DURAN, Carlos. La Prueba Penal. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999

¹⁰⁴ Tribunal Supremo Español, sentencia del 28 de octubre de 1997.

relación con la materia sobre la cual va a declarar podrá testificar en forma de opiniones o de otra manera”¹⁰⁵.

La regla general (artículo 402 C.P.P.) es que las personas declaren sobre lo que personalmente les consta, por lo que en principio, las opiniones no son admisibles. La excepción más importante a esta regla la constituye la prueba pericial, pues el experto generalmente es llamado a rendir opiniones precisamente por poseer conocimientos que no tiene el fallador. Sin embargo, existen matices entre la regla general consagrada en el artículo 402 y las conceptualizaciones u opiniones permitidas en la prueba pericial; veamos:

En primer lugar, no es extraño que los testigos –no peritos- emitan ciertos conceptos u opiniones durante sus intervenciones, aunque la legislación establezca que deban referirse únicamente a los hechos que directa y personalmente han percibido¹⁰⁶. Al respecto, el tratadista Ernesto L. Chiesa Aponte se refiere a la liberalidad con la que en el derecho anglosajón o de incidencia anglosajona ha sido tratado este tipo de conceptos:

“El tribunal supremo ha sido muy liberal al permitir las opiniones de testigos legos: estado de ánimo de una persona, aspecto de enfermo de una persona, velocidad de carros, apariencia de que una persona es cuerda o loca. Salvo casos extremos, no se sostiene una objeción de este tipo de opinión en el examen directo de un testigo, pues el concontrainterrogatorio es mecanismo adecuado para que el testigo sea más concreto sobre lo que percibió o conoce de los hechos en controversia. Es precaria, en muchos contextos, la distinción entre un hecho y una opinión, entre un juicio de hechos y un juicio de opinión o valorativo. Si un testigo declara que vio pasar a un vehículo

¹⁰⁵ CHIESA APONTE, Ernesto. Ob.cit. pág. 331.

¹⁰⁶ ART. 402.—Conocimiento personal. El testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir. En caso de mediar controversia sobre el fundamento del conocimiento personal podrá objetarse la declaración mediante el procedimiento de impugnación de la credibilidad del testigo.

a velocidad exagerada, el contrainterrogatorio es apropiado para que el testigo exprese lo que él quiso decir con velocidad exagerada. (...) es poco menos que imposible evitar una serie de opiniones o conclusiones del testigo en virtud de la naturaleza misma del lenguaje”¹⁰⁷.

Estas aclaraciones son pertinentes porque en ocasiones resulta inevitable que los testigos de la Fiscalía o los de la defensa emitan ciertas opiniones (“estaba nervioso”, “tenía miedo”, “estaba alterado”, entre otras) y es necesario que el fiscal se encuentre preparado para afrontar la situación; ya sea pidiéndole a sus testigos que expliquen cuáles son los hechos que sirven de fundamento a una determinada conclusión (“estaba sudando”, “palideció”, “su rostro se enrojeció”, “estaba tembloroso” u otro hecho relevante) o haciendo uso adecuado del contrainterrogatorio cuando este tipo de conceptos sean emitidos por los testigos de la contraparte. Además, el fiscal debe estar preparado para oponerse en forma oportuna a las preguntas formuladas por la contraparte, cuando estén orientadas a obtener opiniones de quien no ha sido citado al proceso en calidad de experto e inclusive para objetar las respuestas cuando el testigo pretenda emitir opiniones sin que ello le haya sido pedido por quien lo está interrogando.

En relación con las opiniones que emiten los testigos que no tienen la calidad de peritos merece especial atención lo relacionado con los reconocimientos o la identificación de voces, manuscritos u otros, que pueden hacer los declarantes durante su intervención en la audiencia de juicio oral. Es posible que un testigo identifique que una voz corresponde a una persona con la que frecuentemente conversaba o declare que los rasgos caligráficos de un determinado manuscrito coinciden plenamente con los de una persona a quien conocía lo suficiente para identificarlos. En estos casos parece que el testigo declara simplemente sobre aspectos que ha conocido en forma directa y personal (el tono y demás características de la voz de

¹⁰⁷ Obra citada, volumen III, pag 330.

una persona, los rasgos caligráficos, etc.), más no actúa como perito, por lo que la solicitud y práctica de la prueba debe sujetarse en cada caso, a las reglas del testimonio y no a las de la prueba pericial. De todas formas, durante el interrogatorio debe sentarse las bases para permitir que el testigo declare sobre esos aspectos: la relación con la persona de la que supuestamente provino la voz o quien es autora del manuscrito, el tipo de comunicación que sostenía con ella, la frecuencia con que lo hacía, entre otros.

En otro nivel se encuentra al denominado testigo técnico, entendido según la Corte Suprema de Justicia, como *“aquel sujeto que posee conocimientos especiales en torno a una ciencia o arte, que lo hace particular al momento de relatar los hechos que interesan al proceso, de acuerdo con la teoría del caso(...)*Dicho de otra manera, el testigo técnico es la persona experta en una determinada ciencia o arte que lo hace especial y que al relatar los hechos por haberlos presenciado se vale de dichos conocimientos especiales”.¹⁰⁸

El tema del testigo técnico ha tenido un amplio desarrollo en la doctrina y la jurisprudencia española:

Climent Durant resalta que el testigo técnico es la persona que posee conocimientos especiales que le permiten percibir de mejor manera ciertos hechos penalmente relevantes. Se diferencia del perito, resalta este autor, en que el testigo técnico conoce los hechos por fuera de la actuación penal (como el experto en mecánica automotriz que viaja casualmente en un autobús y puede percibir, gracias a sus conocimientos, una falla mecánica que a la postre desencadena un accidente con resultados fatales), mientras que la intervención del perito se da precisamente dentro de dicha actuación, independientemente de la etapa en que acontezca (como cuando se le encarga a un perito en mecánica automotriz analizar el vehículo accidentado para establecer la posible causa del accidente)¹⁰⁹.

¹⁰⁸ CSJ, 11 de abril de 2007, radicado 26128.

¹⁰⁹ CLIMENT DURAN, Carlos. Ob.cit, pag. 472.

Sin embargo, en la práctica puede presentarse una situación en la que sea difícil diferenciar al testigo perito del testigo técnico, pues es factible que el testigo perito en ejercicio de su función, perciba hechos nuevos que resulten relevantes desde la perspectiva penal, como también lo es, que el testigo técnico, además de describir los hechos que personal y directamente ha percibido, emita algunos conceptos relacionados con su especial capacitación.

En el derecho ibérico se discute sobre los alcances de la declaración del testigo técnico, pues sostienen algunos que éste, además de relatar los hechos los explica o aclara desde su conocimiento específico, obrando así como un perito. Otros afirman que el testigo sólo puede ser catalogado como perito si es convocado como tal, aunque aceptan que al testimonio puede dársele una valoración especial a partir de las calidades especiales del deponente, mientras otros concluyen:

“en definitiva, así como quien inicialmente es solo un perito puede adquirir también la calidad procesal de testigo, a condición de que perciba hechos hasta entonces no aportados al proceso por ningún otro medio probatorio, es igualmente posible que quien en principio es tan sólo testigo presencial de algún hecho pueda también comparecer al proceso en calidad de perito, dados sus conocimientos técnicos, bien porque así haya sido formalmente solicitado por alguna de las partes, bien porque, sin haberse hecho tal solicitud formal, las partes consienten expresa (de manera explícita o implícita) e inequívocamente interrogarle contradictoriamente sobre su valoración técnica acerca de lo por él personalmente percibido”¹¹⁰.

Esta diversidad de situaciones exige que el fiscal sea capaz de identificar oportunamente en qué momento se encuentra frente a

¹¹⁰ Ob.cit. pags. 473 y 474.

un testigo sin ninguna calificación o cuándo se trata de un testigo técnico y cuándo de un perito. Esto con el fin de determinar cuál es la normatividad aplicable y así diseñar la mejor estrategia para llevar el conocimiento al juez (cuando se trata de sus propios testigos) o para ejercer debidamente el contradictorio (cuando se trata de los testigos de la contraparte).

En lo referente al primer aspecto debe aclararse que la condición de perito no emana exclusivamente de los títulos universitarios o de estudios certificados, esta puede provenir del conocimiento especializado que adquiere una persona en razón de su profesión, arte u oficio. En tal sentido, en un evento determinado la calidad de perito la puede tener un campesino experto en un tema específico del agro, un mecánico automotriz que ha aprendido empíricamente u otra persona en similares condiciones.

Merece un comentario especial lo referente a la calidad de perito que puede tener un investigador con respecto a la forma en que se desarrollan determinadas actividades delincuenciales. En efecto, es posible que un investigador experto en temas de narcotráfico o en cualquier otra actividad al margen de la ley, comparezca al juicio para emitir su opinión calificada sobre aspectos puntuales que resulten necesarios para una mejor comprensión de los hechos. Por ejemplo, podrá informar las estrategias generalmente utilizadas para distraer la atención de la policía, tales como propiciar la captura de un integrante de la banda que lleve consigo sustancias con características semejantes a las de la droga, que previamente ha sido impregnada en sus prendas de vestir (con el olor del alcaloide) para que los perros adiestrados la detecten. Con esto facilitan el paso de quien lleva la sustancia ilegal en cantidades importantes. En tales eventos el fiscal debe explicar la pertinencia y conducencia del concepto especializado, demostrando la calidad de experto que tiene la persona cuya opinión pretende hacer valer como prueba en el juicio.

3.2. Características especiales de la prueba pericial.

Aunque la prueba pericial tiene alguna semejanza con la prueba testimonial, razón por la cual el artículo 405 del Código de Procedimiento Penal dispone que al perito le sean aplicables en lo que corresponda, las reglas del testimonio; es necesario resaltar algunas de sus características principales para establecer los alcances de la regulación establecida en la Ley 906 de 2004.

Aunque es cierto que el ordenamiento jurídico colombiano, al igual que el de muchos otros países, dispone que sólo es prueba la practicada durante la audiencia del juicio oral, (bajo los principios de inmediación, contradicción, publicidad, entre otros) ha de entenderse que en las más veces la actividad principal del perito (la relacionada con su profesión o especialidad) se realiza por fuera de la audiencia del juicio oral, en laboratorios u otros lugares adecuados, por lo que en dicha audiencia se explican básicamente los procedimientos adelantados y las respectivas conclusiones. Sin embargo, aunque la actividad realizada por fuera de la audiencia del juicio oral sea fundamental en materia de prueba pericial, es necesario que la información que obtiene el perito a partir de la observación y aplicando sus conocimientos específicos, llegue al juez a través de un procedimiento que garantice la inmediación, la contradicción y la publicidad; presupuestos básicos del debido proceso probatorio regulado en el nuevo ordenamiento procesal penal.

El legislador colombiano reguló la forma como debe articularse la actividad realizada por los peritos por fuera y durante la audiencia de juicio oral, así:

Los artículos 406, 412, 413, 414 y 415 de la Ley 906 de 2004 regulan el proceso de elaboración y presentación de los informes derivados de los experticios solicitados por las partes. De esta regulación puede destacarse lo siguiente: (I) las investigaciones o análisis realizados por los peritos deben ser consignados en informes que se entienden

presentados bajo la gravedad de juramento (406), (II) las partes pueden presentar informes de peritos de su confianza y pedir que estos sean citados a la audiencia del juicio oral (413 y 415), (III) el juez “admite” el informe y a partir de ello dispone la citación del perito (en todo caso debe entenderse que no se trata de la admisión del informe como prueba, pues el artículo 415 establece con claridad que la admisión del informe está supeditada a que el perito comparezca a la audiencia de juicio oral) (414), (IV) el interrogatorio y contrainterrogatorio de los peritos en la audiencia de juicio oral tendrán como punto de referencia los informes presentados con antelación (412) y (V) el informe por sí sólo no puede admitirse como prueba (415)¹¹¹.

En el derecho comparado se encuentran regulaciones semejantes a la colombiana, al parecer orientadas a la articulación de la importante actividad realizada por el perito por fuera de la audiencia de juicio oral (plasmada en los respectivos informes) con los principios medulares del debido proceso probatorio: inmediación, contradicción, publicidad, entre otros¹¹².

En estrecha relación con el tema hasta ahora analizado, en Colombia se discute si el informe presentado por el perito debe ser admitido como evidencia, si ello es improcedente en todos los casos o si queda a discreción de las partes solicitarlo y al criterio del juez aceptarlo. Al respecto cabe anotar lo siguiente:

¹¹¹ En el mismo sentido, la doctrina española resalta que “en cualquier caso, la realización de la prueba pericial durante el acto del juicio oral presupone la existencia de un informe pericial, que ordinariamente se produce en la fase sumarial, o también durante la etapa del juicio oral, pero antes de iniciarse la sesión del juicio. Puede afirmarse que con la realización de la prueba pericial durante el acto del juicio oral queda probatoriamente completado”. (CLIMENT DURÁN, Ob.cit, pag. 456).

¹¹² Por ejemplo, el Tribunal Supremo Español, en providencia del ocho de julio de 1997, resaltó: “es sabido que la prueba pericial debe practicarse, si es posible, en el acto del juicio oral. Pero dichas pruebas, al menos casi todas ellas, exigen que con anticipación los expertos hayan llevado a cabo su tarea, muchas veces difícil y compleja cuando no necesitada de tiempo y análisis exhaustivos. En cualquier caso es un acto de auxilio judicial para suplir la ausencia de conocimientos científicos o culturales, sirviendo así para constatar una realidad no captable directamente por los sentidos en contraste con otras pruebas. Ello no obstante, y en la línea de lo dicho es una prueba que carece de virtualidad probatoria definitiva si no se desenvuelve de manera total, como consecuencia de lo que la inmediación, la publicidad, la oralidad y la contradicción imponen en el plenario.”

De acuerdo con las normas que regulan la prueba pericial en Colombia, puede concluirse que el informe sí es admisible como evidencia, no sólo por la amplia regulación de su elaboración y presentación, sino además porque el artículo 415, en su parte final, dispone expresamente que *“en ningún caso, el informe de que trata este artículo será admisible como evidencia, si el perito no declara oralmente en el juicio”*, de lo que se infiere que si el perito va a juicio el informe sí es admisible como evidencia.

Aunque algunos sostienen que la admisión del informe como evidencia puede ser contraria a los principios que rigen un sistema con tendencia acusatoria, puede concluirse, por lo menos en lo referente al debido proceso probatorio, que estos son observados si la parte contra la que se aduce el dictamen tiene la posibilidad de ejercer el contradictorio en la audiencia de juicio oral; ya sea contra interrogando al perito o presentando evidencia de refutación. Además de esto, el juez tendrá intermediación sobre el medio de acreditación cuya publicidad también estará garantizada. La aceptación del dictamen como evidencia no implica que el perito no sea sometido al interrogatorio cruzado, ni limita el debate frente a lo expuesto por el experto, pero sí puede contribuir a que el juez tenga un mejor conocimiento del caso, así como a facilitar el trabajo previo a la emisión del sentido del fallo, lo que justifica su admisión como evidencia.

La posibilidad de admitir el informe pericial cuando el perito comparece a la audiencia del juicio oral, implica el riesgo de que con el informe sean introducidos conceptos o conclusiones no mencionados por el experto durante su intervención, lo que inclusive puede equivaler a la admisión del informe sin que el perito comparezca a la audiencia del juicio oral. Por esto, la comparecencia no ha de entenderse únicamente como la presencia física, sino esencialmente como la explicación que hace el experto de sus conclusiones, así como de su fundamento, en desarrollo de los principios de intermediación, contradicción y publicidad. El fiscal debe estar atento a este tema,

para evitar que el informe o parte de este, ingrese como prueba en el evento en que el perito presentado por la defensa no se haya referido a todos los aspectos contenidos en el reporte.

3.3. El descubrimiento del dictamen pericial.

La legislación nacional regula de manera amplia el descubrimiento de la prueba pericial, pues (además de ser cobijada por las normas generales sobre descubrimiento probatorio) en el artículo 415 dispone que toda declaración de un perito deberá estar precedida de un informe resumido en donde se exprese la **base de la opinión** pedida por la parte que propuso la práctica de la prueba. Este informe debe ser puesto en conocimiento de las demás partes por lo menos con cinco (5) días de anticipación a la celebración de la audiencia pública en la que será recibido el dictamen pericial, sin perjuicio de lo establecido en el código sobre el descubrimiento de la prueba.

A partir de lo dispuesto en esta norma se discute sobre lo que debe entenderse por **base de opinión pericial** para determinar el alcance del descubrimiento orientado a garantizar el derecho de contradicción.

El tratadista Ernesto Chiesa Aponte afirma que en el sistema de incidencia anglosajona la base de opinión pericial está constituida por la información a partir de la cual el perito emite su concepto. Afirma que dicho conocimiento puede ser personal (como en el caso del médico que opina sobre la condición del paciente a quien ha observado directamente) o puede ser allegado por el perito durante el juicio, a partir de las pruebas practicadas. Añade que el conocimiento del perito también puede provenir de terceras personas, como cuando se basa en las historias clínicas o en la información que los pacientes o los parientes de éste le suministran.

En la sentencia 25920 del 21 de febrero de 2007, la Corte Suprema de Justicia concluye que la **base de opinión pericial** es el **informe pericial**. Aclara además el alcance del artículo 415 en lo que se refiere al descubrimiento, en el sentido de que si el dictamen es obtenido en la fase investigativa, debe sujetarse a las reglas generales de descubrimiento y cuando se obtiene con posterioridad, debe descubrirse a más tardar cinco días antes de la celebración de la audiencia pública:

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

Puede observarse que en lo que respecta a la *base de opinión pericial*, la Corte Suprema de Justicia no hace la distinción a la que se refiere el autor Chiesa Aponte, pues la asimila al informe que debe rendir el perito (con todos los datos que el mismo debe contener). En todo caso, cualquiera que sea el alcance que se le de al concepto de *base de opinión pericial*, debe entenderse que las partes tienen derecho a conocer oportunamente las bases del concepto emitido por el perito con el fin de preparar el contradictorio, atendiendo así a las finalidades del descubrimiento probatorio¹¹³.

Con respecto a la trascendencia del descubrimiento del informe, la Corte Suprema de Justicia ha resaltado que *“en aras de los principios de igualdad de armas y contradicción los informes periciales deben integrarse al proceso de descubrimiento probatorio así como real y efectivamente conocidos por la contraparte, para que pueda diseñar una estrategia, si fuese de su interés”*¹¹⁴.

¹¹³ Nos remitimos a lo expresado en el acápite destinado a este tema

¹¹⁴ CSJ, auto 27536 de septiembre seis de 2007.

Finalmente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 415 del Código de Procedimiento Penal; dado que la base o informe de opinión pericial debe ser puesta en conocimiento de las demás partes **por lo menos** con cinco días de antelación, es necesario tener en cuenta que este constituye un término mínimo, reservado a aquellos eventos en los que no sea posible hacer un descubrimiento pleno en la audiencia de acusación o en la audiencia preparatoria. En este orden de ideas, si la defensa pretende demostrar la inimputabilidad mediante prueba pericial, debe hacer el descubrimiento en la audiencia de acusación y sólo en circunstancias extremas podrá postergarse el conocimiento del informe para que la Fiscalía prepare el contradictorio. Es más, si la Fiscalía conoce el informe o la base de opinión (el legislador utiliza indistintamente los dos términos) cinco días antes del juicio oral y este tiempo resulta insuficiente para preparar el contradictorio, puede pedir al juez un tiempo adicional, pues el fin principal de las normas sobre descubrimiento es precisamente garantizar el adecuado ejercicio del derecho de contradicción, según se indica en el respectivo acápite.

3.4. Estructura del dictamen pericial.

La estructura básica del dictamen pericial podría expresarse así: (I) Los hechos que sirven de base a la opinión, (II) Los procedimientos realizados por el perito, de acuerdo con su conocimiento especializado y (III) las conclusiones que debe incluir la regla que permite pasar de los datos obtenidos a la conclusión.

En cuanto a los hechos que sirven de base a la opinión pericial, debe tenerse en cuenta la manera en que el perito los descubre o los conoce, pues según se indicó en párrafos anteriores, ello puede ocurrir por percepción directa y personal, a través de las pruebas practicadas en el juicio o mediante la información suministrada por otras personas (como en el caso de las historias clínicas).

Es posible que el perito fundamente el análisis en hechos conocidos, como en el caso en que el dictamen se basa en la información

suministrada por testigos u otros medios de acreditación. Es también posible que el perito, al realizar observaciones o análisis, descubra hechos nuevos y edifique sus conceptos sobre esa realidad fáctica que ha develado en ejercicio de su labor, como en los siguientes eventos: (I) el perito médico es quien analiza al paciente, (II) el perito en mecánica automotriz examina los vehículos involucrados en una colisión, (III) el arquitecto valora el daño causado a una edificación, entre otros. En estos casos, además de sus opiniones, el perito estará poniendo en conocimiento del juez, hechos que ha percibido directamente; por lo que es aplicable lo expresado en párrafos anteriores con respecto a la prueba pericial.

Si el perito elabora sus conceptos u opiniones a través de una determinada realidad fáctica, es necesario verificar si la información sobre dicha realidad es realmente confiable. Así las cosas, si esos datos los conoce el perito por percepción directa y personal, deben ser verificadas las condiciones bajo las que realiza dicha percepción, según los criterios analizados en el acápite destinado a la prueba testimonial. Si los datos le son suministrados por otras fuentes, debe verificarse que estas, además de admisibles, sean confiables.

La Corte Suprema de Justicia se ha referido a los datos que sirven de base al perito para emitir sus conceptos (aunque no los denomina base de opinión pericial, como en el derecho anglosajón) analizando su importancia. En el contexto de los dictámenes médico legales, el alto tribunal enfatizó en que los peritos médicos pueden basarse en la información contenida en la historia clínica, pues si esta sirve de soporte a los médicos para tomar decisiones trascendentales con respecto a la vida y a la salud de las personas, no existen motivos para concluir que son poco confiables para servir de fundamento en un dictamen pericial, sin perjuicio del derecho que tienen las partes de pedir oportunamente la declaración de quienes elaboraron dichos reportes, cuando ello resulte necesario¹¹⁵.

¹¹⁵ CSJ, sentencia del 21 de febrero de 2007, radicado 25920.

En tal sentido, ha de entenderse que las “instrucciones para interrogar a un perito”, consagradas en el artículo 417 del Código de Procedimiento Penal, que se limitan al examen sobre el conocimiento técnico, deben ser complementadas con las reglas inherentes a la prueba testimonial, según lo ordenado expresamente en el artículo 405 ídem, en especial cuando el perito, además de su rol como experto, debe dar cuenta de algunos hechos relevantes para el esclarecimiento de un determinado caso.

En tal sentido, el profesor Chiesa Aponte resalta que, en general, un perito debe ser interrogado sobre: (I) sus calificaciones como perito, (II) el asunto objeto de su testimonio pericial y (III) los hechos, datos y circunstancias a los que se refiere en su declaración¹¹⁶.

En cuanto a la prueba pericial también debe tenerse en cuenta los criterios técnico-científicos utilizados por el perito para llegar a una conclusión determinada. En efecto, si el experto se basa en conceptos revaluados o poco confiables, es muy factible que sus conclusiones no sean aceptadas por el juez, sobre todo cuando, durante el contradictorio, la contraparte hace notar dichas falencias. En el mismo sentido, si el experto debe utilizar aparatos para realizar las observaciones, mediciones o exámenes necesarios, debe verificarse que dichos aparatos se encuentren en buen estado, que sean aptos para cumplir la finalidad para la que son utilizados y que les haya sido hecho un mantenimiento adecuado, entre otros aspectos. Si recordamos las razones por las que es necesaria la prueba pericial (primera parte de este acápite) resulta obvio que esta es admisible siempre que la información que el experto transmita al juez sea confiable.

En armonía con lo anterior, el fiscal debe establecer el carácter de experto de quien rinde el dictamen, sobre todo teniendo en cuenta las especiales características del problema probatorio al que se

¹¹⁶ Obra Cit. Volumen III, página 334.

enfrenta. Así las cosas, es posible que un médico legista se encuentre en capacidad de dictaminar adecuadamente sobre las características y consecuencias de unas lesiones personales, pero tenga dificultad para establecer la causa de la muerte de un niño durante el parto.

En cuanto a las conclusiones, el fiscal debe verificar lo siguiente: (I) que las razones que sirven de soporte a la conclusión estén debidamente expresadas, (II) que la conclusión sea claramente expresada. (III) que el perito se encuentre en capacidad de explicar adecuadamente las razones por las que es posible llegar a la conclusión, que será defendida en juicio, a partir de unos datos determinados. Con respecto al último aspecto, es fundamental el conocimiento técnico científico expresado, en este caso, como una regla o máxima que permite explicar el paso de los datos a la conclusión. (IV) que todas las premisas que sirven de soporte a la conclusión se hallen debidamente explicadas o sustentadas.

3.5. Algunos aspectos a tener en cuenta frente a la prueba pericial.

1. El fiscal debe verificar la confiabilidad de la información que suministra el perito. Debe tener en cuenta si el perito se está refiriendo a hechos (características de unas determinadas heridas, condiciones mecánicas del vehículo, entre otros) descubiertos en ejercicio de su función, pues en tal caso es necesario analizar todo lo que se refiere a la percepción y a los demás factores de valoración de la prueba testimonial a que hicimos alusión en otro apartado. Además, debe considerarlo razonado con el conocimiento del perito, las herramientas utilizadas para realizar el dictamen y en general, todo lo que se refiera a la confiabilidad del concepto u opinión con el que pretende persuadir al juez.
2. No basta con que exista un dictamen pericial para concluir que cierto hecho penalmente relevante será acreditado. Debe evaluarse la calidad del experto, pues es factible que la defensa

presente un perito más confiable y por ende la Fiscalía no logre sostener la pretensión punitiva. El tratadista Ernesto Chiesa Aponte resalta la forma en que en Estados Unidos, los tribunales se han inclinado por darle más credibilidad a un médico especializado en el área relacionada con la opinión pericial que a un médico general o con otras especializaciones.

3. Es propio del dictamen relacionarse con temas especializados; por lo que es factible que el juez tenga dificultades para aprehender el conocimiento que el perito pretende transmitirle; por esta razón el legislador dispuso expresamente la posibilidad de utilizar evidencia demostrativa que haga más comprensible el testimonio del experto¹¹⁷. Dado lo anterior, el fiscal debe tomar las medidas necesarias para garantizar que la información que posee el perito pueda ser transmitida de manera adecuada¹¹⁸.
4. El perito es un “testigo privilegiado” en el sentido de que puede consultar permanentemente *“documentos, notas escritas y publicaciones con la finalidad de fundamentar y aclarar sus respuestas”*¹¹⁹. Es importante que el fiscal tenga presente esta situación, sobre todo cuando el perito lo olvida o cuando las circunstancias hagan aconsejable consultar este tipo de documentos.
5. Es fundamental que el fiscal planee de manera adecuada el interrogatorio que va a hacer al perito, evitando con esto que algún aspecto importante no sea tenido en cuenta y logrando que la información se transmita de manera coherente y clara.

¹¹⁷ ART. 423.—Presentación de la evidencia demostrativa. Será admisible la presentación de evidencias demostrativas siempre que resulten pertinentes y relevantes para el esclarecimiento de los hechos o para ilustrar el testimonio del experto.

¹¹⁸ En este aspecto existe plena coincidencia con sistemas procesales de otros países. Ya es conocida la importancia de la evidencia demostrativa en el derecho anglosajón. En el derecho continental europeo también se hace énfasis en la necesidad de utilizar todos los mecanismos posibles para que el juez aprehenda el conocimiento que le pretende transmitir el perito; por ejemplo, Climent Durán (obra citada, página 524), afirma: “Pueden acompañarse fotografías para la mejor descripción y comprensión de lo percibido como nuevo por el perito o peritos dictaminantes, así como croquis o dibujos y, en general, cualquier otra cosa que pueda contribuir a entender mejor el objeto de la percepción novedosa”.

¹¹⁹ Artículo 417 de la Ley 906 de 2004.

6. El fiscal siempre debe tener en cuenta los criterios de valoración de la prueba pericial expresados en el artículo 420 del Código de Procedimiento Penal, procurando que durante el interrogatorio el juez adquiera la información necesaria para realizar dicho examen para que luego, en la clausura, se encuentre en capacidad de explicar las razones por las que la prueba pericial resulta confiable. Es pertinente recordar que el dictamen pericial no vincula al juez y por tanto no puede ser valorado como cualquier otro medio probatorio.¹²⁰.
7. Debe tenerse en cuenta que las reglas de evidencia, incluyendo las relacionadas con la prueba pericial, también vinculan a la defensa; por tanto, si ésta va a hacer uso del concepto de expertos, debe descubrirlos oportunamente, dado que la Fiscalía puede ejercer el contradictorio utilizando para ello las herramientas que le brinda el ordenamiento jurídico¹²¹.

¹²⁰ La jurisprudencia nacional viene reiterando desde hace muchos años que el dictamen pericial no vincula al juez, pues, a pesar de sus características, es una prueba más. Esta misma línea de pensamiento se observa en el derecho comparado. Por ejemplo, el Tribunal Supremo Español, en providencia del 28 de octubre de 1997, resaltó: “Los dictámenes periciales son opiniones, dictámenes o pareceres de los técnicos en la materia, como reflejo de actos puramente personales. Más como tales opiniones han de estar sometidos, al igual que el resto de los medios probatorios utilizados en el proceso, al principio de la libre valoración de la prueba que demanda, prioritariamente, una conjunta valoración sin conceder “a priori” valor superior a un medio sobre otro. Si respecto a un tema concreto se hubieran llevado a cabo distintas pruebas, además de la pericial, con resultado diferente, claro es que entonces se reconoce al órgano judicial la facultad de llevar a cabo esa conjunta valoración de la prueba, que permite estimar que la verdad del hecho no es la que aparece expuesta por la prueba pericial sino la que ofrecen otros medios probatorios, también cuando los jueces razonablemente discrepen de todo o de parte del contenido pericial (ver sentencias del 22 de febrero de 1996, 13 y 12 de marzo, 27 de febrero de 1995, 14 de septiembre y 13 de julio de 1994)

¹²¹ En providencia del seis de septiembre de 2007, radicado 27536, la Corte hizo alusión a la obligación que tienen las partes de descubrir oportunamente los dictámenes periciales, como presupuesto de su admisibilidad: En consecuencia, para la Sala es nítido que el sentenciador de primer grado permitió el testimonio de los peritos aludidos, sin que la representante de la fiscalía y el apoderado del acusado cumplieran con la carga, según la cual, la declaración de los expertos debe estar precedida de un informe donde conste la opinión pericial, que en aras del derecho de contradicción debe ser puesta en conocimiento de las partes “al menos con cinco (5) días de anticipación a la celebración” del juicio oral, situación que aquí no se cumplió.

ACTIVIDAD DE APRENDIZAJE 7

1. Analice el siguiente caso y determine: (I) La utilidad del testimonio de Carlos, (II) ¿En qué calidad presentaría a Carlos en la audiencia de juicio oral: testigo “lego”, testigo técnico o perito? (III) ¿Qué aspectos deben ser verificados para argumentar sobre la credibilidad del testimonio de Carlos?

Carlos, experto en mecánica automotriz, viaja en calidad de pasajero en un vehículo de servicio público. Carlos escucha un ruido en el vehículo y le advierte al conductor que debe detener la marcha porque el ruido que escuchó le permite inferir que el sistema de frenos está fallando. El conductor hace caso omiso, e incrementa la velocidad a 100 kilómetros por hora *“para demostrarle que el carro está perfecto”*. Al llegar a una curva el conductor intenta disminuir la velocidad pero el sistema de frenos no responde. Tal como lo había pronosticado CARLOS.

2. Analice el siguiente caso y determine: (I) ¿Está el perito incurso en alguna causal de impedimento? (indique el fundamento legal), (II) ¿Qué podría hacer el fiscal para contar con la prueba pericial, sobre todo si se tiene en cuenta que esta es determinante?, (III) Prepare una argumentación orientada a conseguir que la prueba pericial sea practicada.

Durante la audiencia preparatoria el fiscal solicita la práctica de una prueba pericial determinante para esclarecer un delito. Luego de iniciada la audiencia pública y antes de que el perito rinda el testimonio, el fiscal descubre que el perito es hermano del acusado y que le había sido ocultada esta situación.

UNIDAD 4

4. ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS O EVIDENCIA FÍSICA

4.1. Objetivos:

1. Analizar oportunamente la legalidad de los procedimientos que permiten el hallazgo de los elementos materiales probatorios.
2. Determinar la utilidad de los elementos materiales probatorios de acuerdo con las cargas probatorias inherentes a cada delito o a la teoría del caso de la defensa.
3. Utilizar adecuadamente las evidencias físicas en las audiencias preliminares y en la audiencia de juicio oral.
4. Demostrar la autenticidad de las evidencias físicas.
5. Valorar correctamente las evidencias físicas.
6. Argumentar en forma correcta sobre la admisibilidad de las evidencias físicas presentadas por los demás intervinientes.

4.2. Concepto.

La delimitación del concepto de elemento material probatorio o evidencia física estará orientada a establecer en estricto sentido qué objetos o elementos comprende esta categoría y cuáles no están comprendidos en ella.

La Ley 906 de 2004 no define expresamente lo que ha de entenderse por elemento material probatorio o evidencia física. En el artículo 275 se encuentra una relación, no taxativa, de lo que puede entenderse por *“elementos materiales probatorios y evidencia física”*: (I) lo que sea dejado *“por la ejecución de la actividad delictiva”*, (II) los medios utilizados *“para la ejecución de la actividad delictiva”*, (III) los *“efectos provenientes de la ejecución de la actividad delictiva”*, (IV) lo que sea descubierto, recogido y asegurado *“en desarrollo de” la diligencia investigativa de registro y allanamiento, inspección corporal y registro personal*, (V) *“los documentos hallados o que han sido entregados voluntariamente por quien los tenía en su poder o que han sido abandonados”*, (VI) *Lo que se obtiene” “mediante grabación, filmación, fotografía, video o cualquier otro medio avanzado”*, (VII) Los archivos electrónicos o de intercambio de datos por cualquier medio tecnológico.

En la doctrina y la jurisprudencia también se hace mención a algunos objetos que pueden ser catalogados como elementos materiales probatorios o evidencia física. Física:

Pietro Ellero¹²², al abordar el tema de lo que denomina la prueba real¹²³ o *“el cuerpo del delito”*, menciona los siguientes ejemplos de evidencia física: *“(I).- los instrumentos con que se delinque; (II).- las cosas en que consiste y se perpetúa la ejecución material del delito; (III).- las*

¹²² ELLERO, Pietro. De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1968.

¹²³ Otros autores denominan esta clase de pruebas como Prueba Material o Evidencia Real; entre ellos se cuenta: Andres Baytelman Y Mauricio Duce, Litigación Penal Juicio Oral y Prueba, Editorial Ibáñez, Nicola Framarino Dei Malatesta, *“Lógica de las Pruebas en Materia Criminal”*, Italia 1912, versión castellana, editorial Temis 1997, y Chiesa Aponte, ob.cit., pág. 967

huellas dejadas por el mismo; (IV).- los frutos que de él se derivan; (V).- los objetos llevados o dejados por el reo; (VI).- los documentos extrajudiciales”.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia¹²⁴, al referirse al mismo tema, concluye: *“evidencia real” es “la que queda naturalmente a manera de huella o rezago del delito, como un lago hemático, el cadáver, las armas de fuego, los vidrios destrozados, etc.”* En otra de sus sentencias, dicha corporación¹²⁵ intenta definir los elementos Materiales Probatorios y de establecer en qué momento se convierten en prueba a la luz del sistema acusatorio colombiano; en tal sentido asevera que elemento material probatorio es *“todo objeto, instrumento o medio de conocimiento conducente al descubrimiento de la verdad en los términos que ejemplificativamente indica el artículo 275 ...”* Por su parte, las pruebas son *“aquellos” –elementos materiales–probatorios –en tanto ingresen al torrente procesal con la inmediatez del juez”*. Es decir, que los elementos probatorios son objetos con carácter probatorio, que se convertirán en prueba cuando sean discutidos y controvertidos en juicio, con la inmediatez del juez de conocimiento.

Así pues, a partir de los conceptos desarrollados por la jurisprudencia y la doctrina, es posible obtener una noción de lo que es elemento material probatorio que permita determinar, a su vez, lo que no es. Elemento material probatorio o evidencia física será entonces toda cosa u objeto que directa o indirectamente pueda aportar información acerca de uno o varios aspectos estructurales del delito o de la identidad del acusado, es decir, la cosa u objeto que por si solo tenga la cualidad demostrativa o probatoria de las circunstancias en que ocurrió un delito. Esto constituye la fuente primaria de la información que le es aportada al juez, que no proviene de un testigo o de un elemento, con excepción de lo referente al testigo de acreditación o a los testigos peritos que lo analizan.

¹²⁴ Sentencia 25920 del 21 de febrero de 2007, MP Javier Zapata Ortiz, pie de pagina numero 20, llamada popularmente como “sentencia del Campin”, se constituye como una de la decisiones más importantes en materia probatoria, frente al tema de elementos materiales probatorios y prueba documental.

¹²⁵ Sentencia 25007 del 13 de septiembre de 2006.

Ahora bien, ya que los documentos (tal como se definen en el código penal¹²⁶ y el código de procedimiento civil¹²⁷, y como están ejemplificados en la ley 906 de 2004¹²⁸) reúnen algunas de las características generales de los elementos materiales probatorios, analizaremos en este acápite los aspectos que les sean aplicables, sin excluir la posibilidad de que, en capítulo aparte, sean analizados los aspectos particulares de la prueba documental.

Con respecto a la importancia que pueden tener los elementos materiales probatorios en el proceso de conocimiento de los hechos, los autores Chilenos Andrés Baytelman y Mauricio Duce¹²⁹ consideran lo siguiente:

“Las sociedades modernas se caracterizan por tener una cultura eminentemente audiovisual, en donde las representaciones en imagen forman parte de nuestra vida cotidiana y son una de las principales formas de acceso a la información, educación y diversión. Esta es la razón por la cual la introducción de documentos y objetos como prueba en el juicio debiera ocupar una parte importante del desarrollo de las audiencias orales y estos debieran constituir elementos probatorios muy relevantes. ver una imagen, escuchar un sonido resulta clave para comprender una historia, aún cuando nuestro relator sea claro y ameno”.

Lo anterior no significa necesariamente que los elementos probatorios sean más importantes que los testigos, pues lejos de pretender hacer una categorización de los diferentes medios de

¹²⁶ Artículo 294: “Para los efectos de la ley penal es documento toda expresión de persona conocida o conocible recogida por escrito o por cualquier medio mecánico o técnicamente impreso, soporte material que exprese o incorpore datos o hechos, que tengan capacidad probatoria”

¹²⁷ Para el artículo 251 del CPC, documento es “... *todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo*”, incluyendo “*las declaraciones en lápidas, monumentos, edificios o similares*”.

¹²⁸ Artículo 424 y 275.

¹²⁹ Ob.cit. pág. 235.

prueba, es necesario resaltar la importancia de las cosas u objetos (incluidos los documentos) que directa o indirectamente pueden dar cuenta de los hechos penalmente relevantes, para que el juez pueda tener una mejor percepción de sus circunstancias. Por ejemplo: las imágenes que pueden ser captadas por una cámara de seguridad y que son reproducidas al juez¹³⁰, le proporcionarán un mejor conocimiento de lo ocurrido, que puede ser robustecido con la ayuda de los testigos directos, en caso de que éstos existan o puede ser narrado, explicado o ampliado durante la audiencia de juicio oral.

Al igual que el testimonio, los elementos probatorios deben reunir ciertos requisitos especiales para convertirse en prueba, lo que implica el agotamiento de una serie de etapas que van desde su obtención hasta su presentación y valoración en la audiencia del juicio oral. El análisis que realice el equipo de la Fiscalía sobre estos medios de acreditación debe incluir su pertinencia, poder persuasorio, legalidad y autenticidad.

4.3. Pasos y requisitos para que las evidencias físicas se conviertan en prueba.

Si se entiende el proceso como una secuencia de fases que se van agotando paulatinamente, tenemos que los elementos materiales probatorios también atraviesan una serie de etapas y deben contemplar ciertos requisitos específicos para que puedan convertirse en prueba. Para los fines de este trabajo, analizaremos los siguientes aspectos: (I) hallazgo (II) utilidad –pertinencia- (III) legalidad -procedimiento de consecución- (IV) autenticidad; (V) aducción en la audiencia de juicio oral (VI). valoración.

4.3.1. Hallazgo: Los elementos materiales probatorios o evidencias físicas son hallados en desarrollo de los actos de investigación que realiza la Policía Judicial bajo la dirección del Fiscal e inclusive pueden

¹³⁰ Llamado por la Corte Suprema de Justicia como “testigo silente” (sentencia 25920 del 21 de febrero de 2007).

ser suministrados por los denunciantes, las víctimas o cualquier persona que haya tenido acceso a ellos. Los actos de investigación son de diversa naturaleza y admiten múltiples categorizaciones. Por ejemplo, puede hablarse de actos urgentes y actos derivados de un programa metodológico, de actos que afectan derechos fundamentales y de actos que no afectan dichas garantías, entre otros. En términos generales, los elementos materiales probatorios pueden ser obtenidos en la inspección realizada al sitio de los hechos, en la inspección a cadáveres, en las diligencias de allanamiento y registro, en las denominadas intervenciones corporales o incluso durante las entrevistas e interrogatorios, cuando quien responde decide poner a disposición de la Fiscalía un determinado elemento que resulte útil para la investigación.

El hallazgo del elemento material probatorio está íntimamente ligado con dos aspectos fundamentales para que éste pueda servir de fundamento a la decisión judicial: la legalidad y la autenticidad.

4.3.2. La legalidad: El artículo 276 del Código de Procedimiento Penal establece que *“la legalidad del elemento material probatorio y evidencia física depende de que en la diligencia en la cual se recoge o se obtiene, se haya observado lo prescrito en la Constitución Política, en los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes en Colombia y en las leyes”*.

Esta norma debe ser armonizada con los artículos 29 de la Constitución Política y 23 y 455 del Código de Procedimiento Penal, que regulan las consecuencias de la violación de garantías fundamentales en el proceso de consecución de los medios de acreditación. En efecto, el artículo 29 de la constitución política, establece que es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso¹³¹, el artículo 23 dispone que toda prueba –directa o derivada- obtenida

¹³¹ Debe entenderse violación de derechos fundamentales, según aclaración hecha por la Corte Constitucional en la sentencia SU-159 de 2002. También ha de tenerse en cuenta que esta norma, por ser anterior a la Ley 906 de 2004, consagra el término nulidad, y no el de exclusión, figura regulado expresamente en los artículos 23 y 455 del ordenamiento procesal penal. De todos modos, en la sentencia SU-159 de 2002 ya la Corte había analizado el tema de la exclusión de evidencia, como consecuencia de la violación de garantías fundamentales.

mediante violación de garantías fundamentales “*será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal*”, y el artículo 455 establece los criterios para analizar el nexo entre la violación de garantías fundamentales y una prueba determinada.

En armonía con lo explicado en otro apartado de este trabajo en torno a los requisitos constitucionales y legales para la legitimidad de los actos de investigación que implican la afectación de derechos fundamentales (allanamiento y registro, interceptación de comunicaciones, toma de muestras, entre otros), cabe resaltar que el fiscal debe realizar un minucioso análisis de estoa antes de ordenar un procedimiento de esta naturaleza. Además debe constatar que los funcionarios de policía judicial hayan procedido conforme a lo establecido en la Constitución y la ley, en lo que se refiere al cumplimiento de su obligación de velar por la vigencia del ordenamiento jurídico, así como al control –previo o posterior- que debe ejercer el juez de garantías, y a su deber de garantizar la efectividad de la justicia, que puede ser seriamente afectada cuando los medios de acreditación necesarios para conocer los hechos son excluidos por transgresiones relevantes al ordenamiento jurídico. En términos más simples: elemento material probatorio –u otro medio de acreditación- no representan ninguna utilidad para la justicia si no pueden servir de fundamento a la decisión judicial por haber sido obtenidos de manera ilícita.

Aunque el fiscal es el director de la investigación, la Policía Judicial y los peritos que presten su colaboración a la administración de justicia también deben tener especial cuidado al realizar los procedimientos. Piénsese, por ejemplo, en los exámenes invasivos que deben ser practicados a la víctima en desarrollo de los denominados actos urgentes. En esta actuación debe acatarse lo resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C-822 de 2005, en la que fueron fijadas las reglas para que este acto de investigación estuviera de acuerdo con el ordenamiento jurídico. En lo que se refiere a los peritos, según

se expresó en el acápite destinado a la prueba pericial, es posible que durante sus procedimientos, ellos encuentren evidencias físicas, cuyo carácter probatorio depende en buena parte de la forma en que son realizados los procedimientos.

Lo anterior supone que todos los integrantes del equipo de la Fiscalía conozcan plenamente el ordenamiento jurídico, esto es, las disposiciones constitucionales y legales que regulan los diversos actos de investigación, incluyendo las sentencias de los altos tribunales y la normatividad internacional que hacen parte del denominado bloque de constitucionalidad. En todo caso, debe tenerse presente que es mucho más fácil adoptar las medidas necesarias para que las actuaciones se ajusten al ordenamiento jurídica, que entablar complicadas batallas jurídicas orientadas a “salvar” las evidencias derivadas de un procedimiento ilegal, sin perjuicio, claro está del compromiso que existe con la protección de las garantías constitucionales.

El conocimiento referido abarca lo siguiente: (I) el tipo de acto de investigación –interceptación de comunicaciones, –búsqueda selectiva en bases de datos, registro u otro- (II) los requisitos del respectivo acto de investigación –control previo o posterior, motivos fundados, orden escrita, límites del procedimiento, entre otros, (III) el componente técnico, esto es, los procedimientos que deben ser agotados para que el acto de investigación cumpla los fines esperados.

La determinación de las características del acto de investigación, especialmente en lo que tiene que ver con la afectación de derechos fundamentales, con el fin de establecer cuándo es necesario acudir ante el juez de garantías a efectos del respectivo control. En efecto, no todos los actos de investigación que realiza la Fiscalía tienen que ser controlado por los jueces, el artículo 250 de la Constitución Política establece este requisito únicamente para las actuaciones que implican la limitación de garantías constitucionales. Al respecto,

la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 16 de mayo de 2007, radicado 26310, se refirió a las nocivas consecuencias que para la actuación penal puede representar la aplicación de controles judiciales improcedentes.

4.3.2.1. Cláusula de exclusión:

En conformidad con lo expresado en párrafos precedentes, la legalidad de los procedimientos mediante los que es obtenida la evidencia física está íntimamente ligada a la posibilidad de que sea utilizada como prueba en la audiencia del juicio oral e inclusive en las diferentes audiencias preliminares. En tal sentido, resultan necesarias algunas precisiones en torno a la exclusión de evidencias.

Inicialmente debe tenerse en cuenta que la actuación penal involucra diversos intereses constitucionales. La víctima y la sociedad tienen legítimo interés en que los delitos sean esclarecidos y los responsables sancionados, no sólo con el fin de proteger los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, consagrados en el orden interno y en tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad¹³², sino además para la protección futura de los bienes jurídicos tutelados penalmente. Existe un interés, igualmente legítimo, en que la limitación de derechos fundamentales que suele ser inherente a la actuación penal no supere lo establecido en el ordenamiento constitucional, ratificado y puntualizado por el legislador al regular cada procedimiento en particular. El balance entre estos grupos de intereses es, sin duda, uno de los objetivos primordiales de la normatividad penal.

En lo que se refiere a la investigación, el orden jurídico permite la limitación de derechos fundamentales, pero a la vez impone límites orientados a evitar actuaciones desproporcionadas frente a

¹³² Véase al respecto la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, que comienza con la sentencia C-288 de 2002 y abarca pronunciamientos tan importantes como las sentencias C-454 de 2006, C-209 y C-210 de 2007, entre otras.

la intangibilidad que tienen de suyo estas garantías. Sin embargo, históricamente ha sido corroborado que no basta la implementación de límites constitucionales o legales. Es necesario crear otros mecanismos de protección de las garantías básicas de los ciudadanos. Uno de estos lo constituye precisamente la cláusula de exclusión.

La exclusión de evidencias constituye una falta sancionable referida a los actos que afecten derechos fundamentales por fuera de los lineamientos constitucionales y legales. Uno de sus objetivos primordiales consiste en enviar un mensaje claro y contundente sobre las consecuencias de violar derechos fundamentales, orientado a disuadir a las autoridades -e incluso a los particulares¹³³- de incurrir en ese tipo de violaciones cuando pretenden obtener medios de acreditación con carácter probatorio. La sanción consiste en que los medios de acreditación obtenidos de esa manera no puedan ser utilizados en la actuación penal, ni siquiera para fines de impugnación¹³⁴.

La Ley 906 de 2004, en su artículo 23, acogió la teoría de los “*frutos del árbol ponzoñoso*”, denominación metafórica de la evidencia derivada. Según esta, la exclusión no sólo cobija la prueba directamente obtenida con la violación de derechos fundamentales, sino además “*las que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia*”¹³⁵.

A pesar de lo importante que pueda resultar la cláusula de exclusión para la protección de derechos fundamentales, su aplicación puede implicar la afectación de otros intereses constitucionalmente relevantes, especialmente los derechos de la víctima a la verdad, a

¹³³ Aunque en Estados Unidos la cláusula de exclusión busca tener un efecto disuasivo frente a los investigadores oficiales, en Colombia, por las especiales características de nuestro ordenamiento jurídico, los efectos de la cláusula de exclusión también cobija la actuación de los particulares. Véase al respecto la sentencia SU-159 de 2002.

¹³⁴ Véase al respecto la sentencia C-210 de 2007

¹³⁵ Sobre los antecedentes de la cláusula de exclusión, incluyendo la teoría de los frutos del árbol ponzoñoso, puede consultarse la obra de Ernesto L. Chiesa Aponte, *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*. En la sentencia Su-159 de 2002 la Corte Constitucional también hace un importante recuento de este instituto.

la justicia y a la reparación, así como el interés de la sociedad en la prevención del delito; sobre todo cuando los medios de acreditación excluidos resultan indispensables para el ejercicio de la acción penal. Por ello, el fiscal debe tener un conocimiento adecuado de las normas que regulan la exclusión de evidencia, incluyendo los referentes jurisprudenciales más importantes, para evitar que la evidencia sea excluida cuando no haya lugar a ello.

Es necesario reiterar que la medida más importante para evitar la exclusión de evidencia es velar porque las actuaciones que implican la afectación de derechos fundamentales sean realizadas conforme a lo dispuesto en la Constitución Política y en la ley. Frente a órdenes debidamente sustentadas, sometidas al oportuno control del juez y a procedimientos respetuosos de los derechos fundamentales, difícilmente procederá la exclusión de la información recopilada.

Las discusiones más frecuentes con respecto a la exclusión de evidencia suelen abarcar los siguientes aspectos.

1. La violación de derechos fundamentales. El presupuesto esencial para la aplicación de la cláusula de exclusión es precisamente la afectación de derechos fundamentales. Si el fiscal logra demostrar la inexistencia de la trasgresión de garantías sostenida por la defensa, serán innecesarias otras consideraciones, pues la cláusula de exclusión, (no sólo desde sus antecedentes históricos sino además desde la literalidad de las normas que la regulan en el ordenamiento jurídico colombiano¹³⁶) se encuentra indefectiblemente asociada con la violación de garantías de trascendencia constitucional. Al respecto debe tenerse en cuenta que la parte que pretenda la exclusión de evidencia (fiscalía o defensa) debe indicar cuál es la garantía trasgredida y si es

¹³⁶ Artículo 29 de la Constitución Política: “será nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso”. Artículo 23 del Código de Procedimiento Penal: “toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.

necesario, suministrar las evidencias que den cuenta de dicha violación¹³⁷.

A manera de ejemplo, es posible que en un determinado caso la defensa afirme que la policía de vigilancia violó el derecho a la intimidad al haber practicado un registro personal sin agotar los procedimientos consagrados en el Código de Procedimiento Penal, en contravía de lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-822 de 2005. Al respecto, quizá al fiscal le baste con afirmar que no hubo violación de derechos fundamentales, dado que no se trató de un acto de investigación sino de un acto de control realizado por la Policía Nacional en cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales y que por tanto, no estaba sujeto a los requisitos propios de la actuación regulada en el artículo 248 del Código de Procedimiento Penal. Esto porque se trató de un registro poco invasivo y por tanto proporcional, si se tiene en cuenta los fines estrictamente preventivos perseguidos con este¹³⁸.

2. Para aplicar la cláusula de exclusión no es suficiente con que se demuestre la existencia de una violación de derechos fundamentales; es necesario además que exista una evidencia física u otro medio de acreditación y que este tenga un nexo real y significativo con la afectación de la garantía fundamental.

Para analizar este aspecto debe recordarse que la exclusión de evidencias (a pesar de constituir un importante mecanismo de protección de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados con la investigación penal) puede afectar intereses

¹³⁷ Las cargas demostrativas dependerán del vicio que se aduzca y de los requisitos consagrados para el respectivo acto de investigación. Por ejemplo, si la defensa alega que se realizó una búsqueda selectiva en bases de datos sin la previa autorización del juez, será la Fiscalía la que tenga que demostrar que sí pidió dicha autorización –cuando la misma resulte necesaria de acuerdo a las características de la información recogida-. Si la defensa aduce, por ejemplo, que una persona fue presionada indebidamente para entregar cierta información, deberá acreditar dicha presión.

¹³⁸ En el módulo de argumentación, concretamente en el acápite destinado al estudio del precedente judicial, se hace alusión a un caso conocido por la Corte Suprema de Justicia donde se analiza la diferencia entre actos de control y actos de investigación, y las implicaciones que ello tiene al momento de analizar la legalidad de la actuación.

constitucionalmente relevantes, especialmente los derechos de la víctima a la verdad, a la justicia y a la reparación, así como el interés legítimo de la sociedad en que las conductas punibles sean sancionadas. Por tanto, la exclusión sólo se justifica cuando las evidencias están relacionadas con la trasgresión de las garantías fundamentales y cuando su relación implica un nexo tal, que justifique privar al operador jurídico de información relevante para tomar una decisión justa.

El artículo 455 del Código de Procedimiento Penal establece algunos criterios para analizar la existencia del nexo entre la violación de las garantías fundamentales y la evidencia obtenida, así como para establecer su grado de intensidad. Dichos criterios son: (I) fuente independiente (II) vínculo atenuado y (III) descubrimiento inevitable¹³⁹.

4.3.2.1.1. **Fuente Independiente:** Puede hablarse de fuente independiente cuando, a pesar de existir una violación de garantías fundamentales, es posible demostrar que la evidencia cuya exclusión se pretende no está realmente relacionada con dicha irregularidad. Por ejemplo, si los policías judiciales cuentan con información suficiente para pedir una orden de allanamiento y registro y a pesar de ello deciden ingresar sin autorización al inmueble en el que, como saben, se encuentra la evidencia; no tocan nada, y luego solicitan la orden sólo con base en la información que poseían antes de la irregularidad¹⁴⁰, podría concluirse que no existe una verdadera conexión entre la actuación irregular y la evidencia, pues el hallazgo de esta no tiene ninguna relación con el ingreso ilícito de los policías al inmueble. Por tanto, no existen razones para sacrificar los intereses de la víctima y la sociedad, sin que esto excluya las investigaciones penales y disciplinarias a que haya lugar.

¹³⁹ Sobre la constitucionalidad de esta norma puede consultarse la sentencia C-591 de 2005

¹⁴⁰ Frente a un caso similar los tribunales americanos se ocuparon de la figura de la fuente independiente. Véase al respecto la obra del Profesor Chiesa Aponte, atrás citada.

4.3.2.1.2. **Vínculo Atenuado:** El vínculo atenuado supone la violación de garantías fundamentales y la existencia de evidencias o cualquier medio de acreditación relacionado con la violación, pero conectado tan tenuemente con ésta, que su exclusión (con las consecuencias que puede implicar para los intereses constitucionales tantas veces mencionados) puede resultar una decisión desproporcionada y carente de real utilidad. Piénsese, por ejemplo, en un interrogatorio al indiciado realizado sin el cumplimiento de los requisitos orientados a la protección del derecho a la no autoincriminación, que es ratificado posteriormente, luego de transcurrir un tiempo significativo, en presencia del defensor y con la información suficiente sobre los derechos constitucionales y legales.

4.3.2.1.3. **Descubrimiento Inevitable:** Entre los criterios relacionados en el artículo 455 del Código de Procedimiento Penal, quizás el más complejo sea el **descubrimiento inevitable**, pues este supone la violación de garantías fundamentales y la obtención de evidencias claramente vinculadas con la actuación irregular. En este evento, la razón para mantener la evidencia en pro de los intereses de la víctima y la sociedad, está relacionada con el hecho de que, de todas formas, sería descubierta. Lo único que la actuación ilícita hizo fue anticipar un resultado inevitable. Así, citando como ejemplo un caso paradigmático sobre esta figura¹⁴¹, puede hablarse de fuente independiente en el caso en que los investigadores presionan indebidamente a un capturado por el delito de homicidio para que diga donde está el cadáver y logran con esto hallarlo. A pesar de esto la Fiscalía puede acreditar luego, que un grupo de búsqueda dispuesto con antelación para hallar el cuerpo, necesariamente lo encontraría, gracias a la información con la que contaba y al lugar en el que estaba realizando el operativo.

¹⁴¹ Los pormenores del caso pueden consultarse en la obra de Chiesa Aponte.

4.3.3. Utilidad de los elementos materiales probatorios (Pertinencia).

Luego de ser hallado el elemento probatorio, lo propio es analizar al interior del equipo investigativo (fiscal y policía judicial) la utilidad que la cosa u objeto encontrado y asegurado puede tener para el caso que se investiga. La utilidad se guía por las reglas de la pertinencia mencionadas en otro acápite y que están contenidas en el artículo 375 de la ley 906. Para analizar la utilidad del objeto hallado en el caso concreto, debe establecerse si el elemento material probatorio o evidencia física, se refiere *“directamente o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito”*.

Para establecer la utilidad del elemento material probatorio debe tenerse en cuenta lo siguiente:

1. La pertinencia, según lo establecido en el artículo citado (375), no se refiere únicamente a la relación directa de la evidencia física con los elementos estructurales del delito. En ocasiones la evidencia física puede ser útil para corroborar un testimonio o en general para fortalecer el poder persuasorio de otros medios de acreditación. Es posible, por ejemplo, que un arma no haya sido utilizada para cometer un determinado delito (un homicidio, por ejemplo), pero que su hallazgo en poder del acusado confirme lo expresado por uno de los testigos sobre la agresividad de aquél y al hecho de que constantemente amenazaba a las personas con ese tipo de artefactos. También es posible que una carta dirigida por el acusado a una niña distinta a quien figura como víctima de un delito sexual, permita establecer las tendencias del acusado con respecto a las menores de edad¹⁴².

¹⁴² Un ejemplo de ello aparece en sentencia del 30 de marzo de 2006, radicado 24468, donde la Corte analiza la trascendencia de la evidencia que da cuenta del comportamiento del acusado con otra menor de edad.

2. Para establecer la utilidad del elemento material probatorio es necesario que el fiscal estructure una hipótesis lógica y sostenible y que a partir de ella realice una adecuada calificación jurídica; que incluya todos los aspectos relevantes de la responsabilidad penal. Un elemento material probatorio puede no parecer útil para demostrar un aspecto estructural del tipo básico, pero sí para acreditar una circunstancia genérica de mayor punibilidad o para desvirtuar una causal de ausencia de responsabilidad. En todo caso, el conocimiento de la dogmática penal está íntimamente ligado a la determinación de la pertinencia de los elementos materiales probatorios, (y de los medios de acreditación en general) pues sólo a partir de dicho conocimiento puede establecerse con precisión lo que se debe probar; sólo así es posible establecer la utilidad de un determinado medio de acreditación.
3. Es necesario que el fiscal establezca previamente las estrategias defensivas, pues es posible que la utilidad del elemento material probatorio esté relacionada con la (s) teoría (s) que eventualmente pueda aducir la defensa.
4. Puede ocurrir que los elementos materiales probatorios que encuentre la Fiscalía a raíz de un determinado procedimiento no sean útiles para la investigación dentro de la que fueron ordenados y sin embargo resulten útiles para otras investigaciones o den lugar a iniciar una nueva actuación penal. Por ello es importante que al interior de la Fiscalía haya una adecuada comunicación, pues de esta manera se evita la pérdida de información valiosa para el adecuado cumplimiento de la función constitucional de esclarecer los delitos y acusar a sus presuntos responsables.

Finalmente, cabe anotar que existe una clara correlación entre legalidad, autenticidad y utilidad o pertinencia, pues es posible que un elemento material probatorio sea determinante para establecer un aspecto estructural del tipo penal por el que se procede, pero no

pueda ser utilizado por haber sido obtenido mediante violación de derechos fundamentales o es posible que siendo pertinente no existan posibilidades de demostrar su autenticidad.

4.3.4. Autenticidad.

En la primera parte de este trabajo se enfatizó en las dificultades que entraña el conocimiento de los hechos en materia penal, pues el fiscal en primer término y luego el juez, deben tomar decisiones frente a un acontecer fáctico del que no tuvieron conocimiento directo. Ello implica que el conocimiento de los hechos objeto de decisión deben lograrlo a través de los diversos medios de conocimiento: testimonios, dictámenes, evidencias físicas, entre otros. Para que un medio de acreditación pueda ser aceptado como fuente de conocimiento debe ser confiable; esta se determina de diferentes maneras, de acuerdo con el tipo de prueba de que se trate.

Además de la legalidad del procedimiento que da lugar a su obtención, las evidencias físicas son confiables cuando la parte que pretende usarlas como prueba se encuentra en capacidad de demostrar su autenticidad, esto es, cuando puede demostrar que una cosa u objeto es aquello que se dice que es, no sólo en cuanto a su entidad física (características, cantidad, peso, entre otras), sino en lo que se refiere a su origen (un documento elaborado o suscrito por una determinada persona), así como al lugar en el que fue hallada (la droga encontrada en un determinado domicilio o en poder de una determinada persona), entre otros aspectos.

Frente a la autenticidad de los elementos materiales probatorios deben hacerse las siguientes precisiones:

1. Aunque el Código de Procedimiento Penal regula con cierta amplitud lo referente a la cadena de custodia¹⁴³, debe tenerse

¹⁴³ Véanse, entre otros, los artículos 205, 206, 216, 254 y siguientes del C.P.P.

en cuenta que ésta es simplemente uno de los mecanismos para garantizar y demostrar la autenticidad de una evidencia. En efecto, el artículo 254 del código, indica que la cadena de custodia tiene como **fin** “*demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios*”, lo que confirma que la autenticidad es el fin y la cadena de custodia uno de los medios. Esta aclaración es importante debido a que en ocasiones se suele asimilar autenticidad con cadena de custodia.

En los primeros proyectos de Código de Procedimiento Penal se disponía que “*los elementos materiales probatorios son auténticos cuando han sido detectados, fijados, recogidos y embalados técnicamente, y sometidos a las reglas de cadena de custodia*”. Luego se determinó que esta norma debía ser complementada, pues su redacción inicial podía generar una situación constitucionalmente inaceptable, consistente en privar al operador jurídico de evidencias físicas confiables, pues aunque era posible demostrar su autenticidad, no habían sido sometidas a cadena de custodia. Por lo anterior, la norma (artículo 277 del texto definitivo) fue complementada con un inciso orientado a permitir el ingreso de evidencias físicas no sometidas a cadena de custodia al material probatorio, cuya autenticidad pudiera ser demostrada por la parte interesada: “*la demostración de la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física no sometida a cadena de custodia, estará a cargo de la parte que la presente*”.

La reforma en comentada era necesaria, entre otras, por estas dos importantes razones: (I) porque para el logro de la justicia material puede resultar demasiado cara la inadmisión de evidencia que sea confiable, pues la justeza de una decisión depende en buena parte del adecuado conocimiento de los hechos, y dicho conocimiento, según se ha reiterado, sólo puede lograrse a través de las pruebas (II) la cadena de custodia es un medio –para garantizar y demostrar la autenticidad- más no un fin, por lo que su desconocimiento (si bien puede generar mayores discusiones en torno a la autenticidad) no implica que ésta no pueda ser demostrada por otros medios.

Los elementos materiales probatorios observan diferentes grados de complejidad en lo que atañe a la demostración de su autenticidad; algunos, por sus especiales características, pueden ser fácilmente identificables, mientras que otros, por el contrario, necesitan de un procedimiento especial para ser diferenciados. Por ejemplo, si durante un operativo es encontrada un arma de fuego con unas características específicas (numeración, color, defectos en la empuñadora, iniciales, etc.) y una muestra de sangre, es obvio que el arma de fuego podría ser identificada en la audiencia de juicio oral por quien la halló, así no haya sido sometida a cadena de custodia, mientras que en el mismo escenario un investigador difícilmente podría identificar una muestra de sangre encontrada que no fuera embalada adecuadamente y sometida a cadena de custodia.

4.3.4.1. Formas de demostrar la Autenticidad.

En lo que se refiere a las diferentes formas de demostrar la autenticidad, la Corte Suprema de Justicia ha precisado:

“El proceso penal adversarial” no contempla concesiones previas a favor de ninguna de las partes y, por ende, es factible cuestionar o poner en duda si en realidad los documentos y objetos que aduce una parte son lo que esa parte dicen que son. Verbi gratia, que un documento privado fue el que confeccionó el implicado en una estafa.

Como las actuaciones procesales deben discurrir dentro de los límites de la racionalidad práctica, la normatividad procesal penal prevé mecanismos para la identificación, acreditación, custodia y autenticación de las evidencias, objetos y materiales probatorios, cuando a ello hubiere lugar.

La recolección técnica, el debido embalaje, la identificación, la rotulación inequívoca, la cadena de custodia, la acreditación

por medio de testigos y el reconocimiento o autenticación, son algunas de las formas previstas por el legislador, tendientes a garantizar que las evidencias y elementos probatorios sean lo que la parte que los aduce dice que son.

Los “macro elementos materiales probatorios”, como naves, aeronaves, vehículos, máquinas, etc., por lógicas razones no pueden ser presentados en las audiencias físicamente como evidencia. Basta inspeccionarlos, filmarlos y fotografiarlos, y estos registros representan al objeto físico en todos los momentos procesales (Artículo 256 Código de Procedimiento Penal)”.

4.3.4.1.1. Cadena de custodia.

La *cadena de custodia*, reglamentada en los artículo 254 y siguientes de la Ley 906 de 2004, también tiene como finalidad demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física.

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

El artículo 216, Ley 906 de 2004, se refiere al aseguramiento y custodia de las evidencias y elementos materiales probatorios¹⁴⁴.

4.3.4.1.1.1 La cadena de custodia no es un presupuesto de legalidad de las evidencias.

El artículo 276 del Código de Procedimiento Penal dispone expresamente que “*la legalidad del elemento material probatorio depende*

¹⁴⁴ Sentencia del 21 de febrero de 2007, radicado 25920.

de que en la diligencia en la cual se recoge o se obtiene, se haya observado lo prescrito en la Constitución Política, en los Tratados Internacionales sobre derechos humanos vigentes en Colombia y en las leyes". Es claro que la norma citada se refiere al acto de investigación que permite el hallazgo: inspección al sitio de los hechos, allanamiento y registro, inspección corporal, entre otros, y no a las previsiones que sean tomadas para acreditar posteriormente la autenticidad de los elementos hallados. Sería contradictorio predicar que la cadena de custodia es un presupuesto de legalidad de las evidencias físicas, pues el ordenamiento procesal penal, en el inciso segundo del artículo 277, dispone que las evidencias no sometidas a cadena de custodia son admisibles si la parte interesada demuestra su autenticidad.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 21 de febrero de 2007, radicado 25920, precisó lo siguiente:

"La cadena de custodia, la acreditación y la autenticación de una evidencia, objeto, elemento material probatorio, documento, etc., no condicionan –como si se tratase de un requisito de legalidad– la admisión de la prueba que con base en ellos se practicará en el juicio oral; ni interfiere necesariamente con su admisibilidad decreto o práctica como pruebas autónomas. Tampoco se trata de un problema de pertinencia. De ahí que, en principio, no resulta apropiado discutir, ni siquiera en sede casacional, que un medio de prueba es ilegal y reclamar la regla de exclusión, sobre la base de cuestionar su cadena de custodia, acreditación o autenticidad.

Por el contrario, si llegare a admitirse una prueba respecto de la cual, posteriormente, en el debate oral se demuestran defectos en la cadena de custodia, indebida acreditación o se pone en tela de juicio su autenticidad, la verificación de estos aspectos no torna la prueba en ilegal ni la solución consiste en retirarla del acopio probatorio".

Con todo, se insiste, si se demuestran defectos en la cadena de custodia, acreditación o autenticidad y, pese a ello, la prueba se practica, dicha prueba no deviene ilegal y no será viable su exclusión; sino que, debe ser cuestionada en su mérito o fuerza de convicción por la parte contra la cual se aduce”.

En la misma providencia, la corte resaltó que en esencia, la autenticidad del elemento material probatorio está ligada a su poder persuasorio, lo que se traduce en un problema de valoración:

“En cambio, los comprobados defectos de la cadena de custodia, acreditación o autenticidad de la evidencia o elemento probatorio, podrían conspirar contra la eficacia, credibilidad o asignación de su mérito probatorio, aspectos éstos a los que tendrá que enfilarse la crítica la parte contra la cual se aduce.

La última es la solución adoptada por el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), al sentar en el artículo 273 los criterios de valoración:

“La valoración de los elementos materiales probatorios y evidencia física se hará teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica, técnica o artística de los principios en que se funda el informe.”

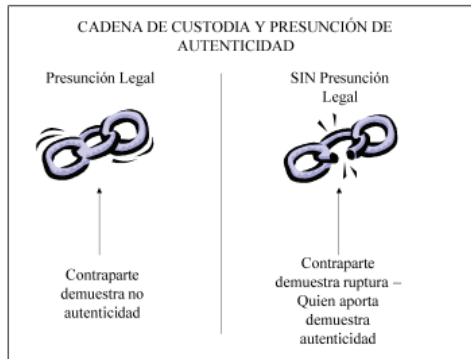
Sin embargo, la Corte no descarta que ante la evidente falta de autenticidad de un determinado medio de acreditación –circunstancia que al parecer sólo puede aclararse durante la audiencia del juicio oral- la parte interesada puede oponerse a la admisión:

“Lo anterior no obsta para que, si la parte interesada demuestra que se rompió la cadena de custodia o que no se acreditó la

procedencia o que una evidencia, objeto o medio probatorio es definitivamente inauténtico, en el momento oportuno pueda oponerse a su admisión o decreto como prueba. En tal hipótesis, el Juez decidirá lo que en derecho corresponda, pues se trata de un proceso dialéctico que avanza hacia la construcción de la verdad con audiencia de los adversarios. Si bajo estos supuestos el Juez no decreta la prueba, su rechazo no será por motivos de ilegalidad, sino porque carecería de poder de convicción, por persistir serias dudas sobre la manera como se produjo la recolección de la evidencia o la forma en que se produjo el elemento probatorio, o la autenticidad del mismo en cuanto de ella dependa la posibilidad de aceptar como cierto su contenido”.

El requisito de autenticidad se convierte pues, en una garantía que se tiene de que las características propias de cada elemento, desde su hallazgo y recolección hasta su exhibición y discusión en juicio, sean las mismas. Esto para que al momento de ser admitido como prueba, se tenga la confiabilidad de que sea realmente éste el que pueda aportar la información que soportará la teoría del caso.

Tal comprobación tendrá dos caminos: el primero, como lo dijo la Corte, es la observación de todas las reglas: recolección, embalaje, identificación, rotulación y cadena de custodia; tal como está regulado en el inciso primero del artículo 277 antes citado; es decir, que el fiscal, a través de sus testigos de acreditación, le comprueba al juez en la audiencia del juicio oral, que frente el elemento probatorio se observaron las reglas para la preservación y conservación de la evidencia física. El segundo, cuando hay algún error o falla en el embalaje, rotulado o en la continuidad de los custodios, consistente en demostrar la autenticidad utilizando cualquiera de los medios probatorios admitidos en nuestro ordenamiento jurídico, según lo establecido en el inciso segundo del artículo 277.



Lo anterior no implica obviamente, un llamado a la inobservancia de los protocolos criminalísticos y de cadena de custodia; por el contrario, pretende evidenciar la importancia de acudir a la audiencia del juicio oral con elementos contundentes, cerrando toda posibilidad de ataque sobre su legalidad y autenticidad. Debe recordarse lo expresado por la Corte Suprema de Justicia sobre la posibilidad que tienen las partes de controvertir la autenticidad de las evidencias, ya sea para evitar que sean admitidas o para menguar su poder persuasorio¹⁴⁵.

Aunque en la sentencia 25920 del 21 de febrero de 2007 la CSJ concluyó que la cadena de custodia no tiene incidencia en la legalidad de la evidencia, en una decisión posterior (auto 29416 del 23 de abril de 2008), asumió una tesis contraria, esto es, que el desconocimiento de la cadena de custodia conlleva la afectación del debido proceso. Al respecto consideramos que debe atenderse el primer pronunciamiento y no al segundo, no solo por las razones aducidas en los párrafos precedentes, sino además porque la decisión del 23 de abril de 2008 es un auto inadmisorio de la demanda de casación, en el que ni siquiera se menciona el art. 277 del Código de Procedimiento Penal, especialmente la forma como debe interpretarse su inciso segundo, amén que en dicho proveído la Corte se limita a explicar el carácter vinculante de las reglas emitidas por la Fiscalía General

¹⁴⁵ CSJ, 21 de febrero de 2007, radicado 25920.

de la Nación en materia de cadena de custodia, mas no explica por qué el desconocimiento de dichas reglas implica una violación del debido proceso.

4.3.4.1.1.2. Diferencia entre cadena de custodia y registro de continuidad.

En este orden de ideas, el tema de autenticidad o mismidad – como lo denominan algunos – esta muy ligado al tema de cadena de custodia. El artículo 254 de la ley 906, determina que la cadena de custodia tiene como fin “*demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física*” y que ésta se “*aplicará teniendo en cuenta los siguientes factores: identidad, estado original, condiciones de recolección, preservación, embalaje y envío; lugares y fechas de permanencia y los cambios que cada custodio haya realizado*”, iniciándose “*en el lugar donde se descubran, recauden o encuentren los elementos materiales probatorios y evidencia física, y finaliza por orden de autoridad competente*”, para su destrucción o devolución a su legitimo tenedor, poseedor o propietario. Además, en norma siguiente, se establece para los servidores públicos y para los particulares, que ejerzan funciones publicas o que por razón de su trabajo entren en contacto con los elementos probatorios (en especial el personal medico), la obligación de recolección, preservación y entrega a la autoridad correspondiente¹⁴⁶.

Al respecto, los autores Chilenos previamente citados¹⁴⁷ consideran que “*(e)n esta concepción formalista, lo que se escapa a abogados y jueces es que la cadena de custodia es fundamentalmente un hecho, no el registro de este hecho. Es el hecho de que la parte pueda dar cuenta de la evolución del objeto o documento.*” Lo anterior quiere decir, como bien lo resaltan, que

¹⁴⁶ Aspecto importante, para aclarar que los particulares, cuando entran en contacto con el elemento probatorio, si son responsables por su preservación y entrega a la autoridad, entrando en la cadena de custodia. Algo diferente es que no sean responsables de la elaboración de los registros de continuidad o formatos de cadena de custodia, siendo responsabilidad del funcionario que le recibe el elemento el diligenciamiento del formato e inicio de los protocolos de embalaje y rotulado.

¹⁴⁷ Ob.cit, página 248.

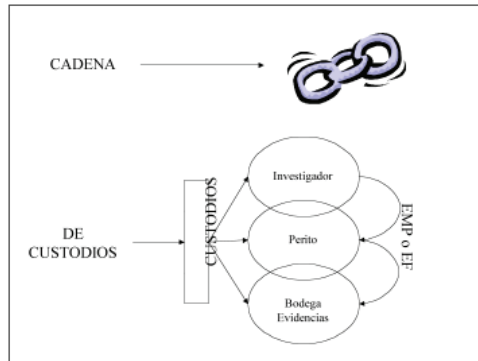
“los formularios de cadena de custodia no son la cadena de custodia”. Por ejemplo, si un cuchillo recolectado por un investigador y analizado por un perito se encuentra acompañado por el formato de cadena de custodia firmado por ellos, aún si la defensa logra demostrar que un funcionario administrativo fue custodio del elemento después del investigador y antes del perito, frente al testimonio de estas dos personas que logran reconocer el elemento por sus características, estado original, condiciones de recolección, preservación, embalaje y envío, dándole confiabilidad al juez de que ese cuchillo recolectado en la escena es el mismo que el perito analizó y es el mismo que el fiscal lleva a juicio, esto no influye en desestimación de la cadena de custodia ni en la admisión del elemento, pues se abordaría la ausencia de registro de ese custodio en el formato como un tema de credibilidad y no de admisibilidad.

Por su parte, el Manual de Cadena de Custodia de la Fiscalía General de la Nación¹⁴⁸ establece *“la documentación del sistema de cadena de custodia”* como uno de sus aspectos relevantes, más no como un tema esencial del mismo. Dicho manual define el registro o formato de cadena de custodia como un instrumento mediante el cual *“se hace constar las particularidades de los elementos materia de prueba, de los custodios, el lugar, sitio exacto, fecha y hora de los trasposos y traslados del elemento materia de prueba o evidencia física, entre otros; mediante el diligenciamiento de los formatos de entrega del lugar de los hechos – primer respondiente, rótulo y de registro de cadena de custodia, para efectos de demostrar la identificación del elemento y la continuidad de la cadena de custodia”*.

En este orden de ideas, puede concluirse que la cadena de custodia es un sistema; un protocolo para el manejo y la conservación de elementos materiales probatorios y evidencia física, orientado a garantizar que el elemento hallado en un determinado sitio es el mismo que se presenta como prueba en la audiencia del juicio oral.

¹⁴⁸ Año 2004, pág. 109, ítem 8°.

El formato, como lo menciona el manual, solo es una ayuda para el registro de los datos de los custodios y de la calidad en la que estos actuaron, lo que hace parte del mismo protocolo¹⁴⁹.



4.3.5. La aducción del elemento material probatorio en el juicio oral y el testigo de acreditación.

El testigo de acreditación, según la misma ley 906 de 2004, está estrechamente ligado al elemento material probatorio. Según el literal d) del numeral 5° del artículo 337, así: en el anexo del escrito de acusación se deberá enunciar “Los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, junto con los respectivos testigos de acreditación”.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia 25920, concluye que “la manera de introducir las evidencias, objetos y documentos al juicio oral se cumple, básicamente, a través de un testigo de acreditación, quien se encargará de afirmar en audiencia pública que una evidencia, elemento, objeto o documento es lo que la parte que lo aporta dice que es.”

¹⁴⁹ Cuando el constituyente y el legislador convierten tales protocolos en norma constitucional y legal, saca las normas que los regula del ámbito meramente institucional y reglamentario y lo eleva a un nivel superior, volviendo tales protocolos de obligatorio cumplimiento para todos los servidores públicos de todas las entidades del estado que directa o indirectamente tengan contacto con el elemento custodiado, incluso para los mismos particulares que de una u otra forma, por razón de su trabajo o su calidad, entren en el mismo contacto con la evidencia.

Por su parte, los autores Chilenos antes citados¹⁵⁰ concluyen que la presencia del testigo de acreditación se justifica por la *“lógica de la desconfianza”*, pues nadie tiene por qué creer que algo es así solo porque el fiscal o el testigo lo dicen. Se exige *“que alguien declare que efectivamente aquél objeto corresponde a lo que la parte pretende que es. Esto implica que los objetos y documentos deben ser ingresados por lo general a través de testimonio”*.

Ahora bien, invocando la lógica del sentido común¹, *“hay objetos y documentos cuya naturaleza o autenticidad es tan evidente que sus exigencias de acreditación disminuyen ostensiblemente o desaparecen... la estandarización de la identidad de un objeto traslada la carga de la discusión mas bien hacía la parte que desea controvertir su autenticidad.”*

Retomando el ejemplo del cuchillo hallado en la escena de los hechos, si en la audiencia del juicio oral el fiscal lo muestra y dice: *“este es un cuchillo que fue encontrado en el inmueble en el que ocurrió el homicidio”*, seguramente nadie dudaría de que el objeto exhibido sea un cuchillo, dado el conocimiento general sobre este tipo de objetos, pero aquello de que *fue encontrado en la escena del crimen* no será aceptado a menos que se pruebe, no mediante las aseveraciones del fiscal, sino a través de la persona que hizo el hallazgo, esto es, a través del testigo de acreditación.

Regularmente el testigo de acreditación es el policía judicial o de vigilancia, que halló y recolectó el elemento material probatorio; aunque esto no excluye que el elemento que se quiere introducir en juicio haya sido entregado por un particular, quien hará las veces de testigo de acreditación. Cuando el elemento ha sido analizado por uno o varios peritos, es posible que éstos tengan que comparecer a la

¹⁵⁰ Ob.cit. pág. 237.

audiencia para acreditar que el elemento que les fue entregado por el policía judicial es el mismo presentado como prueba en el juicio¹⁵¹.

Regularmente, para la exhibición del elemento se debe tener en cuenta su naturaleza, pues no se utiliza el mismo procedimiento para la introducción de un documento, de una muestra de fluidos, de macro elementos, de evidencia demostrativa u otros; aunque para dicho procedimiento –de exhibición- existan pasos comunes, como los que se relacionan a continuación:

I.- Como común denominador, el interrogatorio debe ser dirigido hacia la mención del elemento por parte del testigo, no del fiscal, de forma previa a su exhibición práctica. Es lo que se conoce como: “sentar las bases probatorias”. Por ejemplo, al testigo se le pregunta: “¿halló algo en el sitio de los hechos?” y éste responde: “sí, una pistola”.

II.- Una vez el testigo “sienta las bases probatorias”, debe determinarse con claridad las características del elemento, con el fin de darle al juez la seguridad de que lo que se va a exhibir es el elemento mencionado y no otro. Siguiendo el ejemplo anterior, podría preguntársele: *¿dónde la halló? ¿cuáles son sus características?*, Entre otros aspectos.

III.- El fiscal anuncia el elemento, denominándolo con un número, no por su nombre ni por su especie, pide permiso al juez para exhibírselo al testigo, previa confrontación con la defensa. Por ejemplo, *“permiso señor juez para exhibir al testigo la evidencia número tres de la Fiscalía”*.

¹⁵¹ No siempre será necesaria la presencia del perito para estos efectos. Piénsese, por ejemplo, en una experticia que no arroja resultados positivos para la investigación y que fue realizada en presencia del policía judicial. En este evento, así el perito haya tenido en su poder la evidencia, su comparecencia al juicio no será indispensable a efectos de lograr la autenticación del elemento, pues el policía judicial podrá dar cuenta de que el elemento que él halló y embolsó es el mismo que el perito tuvo en su poder y que luego fue embalado y rotulado en su presencia y le fue devuelto para ser llevado al respectivo almacén.

IV.- Al ser recibido por el testigo se le harán las siguientes preguntas de reconocimiento:

- ¿Qué es la evidencia número tres de la Fiscalía? (el testigo mencionará únicamente la especie a que corresponde, en este caso un arma de fuego tipo pistola) En ese momento el juez puede percatarse de que el objeto exhibido concuerda con el que previamente había descrito el testigo.
- ¿Lo reconoce? Esta pregunta está orientada a establecer que ese elemento de una especie determinada –armas de fuego- es el mismo que fue hallado por el testigo en un lugar o a una persona determinada.
- ¿Por qué lo reconoce? Con esta pregunta finaliza la etapa de reconocimiento. Está orientada a que el testigo exprese las razones que le permiten asegurar que ese elemento es el mismo que dice haber encontrado bajo determinadas circunstancias de tiempo y lugar. Según el ejemplo anterior, es el momento para explicar las razones por las que el arma exhibida no es cualquier pistola, sino la hallada en la escena del crimen.

V.- Una vez reconocido el elemento, se hace necesario terminar con la etapa de autenticación, dejando claro al juez el tema de la mismidad; esto es, que el elemento exhibido es el mismo que el testigo halló, embolsó, examinó u otro aspecto. Para esto se hace la siguiente pregunta:

- ¿El elemento que acaba de reconocer, se encuentra en las mismas condiciones? (el testigo deberá responder que **sí**, en el caso en que no hayan sido hechas experticias técnicas o en que efectivamente no haya sido alterado el elemento de otra forma. Responderá que **no** y explicará el motivo, en los casos en que por análisis periciales se haya alterado el elemento).

VI.- Dado que los elementos regularmente pasan de mano en mano, a causa de los múltiples análisis que se les hace o simplemente por que deben ser trasladados o almacenados, es necesario hacer una pregunta adicional que sirva como conector entre un custodio y otro, o simplemente para darle a entender al juez que se trata del testigo con que se cierra la cadena de custodia y que con él se pedirá la introducción del elemento.

- ¿Qué hizo usted con el elemento? (el testigo responderá refiriéndose al destino que le fue dado al elemento y con el nombre del próximo custodio que lo tuvo, así se mantiene conexión entre los testigos y los pasos seguidos por el elemento durante la investigación).

En este punto, si se trata del último custodio se pide la introducción de la evidencia para que sea tenida en cuenta como prueba. Si es un custodio intermedio, simplemente se regresa el elemento y se prosigue con las preguntas, quedando el objeto reservado para los próximos custodios.

En lo que se refiere a fotografías, planos, videos u otros, que se pretenda utilizar como evidencia demostrativa, se realiza un procedimiento similar al que se acaba de enunciar, aunque con algunas variaciones que responden, en cada caso, a la finalidad del tipo de evidencia:

I.- Los puntos uno a tres de la explicación anterior son los mismos, pero la “contextualización de la evidencia” está relacionada con los lugares o elementos que representan y por la manera en que estos fueron fijados: fotográfica, videográfica, planimétrica o animada. Por ejemplo, si se trata de ubicar al testigo en la vía donde ocurrieron los hechos, éste podrá describir el lugar y declarar que fue fijado en una fotografía o en un video.

II.- Se hacen las mismas preguntas de reconocimiento y acreditación:

- Qué es la evidencia de la fiscalía número 3?
- La reconoce?
- Por qué la reconoce?
- El elemento que acaba de reconocer, se encuentra en las mismas condiciones?

III.- Una vez reconocida y autenticada es posible hacer la introducción de la evidencia demostrativa en ese momento, pues ya no hay discusiones de este tipo y solo queda hacer la debida explicación de lo que esta contiene.

IV.- Al ser aceptadas como prueba de la fiscalía, le son entregadas al juez. En todo caso debe tenerse presente que la explicación que se pretende con la evidencia demostrativa es más sencilla si cada interviniente tiene una copia en su poder. La pregunta entonces será:

- Diga al juez, ¿qué representa la evidencia número x (fotografía, video, plano u otro)?

Sucesivamente se van pasando una por una, las fotos o los planos que se tengan como evidencia demostrativa para que el testigo pueda explicar con detalle qué representan. Si se trata de un video, se puede reproducir haciendo una narración pormenorizada de lo que se va representando en imágenes. Debe tenerse especial cuidado con la relación detallada de los lugares u objetos representados en la fotografía, plano, video u otros, sobre todo cuando es sólo el audio lo que se registra de la actuación.

Es aconsejable, en cuanto sea posible, la utilización de medios técnicos de amplificación de la imagen; pues esto permite explicarla mejor al juez. Si esto no es posible, la técnica de la explicación utilizando copias para cada interviniente también puede surtir efecto.

No es recomendable hacer la explicación de la evidencia antes de su introducción, pues el juez capta mejor la información si al momento de

la explicación tiene la evidencia en su poder y puede concentrarse en lo que dice el testigo. Debe recordarse que la evidencia demostrativa tiene como objetivo primordial facilitar la comprensión del juez.

Finalmente, cabe resaltar que aunque la introducción de las evidencias debe realizarse a través de los testigos de acreditación, ello no significa que dichas evidencias no puedan ser exhibidas a otros testigos, no para efectos de autenticación sino para poner en conocimiento del juez un determinado hecho. Por ejemplo, en un delito de homicidio cometido con un cuchillo, es factible que la autenticación del elemento se logre con la declaración del policía judicial que lo halló, recolectó y embaló, y con los testimonios de los peritos que lo examinaron; sin embargo, el fiscal puede exhibir el arma a un testigo presencial, o a una persona que asegure haber visto al acusado en poder de un arma semejante, no para demostrar que la evidencia es auténtica, sino para establecer otros hechos relevantes para la demostración de la teoría del caso, tales como: (I) que el homicidio fue cometido con un arma de características semejantes a la introducida como evidencia, (II) que el acusado acostumbraba portar un arma con características semejantes a la introducida como evidencia u otros aspectos.

ACTIVIDAD DE APRENDIZAJE 8

Analice el siguiente caso y determine lo siguiente: (I) ¿Existen elementos materiales probatorios útiles para la investigación? –realice el análisis partiendo de los elementos estructurales del delito- (II) ¿Si la blusa de la víctima no hubiera sido sometida a cadena de custodia, existe alguna manera de demostrar su autenticidad? ¿Qué estrategia diseñaría para demostrarla? (III) ¿A cuáles testigos y con qué propósito exhibiría la evidencia física (blusa) durante la audiencia del juicio oral? (IV) ¿Existe el mismo nivel de complejidad para demostrar la autenticidad de los diferentes elementos materiales probatorios? –explique- (V) ¿En este caso podría utilizarse evidencia demostrativa? –si su respuesta es afirmativa, explique con qué fines y qué tipo de evidencia demostrativa utilizaría-.

El 25 de enero de 2008 la joven MARÍA LÓPEZ, de 18 años de edad, comparece a la URI de Bogotá con el fin de denunciar lo siguiente:

“El 20 de enero de 2008 el señor CARLOS FIGUEROA me invitó a salir, pues desde hacía más o menos un mes iba a mi puesto de frutas, ubicado cerca de la fábrica donde él trabaja, y me decía que yo le gustaba mucho. Ese día salimos, fuimos a una taberna y allí nos besamos. Luego, aproximadamente a las 11:00 PM, asistimos a un baile organizado en una cancha de fútbol del barrio donde él vive; como a las 12:30 PM le dije que me quería ir para la casa, él me dijo que lo acompañara hasta la esquina para tomar el taxi y una vez allí abrió la puerta de una casa, me empujó adentro, me golpeó, me tiró en una cama y comenzó a violarme. Mientras me estaba violando, a la casa llegó JUAN, hermano de CARLOS, yo

le pedí que me ayudara y él no hizo nada, cerró la puerta y se fue. CARLOS me apretaba muy fuerte los brazos y me golpeaba. Luego de violarme me dijo que era mejor que me quedara callada, que si lo demandaba sería mi palabra contra la de él y que su hermano JUAN nunca declararía en su contra, porque ellos siempre se han cubierto la espalda”.

Fue entrevistada la joven Carolina Gómez, quien dijo:

“El 21 de enero de 2008 mi amiga MARÍA llegó desesperada a mi casa, tenía unos morados en los brazos y en medio del llanto me contó que un muchacho la invitó a salir, que estuvieron en una taberna donde se besaron y luego en un baile, que cuando ella se iba a ir para la casa el muchacho la empujó a la casa donde él vive, la tiró en una cama y la violó, que el hermano del violador vio cuando ocurrían los hechos y sin embargo, no hizo nada”.

Fue entrevistada la señora Carmenza, madre de María, quien dijo:

“El 21 de enero de 2008 mi hija llegó a la casa como a las 10:00 AM, tenía la ropa de una de sus amigas, yo la vi muy triste, le pregunté si le había pasado algo y me dijo que no. Ella llegó con una bolsa, yo quedé muy inquieta, busqué en la bolsa y encontré su ropa, la blusa estaba rota, le faltaban los botones. Yo me quedé muy preocupada, ella se durmió, en la noche le pregunté sobre lo que había pasado y me dijo que nada. El 24 de enero seguía muy rara, muy triste, la veía llorando, yo le rogué que me contara qué había sucedido y ella me dijo que el 21 de enero en la madrugada un muchacho llamado PEDRO la había violado. Por ello madrugamos a

formular la denuncia.

La ropa aludida fue aportada y sometida a cadena de custodia.

Entrevista a la joven Lucía Quintero, quien dijo lo siguiente:

“Hace dos años fui compañera de estudio de PEDRO. En una ocasión nos encontrábamos en su casa haciendo un trabajo y cuando todos se fueron PEDRO trató de besarme; como no me dejé me llevó arrastrada hasta su cama y allí trató de violarme. Afortunadamente logré escapar antes de que lograra su objetivo. Pensé en denunciarlo pero una amiga me recomendó que no lo hiciera porque no valía la pena meterse en problemas”.

El dictamén médico legal contiene la siguiente información:

1. María presenta equimosis en la cara interna de ambos antebrazos.
2. Presenta equimosis en los senos.
3. No presenta lesiones en el área genital.
4. No se halla muestras de espermatozoides (la joven indica que se hizo varios lavados vaginales).
5. El examen indica que la joven había tenido relaciones sexuales anteriores a 10 días.

La perito cuenta con fotografías de las equimosis.

UNIDAD 5

5. ESTIPULACIONES PROBATORIAS.

5.1. Objetivos:

1. Realizar estipulaciones probatorias suficientemente claras.
2. Argumentar adecuadamente frente al uso que pretenda dársele a las estipulaciones y/o a sus anexos.
3. Decidir en qué casos una estipulación resulta útil para ejercer en forma adecuada la acción penal.

El carácter adversarial del sistema penal acusatorio permite que el fiscal, como encargado de ejercer la acción penal y la defensa, celebren acuerdos con respecto a la acreditación de algunos hechos penalmente relevantes. La Corte Suprema de Justicia ha expresado que dichos acuerdos son factibles *“cuando ya las partes conocen qué es lo pretendido introducir en el juicio como prueba por su contraparte, conforme lo ocurrido*

*en el momento de la enunciación*¹⁵², circunstancia que permite evaluar la pertinencia y conveniencia de un acuerdo de esta naturaleza.

Las estipulaciones probatorias están previstas en el artículo 356, numeral 4º, de la Ley 906 de 2004, y consisten en “...acuerdos celebrados entre la fiscalía y la defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias”.

5.2. Finalidad de las Estipulaciones.

En cuanto a su finalidad, la Corte ha resaltado que las estipulaciones buscan “evitar juicios farragosos con una práctica probatoria inane o reiterativa que atenta contra los principios de eficiencia y celeridad propios de la sistemática acusatoria”¹⁵³. Así mismo ha expresado que:

“La finalidad de un tal pacto es depurar el juicio de innecesarios debates respecto de “hechos o sus circunstancias” frente a los que no hay controversia entre las partes, siempre que ello no implique renuncia los derechos constitucionales, lo cual se aviene o resulta armónico con el carácter predominantemente adversarial del nuevo modelo de enjuiciamiento, toda vez que si el objeto del proceso es el enfrentamiento de dos “teorías del caso” opuestas acerca de la situación fáctica investigada, en la medida en que entre ambas posiciones hayan puntos de encuentro o comunes, las partes están facultadas para dar por zanjada cualquier diferencia, haciendo de esta manera operantes los principios de publicidad, concentración e inmediatez, propios del nuevo sistema”¹⁵⁴.

5.3. Objeto de las estipulaciones: Sobre lo que es objeto de estipulación, el alto tribunal ha dicho:

¹⁵² Auto del ocho de agosto de 2007, radicado 27962.

¹⁵³ Auto del ocho de agosto de 2007, radicado 27962.

¹⁵⁴ Auto del 27 de junio de 2007, radicado 27281.

“acorde con lo dispuesto en el párrafo del ordinal 4° del artículo 356 de la Ley 906 de 2004, lo estipulado u objeto de estipulación por las partes, no es una determinada prueba, o mejor, elemento material probatorio, evidencia física o informe, sino un hecho concreto, razón por la cual asoma impropio significar estipulados aspectos tales como el contenido de un registro de audio o una certificación, en tanto, lo que se busca con este mecanismo es dar por probado algo –hechos o sus circunstancias, como relaciona la norma- propio del objeto del debate, que se sustenta, es necesario resaltarlo, con uno o varios medios de prueba, para efectos de que no se haga necesario demostrar ese tópico”.

Con el evidente propósito de lograr mayor claridad, la Corte cita ejemplos sobre lo que podría ser objeto de estipulación:

“No es entonces, para clarificar con un ejemplo, que si las partes dan por demostrada la causa violenta de la muerte con arma de fuego e incluso el tipo de artefacto utilizado para el efecto, se estipule el informe de necropsia o la diligencia de inspección judicial del cadáver, o el informe de hoplología, sino el hecho concreto, vale decir, que el occiso pereció consecuencia de dos disparos infligidos con un arma de fuego del calibre 38 recogida en el lugar de los hechos, y ello se sustenta con los informes en cuestión, que para el efecto se anexan a la estipulación introducida como prueba en la audiencia del juicio oral”¹⁵⁵.

En algunas ocasiones las estipulaciones no son lo suficientemente claras, como en el caso analizado por la Corte en providencia del 13 de junio de 2007, radicado 27281, donde se hace alusión a un acuerdo consistente en “*tener como probado ese elemento material probatorio*”, en alusión a una declaración rendida ante la Coordinación de Control

¹⁵⁵ Auto del ocho de agosto de 2007, radicado 27962.

Disciplinario Interno de la Policía Nacional. En este caso hubiese sido más conveniente dar por probado el hecho referido por el testigo o una circunstancia particular suya, expresando con claridad los términos del acuerdo celebrado por la Fiscalía y la defensa.

En la práctica, las estipulaciones probatorias han dado lugar a arduos debates referentes al tema de los anexos orientados a “avalarse” la estipulación y la valoración que pueda hacerse de estos. Al respecto, en providencia del ocho de agosto de 2007, radicado 27962, la Corte Suprema de Justicia precisó:

“Por lo tanto, si en este particular evento se estipuló como hecho probado que el acusado R.A.A.R. se encuentra en profundas situaciones de marginalidad y extrema pobreza, es claro que los anexos que soportan dicho aserto que, valga repetirlo, se entiende probado y aceptado por las partes, no son susceptibles de valoración probatoria alguna por parte del juzgador, por la potísima razón que en sí mismos no tienen entidad o virtualidad probatoria y las partes ya, dentro de su capacidad consensual, establecieron en la estipulación cuál es el efecto concreto, en punto de hechos trascendentes para el proceso, que se estima demostrado, sin importar si esos elementos de juicio abordan otros aspectos, que, desde luego, resultan intrascendentes para lo efectivamente asumido por los sujetos procesales como objeto de estipulación específica”.

En todo caso, resalta el alto tribunal, los anexos sólo podrían tener trascendencia cuando se refieran al hecho estipulado, más no frente a otras circunstancias que escapen al objeto del acuerdo: *“Al efecto, es claro que el informe o informes con los cuales se avala la estipulación probatoria, puede contener diferentes y variadas aristas demostrativas, pero, en lo concerniente al hecho concreto que se entiende probado por las partes, ese elemento sólo irradia sus efectos suasorios limitado por este aspecto, que es precisamente el que busca soportar”*.

El asunto adquiere trascendencia cuando, (como en el ejemplo analizado por la Corte en la providencia citada) la defensa aporta los anexos que sirven de soporte a la estipulación y luego pretende que el juez valore algunos de ellos, no para dar por sentado el hecho estipulado con la Fiscalía, sino para acreditar una circunstancia que aunque escapa al tema objeto del acuerdo, puede implicar (como en este caso lo argumentó el defensor) la imposibilidad de proferir sentencia condenatoria¹⁵⁶.

5.3.1. Aspectos que se deben tener en cuenta al momento de estipular.

De acuerdo con lo anterior, al momento de celebrar una estipulación el fiscal debe tener en cuenta lo siguiente:

1. Debe tener claro cuál es el hecho o la circunstancia que se pretende dar por probada. En efecto, las estipulaciones, según lo expresado por la Corte Suprema de Justicia, son procedentes cuando la Fiscalía y la defensa concluyen que un determinado aspecto no hará parte de la controversia, ya sea porque la evidencia con que cuenta una o ambas partes no deja duda sobre su acreditación o por la poca trascendencia que puede representar para el debate. La falta de claridad en la estipulación puede generar problemas en el desarrollo del juicio oral.

¹⁵⁶ En este orden de ideas, se tiene que el hecho probado, de acuerdo a lo estipulado por las partes, es que el procesado RAFAEL ALEXANDER ÁLVAREZ RIVERA cometió el delito de porte de estupefacientes, bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad y pobreza extremas. Esta circunstancia aminorante de pena, fue acogida por el fallador, quien en efecto, al momento de emitir sentencia condenatoria, aplicó la rebaja contemplada en el artículo 56 de la Ley 599 de 2000.

Cosa distinta es que al anexo c), le haya dado un efecto diferente del planteado por la defensa, al decir el Tribunal, que a partir del porte, no puede determinarse que la finalidad específica de lo que llevaba consigo el día de los hechos, era el consumo para el rendimiento laboral del acusado.

Ello es apenas natural, si en cuenta se tiene que el anexo c) es sólo un soporte del hecho estipulado y como tal, se señaló en acápite anterior, no es susceptible de valoración probatoria alguna por parte del juzgador, ya que en sí mismo no tiene entidad o virtualidad probatoria y fueron los sujetos procesales quienes establecieron el efecto concreto, que se estima demostrado, en punto de hechos trascendentes para el proceso, en este caso, que el procesado obró bajo el influjo de profundas situaciones de marginalidad y pobreza extremas”.

2. La estipulación debe ser lo suficientemente clara para evitar futuras controversias que hagan significativamente difícil el desarrollo del juicio oral. Por ejemplo, en vez de dar por probada la cadena de custodia, es preferible acordar que la droga llevada al juicio como evidencia es la misma que se halló en el domicilio del acusado.
3. Determinar los verdaderos alcances de la estipulación y verificar que no sean olvidados aspectos importantes. Por ejemplo, una cosa es que se estipule que la droga fue hallada en el domicilio del acusado y otra muy distinta, que al juez le quede claro en qué sitio exacto fue encontrado el alucinógeno, ya que estos “detalles” pueden ser fundamentales para demostrar algunos aspectos subjetivos, como por ejemplo el conocimiento que tenía el acusado de la existencia de la sustancia ilegal.
4. En lo que respecta a los anexos, el fiscal debe verificar que estos se encuentren relacionados con el objeto de la estipulación y debe preparar su argumentación en el evento en que la defensa pretenda que sean valorados de manera improcedente, teniendo en cuenta las reglas fijadas por la Corte Suprema en las providencias ya relacionadas. Es más, al respecto debe evaluarse en cada caso si es necesario anexar los medios de acreditación que sirven de sustento a la estipulación, porque en estricto sentido, las estipulaciones tienen como finalidad sustraer un determinado hecho del debate probatorio, por lo que puede resultar improcedente y de alguna manera contradictorio, que las partes decidan dar por probado un hecho pero al mismo tiempo anexen los medios de acreditación con los que sería probado este en la audiencia del juicio oral. En todo caso debe ser consultada la posición jurídica del juez frente a este aspecto.
5. Aunque se logre una estipulación, el fiscal no debe descuidar los medios de acreditación que sirven de soporte al hecho estipulado, pues es posible que se presenten problemas sobre

el acuerdo y en tal evento sea necesario desarrollar un debate probatorio pleno frente al aspecto inicialmente concertado.

6. Las estipulaciones probatorias pueden lograrse durante la audiencia preparatoria e incluso con posterioridad a ella. En todo caso, los acuerdos deben ser presentados en la audiencia del juicio oral.
7. Cuando la estipulación vaya a ser leída por la defensa, el fiscal debe asegurarse de tener una copia del acuerdo.
8. Las estipulaciones también tienen un componente estratégico, pues es posible que la defensa quiera estipular un determinado hecho para evitar que un testigo muy fuerte comparezca al juicio. En estos eventos el fiscal debe evaluar qué es lo más conveniente para el adecuado ejercicio de la acción penal, especialmente con respecto a su misión de convencer al juez de que su teoría del caso da cuenta de lo ocurrido.
9. Es importante asegurarse de que el acusado tenga pleno conocimiento de la estipulación, inclusive debe ser verificada su firma en el documento, no sólo por la trascendencia del acuerdo probatorio y la transparencia y claridad que deben caracterizarlo, sino además para evitar futuras discusiones al respecto. Es recomendable propiciar que el juez verifique si el acusado está de acuerdo con la estipulación.

ACTIVIDAD DE APRENDIZAJE 9

En un caso por secuestro, la Fiscalía tiene como testigos a dos de los plagiados, quienes están dispuestos a narrar las circunstancias bajo las cuales estuvieron seis años privados de la libertad. La defensa propone que se celebre una estipulación en el sentido de que esos dos ciudadanos efectivamente estuvieron privados de la libertad durante dicho lapso, y con ello se evitaría la práctica de esa prueba testimonial. Todo indica que la estrategia de la defensa se orienta a demostrar que los acusados, capturados cuando custodiaban a los rehenes, actuaron bajo insuperable coacción ajena.

Analice el anterior ejemplo y determine:

1. Si es conveniente celebrar la estipulación que propone la defensa. Defina las ventajas y desventajas de una decisión en tal sentido.
- 2.Cuál podría ser el contenido de la estipulación.
3. ¿Desistiría de llevar a los dos testigos?, ¿por qué?.

UNIDAD 6

6. DESCUBRIMIENTO PROBATORIO

6.1. Objetivos:

1. Descubrir de manera oportuna y completa los elementos materiales probatorios.
2. Solicitar oportunamente el descubrimiento de los medios de acreditación recopilados por la defensa.
3. Argumentar adecuadamente sobre las controversias que se susciten en materia de descubrimiento probatorio.

En una de las sentencias que ha proferido la Corte Suprema de Justicia sobre el Sistema Penal Acusatorio implementado con la Ley 906 de 2004, uno de los magistrados hizo énfasis en que debería empezar a hablarse en el país del sistema acusatorio colombiano, así

como se ha habla del sistema anglosajón y del sistema continental europeo. La observación es relevante si se tiene en cuenta que aunque el proceso penal en Colombia tiene algunas semejanzas con los sistemas de enjuiciamiento criminal más tradicionales: posee también ciertas características particulares que deben ser analizadas con detenimiento para establecer con precisión su dinámica. Una de esas características tiene que ver precisamente con la regulación del descubrimiento que deben hacer la Fiscalía y la defensa de los elementos materiales probatorios e información legalmente obtenida, aspecto que constituye el objeto de estudio de este apartado.

El tema del descubrimiento probatorio será analizado a partir de los siguientes aspectos: (I) la activación del derecho de defensa y su relación con el descubrimiento probatorio (II) la iniciativa probatoria de la defensa (III) El descubrimiento probatorio por parte de la Fiscalía –análisis del aspectos constitucionales relacionados con esta obligación del ente investigador y (IV) el descubrimiento probatorio de la defensa –análisis de los aspectos constitucionales relacionados con esta obligación de la defensa.

6.2. La activación del derecho de defensa y su relación con el descubrimiento probatorio.

El proceso penal colombiano tiene tres etapas fácilmente identificables: la indagación, la investigación y el juzgamiento. Algunos han considerado que las audiencias de acusación y preparatoria constituyen una cuarta etapa, a la que denominan de transición¹⁵⁷ y que el incidente de reparación integral también puede considerarse como otro estadio de la actuación.

¹⁵⁷ En la sentencia C-1194 de 2005 la Corte Constitucional, frente a este aspecto, precisó: “Formalmente, la presentación del escrito de acusación marca el final de la etapa de investigación y da inicio a una etapa de transición entre aquella y el juicio oral. Los fines primordiales de esta fase son la delimitación de los temas que serán debatidos en el juicio oral y la fijación de los elementos de convicción que podrán practicarse como pruebas en el juicio. El objetivo general de la misma es depurar el debate que será llevado a instancias del juez de conocimiento en el juicio, de manera que allí sólo se discuta lo relativo a la responsabilidad penal del imputado”.

Durante la etapa de indagación la actuación de la Fiscalía es eminentemente reservada¹⁵⁸, sin perjuicio de que el indiciado, al percatarse de que está siendo investigado, prepare su defensa, para lo que puede buscar la asesoría de un abogado. Por regla general la Fiscalía General de la Nación no está obligada a descubrir ningún medio de acreditación en esta etapa procesal. Al respecto, la jurisprudencia colombiana señala lo siguiente:

“Una vez formulada la imputación, la defensa está en posibilidad de adelantar el recaudo de la información pertinente y de los elementos fácticos de contenido probatorio necesarios para diseñar la estrategia defensiva. Lo anterior no obsta para que, como recientemente lo precisó la Corte Constitucional, el presunto implicado pueda ejercer su derecho de defensa desde la etapa misma de la indagación preliminar y durante la etapa de investigación anterior a la formulación de la imputación, tal como se desprende del pronunciamiento que se cita, proferido con ocasión del estudio del artículo 108 del Código de Procedimiento Penal;

Sin embargo, la interpretación incluyente, es decir, aquella que permite entender que la adquisición de la condición de imputado es una de las diferentes condiciones en la cuales se puede encontrar una persona en un proceso penal, pero en momento alguno excluye aquellas anteriores a la condición de imputado lo que implicaría que el derecho de defensa se pueda ejercer antes de adquirirse la referida condición; es una interpretación ajustada a la Carta Política y por ende es Constitucional”.

¹⁵⁸ “La fiscalía, en una primera fase de indagaciones, determina la ocurrencia de los hechos y delimita los aspectos generales del presunto ilícito. Dado que los acontecimientos fácticos no siempre son fácilmente verificables y que las circunstancias que los determinan pueden hacer confusa la identificación de su ilicitud, el fin de la indagación a cargo de la fiscalía, y de las autoridades de policía judicial(3), es definir los contornos jurídicos del suceso que va a ser objeto de investigación y juicio. La fase de indagación es reservada y se caracteriza por una alta incertidumbre probatoria, despejada apenas por los datos que arroja la notitia criminis”. (C-1194 de 2005).

Aunque es claro que la labor de defensa puede ser iniciada antes de la formulación de imputación, ello no implica que la Fiscalía deba descubrir los elementos materiales probatorios antes de la acusación¹⁵⁹. La Corte Constitucional ha hecho énfasis en que el escenario principal del descubrimiento es la etapa de acusación, sin perjuicio de que se presenten descubrimientos anticipados, como cuando la Fiscalía solicita la imposición de una medida de aseguramiento¹⁶⁰.

En la sentencia C-1154 de 2005, la Corte Constitucional reiteró su posición sobre el descubrimiento de evidencias por parte de la Fiscalía. Aunque estos argumentos fueron esbozados para proferir un fallo inhibitorio, merecen citados en cuanto precisan lo siguiente:

“El demandante parte de una suposición en la formulación de sus argumentos de inconstitucionalidad pues indica que dicha disposición ordena al fiscal el descubrimiento de “todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia”(41) en la formulación de imputación. No obstante, ni el artículo 288 de la Ley 906 de 2004, ni la expresión concretamente acusada de dicho artículo dicen lo que el demandante supone. El demandante incurre en una apreciación errónea de la expresión acusada que es verificable con una simple lectura del articulado. Igualmente, el demandante indica que la expresión demandada vulnera el Acto Legislativo 3 de 2002 al disponer el descubrimiento de todos los materiales probatorios e informaciones ante un juez distinto al de conocimiento. La expresión demandada tampoco establece dicho deber. Si bien es

¹⁵⁹ “De la sucinta exposición del proceso penal que acaba de hacerse es posible evidenciar que el procedimiento del descubrimiento de la prueba tiene lugar principalmente en la etapa de la acusación, concretamente en el contexto de la audiencia de acusación, cuando la fiscalía presenta ante el juez los elementos de convicción y el material probatorio que pretende hacer valer como prueba en el juicio oral” (C-1194 de 2005).

¹⁶⁰ “La normativa del Código de Procedimiento Penal permite también que descubrimientos puntuales tengan lugar en el juicio oral (CPP(5), art. 344 inciso final) o, incluso, en la etapa de investigación, cuando se imponen medidas de aseguramiento contra el procesado (CPP(6), art. 306), pese a que la ley no se refiera nominalmente a ellos como descubrimientos”. (C-1194 de 2005).”

cierto que de acuerdo a lo establecido por el artículo 286 de la Ley 906 de 2004(42) la formulación de la imputación se realiza ante el juez de control de garantías y no ante el juez de conocimiento como indica el demandante, lo anterior no se desprende de la disposición acusada sino de un artículo diferente al demandado. Además, el supuesto normativo del que parte el demandante, tampoco esta presente en las disposiciones relativas al control efectuado por los jueces de garantías.

Por lo tanto, no existe certeza en la formulación de los argumentos de inconstitucionalidad planteados por del demandante. No es cierto que se ordene al fiscal el descubrimiento de todos los elementos probatorios ante el juez de control de garantías. Así, no es posible establecer si lo que en realidad acusa el demandante es la formulación de la imputación ante el juez de control de garantías, lo cual se deriva del artículo 286 y no del artículo 288, o la excepción a la regla establecida por el artículo 288 que indica que la fiscalía no tiene la obligación de descubrir, en dicha oportunidad, los elementos materiales probatorios, evidencia física o la información en su poder excepto para la medida de aseguramiento, pues el demandante parte de una afirmación que no es cierta: la obligación total del descubrimiento de los elementos materiales probatorios”.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, basada en los precedentes de la Corte Constitucional, ha hecho importantes pronunciamientos sobre el descubrimiento de evidencias en el sistema acusatorio colombiano. En sentencia del 12 de diciembre de 2006, (segunda instancia de un fallo de tutela dictado por el Tribunal Superior de Medellín) confirmó que no era procedente lo pretendido por el demandante porque dada su calidad de indiciado, la Fiscalía debía descubrir los medios de acreditación recopilados durante la etapa de indagación. Luego de hacer alusión a los pronunciamientos de la Corte Constitucional relacionados con anterioridad, la Corte Suprema precisó:

“En el caso que concita la atención de la Sala, se tiene que la fiscalía se encuentra en este momento recogiendo elementos materiales probatorios y evidencia física relacionados con los hechos denunciados por la joven María Carolina Osorio Hoyos, sin que hasta ahora hubiese realizado actuación alguna que tenga la virtud de afectar los derechos fundamentales del indiciado y, por tanto, haga necesaria la activación del derecho de defensa.

En relación con lo anterior, importa señalar que el estatuto procesal penal de 2004 en momento alguno consagra como necesaria la activación del derecho de defensa cuando apenas el ente acusador en la fase de la indagación se dedica a la labor de recaudo de elementos materiales probatorios o evidencia física. Por el contrario, es el propio código el que garantiza la confidencialidad de la actuación de la fiscalía, en cuanto sólo la obliga a descubrir su arsenal probatorio en desarrollo de la audiencia de formulación de la acusación, salvo en el caso del artículo 306, es decir, cuando solicita la imposición de medida de aseguramiento, pues en ese evento deberá dar a conocer los elementos materiales probatorios, evidencias físicas e información legalmente obtenida en los cuales se sustenta la petición, para permitir la controversia pertinente”.

En cuanto a la audiencia de formulación de imputación, la Corte Suprema de Justicia coincide con lo expresado por la Corte Constitucional en el sentido de que ese no es el escenario para el descubrimiento de evidencias, ni mucho menos para la práctica de pruebas:

“Respecto del primero de los tópicos reseñados por el recurrente, ha de significarse que la crítica planteada ninguna trascendencia reporta en punto del adelantamiento de la audiencia de formulación de imputación y la presunta vulneración de derechos planteada, por la potísima razón que no es ese escenario adecuado para la práctica probatoria, como de manera

equivocada lo entendieron el Juez de control de garantías y las partes, incluso adelantando la controversia probatoria dentro de las técnicas propias del juicio oral, pasando por alto, de un lado, que en curso de la diligencia examinada no se hace descubrimiento probatorio alguno, y del otro, que de tratarse de exigir algún soporte respecto de la existencia del delito y la participación en este del indiciado, ello opera a través de informes o la presentación de elementos materiales probatorios o evidencia física.

Mal puede, entonces, alegar el recurrente violación al derecho de defensa o debido proceso, sólo porque en la audiencia de formulación de imputación, de manera indebida, engorrosa e innecesaria, se recabó el testimonio del investigador al servicio del GAULA y este declaró acerca de lo supuestamente confesado de manera irregular por el procesado, si se advierte claro que la fiscalía no tenía obligación de hacer ningún descubrimiento probatorio en esa diligencia y le bastaba con formular la imputación aludiendo a los elementos materiales probatorios, evidencia física o informes, que permitían inferir la autoría o participación del imputado en los hechos delictuosos¹⁶¹.

Conclusión: Aunque la actividad defensiva puede iniciarse desde la etapa de indagación, ello no implica que el descubrimiento probatorio comience desde ese momento, ni significa que la Fiscalía, al solicitar la intervención del juez de control de garantías frente a un acto de investigación u otra actuación que implique la afectación de derechos fundamentales, esté obligada a descubrir todos los medios de acreditación recaudados.

¹⁶¹ Providencia del tres de mayo de 2007, radicado 27108.

6.3. La iniciativa probatoria de la Defensa.

Para analizar el tema del descubrimiento de evidencia es indispensable precisar cuál es la función característica de la defensa en un sistema de tendencia adversarial.

En párrafos precedentes se hizo alusión a los momentos en que se activa la defensa. En síntesis puede decirse que esto ocurre cuando la Fiscalía ordena actuaciones que implican la limitación de derechos fundamentales¹⁶², obviamente con el control del juez, cuando el indiciado se entera de las labores investigativas que adelanta la Fiscalía o cuando es formulada la imputación.

El nuevo ordenamiento procesal penal implica un cambio significativo en lo que se refiere a la labor de la defensa, pues en el anterior sistema, la Fiscalía General de la Nación tenía la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable y aunque de acuerdo con la Ley 906 de 2004, debe actuar con objetividad, manteniendo su interés en el desarrollo de la justicia material; su función principal es obtener la prueba de cargo. Al respecto, la jurisprudencia nacional señala lo siguiente:

“Ahora bien, en respuesta a la formulación de imputación, el imputado tiene la facultad de aceptar los cargos presentados por el organismo investigativo o de rechazarlos. La aceptación total de los cargos asignados en la formulación de la imputación permite la protocolización inmediata de la acusación (CPP, art. 293). No obstante, si el imputado los rechaza, el día siguiente a la formulación de la imputación se da inicio a la etapa de la investigación. Al igual que la fiscalía, en la etapa de la investigación el imputado o su defensor “podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios y evidencia física. Con la solicitud para

¹⁶² Véase, además de las sentencias atrás relacionadas, la sentencia C-799 de 2005

que sean examinados y la constancia de la fiscalía de que es imputado o defensor de este, los trasladarán al respectivo laboratorio del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, donde los entregarán bajo recibo” (CPP, art. 268)¹⁶³.

En la sentencia C-1194 de 2005 la Corte Constitucional resaltó que la inactividad de la defensa es un fenómeno propio del sistema de enjuiciamiento criminal regulado en la Ley 600 de 2000:

“Por su parte, frente a la obligación constitucional que recaía sobre la fiscalía y que la obligaba a actuar diligentemente en la obtención de las pruebas exculpatorias del procesado, éste podía permanecer inactivo en el proceso, al tanto de lo que sobre su responsabilidad penal decidieran el fiscal y el juez de la causa. Por ello, resultaba concordante con esa lógica que si la fiscalía podía resolver autónomamente, por ejemplo, la preclusión de la investigación, y el procesado pudiera permanecer inactivo en el proceso, existiera una norma que obligara al ente de instrucción a investigar también lo que resulte favorable al procesado.

En el sistema penal de tendencia acusatoria, por el contrario, la fiscalía no ejerce funciones jurisdiccionales —las que podrían reputarse como tales están sujetas a la aprobación del juez de garantías—, y su competencia se circunscribe al recaudo del material de convicción necesario para formular la acusación contra el imputado. A este respecto dijo la Corte:

La Fiscalía General de la Nación es la titular de la acción penal; pero debe siempre solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias para la comparecencia de los imputados al proceso; y solo excepcionalmente podrá realizar capturas en los términos señalados por el legislador con sometimiento al control judicial dentro de las treinta

¹⁶³ C-1194 de 2005.

y seis horas siguientes; adelanta registros, allanamientos, incautaciones e interceptación de comunicaciones sometidas así mismo a control judicial posterior dentro del término de 36 horas; asegura los materiales probatorios; en caso de requerirse medidas adicionales que implique afectación de derechos fundamentales deberá obtener la autorización del juez de control de garantías; suspende, interrumpe o renuncia al ejercicio de la acción penal mediante el principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, sometido al control de juez de control de garantías; presenta escrito de acusación ante el juez de conocimiento con el propósito de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de la prueba, contradictorio, concentrado y con todas las garantías; solicita al mismo juez la preclusión de la investigación; dirige y coordina las funciones de policía judicial; e igualmente, demanda al juez de conocimiento la adopción de medidas judiciales para la asistencia a las víctimas, y así mismo, vela por la protección de estas, de los testigos y jurados (Sent. C-591 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández) (destacado fuera del original).

“En suma, mientras el sistema procesal penal derogado obliga al ente de investigación a recaudar pruebas favorables al procesado, el segundo lo obliga a ponerlas a disposición de la defensa en caso de encontrarlas, lo cual significa un evidente y sensible cambio en el énfasis de dicho compromiso.

De igual manera, el nuevo sistema impone a la defensa una actitud diligente en la recolección de los elementos de convicción a su alcance, pues ante el decaimiento del deber de recolección de pruebas exculpatorias a cargo de la fiscalía, fruto de la índole adversativa del proceso penal, la defensa está en el deber de recaudar por cuenta propia el material probatorio de descargo. El nuevo modelo supera de este modo la presencia pasiva del procesado penal, comprometiéndolo con la investigación de lo que le resulte favorable, sin disminuir por ello la plena vigencia de la presunción de inocencia”.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia se ha ocupado de la actividad probatoria de la defensa, así como de su importancia en lo referente al desarrollo de los derechos fundamentales del procesado:

“La defensa tiene iniciativa probatoria en virtud del mandato constitucional del debido proceso consagrado en el artículo 29 Superior, en cuanto dispone que ‘Quien sea sindicado tiene derecho...a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra’. En desarrollo de ese precepto, el Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, establece que durante la audiencia preparatoria la defensa puede solicitar al Juez las pruebas que requiera para sustentar su pretensión (artículo 357), aunque no está obligada a presentar pruebas de descargo o contra prueba -artículo 125- (...)”¹⁶⁴

Las implicaciones prácticas de la nueva dinámica procesal penal han sido evidenciadas en diversas decisiones judiciales, entre las que cabe destacar las siguientes:

En providencia del 16 de mayo de 2007, radicado 26186, la Corte Suprema de Justicia, luego de referirse al contenido del Acto Legislativo 03 de 2002 en lo que respecta a las funciones de la Fiscalía y al ámbito de igualdad en el que deben encontrarse las partes en un sistema de tendencia acusatoria, concluyó que la defensa no tenía razón al alegar que había sido violado el derecho de defensa, debido a que la Fiscalía, a pesar de haber descubierto oportunamente un dictamen pericial, optó por recusar al perito en la audiencia del juicio oral, luego de enterarse del interés personal que éste podría tener en el proceso. La Corte señala que la iniciativa probatoria que tiene la defensa en el sistema regulado en la Ley 906 de 2004 le permite solicitar que se escuchado otro perito para lograr su pretensión probatoria:

¹⁶⁴ CSJ 16 de mayo de 2007, radicado 26186.

“En efecto, si en la audiencia de formulación de acusación la Fiscalía anunció los elementos materiales probatorios que haría valer en el juicio oral y público, haciendo expresa referencia a la historia clínica y a la experticia médico-legal cuya introducción al mismo echa de menos el defensor, y en la diligencia de audiencia preparatoria el Fiscal puso en consideración de la defensa la historia clínica en mención en la sesión pertinente del 5 de diciembre, manifestando el letrado conocerla, lo mismo que el informe técnico de Medicina Legal elaborado por el técnico Henry Herrera, documentación cuya entrega hizo la Fiscalía al defensor en la fecha indicada, hay que convenir con la agencia del Ministerio Público que en este caso existió un correcto y adecuado descubrimiento de la prueba, por lo que mal cabe alegarse violación al debido proceso, pues, el defensor con suficiente antelación conoció el nombre del médico-perito que realizó la experticia, de quien dijo presentaría como su testigo con la finalidad de que le diera lectura a la historia clínica, y que se refiriera a las consecuencias que pudieron derivarse de las lesiones padecidas por su defendido.

Empero, como sólo el 27 de enero el Fiscal tuvo noticia acerca de la relación profesional habida un año antes, aproximadamente, entre el perito en mención y el abogado defensor del aquí sentenciado, hubo lugar a la recusación de aquél en los términos exceptivos consagrados en el Art. 411 del C. de P. Penal, esto es, en la audiencia del juicio oral y público, recusación que una vez aceptada por la juez del conocimiento derivó en la exclusión del experto de dicho acto procesal.

Tampoco cabe alegar violación al derecho de defensa, si el procesado gozó de todas y cada una de las garantías que como principio rectores se establecen en el Art. 8° de la Ley 906 de 2004, especialmente la de conocer y controvertir las pruebas. Bien pudo solicitarse a la juez de

conocimiento, en virtud del principio de concentración -Art. 17- y dado el carácter adversarial propio del sistema acusatorio, la suspensión de la vista pública a efecto de que se designara otro perito que pudiera cumplir con el cometido propuesto respecto de la historia clínica y del reconocimiento médico-legal practicado al sentenciado”.

En el mismo sentido, el Tribunal Superior de Medellín, en providencia del 27 de agosto de 2007, radicado 05-266-60-00203-2007-80057, se refirió a la necesidad de que la defensa participe activamente en la actividad probatoria cuando opta por una “defensa afirmativa”:

“En forma subsidiaria el abogado defensor impetra a favor de su prohijado el reconocimiento de errores de tipo y de prohibición y el reconocimiento de la ira e intenso dolor.

No indicó el abogado defensor en qué elementos probatorios que haya llevado al juicio se fundamenta su petición y ni siquiera menciona las razones fácticas en que apoya su pedimento.

Olvidó el abogado impugnante que si su estrategia era la defensa afirmativa debía llevar al juicio los elementos materiales probatorios y la evidencia física que le sirvieran de sustento a su tesis. Es que con el nuevo sistema de la oralidad la Fiscalía General de la Nación ya no investiga lo favorable y lo desfavorable, como en el sistema anterior. En el nuevo sistema hay un decaimiento del deber de recolección de pruebas exculpatorios. La Fiscalía General de la Nación está obligada a poner a disposición de la defensa las pruebas de exculpación, en caso de encontrarlas. La defensa tiene el deber de recaudar por cuenta propia el material probatorio de descargo (Corte Constitucional. Sentencia C-1194 de 2005), aspecto que se resalta en el art. 47 de la Ley 1142 de 2007 que reformó el art. 125 de Ley 906 de 2004.

En consecuencia,
No hay prueba alguna de la manifestación subsidiaria del abogado defensor, por lo que se rechazará de plano su pedimento”.

En sentencia del ocho de noviembre de 2007, radicado 26411, la Corte Suprema de Justicia concluyó que es perfectamente válido que una de las partes, en ese caso la Fiscalía, desista de una de las pruebas solicitadas por considerar que no resulta útil para soportar su teoría del caso:

“Como se trata esencialmente de un proceso de partes, desde esa óptica es razonable que quien ha solicitado la práctica de una prueba desista de ella en el juicio si así lo estima a la hora de definir en la audiencia las pruebas que soportan su teoría del caso, bien porque ese medio de convicción no alcanza sus expectativas procesales, bien porque de manera inexplicada, asumiendo en todo caso el riesgo que implique la decisión del sujeto procesal, opta por retirar de su expectativa probatoria determinado medio de convicción.

Es claro entonces que un sujeto procesal puede legítimamente desistir de la práctica de una prueba en el juicio, sin que eventualmente y aún respetando el principio de imparcialidad, el juez pueda requerir o pedir de explicaciones por las cuales opta la parte por esa determinación; en todo caso, la decisión de retirar la prueba está ligada a la visión insular de sacar adelante la teoría del caso del interviniente respectivo (autónoma de la parte).

La determinación del fiscal en este sentido (desistir de una prueba previamente solicitada) tendrá efectos vinculantes **sólo** en el caso de que se trate de prueba **única**, pues, en tal evento el fiscal quedará sin teoría del caso y el juicio quedará sin acusador y sin prueba. (Sin perjuicio de la eventual responsabilidad que pueda comprometer al funcionario, en tratándose de retirar pruebas trascendentales de cargo).

No sucede igual cuando existe multiplicidad de opciones probatorias, porque en ese caso el fallo tendrá que fundamentarse en ellas y obviar la prueba desistida, no practicada, en fin, no disponible”¹⁶⁵.

En armonía con lo anterior, si la defensa considera que alguno de los medios de acreditación descubiertos por la Fiscalía puede resultarle útil para soportar su teoría del caso, debe expresarlo así durante la audiencia preparatoria, bajo el supuesto de que tendrá que explicar la pertinencia y conducencia del medio de acreditación¹⁶⁶.

La iniciativa probatoria que el nuevo ordenamiento jurídico le otorga a la defensa, implica la realización de actos de investigación, pues es a través de éstos que generalmente se obtienen los medios de acreditación. En armonía con este postulado, en las discusiones previas a la expedición de la Ley 1142 de 2007, fueron hechas las siguientes precisiones sobre los motivos para reformar el artículo 125 de la Ley 906 de 2004:

¹⁶⁵ “En el mismo sentido, en providencia del 29 de agosto de 2007, radicado 28056, la Corte Suprema de Justicia concluyó que la defensa no tenía razón al afirmar que si la Fiscalía había descubierto unos determinados medios de acreditación, pero no había solicitado su práctica como prueba (o había desistido de una solicitud en tal sentido), el juez debía decretarlas de oficio: “Aquí, debe significar la Corte cómo dentro del esquema adversarial que informa el sistema acusatorio implementado en nuestro país, se busca que cada parte, de manera independiente, adelante su particular tarea investigativa y fruto de ese trabajo, presente en la audiencia preparatoria la solicitud probatoria que sustente su particular teoría del caso, en el entendido de que esa prueba reclamada, en principio, interesa es a la parte y, en contrario, afecta a la contraparte.

Por ello, carece de sustento legal afirmar, sin ningún tipo de soporte, que la prueba pertenece al proceso y no a la parte, como quiera que, dentro de la facultad de postulación que asiste a los intervinientes en el trámite procesal, si exclusivamente una parte solicitó la prueba para soportar su teoría del caso, alegando en pro de la conducencia y pertinencia de ésta, esa misma parte, sea porque la interprete innecesaria o se dificulte hacer llegar al testigo, como ocurrió en el caso examinado, puede renunciar a la prueba, en el entendido, dentro del concepto lógico sistemático que ha de gobernar el asunto, de que esa renuncia sólo lo afecta a él”.

¹⁶⁶ En providencia del 24 de agosto de 2007, radicado 200601795, el Tribunal Superior de Armenia, a partir de la premisa de que una prueba puede ser pertinente frente a una teoría del caso pero no serlo frente a otra, expresó lo siguiente en torno a la posibilidad de que una parte solicite la práctica de las pruebas pedida por la otra: “No es que no puedan decretarse las mismas pruebas para la Fiscalía y para la defensa, sino que cada parte debe demostrar cuál es su pertinencia, conducencia y utilidad para que el juez pueda decretarlas de esa manera., la recepción doble de los testimonios tiene que estar fundamentada en la necesidad objetiva de esa práctica y no en la simple expectativa de lo que hipotéticamente podría suceder”. “Una prueba puede ser pertinente frente a una teoría del caso y no serlo frente a otra.

“Artículo 125. Deberes y atribuciones especiales. En especial la defensa tendrá los siguientes deberes y atribuciones:
(...)

9. 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.

JUSTIFICACIÓN

Atendiendo necesidades expuestas por la Defensoría Pública, se adiciona una modificación al artículo 125, para en el numeral 9 permitir actuaciones a los investigadores y técnicos reconocidos por la ley. En estos casos las entidades públicas, privadas y particulares deberán prestar la colaboración que requiera el defensor certificado como tal por la Fiscalía General de la Nación, sin que se pueda oponer reserva, con el compromiso que la información será utilizada para efectos judiciales”.

En todo caso debe tenerse en cuenta que si la obtención de la información por parte de la defensa conlleva la afectación de derechos fundamentales, esta debe estar autorizada por el juez de control de garantías.

En conclusión: el sistema de enjuiciamiento criminal implementado a partir del Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004 se caracteriza, entre otros aspectos, por que la Fiscalía centre sus esfuerzos en la obtención de la evidencia a su cargo, sin perjuicio de cumplir con su deber de obrar con objetividad. Esto implica que la defensa está llamada a participar activamente en el debate probatorio,

sin que ello implique el desconocimiento de derechos fundamentales tan importantes como la presunción de inocencia, el derecho a la no autoincriminación, el respeto por el sigilo profesional, entre otros.

6.4. El descubrimiento que hace la fiscalía. Análisis de los aspectos constitucionales relacionados con esta obligación.

En la sentencia C-1194 de 2005 la Corte Constitucional alude a los aspectos constitucionales relacionados con el descubrimiento de pruebas que generalmente debe hacer la Fiscalía General de la Nación en la denominada etapa de acusación. Dada la iniciativa probatoria que tiene la defensa en este sistema procesal, la Corte resalta la importancia de que la Fiscalía descubra oportunamente los medios de acreditación recopilados:

“Ahora bien, como el cambio de metodología de la investigación penal implica que, en el nuevo sistema, la fiscalía no está obligada a recaudar material probatorio que pudiera ser favorable a la defensa, sino que su tarea se limita a encontrar las pruebas de cargo que desvirtuarían la presunción de inocencia del acusado (aunque, de encontrar pruebas exculpatorias, está en la obligación de entregarlas a la defensa), se hace indispensable que la defensa tenga acceso al conocimiento del acervo que se hará valer en su contra.

Por ello, en aras de mantener el equilibrio de la contienda y de garantizar la vigencia del plano de igualdades en el debate, en otras palabras, con el fin de hacer realidad el principio de la igualdad de armas, la defensa debe estar en posibilidad de conocer los elementos de juicio que se encuentra a disposición de la fiscalía, pues de ellos depende el diseño de su estrategia defensiva”.

Luego, el alto tribunal se refiere a la conexión que existe entre el descubrimiento probatorio, el principio de igualdad de armas y el derecho a la tutela judicial efectiva:

“La decisión de garantizar el principio de igualdad de armas en el proceso penal mediante el instituto del descubrimiento de la prueba responde al reconocimiento de que el aparato estatal cuenta con recursos económicos, técnicos, científicos y operativos mucho mayores de los que podría disponer un particular acusado de incurrir en un ilícito. La desproporción que en materia investigativa inclina la balanza en contra de la defensa obliga al legislador a garantizar el equilibrio procesal mediante la autorización que se da al procesado para que acceda al material de convicción recaudado por los organismos oficiales.

Del mismo modo, la admisión del inculpado al material probatorio recaudado por los organismos oficiales y, con él, en últimas, a la estructura investigativa del Estado, garantiza la preeminencia del principio de gratuidad de la administración de justicia, pues evita que el particular asuma directamente los costos que exige demostrar su inocencia ante la justicia. Piénsese por ejemplo en las facilidades económicas y logísticas con que cuenta la fiscalía para practicar, de manera simultánea, pruebas distintas en lugares diversos del país y del exterior, frente a las escasas probabilidades con que cuenta un particular para movilizarse con el mismo fin. Si la defensa no tuviera acceso a las herramientas instructivas y a los resultados probatorios de la fiscalía, el Estado estaría en la obligación de conferirle una infraestructura de investigación equipotente a la de los organismos oficiales, lo cual resulta sencillamente impracticable”.

Finalmente, luego de referirse a la manera en que el descubrimiento probatorio está regulado en el derecho comparado, la Corte analiza los referentes constitucionales relacionados con dicha figura:

“En Colombia, el descubrimiento probatorio encuentra sustento constitucional en el artículo 250 de la Carta Política, tal como fue modificado por el artículo 2° del Acto Legislativo 03 de 2002. La disposición constitucional ilustra así el contenido de esta institución:

En el evento de presentarse escrito de acusación, el fiscal general o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia, incluidos los que le sean favorables al procesado.

Acudiendo a una interpretación integral de la Constitución Política, podría decirse también que el principio general de igualdad constitucional (C.P., art. 13) se integra al artículo 29 superior, que consagra los principios fundamentales del debido proceso, así como al artículo 229 de la Carta, que estructura el acceso de las personas a la administración de justicia, para constituir el derecho constitucional del sindicado a ‘presentar sus pruebas en igualdad de condiciones’ en el proceso, variante de tal garantía reconocida de alguna manera por la Corte Constitucional en su jurisprudencia. En efecto, el concepto general de la corporación sobre el principio de igualdad procesal permite evidenciar que la Corte ha sido proclive al reconocimiento de este principio”¹⁶⁷.

De lo expresado hasta ahora queda claro que el descubrimiento que debe hacer la Fiscalía está relacionado con importantes derechos fundamentales de los procesados. También es claro que el descubrimiento probatorio tiene como escenario natural lo que la Corte ha denominado etapa de acusación¹⁶⁸, pero es necesario analizar su desarrollo jurisprudencial para establecer en qué momento y de qué manera comienza el descubrimiento de evidencias de cara a la preparación de la audiencia del juicio oral.

¹⁶⁷ La Corte Suprema de Justicia también ha analizado la relevancia del descubrimiento desde la perspectiva constitucional. Por ejemplo, en sentencia del 21 de febrero de 2007, radicado 25920, el alto tribunal explica la relación de este instituto con los principios de debido proceso, igualdad, imparcialidad, legalidad, defensa, lealtad, contradicción, entre otros. En la sentencia C-1194 de 2005 la Corte Constitucional se refiere, además, a la vinculación del descubrimiento con los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia.

¹⁶⁸ Denominación que se resalta por su coincidencia con lo considerado por la Corte Suprema de Justicia en torno a la relación que existe entre escrito de acusación y audiencia de formulación de acusación, aspecto que será analizado a continuación.

En providencia del cinco de octubre de 2007, radicado 28294, la Corte se refirió a la relación que existe entre escrito de acusación y audiencia de formulación de acusación:

“El escrito de acusación, que junto con lo expuesto por la fiscalía en la audiencia para su formulación, conforma ese acto complejo que es la acusación, constituye la pretensión de la fiscalía, la que aspira a demostrar en el debate del juicio oral para que el juez profiera el fallo en los términos allí precisados”.

En providencia del 11 de abril de 2007, radicado 26128, la Corte se refiere al tema del descubrimiento probatorio en el sistema acusatorio colombiano y precisa, entre otras cosas, que este comienza con el escrito de acusación:

“Con la presentación del escrito de acusación que hace el fiscal ante el juez competente, dicho instrumento, de acuerdo con lo reglado por el artículo 337 de la Ley 906 de 2004, deberá contener, entre otros presupuestos, “El descubrimiento de las pruebas”, que consiste que con el citado escrito se presenta otro anexo en el que constarán los hechos que no requieren prueba; la transcripción de las pruebas anticipadas que se quieran aducir en el juicio y que no se pueden recaudar en el juicio oral, el nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en el juicio, etc”.

En el mismo sentido, en sentencia del 21 de febrero de 2007, radicado 25920, la Corte Suprema había dicho:

“En cumplimiento de su deber funcional, la Fiscalía está obligada a anunciar desde el escrito de acusación, con una lista bien detallada, todas las pruebas que pretenda hacer valer en el juicio oral (artículo 337, numeral 5), el cual deberá contener: una relación de los hechos, las pruebas anticipadas –si las hubiere, los datos para la localización de los testigos de cargo

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

Para dar a conocer el descubrimiento probatorio, el numeral 5° del artículo 337 del Código de Procedimiento Penal, dispone que la Fiscalía entregue copia del escrito de acusación con destino al acusado, al Ministerio Público y a las víctimas, con fines únicos de información.

En condiciones normales, es de esperarse que la defensa realmente acceda al escrito de acusación y sus anexos antes de realizarse la audiencia de formulación de acusación (artículo 338 *ibídem*), lo cual implica una conducta diligente del Fiscal, de la defensa y del Juez de conocimiento.

1.3.6. El principal momento procesal donde se lleva a cabo el descubrimiento probatorio tiene lugar en la audiencia de formulación de acusación (artículo 344 *ibídem*); donde las partes deben colaborar decididamente para que el descubrimiento se verifique en forma garantista y correcta. En todo caso, corresponde al Juez 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”.

Luego de hacer algunas precisiones sobre el proceso de descubrimiento de evidencias, la Corte Suprema analiza las formas en que puede hacerse el descubrimiento y resalta que no en todos los casos resulta necesario que las partes exhiban físicamente los medios de acreditación, pues ello podría hacer irrazonable la actuación:

“Se ha venido destacando la palabra “**suministrar**” que forma parte de la redacción de los textos constitucional y legal, en el

sentido que, en el proceso de descubrimiento, es deber de la Fiscalía suministrar a la defensa todas las evidencias y elementos probatorios de que disponga.

El verbo suministrar no puede entenderse necesaria y únicamente como entregar físicamente, o dar, o poner en las manos del otro todas las evidencias ni todos los elementos materiales probatorios. Tal interpretación a menudo desbordaría los límites de lo razonable, conduciría a extremos indeseados, a complejidades extremas, a malversación de recursos o dilatación del juzgamiento, siendo todos estos resultados hipotéticos incompatibles con los fines constitucionales del proceso penal.

Suministrar, en el Diccionario de la Lengua Española, [11] significa “Proveer a alguien de algo que necesita”. Y en el mismo Diccionario, el vocablo proveer tiene varias acepciones; entre ellas, una que se relaciona con el tema que se viene tratando: “Preparar, reunir lo necesario para un fin. Suministrar o facilitar lo necesario o conveniente para un fin”.

En ese orden de ideas, la Fiscalía cumple el deber de *suministrar* las evidencias y elementos probatorios de varias formas, entre ellas:

I) Imprescindiblemente y en todos los casos, “*descubriéndolos*”, esto es: informando a la defensa en las oportunidades procesales citadas, con plena lealtad y con sujeción al principio de objetividad, sobre la existencia, naturaleza y ubicación de todos y cada uno de los elementos probatorios y evidencias; sobre todo si la Fiscalía va a utilizarlos para sustentar la acusación y si estos pueden favorecer al acusado.

II) Entregándolos físicamente cuando ello sea racional y materialmente posible, como con resultados de un informe pericial o policial, la copia de algunos documentos o algunos elementos o muestras de los mismos.

III) Facilitando a la defensa el acceso real a las evidencias, elementos y medios probatorios en el lugar donde se encuentren, o dejándolos a su alcance si fuere el caso, de modo que pueda conocerlos a cabalidad, estudiarlos, obtenerlos en la medida de lo racionalmente posible y derivar sus propias conclusiones con respecto a los fines de la gestión defensiva¹⁶⁹.

Corresponde al Juez, una vez más, velar porque el *suministro*, así entendido, sea oportuno y lo más completo posible, pues se trata de facilitar a la defensa el acceso real a los medios que utilizará la Fiscalía en contra del acusado.

En el caso del descubrimiento probatorio que corresponde a la defensa, son pertinentes algunas reflexiones similares:

En este orden de ideas, la Corte ha resaltado que el ordenamiento jurídico no consagra una fórmula rígida para el descubrimiento probatorio, y que lo fundamental es que el descubrimiento que hagan las partes permita ejercer adecuadamente el contradictorio. Un descubrimiento inadecuado puede generar la nulidad de la actuación, siempre que se acredite la trascendencia de la irregularidad¹⁷⁰.

Finalmente, en lo que respecta al descubrimiento probatorio realizado por la Fiscalía, es necesario establecer su alcance. Es claro que la Fiscalía debe descubrir los medios de acreditación que sirven de soporte a su teoría del caso y que si encuentra evidencias favorables al acusado también debe proceder a descubrirlas. Sin embargo, en la práctica se discute si la Fiscalía está obligada a descubrir todos los

¹⁶⁹ Esta posición aparece reiterada en providencia del seis de septiembre de 2007, radicado 27536.

¹⁷⁰ "Igual que en los distintos eventos, la declaratoria de nulidad originada en el *proceso de descubrimiento*, bien sea a solicitud de parte o de manera oficiosa, se rige por el principio de trascendencia, de suerte que no cualquier suceso irregular tiene la virtualidad de invalidar lo actuado; sino que esa medida extrema podrá tomarse únicamente cuando quiera que el Juez verifique la vulneración cierta de las garantías fundamentales, o cuando la parte que alega lo demuestre" (CSJ, 21 de febrero de 2007, radicado 25920).

elementos de acreditación que haya recopilado; veamos qué ha dicho la jurisprudencia sobre este aspecto:

En la sentencia C-1194 de 2005, al analizar la constitucionalidad del artículo 344 del Código de Procedimiento Penal, concretamente en lo que respecta a la posibilidad que tiene la defensa de pedir a la fiscalía el descubrimiento de un medio de acreditación que tenga en su poder, la Corte concluye que dicha norma se ajusta a las disposiciones constitucionales, dado que constituye un instrumento para que la defensa tenga acceso a información que no haya descubierto, más no una limitación al conocimiento de los medios de acreditación que hará valer el ente acusador. En ese contexto, la Fiscalía no está obligada a descubrir todos los medios de acreditación hallados durante la investigación (como actividad, no como etapa de la actuación), sino aquellos que sirvan de soporte a la acusación:

“Aunque el planteamiento anterior podría parecer contradictorio, pues ¿qué sentido tiene que la defensa pida el descubrimiento de un elemento de convicción específico de que tenga conocimiento, si la fiscalía tiene la obligación previa de descubrir todo el material probatorio que tenga en su poder?, lo cierto es que la integración de las normas constitucionales y legales permite extraer una explicación razonable a esta figura.

En efecto, el artículo 250 de la Constitución Política advierte que, formulado escrito de acusación, la fiscalía deberá suministrar todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia, incluidos los que le sean favorables al procesado. Del texto constitucional se extrae que el suministro de los elementos probatorios e informaciones recaudados por la fiscalía se circunscribe a aquellos que fundamentan la acusación, pues no tendría sentido que la fiscalía descubriera material probatorio por completo ajeno a la misma. Así, la obligación inicial del fiscal en la audiencia de descubrimiento es la de descubrir el material probatorio sustento de la acusación.

Sin embargo, si la defensa lo considera conveniente y provechoso para su estrategia defensiva, el artículo 344 le confiere una herramienta adicional para que, además del material que ya fue genéricamente descubierto, el fiscal descubra otros elementos que estén en su poder y que, por no haber sido considerados relevantes, no fueron descubiertos”.

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia, en providencia del 13 de septiembre de 2006, radicado 25007, anota:

“Conveniente es por ello precisar que la Fiscalía General de la Nación y en atención al principio de objetividad está compelida a actuar con un criterio objetivo y transparente, así como a proceder con lealtad y buena fe en sus actos, en forma tal que si bien debe suministrar por conducto del juez la totalidad de elementos probatorios con los que cuenta, ha de entenderse que dicho imperativo en la presentación de los elementos materiales probatorios, la evidencia física o el medio de prueba deben ser pertinentes y admisibles en tanto orientados a precisar los hechos o las circunstancias relativas a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado, incluidos aquellos que puedan ser a éste favorables, bajo el criterio según el cual, toda prueba pertinente es admisible (artículo 376 id.), salvo que, como lo indica entre otros supuestos el literal b de la citada norma, “exhiba escaso valor probatorio”, caso en el cual -contrario sensu- pese a ser pertinente resulta inadmisibile.

Eso sucede, según queda visto y conforme lo precisó el Ministerio Público en esta sede, con la mayoría de reparos de índole probatorio y con el pretendido alcance de invalidación procesal a que aludiera la demandante al citar anexos a los diversos elementos descubiertos por la Fiscalía para ser aportados en el juicio y en pos de los cuales sin poder justificar su trascendencia.

También acusa la apoderada del procesado que el formato de informe ejecutivo se entregó incompleto, dado que no se acompañó de los testimonios anexos de Aseneth Rodríguez y Bernardo Morales. Sobre dichas pruebas basta indicar que la propia Fiscalía precisó tratarse de elementos que en ningún momento haría valer en el juicio, en forma tal que resultaban de esta manera inocuos, máxime cuando no se desprende que de ellos pudiera derivarse el más mínimo rasgo de defensa en pro del imputado”.

6.5. El descubrimiento que debe hacer la defensa.

Aspectos constitucionales relacionados con esta obligación.

Gran parte del análisis jurisprudencial se ha centrado en la importancia del descubrimiento que hace la Fiscalía General de la Nación frente a algunos derechos fundamentales de los procesados, también lo es la obligación que tiene la defensa de descubrir oportunamente sus medios de acreditación, ligada a aspectos relevantes del ordenamiento superior.

En primer lugar, la Corte Constitucional ha reiterado que la investigación y sanción de las conductas punibles es un mecanismo importante de protección de derechos fundamentales tan importantes como la vida y la libertad¹⁷¹, por lo que cualquier limitación ilegítima al ejercicio del *ius puniendi* puede tener trascendencia constitucional, sobre todo si se tiene en cuenta que los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación han tenido un desarrollo importante¹⁷².

En la sentencia C-1194 de 2005 la Corte Constitucional se refirió a la trascendencia del descubrimiento probatorio en un sistema

¹⁷¹ Véanse, entre muchas otras, las sentencias SU-159 de 2002 y C-591 de 2005

¹⁷² Al respecto pueden consultarse las sentencias C-228 de 2002, C-454 de 2006, C-209 de 2007, C-210 de 2007, entre otras.

de tendencia adversarial, concretamente desde la perspectiva del principio de igualdad de armas:

“Principio de igualdad de armas y diligencia de descubrimiento de la prueba.

La figura del descubrimiento de la prueba encuentra fundamento en el principio conocido como level playing field (Waffengleichheit, en alemán), imagen deportiva que se refiere a la igualdad de oportunidades entre los contendores y que ha sido recogida por los sistemas acusatorios del derecho penal anglosajón (7), de los cuales el sistema colombiano ha recibido aportes fundamentales.

En términos generales, el principio de igualdad de armas se despliega en dos direcciones complementarias: en primer lugar, implica que los actores del proceso deben contar con las mismas oportunidades para participar en el debate. Del otro lado, esta premisa se traduce, en términos probatorios, en la necesidad de que la defensa y la fiscalía tengan acceso al mismo material de evidencia requerido para sustentar el debate en juicio.

Ahora bien, la manera de garantizar el equilibrio de las armas en el proceso penal de corte adversarial y, por tanto, de permitir que tanto la defensa como la fiscalía cuenten con las mismas oportunidades de acción y con los mismos elementos de convicción se concreta en la figura del descubrimiento de la prueba”.

Más adelante, la Corte explica por qué es importante que la Fiscalía conozca los medios de acreditación que utilizará la defensa y concluye que de ello se deriva la posibilidad de que el fiscal, en la audiencia de acusación, pueda solicitar al juez que exija a la defensa el descubrimiento en los términos del artículo 344:

“En complemento de lo anterior y con la intención de que el despliegue del principio de igualdad de armas sea una realidad para la controversia procesal, el legislador ha querido también que la fiscalía conozca el material de convicción que la defensa ha podido recopilar desde el momento en que presentó la formulación de la imputación e, incluso, desde el momento en que tuvo conocimiento de la existencia de la indagación preliminar, si así hubiese ocurrido. Por ello, en la diligencia de descubrimiento, el fiscal también puede pedir a la defensa que entregue copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio (CPP, art. 344)”.

Lo anterior es relevante si se tiene en cuenta que en ocasiones se ha entendido que el único escenario para realizar el descubrimiento probatorio por parte de la defensa es la audiencia preparatoria. Esta interpretación que, a nuestro juicio, desconoce la regulación de esta figura no sólo en su literalidad sino además desde la perspectiva teleológica, porque como bien lo anota la Corte Constitucional, el fin primordial del descubrimiento probatorio es permitirle a la defensa y a la Fiscalía que complementen sus pesquisas para controvertir los medios de acreditación de cargo o descargo, según el caso. En la sentencia C-1194 de 2005 la Corte hizo énfasis en la importancia de que tanto la Fiscalía como la defensa conozcan dicha información desde la audiencia de acusación:

“Ahora bien, el hecho de que la diligencia de descubrimiento del material probatorio sustento de la acusación se haga en la propia audiencia de acusación busca que la defensa o a la fiscalía complementen las correspondientes pesquisas con el fin de controvertir los elementos de convicción que serán usados por su contraparte. El descubrimiento tiene lugar con anterioridad al juicio para que la defensa recopile las pruebas de descargo y la fiscalía complemente las pruebas de cargo. De hecho, la defensa debe haber empezado a recopilarlas desde la imputación

misma o desde que tenga conocimiento de la existencia de una investigación en su contra, tal como lo indica el artículo 267 del Código de Procedimiento Penal.

Así las cosas, la diligencia de descubrimiento también evita la presentación sorpresiva del material de convicción en el juicio, circunstancia que comprometería gravemente el derecho de defensa del acusado ante la imposibilidad material de recaudar, en esa etapa final, el material probatorio de contraste.

En última instancia, la diligencia de descubrimiento pretende garantizar la transparencia del juicio penal —fair trial— (18), pues, aunque la estructura del proceso está sentada sobre la base de una contienda, el fin último constitucional del proceso penal es la realización de la justicia material, lo cual implica que el discurso sobre la responsabilidad penal del acusado debe erigirse sobre la base de hechos conocidos y dudas razonables, pero no de pruebas ocultas o acusaciones inesperadas”.

Lo expresado por la Corte permite comprender el sentido y alcance de lo dispuesto en el artículo 344 del Código de Procedimiento Penal, en el sentido de que la fiscalía puede pedirle al juez que exija a la defensa el descubrimiento de los elementos de acreditación que haya recopilado, (claro esta sin perjuicio de los derechos a la presunción de inocencia, la no autoincriminación, entre otros) pues aunque es cierto que el escenario en el que naturalmente comienza el descubrimiento probatorio es el de la acusación (entendiendo que el escrito de acusación y la acusación propiamente dicha constituyen un acto complejo), también lo es que la defensa puede comenzar su labor incluso desde la etapa de indagación, conforme se resaltó en los primeros párrafos de este acápite. Por esto, es posible que al momento de la audiencia de acusación, la defensa ya haya recopilado elementos de acreditación que pretenda hacer valer como prueba en la audiencia del juicio oral.

En este sentido, la Corte Constitucional resaltó que la audiencia preparatoria es un escenario para verificar que el descubrimiento haya sido completo:

“Sobre el mismo particular, la Corte considera indispensable precisar que los efectos de la diligencia de descubrimiento no culminan en la audiencia de acusación, pues, tal como lo prevén los artículos posteriores al 344, en la audiencia preparatoria el juez de conocimiento decidirá sobre las objeciones y complementos que deban hacerse al acervo descubierto, lo cual implica que el debate sobre los elementos de convicción aportados al proceso tiende a complementarse en una audiencia posterior, preparatoria del juicio oral”¹⁷³.

Para la Corte Constitucional parece claro que el descubrimiento por parte de la defensa comienza en la audiencia de acusación, no como una facultad, sino como una obligación. En efecto, al analizar la interpretación dada por el demandante al artículo 344 del Código de Procedimiento Penal, en lo que se refiere a la potestad de la defensa de pedir que la Fiscalía descubra un medio de acreditación en especial, la Corte dijo que una interpretación así resulta inconstitucional, por poner a la defensa en condiciones de desigualdad, pues si la Fiscalía tiene la potestad de exigir que en la audiencia de acusación la defensa descubra copia de los medios de acreditación que ha recopilado, mal podría concluirse que la defensa sólo puede exigir el descubrimiento de uno de los medios de acreditación recopilados por la Fiscalía:

“La disposición acusada prescribe que la defensa puede pedir el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento. Partiendo de la base de que los elementos cuyo descubrimiento puede pedir la defensa a la fiscalía pueden ser varios, lo que sí resulta indiscutible al tenor literal de la disposición es que ésta no

¹⁷³ C-1194 de 2005.

autoriza a la defensa a pedir, en general, el descubrimiento de los elementos probatorios en poder de la fiscalía. En otras palabras, según la norma, la defensa sólo podría pedir el descubrimiento de pruebas que de antemano sepa que se encuentran en poder de la fiscalía, pero no podría pedir que el ente de investigación se descubra en su totalidad, enseñe todos los elementos de juicio que haya podido recaudar en la instrucción, incluso de aquellos que la defensa no tenga conocimiento que están en su poder.

Esto, sin lugar a dudas, pondría a la defensa en una situación de abierta desventaja respecto de la fiscalía, pues en desconocimiento evidente del principio de igualdad de armas, la defensa no podría conocer el contenido de las pruebas en poder de la fiscalía, sino, únicamente, de aquellas de que tenga noticia que lo están, en contraste con el órgano de investigación que sí tendría acceso a todas las que posea la defensa : “ART. 344.—C.P.P. (...) La fiscalía, a su vez, 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”.

Nótese que mientras la defensa solo puede pedir el descubrimiento de los elementos de que tenga noticia que están en poder de la fiscalía, ésta puede pedir el descubrimiento general de los elementos que están en poder de la defensa¹⁷⁴.

La Corte Suprema de Justicia también se ha referido a la posibilidad que tiene la Fiscalía de que la defensa comience el descubrimiento probatorio en la audiencia de acusación. En providencia del 11 de abril de 2007, radicado 26128, al analizar esta figura, resaltó:

“b) Dentro de la audiencia de formulación de acusación, así mismo la defensa cuenta con la posibilidad legal de solicitar al juez de

¹⁷⁴ C-1194 de 2005.

conocimiento que ordene a la fiscalía “o quien corresponda, el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento...”. (Artículo 344).

c) De la misma manera, en la etapa de formulación de acusación la fiscalía podrá pedir al juez que ordene a la defensa la entrega de “copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio”. (Artículo 344).

d) Cuando la defensa pretenda hacer uso de la inimputabilidad en cualquiera de sus variantes” deberá entregar a la fiscalía los exámenes periciales que le hubieren practicado al acusado”. (Artículo 344)”

Así las cosas, en la audiencia de acusación la Fiscalía tiene derecho a exigir un primer descubrimiento probatorio por parte de la defensa (copia de los elementos materiales probatorios..), con la finalidad, de continuar la labor investigativa necesaria para conseguir las evidencias encaminadas a controvertir los medios de acreditación que la defensa pretenda hacer valer, posibilidad que tiene la defensa desde que conoce el escrito de acusación e inclusive desde antes, cuando la Fiscalía realiza descubrimientos parciales ante el juez de control de garantías.

Para concluir cabe resaltar que excepcionalmente, el descubrimiento probatorio puede darse con posterioridad a las audiencias de acusación y preparatoria, en casos como los siguientes:

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

ii) En el evento en que una persona o entidad diferente a la Fiscalía es la que tiene físicamente o dispone de la evidencia o elemento

probatorio; tal el caso de los organismos que cumplen funciones de policía judicial (entre ellos: Procuraduría General de la Nación, Superintendencias y Contraloría General de la República); el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y oficinas de peritos.

iii) Si ocurriere que durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física “muy significativo que debiera ser descubierto”, tiene el deber de ponerlo en conocimiento del Juez, quien “oídas las partes y considerando el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba” (inciso final del artículo 344 *ibídem*)¹⁷⁵.

En lo que se refiere a los derechos de la víctima frente al descubrimiento probatorio, cabe resaltar que la Corte Constitucional, en la sentencia C-209 de 2007, resaltó que no existen razones legítimas para excluir a la víctima de la posibilidad de solicitar el descubrimiento de evidencias en la audiencia de acusación o en la audiencia preparatoria; al respecto anotó:

“Efectuada dicha integración normativa, pasa la Corte a analizar el artículo 344 por este cargo. Al respecto estima que: (i) la norma excluye a la víctima de los actores procesales que pueden solicitar el descubrimiento de las pruebas; (ii) no se observa una razón objetiva que justifique la exclusión de la víctima de esta facultad, como quiera que su participación en esta etapa sólo tiene como finalidad el descubrimiento de un elemento material probatorio específico o de evidencia física específica que pretendan hacer valer en juicio, pero no su contradicción, por lo cual esta facultad no conlleva una modificación de los rasgos estructurales del sistema penal con tendencia acusatoria, no altera la igualdad de armas, ni modifica la calidad de la víctima como interviniente especialmente protegido; (iii) esta

¹⁷⁵ CSJ, 21 de febrero de 2007, radicado 25920.

omisión genera una desigualdad injustificada entre los distintos actores del proceso penal en las etapas previas al juicio; y al igual que en el caso de las solicitudes probatorias reguladas por el artículo 357 de la Ley 906 de 2004; impide a la víctima asegurar el esclarecimiento de la verdad; (iv) esta omisión envuelve un incumplimiento por parte del legislador del deber de configurar una intervención efectiva de la víctima en el proceso penal que le impide asegurar el derecho a la verdad. Subraya la Corte que el derecho de las víctimas consagrado en el literal d) del artículo 11 de la Ley 906 de 2004 a que se les facilite el aporte de pruebas, no se ha proyectado al artículo 344, como lo exige el goce efectivo del derecho de las víctimas a la verdad. En consecuencia, a la luz del cargo analizado, deberá condicionarse la exequibilidad del artículo 344 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que la víctima también puede solicitar el descubrimiento de un elemento material probatorio específico o de evidencia física específica”¹⁷⁶.

¹⁷⁶ En idéntico sentido se pronunció frente a la posibilidad de que la víctima participe del proceso de descubrimiento durante la audiencia preparatoria.

ACTIVIDAD DE APRENDIZAJE 10

1. Analice el siguiente caso y prepare un argumento frente a la petición de la defensa.

Durante dos años la Fiscalía adelantó labores investigativas orientadas a esclarecer un delito de homicidio. La Fiscalía obtiene información de la que puede inferirse razonablemente que Pedro fue el autor del delito. Además recopiló información que da cuenta de que Pedro participó en varios secuestros, pero aún no cuenta con información suficiente para formular imputación por estas conductas punibles. Luego de formular imputación por el homicidio, la Fiscalía radica el escrito de acusación y luego, en la audiencia de acusación, la defensa solicita el descubrimiento de los medios de acreditación relacionados únicamente con los delitos de secuestro.

2. Analice el siguiente caso y prepare una argumentación frente a la actitud asumida por la defensa.

Durante la audiencia de acusación, luego de descubrir los elementos materiales probatorios y la información legalmente obtenida, la Fiscalía solicita al juez que le exija a la defensa que descubra copia de los medios de acreditación que ha recopilado. La defensa responde que aún no cuenta con medios de acreditación. Durante la audiencia preparatoria la defensa descubre varias entrevistas y otras evidencias, sugiriendo con esto que habían sido adquiridas antes de la audiencia de acusación.

BIBLIOGRAFÍA

- ARENASALAZAR, Jorge, Pruebas Penales, Segunda Edición, Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2003.
- ARMENTA DEU, Teresa. Lecciones de derecho procesal penal. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- BEDOYA SIERRA, Luis Fernando. La limitación de derechos fundamentales en el sistema acusatorio colombiano. Bogotá: Comlibros, 2008.
- BONORINO, Pablo Raúl y PEÑA AYAZO, Jario Iván. Argumentación Judicial. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2003.
- CHIESA APONTE, Ernesto L. Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos. Bogotá: Editorial Forum, 1995.

- CLIMENT DURAN, Carlos. La Prueba Penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- COPI, Irving y COHEN, Carl. Introducción a la Lógica. México: editorial Limusa, S.A., 2007.
- COUTURE, EDUARDO y otros. Valoración judicial de las pruebas. Bogotá: Editorial Jurídica de Colombia, 2006.
- CUELLO IRIARTE, Gustavo. Derecho probatorio y pruebas penales. Bogotá: Legis, 2008.
- DEI MALATESTA, Framarino. Lógica de las pruebas en materia criminal. Bogotá: Temis, 1988.
- ELLERO, Pietro. De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal. Madrid: Instituto Editorial Reus, S.A., 1968.
- ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco. Las intervenciones corporales: su práctica y su valoración como prueba en el proceso penal. Bogotá: Imprenta Universitaria de Bogotá, 2003.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. Los hechos en el derecho. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1999.
- GIANTURCO, Vito. Los indicios en el proceso penal. Bogotá: Julio Romero Soto –traductor-, 1974.
- IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Los hechos en la sentencia penal. México: Fontamara, S.A., 2005.
- MARTINEZ RAVE, Gilberto. Procedimiento Penal Colombiano. Bogotá: Editorial Temis, 2006.

- MONTROYA, Mario Daniel. Informantes y técnicas de investigación encubiertas. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001.
- MORALES MARIN, Gustavo. Prueba penal y apreciación técnico científica. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.
- OSORIO ISAZA, Luis Camilo y MORALES MARÍN, Gustavo. Proceso Penal Acusatorio, ensayos y actas. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004.
- ORTELL RAMOS, Manuel, TAPIA FERNANDEZ, Isabel y otros. El Proceso Penal en la doctrina del Tribunal Constitucional (1981-2004). Navarra: Thomson Aranzadi, 2005.
- PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2008.
- REYNOLDS, Quentin. Sala de jurados. México: Ed. Constan-
cia, 1951.
- SAMPER, José María, Derecho Público interno de Colombia, Bogotá: Temis, 1982.
- TOULMIN, Stephen. Los usos de la argumentación. Barcelona: Ed. Península, 2007.



República de Colombia
Fiscalía General de la Nación

www.fiscalia.gov.co

© 2008