

**SOLICITUDES, DECRETO Y PRÁCTICA DE LA PRUEBA COMUN, EN EL
SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO**



**MANUEL ARNUBIO VARGAS VARGAS
LAURA MARIA BARRERA ORTIZ
RUSMIRA TORRES SUAREZ**

**UNIVERSIDAD COOPERATIVA DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
NEIVA
2018**

**SOLICITUDES, DECRETO Y PRÁCTICA DE LA PRUEBA COMUN, EN EL
SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO**

**MANUEL ARNUBIO VARGAS VARGAS
LAURA MARIA BARRERA ORTIZ
RUSMIRA TORRES SUAREZ**

**Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de
ABOGADO**

**Asesor
Dr. RICHARD MAURICIO GIL RUIZ**

**UNIVERSIDAD COOPERATIVA DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
NEIVA
2018**

Nota de aceptación

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Neiva, 19 de Abril de 2018

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	7
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	10
1.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	10
1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	10
2. JUSTIFICACIÓN	11
3. OBJETIVOS.....	13
3.1 OBJETIVO GENERAL	13
3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	13
4. METODOLOGÍA	14
5. ETAPAS PROCESALES EN LA LEY 906 DE 2004.....	15
5.1 CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL Y ANTECEDENTES DE LA REFORMA.....	15
5.2 ETAPA DE INVESTIGACIÓN	19
5.3 JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍA Y LA AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN	20
5.4 MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO	23
5.5 AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE ACUSACIÓN	24
5.6 AUDIENCIA PREPARATORIA	26
5.7 AUDIENCIA DE JUICIO ORAL	29

6. SUGERIR Y ANALIZAR EL PRINCIPIO DE LA LIBERTAD PROBATORIA	30
7. ANÁLISIS DE LAS SOLICITUDES PROBATORIAS EN EL DERECHO COMPARADO	32
7.1 ASPECTO INTERNACIONAL DE LAS SOLICITUDES PROBATORIAS	32
7.1.1 En Puerto Rico	32
7.1.2 En Chile.	33
7.1.3 En Estados Unidos.	33
8. IMPORTANCIA DEL INTERROGATORIO Y CONTRAINTERROGATORIO, COMO ARMA FUNDAMENTAL PARA SUSTENTAR LAS CORRESPONDIENTES TEORÍAS DEL CASO	35
8.1 LA IMPUGNACIÓN DE CREDIBILIDAD DEL TESTIMONIO	35
9. IMPORTANCIA DE LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA COMÚN EN LA JURISPRUDENCIA	38
9.1 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, AUTO DEL 26 DE OCTUBRE DEL 2007, RADICADO NO. 27608, M. P. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ.....	38
9.2 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, AUTO DEL 23 DE MAYO DEL 2012, RADICADO 38382, M. P. MARIA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ	40
9.3 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, AUTO DEL 21 DE MAYO DE 2014, RADICADO 42864, M. P. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO.....	41
9.4 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, AUTO DEL 25 DE FEBRERO DEL 2015, RADICADO 45011, M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER	45
9.5 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, AUTO DEL 13 DE ABRIL DEL 2016, RADICADO 43921, MP. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO	47

10. CONCLUSIONES	52
------------------------	----

BIBLIOGRAFÍA.....	54
-------------------	----

INTRODUCCIÓN

La noción de *-prueba-* en la era moderna, aparece unida a todas las actividades de tipo social. Podemos afirmar que es una necesidad que surge desde que el hombre mismo ha vivido en sociedad, es por ello que, en todas las ciencias reconstructivas la prueba tiene una importancia fundamental, pues permite reconstruir y conocer el pasado; pero en el campo del derecho este aspecto es vital para saber quien tiene la razón en una Litis.

Es por ello, que en el mundo del proceso penal¹, la prueba es fundamental, pues dicho compendio normativo señala que esta tiene como fin establecer en el conocimiento del Juez, más allá de toda duda razonable, los enunciados de hechos y circunstancias materia del juicio².

El juez reconstruye los hechos tal cual como se supone ocurrieron y los subsume en la norma general y abstracta prevista por el legislador. Sin esta labor, sería imposible la aplicación de las normas. La prueba entonces tiene una función social, una función humana individual y una función jurídica.

Ahora bien, el Sistema Penal Colombiano sufrió un giro significativo a partir del Acto Legislativo 03 del 2002 mediante el cual nuestro país adoptó el modelo procesal acusatorio, en reemplazo del mixto que lo caracterizó desde la promulgación de la Carta Política del 1991. Este sistema, ya implantado en varios países latinoamericanos, entre ellos Ecuador, Bolivia, Venezuela, Chile y Puerto Rico, puede definirse a grandes rasgos como un *"Proceso de Partes"* en el cual los roles de defensor, fiscal y juez se encuentran bien diferenciados, en contraposición al sistema mixto en el que las funciones de investigación y juzgamiento podían confundirse en una misma persona, tal como ocurría en nuestro país con la Fiscalía General de la Nación quien, entre otras, contaba con la facultad de ordenar capturas y practicar pruebas.

Así, siguiendo la definición que LUIGI FERRAJOLI aporta sobre el sistema acusatorio, puede decirse que éste es: *"un sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo, rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa de un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción"*.³

¹ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 906 (31, Agosto, 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario oficial. Bogotá, D.C., 2004. No. 45.658.

² En tal punto, La Ley 906 de 2004 en su artículo 372 establece: "**ARTÍCULO 372. FINES.** Las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe."

³ FERRAJOLI, Luigi. *Garantías y Derecho Penal*, Citado por SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. *Garantismo y Derecho Penal*. Bogotá: Editorial Temis. 2006. p. 9.

Luego de 13 años de implementación de este sistema penal, hoy en día afronta importantes problemas de eficacia, materialización de los derechos de las víctimas y retrocesos en las garantías de los procesados, situación que a juicio de algunos podría llevar a un colapso.

Es por ello, un tema importante en las garantías de los procesados, se evidencia en las solicitudes probatorias realizadas por los abogados (abogado fiscal – abogado defensor), y en este aspecto no se puede pasar por alto, que a las partes no le está prohibido solicitar como propios los testigos que pide su contraparte, evento en el cual nos referiremos al TESTIGO COMÚN, esto es, aquel que resulta requerido y decretado para ser escuchado en juicio a solicitud de ambas partes, para ser interrogado y contrainterrogado respectivamente por ellas⁴.

El tema de los testigos comunes tiene importancia cuando una parte requiere al testigo de su contraparte para probar ciertos hechos que soportan su teoría del caso, sin que para el efecto sea suficiente la práctica del contra-interrogatorio, ya que éste debe recaer sobre los *temas tratados* en el interrogatorio directo⁵.

De este modo, resulta importante analizar cada una de las etapas procesales, pero principalmente la audiencia preparatoria, escenario establecido por la ley 906 de 2004, para que la fiscalía y la defensa soliciten las pruebas que requieran y aducirán en el juicio oral, para sustentar la pretensión que postularán de conformidad con su teoría del caso.

Naturalmente y según lo ha reiterado la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, la petición de pruebas debe ceñirse a unos parámetros específicos, zanjando que:

*Entonces, los atributos de las pruebas, según lo ha decantado la Sala son: conducencia, según el cual, el medio de convicción ostenta aptitud legal para forjar certeza en el juzgador, lo que presupone que esté autorizado en el procedimiento; pertinencia, implica que guarda relación con los hechos, objeto y fines de la investigación o el juzgamiento; racionalidad, cuando es realizable dentro de los parámetros de la razón y, utilidad, si reporta algún beneficio, por oposición a lo superfluo o innecesario.*⁶

⁴ Frente a su procedimiento, resulta indispensable exponer las maneras a llevar a cabo, las cuales son siguiendo estas formas: **1)** de forma independiente: el testigo es examinado en el turno de presentación de la prueba de cada una de las partes, es decir, primero interrogado por una parte con los turnos sucesivos de examen (contrainterrogatorio, re-directo y re-contrainterrogatorio), terminado lo cual el testigo se retira y luego es nuevamente llamada en el turno de presentación de la prueba de la otra parte, para ser interrogado y sometido a los turnos sucesivos de examen. **2)** en la modalidad intercalada, una vez terminada la primera ronda de examen del testigo por ambas partes se continúa inmediatamente – sin excusar al testigo – con la segunda ronda de examen del testigo, esta vez comenzando con la otra parte que también solicitó al testigo.

⁵ Sobre los temas que pueden ser abordados en un contrainterrogatorio, respecto del interrogatorio, véase DECASTRO GONZÁLEZ, Alejandro. *El alcance del Contrainterrogatorio*. [En Línea]. Santiago de Cali, Colombia. 2008. Disponible en: <http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/download/311/1134>.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 41741 del 17 de marzo de 2014, M. P. Eyder Patiño Cabrera.

Así las cosas, las partes deben ajustar sus peticiones probatorias a los postulados citados en precedencia, de modo que les incumbe indicar con claridad la concreción de dichos preceptos para de esa forma lograr que el juzgador se convenza sobre el aporte probatorio de los elementos que se pretende llevar a juicio y así ordene su práctica.

Sentadas las anteriores premisas, desde el punto de vista pragmático, puede ocurrir que las solicitudes probatorias realizadas por la fiscalía, cumplan a cabalidad no solo con la teoría del caso para el ente acusador, sino que aborde tema de prueba, frente a los intereses de la defensa, restringiendo de esta manera un argumento sólido de solicitud de conducencia, pertinencia y utilidad, frente a un testigo común mencionado en el escrito de acusación, y en la cual, al juez de conocimiento, frente a la poca movilidad de argumentación por parte de la defensa, terminan decretando las pruebas a favor de la fiscalía.

Así entonces, la iniciativa académica frente al presente trabajo de investigación, surge en la praxis, cuando el juez de conocimiento niega a alguno de los sujetos procesales la prueba que se haya solicitado de manera común, para radicarla exclusivamente en aquel que la requirió primero, alejándose de los criterios de valoración que permiten advertir que el mismo elemento puede ser requerido con finalidades diametralmente opuestas, lesionando garantías fundamentales propias del sistema penal acusatorio, tales como el debido proceso, defensa técnica, contradicción e igualdad de oportunidades.

Desde luego, es factible dentro de la dinámica propia del juicio en el sistema adversarial que inspira la ley 906 de 2004, que la parte en favor de quien se decretó la prueba testimonial o documental, en un momento dado desista total o parcialmente de la misma, caso en el cual la otra que hizo la petición para el recaudo y practica de la misma se vea afectada porque si no se incorpora al juicio o se practica, ni siquiera podría ser objeto de valoración en las alegaciones de fondo, para dar aval a su teoría del caso.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

Es posible que una parte del sistema adversarial, requiera los testigos o pruebas de la contraparte para demostrar su teoría del caso, evento en el cual cabe preguntarse el método a seguir para determinar si ello es realmente necesario.

1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Por ello es indispensable establecer la siguiente hipótesis de investigación:

- ¿Puede el Juez de Conocimiento autorizar la práctica de una prueba común, avizorada en la audiencia preparatoria por la fiscalía o la defensa, cuando una las partes desiste eventualmente de su práctica en juicio oral?

2. JUSTIFICACIÓN

En principio, la posibilidad de solicitar los testigos de la contraparte como propios rompe con la esencia del sistema acusatorio y desdibuja el papel del contrainterrogatorio como escenario natural y efectivo para ejercer el derecho de contradicción. En palabras de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia Colombiana, refiere que:

El cariz particular, único o individual de la prueba solicitada por los contradictores en el juicio, surge indubitadamente de lo dispuesto por el artículo 357 del C. De P.P: en cuanto dispone que la palabra se concede a la Fiscalía y luego a la defensa, en aras de que soliciten las pruebas requeridas para “sustentar su pretensión”. En otros términos, lo requerido como suasorio se halla inescindiblemente ligado a los intereses, soportados en una específica teoría del caso, de cada parte, los cuales, por razones obvias, las más de las veces reflejan controversia o disonancia entre ellos.

La lógica del discurso probatorio, entonces, advierte en principio incompatible la posibilidad de que ambas partes, cuando su teoría del caso diverge sustancialmente, reclamen para sí la práctica de la misma prueba, pues, su objeto concreto necesariamente aparece también disonante.

Y si sucede que existen puntos de encuentro respecto del tema central de debate o los accesorios a este – dígase, para citar un ejemplo, que exista acuerdo respecto de la autoría material, pero la discusión resida en el tipo de responsabilidad o, en contrario, que se discuta la autoría material, pero no exista controversia en torno, de la presencia en el lugar de los hechos-, lo que jurídicamente cabe no es solicitar la prueba por cada parte o practicarse esta en dos ocasiones, sino acceder al mecanismo de las estipulaciones probatorias, cuyo sentido y finalidad apunta en concreto a evitar discusiones inanes, con claro desmedro de los principios de economía, celeridad y eficiencia, como también se dejó sentado en la decisión de segunda instancia atrás referenciada.⁷

En ese orden de ideas, concluye la corte en dicho pronunciamiento refiriéndose a la la solicitud de testigos comunes que: *“desnaturaliza completamente el sentido y efectos del contrainterrogatorio, erigido por antonomasia en el medio legal estatuido para ejercer el derecho de contradicción respecto de la prueba allegada en contra, cuando paralelamente se erige el nuevo interrogatorio directo como la mejor manera de controversia.”⁸*

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto 27608 del 26 de octubre de 2007, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Auto 27608. Óp. Cit.

Por las razones expuestas existe una permanente tensión jurídica entre la posibilidad de solicitar testigos o pruebas comunes y el alcance del contrainterrogatorio, en la medida que si se potencia la facultad de las partes para solicitar lo primero se restringe lo segundo, y viceversa.

3. OBJETIVOS

3.1 OBJETIVO GENERAL

Establecer si los elementos materiales de pruebas, Pruebas comunes, sustentadas en debida forma por el abogado fiscal – defensor, en audiencia preparatoria, se pueden practicar en juicio oral, cuando la parte a quien se las decreto, desista de su práctica en el juicio oral.

3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Identificar cada una de las etapas en que se divide las audiencias establecidas en la ley 906 de 2004.
- Sugerir y analizar el principio de la libertad probatoria.
- Análisis de las solicitudes probatorias en el Derecho Comparado.
- Plantear la importancia del interrogatorio y contrainterrogatorio, como arma fundamental para sustentar las correspondientes teorías del caso.
- Relacionar y entender la importancia de la práctica de la prueba común (análisis jurisprudencial).

4. METODOLOGÍA

La presente propuesta se basó con los parámetros trazados por la Ley 906 de 2004, por las solicitudes probatorias exigidas por una de las partes e intervinientes, dentro del ciclo de la audiencia preparatoria, establecida por el sistema penal acusatorio colombiano, en concordancia con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional Colombiana, como además, la doctrina, el Bloque de Constitucionalidad y la orientación metodológica y pedagógica brindada por los docentes y equipo tutorial; para ello, se utilizó el método de investigación cualitativa descriptiva, basados en los documentos recaudados: fallos judiciales, normatividad, desarrollo jurisprudencial y la doctrina Nacional e internacional, que nos permitió interpretar y adecuar una posible solución práctica y legal.

Para ello, se utilizó el método de investigación deductivo, pues se pudo concretar, dentro de la estructura dogmática del procedimiento penal, el momento de las solicitudes probatorias, su normatividad y jurisprudencia aplicable, frente a las solicitudes de prueba testimonial, como la prueba documental.

5. ETAPAS PROCESALES EN LA LEY 906 DE 2004

5.1 CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL Y ANTECEDENTES DE LA REFORMA

En este punto, es dable acotar lo expuesto por la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, quien realizó en el año 2015 un balance frente al funcionamiento del sistema penal colombiano que rigió en la actualidad. Al abordar los antecedentes de la reforma al procedimiento penal, expuso que:

La introducción del Sistema Penal Acusatorio, es quizás una de las reformas más trascendentales que ha adoptado Colombia en la última década y uno de los esfuerzos de más largo aliento que han emprendido las entidades y la academia, para realizar un ajuste estructural en la justicia colombiana. Antes de ser expedido el acto legislativo 03 de 2002, ya se venía discutiendo, desde la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, la idea de generar un cambio de un sistema procesal penal con carácter inquisitivo a uno acusatorio, propuesta que estuvo motivada por la función jurisdiccional del Estado en materia penal, que se encontraba afectada por la ineficiencia, la impunidad y la falta de garantías en materia de derechos fundamentales⁹.

En dichas discusiones de reforma, uno de los constitucionalistas propuso la estructura general de un sistema acusatorio que se sustentará en los siguientes principios, veamos:

- *“Independencia de la Fiscalía General de la Nación respecto de la Rama Ejecutiva.*
- *Monopolio de las funciones de investigación y acusación en cabeza del Fiscal General de la Nación y sus agentes.*
- *Establecimiento de un procedimiento único para la investigación y juzgamiento de delitos.*
- *Igualdad de condiciones entre el ente acusador y la defensa durante todas las etapas del proceso.”¹⁰*

En el mismo balance entregado por la USAID, relataron como se empezó a conocer el surgimiento de una idea fuerte de modificar el estatuto procesal penal,

⁹ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Gaceta Constitucional N° 68. Ponencia “Fiscalía General y Sistema Acusatorio”, del Constituyente Fernando Carrillo Flórez. Citado por USAID. *Balance de diez años de funcionamiento del sistema penal acusatorio en Colombia 2004-2014*. Corporación Excelencia en la Justicia. [En Línea]. Bogotá: Legis S.A. 2015. Disponible en: http://www.cej.org.co/files/DOCS_SPA_BALANCE_10_Y.pdf.

¹⁰ *Ibíd.*, p. 19.

sometido en aquella época por un régimen inquisitivo (Ley 600 de 2000), argumentado que:

“Fueron dos subcomisiones las que tuvieron a su cargo el estudio de la implementación del sistema acusatorio así como la creación de la Fiscalía General de la Nación. Estas, en su informe final, determinaron dividir las propuestas de los constituyentes a favor de la creación de la Fiscalía de aquellas relacionadas con la implementación de un sistema mixto de corte acusatorio. Configurado este marco constitucional, en el año 2000, fue expedida la ley 600, en la que siguió prevaleciendo un sistema inquisitivo, sin separación de funciones de investigación y juzgamiento y en el que predominaban las formas escritas.

El fracaso de esta ley comenzó a reflejarse en los altos niveles de inventarios, las preclusiones, la insuficiente capacidad para luchar contra la gran criminalidad y, en general, en su incapacidad para ser una herramienta efectiva para enfrentar la impunidad. Estos problemas generaron que la Fiscalía misma y otras entidades que tienen incidencia en el sistema procesal penal se vieran en la necesidad de proponer una reforma estructural, que sirviera para concluir el esfuerzo que se había iniciado en la Constituyente del 91. Es así como, en el año 2001, se presentó un proyecto de reforma que buscaba nuevamente implementar un sistema acusatorio en Colombia, el cual no fue aprobado por el Congreso debido a que en él se omitan aspectos esenciales para la reforma integral que requería el país”¹¹.

A renglón seguido, esta organización quien expone el procedimiento y las causa que generaron la reforma del procedimiento penal, atañe una serie de situaciones presentadas en trámite legislativo de su nacimiento, así como los artículos modificables, las funciones de algunas entidades como la fiscalía general de la nación y los motivados que fundamentaron un nuevo procedimiento penal, miremos:

“Así las cosas, por iniciativa de varias entidades del Estado y de organizaciones civiles (académicos, ONG, entre otros), se presentó a consideración de la Cámara de Representantes un proyecto de acto legislativo con la pretensión de modificar los artículos 234, 235, 250 y 251 de la Constitución Política, que se refieren a las funciones de la Corte Suprema de Justicia y de la Fiscalía General de la Nación en cuanto a “la modificación del sistema procesal penal, el sistema de investigación, acusación y juzgamiento cuando se trata de altos funcionarios del Estado que gozan de fuero y la inclusión de un verdadero juicio público, oral, contradictorio y concentrado.

¹¹ Ibid., p. 20.

Sin embargo, luego del trámite legislativo de ambos proyectos de ley, se modificaron los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Política plasmados en el Acto legislativo 03 de 2002 y relacionados con las funciones de la Fiscalía General de la Nación. Su modificación era necesaria en aras de implementar un sistema penal con tendencia acusatoria que recogiera los estándares internacionales que nuestro país se encontraba en mora de adoptar.

Este Acto Legislativo dispuso la conformación de una Comisión Redactora, cuya misión sería elaborar el nuevo código procesal penal. Esta comisión estaba integrada por el Fiscal General de la Nación, el Ministro del Interior y de Justicia, el Presidente del Consejo Superior de la Judicatura, el Presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el Procurador General de la Nación, el defensor del Pueblo, tres Representantes a la Cámara y tres Senadores de las Comisiones Primeras y tres miembros de la Academia, designados de común acuerdo por el Gobierno y el Fiscal General. Como Secretaría Técnica fungió la Corporación Excelencia en la Justicia.

La materialización del esfuerzo emprendido por esta Comisión fue la expedición de la Ley 906 de 2004, con la cual se adoptó un sistema procesal con dos características principales: la separación de funciones de investigación y juzgamiento y el fortalecimiento de la función investigativa de la Fiscalía General de La Nación. Al reformar los artículos 250 y 251 de la Constitución Política se buscó despojar a la Fiscalía de gran parte de las funciones judiciales que ostentaba en aras de preservar los derechos fundamentales del sindicado y mejorar la función investigativa y acusatoria. Por otro lado, el legislador con la reforma no solo quería fortalecer la función de investigar, sino también implementar un sistema más garantista. Por esto recalcó la necesidad de tener un juez de control de garantías, encargado de proteger los derechos fundamentales del indiciado y víctima y de implementar un juicio público, oral, contradictorio y concentrado, que concibiera el proceso penal como la contienda entre dos sujetos procesales ubicados en el mismo plano de igualdad. Se introdujo el principio de inmediación de la prueba para que el juez no decidiera con base en un expediente probatorio construido por la Fiscalía, sino a través de la valoración de las pruebas practicadas en sede de juicio oral¹².

Así las cosas, uno de los fenómenos más interesantes que han sido desarrollados por la constitución política de 1991, es la Constitucionalización del Derecho Penal; evento que lo exponen los tratadistas BERNAL CUELLAR y MONTEALEGRE LYNETT de la siguiente manera:

¹² *Ibíd.*, ps. 20 y 21.

(...) se manifiesta tanto en el estricto control de Constitucionalidad sobre las normas sustantivas y procedimentales en materia Criminal como en la posibilidad de acudir a la acción de Tutela con el objeto de impedir las actuaciones constitucionales de los funcionarios encargados de las actividades de prevención, represión, investigación, y sanción de la conducta delictiva. Dicho control de Constitucionalidad sobre las normas y actuaciones está condicionado por la regulación Constitucional de los elementos básicos del Derecho Penal y procedimiento penal¹³.

Ahora bien, el Sistema Penal Acusatorio, cuya vigencia inició a partir del primero de enero de 2005, en algunos distritos judiciales, es el producto de reflexiones serenas de quienes integraron la Comisión Constitucional y de muchos servidores de la Rama Judicial, integrantes de la Academia, Profesionales del Derecho y gremios en general, que en este momento tan difícil quisieron, en forma voluntaria, aportar sus conocimientos y experiencias para resolver el problema de la justicia penal en nuestro país.

Siguiendo, para efectos ilustrativos, el Sistema Acusatorio tiene fundamento constitucional, en sus artículos 29¹⁴ y 250. Frente al primero contempla el derecho de todo ciudadano a un proceso público sin dilaciones injustificadas, así como a presentar pruebas y a controvertir las que allegue en su contra; en lo que atañe al artículo 250 superior¹⁵ trata del elemento teleológico que le brinda la constitución a la Fiscalía General de la Nación como entidad encargada de llevar a cabo las investigaciones en materia penal.

Se estableció una Fiscalía fortalecida al quedar desprovista de las funciones jurisdiccionales, para que se dedique única y exclusivamente a la labor de investigación apoyada en los órganos de Policía Judicial que quedan bajo su dirección, coordinación y control en todas las labores que ejecute a partir del informe ejecutivo que deben presentar a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes contadas desde el momento en que se tiene conocimiento

¹³ BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El Proceso Penal, Fundamentos Constitucionales y teoría general. Tomo 1. 6a Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2013. p. 189.

¹⁴ El artículo 29 superior señala: "ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso."

¹⁵ El artículo 250 superior señala: "ARTICULO 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. (...) "

del hecho lesivo (por cualquiera de los medios establecidos legalmente) y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia de un delito. Ello asegura la imparcialidad y la igualdad de condiciones entre las partes para obtener una sentencia justa producto de un juicio oral, concentrado y contradictorio con igualdad de medios entre acusado y acusador. Lo anterior implica un cambio de rol del Fiscal pues a pesar de seguir vinculado a la Rama Judicial, pierde la facultad de tomar decisiones judiciales.

Ahora, para el desarrollo de su función, se ha previsto la creación de un Cuerpo de Policía Judicial muy técnico y profesionalizado que cumplirá su función en la forma indicada en el punto anterior. Además, se integra con entidades del Estado que en desarrollo de su función quedan revestidas de las facultades investigativas bajo la coordinación y dirección de la Fiscalía, a través de su delegado. El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, así como los laboratorios de los organismos de Policía Judicial, prestarán en todo el territorio nacional el apoyo correspondiente para el desarrollo efectivo del trabajo, muy especialmente en aquellos casos en donde la Policía Judicial puede intervenir directamente en desarrollo de actos de investigación sin la intervención del Fiscal.

5.2 ETAPA DE INVESTIGACIÓN

Como su nombre lo indica, tendrá por objeto establecer la existencia de la conducta típica, identificar los presuntos autores y partícipes de la misma, las circunstancias de su realización; ubicar identificar y preparar los medios de prueba, todo con miras a fundamentar la acusación o cualquier otra decisión conclusiva.

Por regla general, esta fase procesal se caracteriza por ser de tipo administrativa y no involucra la judicialización de acto alguno, excepto la intervención del juez de garantías para aquellos eventos en que la fiscalía interfiere derechos fundamentales del imputado, pero en cualquier caso durante esta etapa no existe ni prueba ni contradicción de la misma, excepto que se trate de las hipótesis excepcionales de prueba anticipada. El fiscal es el director y coordinador de esta etapa procesal y controla jurídicamente la labor investigativa de la Policía Judicial

El fiscal es el director y coordinador de esta etapa pre-procesal y controla Jurídicamente la labor investigativa de la Policía Judicial, al punto que puede durante la etapa de la indagación o durante la investigación, suspender, interrumpir y renunciar a la acción penal, en desarrollo de otros de los principios capitales del modelo acusatorio, el cual es el Principio de Oportunidad. Se entiende como principio de oportunidad como una excepción al principio de legalidad, según el cual, el estado, por conducto de su ente investigador y acusador está obligado a perseguir a los autores y partícipes de las conductas que revistan características de conducta punible.

Con todo, la fase de indagación preliminar se inicia con la noticia criminal y tiene por objeto la realización de actividades de investigación para la identificación de la individualización de los presuntos autores o partícipes de la conducta punible, descubrimiento y aseguramiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción; evaluación y cuantificación de los daños causados, asistencia y protección a las víctimas. En este punto decimos que los elementos materiales probatorios y evidencia física no son sinónimos de prueba puesto que en el sistema acusatorio la prueba es aquella que se practica en el juicio oral con inmediación y contradicción.

Las labores previas a la formal investigación están encomendadas a los organismos de policía judicial, bajo la dirección del fiscal, quien agrega valor jurídico a las indagaciones previas a la manera de un asesor, a efectos de coadyuvar en la consolidación de un caso que tenga probabilidad de ser llevado a juicio. Durante la indagación previa a la formulación de la imputación, la policía judicial puede, realizar actos urgentes, tales como inspeccionar lugar de los hechos, inspección del cadáver, entrevistas, identificar y embalar elementos materiales probatorios sometiéndolos a una cadena de custodia. Dentro de las treinta y seis horas siguientes rinde un informe ejecutivo al fiscal competente para que asuma la dirección y coordinación y control de la investigación.

5.3 JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍA Y LA AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN

La implementación del sistema penal acusatorio en nuestro medio, trajo consigo una figura realmente novedosa: la del Juez de Control de Garantías, funcionario que como su nombre lo indica, está instituido para ejercer una revisión estricta, no sólo formal sino principalmente sustancial, de una importante franja de actuaciones penales, en las que se involucran derechos fundamentales de las personas sometidas a la Acción Penal del Estado; de allí su papel de garante y con ello el ejercicio de una función eminentemente constitucional.

La H. Corte Constitucional¹⁶ ha examinado el rol o la función estandarte que cumple el juez de control de garantías, como figura innovadora del sistema penal colombiano con tendencia acusatoria, pues argumenta esta corporación que su principal tarea es controlar la actividad estatal en lo que se refiere a la limitación de derechos fundamentales, búsqueda de la verdad y acopio de material probatorio; por tanto, su rol esencial es el de guardián de los derechos y garantías de las personas intervenidas punitivamente. Labor que sin lugar a dudas pretende dotar de legitimidad la persecución penal en tanto busca la salvaguarda de los derechos y libertades de la parte más vulnerable en la relación punitiva, haciendo

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-025 del 27 de enero de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

de ellos verdaderos límites; ejerciendo un control material sobre el poder y convirtiéndose en garantía de las libertades. Función de suma importancia en el adelantamiento del proceso penal.

Este operario de justicia, que tiene la categoría de Juez Penal Municipal, debe mediar sobre el conflicto, presentado entre el ejercicio del *-ius puniendi-* y los principios, garantías y derechos de las personas. Por tanto, su labor trascendental es la de ponderar la utilidad real y la necesidad que entrañan las injerencias penales sobre los derechos fundamentales de quienes están sometidos a ellas, realizando una verdadera proyección del texto constitucional sobre la legalidad ordinaria y sobre la tarea investigativa, propugnando por una vigencia efectiva de éste y haciendo de los principios y derechos verdaderos límites y vínculos al poder. Es así, que las funciones ejercidas por el Juez de control de garantía es materializar la idea de un derecho procesal penal dimensionado en clave de derecho constitucional aplicado.

En tal aspecto, el máximo órgano constitucional ha señalado que: *“En este contexto, la institución del juez de control de garantías en la estructura del proceso penal es muy importante, como quiera que a su cargo está examinar si las facultades judiciales ejercidas por la Fiscalía se adecúan o no a sus fundamentos constitucionales y, en particular, si su despliegue ha respetado o no los derechos fundamentales de los ciudadanos.”*¹⁷

Ahora bien, La manera de vincular formalmente a una persona a una indagación penal es mediante la formulación de imputación, actuación que está reglamentada en los artículos 286 a 290 del Código de Procedimiento Penal. Exactamente en su artículo 286 *ejusdem*¹⁸ define este acto procesal como una *-mera comunicación-* mediante el cual la fiscalía da a conocer a una persona en presencia de su defensor, que cuenta con elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida de los cuales puede inferir razonablemente, que presuntamente, en calidad de autor o partícipe, ha llevado a cabo acciones u omisiones jurídicamente relevantes, definidas como delito por la ley penal. Actuación que implica para el imputado la activación de derechos y garantías, pero también de restricciones.

Y si bien el artículo 287 del estatuto procedimental penal se refiere a una *“imputación fáctica”*¹⁹, existe consenso de que la misma no puede limitarse a una narración irrelevante jurídicamente de acciones, sino que debe abarcar

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-1092 del 19 de noviembre 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁸ El artículo 286 del Código de Procedimiento Penal señala: *“ARTÍCULO 286. CONCEPTO. La formulación de la imputación es el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías.”*

¹⁹ El artículo 287 del Código de Procedimiento Penal señala: *“ARTÍCULO 287. SITUACIONES QUE DETERMINAN LA FORMULACIÓN DE LA IMPUTACIÓN. El fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. De ser procedente, en los términos de este código, el fiscal podrá solicitar ante el juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento que corresponda.”*

necesariamente criterios normativos, conteniendo así mismo, una adecuación jurídica de los mismos. Esto es apenas obvio, ya que resulta absolutamente necesario que la persona a quien se le atribuye la intervención en unos hechos que presentan características de un delito, conozca: los elementos que presuntamente lo incriminan, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, la denominación jurídica del hecho por el que se le está investigando, su grado de participación en el mismo, así como la sanción que el legislador ha establecido para la conducta, ya que sin lugar a dudas el acto de imputación tiene que estar irradiado por las garantías que establece el debido proceso.

Con mayor razón, si se tiene en cuenta que en ese momento se le pone de presente al encartado la posibilidad que tiene de renunciar a derechos fundamentales, aceptando los cargos imputados para obtener de esa manera la rebaja de pena establecida en el artículo 351 del mismo estatuto²⁰, la que de darse en esa audiencia, puede comportar una disminución de hasta de mitad de la pena imponible²¹ y que significa para el imputado, además de la renuncia a importantes derechos como por ejemplo controvertir las pruebas, la opción por una condena penal, desde su decisión libre, consciente y voluntaria, la cual tiene el carácter de irrevocable.

Estas exigencias guardan estrecha relación con el ejercicio del derecho de defensa y contradicción, elemento estructural de la garantía constitucional al debido proceso y recogido también en el artículo 8 del código de procedimiento penal como uno de los Principios rectores y garantías procesales, con el que se busca, tal y como lo declara expresamente la norma: garantizar la “*plena*” igualdad entre las partes.

Norma que consagra en su literal h), entre otras prerrogativas, el derecho a: “*conocer los cargos que le sean imputados, expresados en términos que sean comprensibles, con indicación expresa de las circunstancias conocidas de modo, tiempo y lugar que los fundamentan*”²², sin que lo anterior implique, según lo establecido en el artículo 288 numeral 2o del código de procedimiento penal, el descubrimiento de elementos materiales probatorios²³; lo anterior significa a grandes rasgos, que el imputado puede en esta audiencia renunciar a controvertir las pruebas, aún desconociendo los elementos materiales probatorios que puedan incriminarlo.

²⁰ El artículo 351 del Código de Procedimiento Penal señala: “**ARTÍCULO 351. MODALIDADES.** La aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible, acuerdo que se consignará en el escrito de acusación. (...)”

²¹ Es de anotar que la reciente reforma penal, contenida en la Ley 1453 de 2011, contrariando el espíritu que inspira la terminación anticipada del proceso, estableció que en los casos de flagrancia, quien se allane a los cargos “sólo tendrá 1/4 del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004.

²² Ver literal h) del artículo 8 de la Ley 906 de 2004.

²³ El artículo 288 en su numeral 2° de La Ley 906 de 2004 señala: “**ARTÍCULO 288. CONTENIDO.** Para la formulación de la imputación, el fiscal deberá expresar oralmente: (...)2. Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible, lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la Fiscalía, sin perjuicio de lo requerido para solicitar la imposición de medida de aseguramiento.(...)”

Este acto tiene una enorme trascendencia dentro del proceso penal, pues delimita los aspectos centrales de la discusión y orienta la actividad de las partes. Por ello, pese a que se le dé la connotación de *-acto de comunicación-*, está claro que no se agota en ello, ya que precisamente de la imputación se desprende la posibilidad para la fiscalía de solicitar en contra del imputado la imposición de una medida de aseguramiento, la que estará determinada entre otros factores, por la conducta punible endilgada y el monto de la sanción que esta comporte. Puede afirmarse entonces, que este acto de mera comunicación no es nada simple, pues además, su desarrollo puede presentar aspectos problemáticos de legalidad, de procedibilidad, de caducidad o de prescripción, entre otros.

5.4 MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

El Acto Legislativo 003 de 2002 contempla como una de las funciones básicas de la Fiscalía General de la Nación, solicitar al Juez de Control de Garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

La nueva legislación procesal penal (Ley 906 de 2004) contempla dos modalidades de medidas restrictivas, esto es, medidas privativas de la libertad, consistentes en una detención preventiva y/o detención domiciliaria, y medidas no privativas de la libertad, sometiendo al procesado a mecanismos de vigilancia electrónica a una persona o institución determinada; presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez o ante la autoridad que este designe; a la obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho; a la prohibición de salir del país, del lugar en donde reside o del ámbito territorial que el juez determine; a la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares; a la prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas; a prestar caución y a la prohibición de salir del lugar de habitación en las horas de la noche.²⁴

Sin duda alguna, el sistema se orienta a buscar gradualidad en la aplicación de las medidas restrictivas de libertad, siguiendo el dictado constitucional, según el cual, el Juez de Control de Garantías impone una medida de acuerdo con la necesidad de aseguramiento de la comparecencia, concepto que se convierte ahora en columna vertebral de la restricción del derecho fundamental a la libertad durante el proceso penal.

²⁴ Ver artículo 307 de la Ley 906 de 2004.

Finalmente, cabe resaltar que resulta indispensable el cumplimiento de unos requisitos para aplicar las medidas privativas y no privativas de la libertad, establecidos en el artículo 308 de la Ley Procesal Penal²⁵, el cual básicamente exige una inferencia racional de autoría o participación del imputado en la conducta que se endilga (fundamentado en la adquisición probatoria de la Fiscalía), y el análisis del principio de necesidad que implica a su vez, una justificación sobre la concreción de los riesgos que justifican la afectación del derecho, esto es, prevención del riesgo de fuga, de alteración y reiteración.

5.5 AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE ACUSACIÓN²⁶

La formulación de acusación se constituye en el procedimiento aquel mediante el cual se concreta la función de acusar, que se encuentra única y exclusivamente en cabeza de la Fiscalía General de la Nación. Es el acto dispositivo a través del cual, aquella materializa formalmente la acción penal ante el juez de conocimiento. En esta etapa además, inicia el procedimiento de descubrimiento de la prueba por parte de la fiscalía; es decir, es la oportunidad procesal en la que esta entidad exhibe a la defensa en presencia del juez, los elementos de convicción y el material probatorio que pretende hacer valer como prueba en el juicio oral.

La acusación, es un acto complejo que se integra por **(i)** la presentación del escrito de acusación y **(ii)** la formulación de la acusación. En cuenta al escrito de acusación, este fue definido la Corte Constitucional como: “(...) *el instrumento procesal remitido por el fiscal al juez competente mediante el cual la Fiscalía presenta formalmente acusación contra un individuo al que se considera le cabe responsabilidad penal por la autoría o participación en la comisión de un hecho ilícito.*”²⁷

En otras palabras, el escrito de acusación es el documento mediante el cual, se informa al juez de conocimiento los hechos que constituyen una conducta delictiva, en los cuales ha participado una persona contra quien formula cargos como autor o partícipe de alguna conducta punible, con fundamento en elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, a partir

²⁵ El artículo 308 de la Ley 906 de 2004 señala: “Artículo 308. Requisitos. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.

2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.

3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.”

²⁶ El artículo 336 del Código de procedimiento penal establece: “ARTÍCULO 336. PRESENTACIÓN DE LA ACUSACIÓN. El fiscal presentará el escrito de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe.”

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-1194 del 22 de noviembre de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

de los cuales, como se ha indicado anteriormente, se implementa una inferencia razonable en rango de probabilidad de verdad. A renglón seguido, de la H. Corte Constitucional en la decisión antes referenciada, zanja los elementos que deben contener este escrito, veamos:

El escrito de acusación es un instrumento procesal fundamental y debe contar con los siguientes elementos:

- 1) la individualización concreta de quiénes son acusados, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones;*
- 2) una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible;*
- 3) el nombre y lugar de citación del abogado de confianza o, en su defecto, del que le designe el Sistema Nacional de Defensoría Pública;*
- 4) la relación de los bienes y recursos afectados con fines de comiso, y*
- 5) el descubrimiento de las pruebas. Para este efecto se presentará documento anexo que deberá contener: a) Los hechos que no requieren prueba; b) La transcripción de las pruebas anticipadas que se quieran aducir al juicio, siempre y cuando su práctica no pueda repetirse en el mismo; c) el nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en el juicio; d) los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, junto con los respectivos testigos de acreditación; e) el señalamiento de los testigos o peritos de descargo indicando su nombre, dirección y datos personales; f) los demás elementos favorables al acusado en poder de la Fiscalía y g) las declaraciones o deposiciones.*

En este último se incluyen: los hechos que no requieren prueba; la transcripción de las pruebas anticipadas; nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicita en el juicio; los elementos materiales probatorios y evidencia física que se quieran aducir en juicio, junto con el nombre de los testigos por medio de los cuales se acreditarán.

Igualmente se indican los eventuales testigos o peritos a favor de la defensa, junto con las direcciones y otros datos personales, cuando la Fiscalía los ha advertido en el ejercicio de la actividad investigativa; así como los elementos materiales probatorios, evidencias físicas o información favorable al acusado y que la fiscalía tenga en su poder.

5.6 AUDIENCIA PREPARATORIA²⁸

La audiencia preparatoria tiene por objeto planear, delimitar y determinar la actividad probatoria que se desarrollará en la audiencia de juicio oral. Para adelantarla, es necesario que se haya realizado la audiencia de formulación de acusación.

En relación con esta fase del proceso penal, es menester traer a colación la decisión del máximo órgano constitucional antes referenciada, de la cual establece que: *“tiene como fundamento la fijación de las pruebas que se harán valer en el juicio oral”*.²⁹

Instalada la audiencia por el juez de conocimiento y verificada la presencia del fiscal y del defensor, que son obligatorias, igualmente la del acusado, el ministerio público y el apoderado de las víctimas, que son contingentes, le concede la palabra a las partes con miras a que manifiesten las observaciones que tengan frente al procedimiento de descubrimiento de la evidencia, efectuado fuera de la audiencia de formulación de acusación. La falta de descubrimiento injustificado de evidencias comporta su rechazo, de conformidad con lo establecido en el artículo 344 de la Ley 906 de 2004³⁰.

Para demostrar que la fiscalía cumplió con la orden de descubrimiento, dispuesta en la audiencia de formulación de acusación, que debía efectuarse fuera de la misma en el plazo indicado por el juez, son útiles las constancias que se

²⁸ El artículo 356 de la Ley 906 de 2004, dispone el desarrollo de la audiencia preparatoria así: *“ARTÍCULO 356. DESARROLLO DE LA AUDIENCIA PREPARATORIA. En desarrollo de la audiencia el juez dispondrá:*

1. Que las partes manifiesten sus observaciones pertinentes al procedimiento de descubrimiento de elementos probatorios, en especial, si el efectuado fuera de la sede de la audiencia de formulación de acusación ha quedado completo. Si no lo estuviere, el juez lo rechazará.

2. Que la defensa descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física.

3. Que la Fiscalía y la defensa enuncien la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia del juicio oral y público.

4. Que las partes manifiesten si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias. En este caso decretará un receso por el término de una (1) hora, al cabo de la cual se reanudará la audiencia para que la Fiscalía y la defensa se manifiesten al respecto.

PARÁGRAFO. Se entiende por estipulaciones probatorias los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias.

5. Que el acusado manifieste si acepta o no los cargos. En el primer caso se procederá a dictar sentencia reduciendo hasta en la tercera parte la pena a imponer, conforme lo previsto en el artículo 351. En el segundo caso se continuará con el trámite ordinario.”

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-1194 de 2005. Óp. Cit., p. 48.

³⁰ El artículo 344 de la ley 906 de 2005 señala: *“ARTÍCULO 344. INICIO DEL DESCUBRIMIENTO. Dentro de la audiencia de formulación de acusación se cumplirá lo relacionado con el descubrimiento de la prueba. A este respecto la defensa podrá solicitar al juez de conocimiento que ordene a la Fiscalía, o a quien corresponda, el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento, y el juez ordenará, si es pertinente, descubrir, exhibir o entregar copia según se solicite, con un plazo máximo de tres (3) días para su cumplimiento.*

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. Así mismo cuando la defensa piense hacer uso de la inimputabilidad en cualquiera de sus variantes entregará a la Fiscalía los exámenes periciales que le hubieren sido practicados al acusado.

El juez velará porque el descubrimiento sea lo más completo posible durante la audiencia de formulación de acusación.

Sin embargo, si durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez quien, oídas las partes y considerado el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba.”

recomendaron dejar al respecto en párrafos anteriores y por ello, el delegado estará preparado para argumentar frente a las observaciones en ese sentido propuestas por la defensa. Igualmente, para explicar razonadamente las causas justificantes de la no revelación y para en todo caso persistir, en la admisibilidad del elemento de conocimiento.

Siguiendo con el procedimiento, el juez le ordena a la defensa que haga el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencias físicas e informaciones que hará valer durante el juicio oral, particularmente de los que no reveló a solicitud de la fiscalía durante la audiencia de formulación de acusación y de los que pudieron aparecer con posterioridad; establece que la fiscalía y la defensa, enuncien la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia del juicio oral; adicionalmente, requiere a las partes para que manifiesten si han realizado estipulaciones probatorias³¹ o si tienen interés en hacerlo, caso en el cual el juez podrá disponer un receso por una hora para que se reúnan y las concreten. Si al término del mismo las partes acuerdan estipulaciones deberán enunciarlas al juez³². Para que aquellas puedan ser valoradas por el juez, no basta con su realización, sino que es menester que sean admitidas como prueba en curso del juicio oral, por parte del juez de conocimiento.

Seguidamente, el juez como director del proceso, inquiere al acusado para que realice manifestación de responsabilidad o inocencia. En el primer evento, se procederá a dictar sentencia reduciendo hasta en la tercera parte la pena a imponer; pero en caso contrario, se continúa con el trámite ordinario de la audiencia preparatoria. A continuación, le dará el uso de la palabra a la fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran, sustentando sus pretensiones.

Frente a este tópico cabe recalcar, que la ley 906 de 2004 solo exige pertinencia³³ y admisibilidad³⁴ del elemento material de prueba que directa o indirectamente se refiera a los hechos, en cual establece la presunción de pertinencia, salvo los

³¹ Se entiende por estipulaciones probatorias los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias.

³² Conforme al artículo 10, inciso 4 de la Ley 906 de 2004, en una estipulación probatoria entre la Fiscalía y la defensa, no puede ésta renunciar a la presunción de inocencia. En caso de aceptación de responsabilidad, lo procedente sería allanamiento a los cargos o los preacuerdos y negociaciones, pero no estipulaciones probatorias, veamos: “ARTÍCULO 10. ACTUACIÓN PROCESAL. La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia. En ella los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial. (...) El juez podrá autorizar los acuerdos o estipulaciones a que lleguen las partes y que versen sobre aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva, sin que implique renuncia de los derechos constitucionales.”

³³ Sobre la pertinencia el artículo 375 de la ley 906 de 2004 señala: “ARTÍCULO 375. PERTINENCIA. El elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba deberán referirse, directa 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.”

³⁴ Sobre la admisibilidad el artículo 376 de la ley 906 de 2004 señala: “ARTÍCULO 376. ADMISIBILIDAD. Toda prueba pertinente es admisible, salvo en alguno de los siguientes casos: a) Que exista peligro de causar grave perjuicio indebido; b) Probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o exhiba escaso valor probatorio, y c) Que sea injustamente dilatoria del procedimiento.”

siguientes casos que exista peligro de causar grave perjuicio indebido, probabilidad que genera confusión en lugar de mayor claridad, o exhiba escaso valor probatorio y que sea injustamente dilatoria del procedimiento.

Ahora bien, es preciso resaltar que solo de manera excepcional, el ministerio público, podrá solicitar pruebas que no hubieran sido pedidas por las partes, siempre que demuestre que las mismas puedan tener esencial influencia en los resultados del juicio³⁵.

Adicional a ello, en una decisión del año 2006³⁶, la jurisprudencia constitucional examinó la constitucionalidad del artículo 357 de la Ley 906 de 2004, mediante la cual estableció que los representantes de las víctimas en el proceso penal, pueden realizar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, en igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía.

Ahora bien, con referencia a la exclusión, rechazo e inadmisibilidad de medios de prueba, la Corte Constitucional zanjo de plano que la víctima podrá realizar cualquiera que considere su solicitud, dentro del proceso penal, veamos:

*(i) La norma no incluye a la víctima dentro de los actores procesales que pueden solicitar la exclusión, el rechazo o la inadmisibilidad de los medios de prueba; (ii) no se observa una razón objetiva que justifique la exclusión de la víctima de esta facultad, ya que su participación en esta etapa permite determinar cuáles medios de prueba resultan admisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que no requieran prueba, y asegura la protección de la víctima contra la práctica o admisión de pruebas que vulneren su dignidad, su intimidad, u otro de sus derechos; (iii) esta omisión genera una desigualdad injustificada entre los distintos actores del proceso penal en la audiencia preparatoria, y le impide a la víctima la protección de sus derechos a la dignidad, a la intimidad y de otros derechos; e (iv) implica 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, y la efectividad de los derechos de las víctimas consagrados en el literales b) y d) del artículo 11 de la Ley 906 de 2004. En consecuencia, a la luz, del cargo analizado se declarará la constitucionalidad del inciso primero del artículo 359 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que la víctima también puede solicitar la exclusión, el rechazo o la inadmisibilidad de los medios de prueba.*³⁷

³⁵ Sobre la solicitud probatoria por parte del Ministerio Público, el inciso 4º del artículo 357 de la ley 906 de 2004 establece: **“ARTÍCULO 357. SOLICITUDES PROBATORIAS.** (...) Excepcionalmente, agotadas las solicitudes probatorias de las partes, si el Ministerio Público tuviere conocimiento de la existencia de una prueba no pedida por estas que pudiere tener esencial influencia en los resultados del juicio, solicitará su práctica.

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-454 del 07 de junio del 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-209 del 21 de marzo del 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Cumplido lo anterior, el juez debe proceder a ordenar las pruebas solicitadas por las partes, atendiendo las reglas de pertinencia y admisibilidad. En esta audiencia, destáquese, no hay controversia probatoria.

5.7 AUDIENCIA DE JUICIO ORAL

Según el manual de guía de Procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano³⁸, el juicio oral es el acto procesal más importante del proceso penal acusatorio. Esta audiencia estará bajo la dirección del juez de conocimiento, quien actúa como un tercero que mantiene la dirección del trámite, para que se respeten las garantías de igualdad de armas entre las partes, así como los principios de publicidad, oralidad, contradicción, concentración, inmediación y controversia.

Es menester resaltar que conforme lo establecen las normas constitucionales y los principios rectores que rigen el procedimiento penal, solamente las que hayan sido producidas o incorporadas con pleno cumplimiento de las referidas exigencias, salvo lo previsto respecto de la prueba anticipada, podrán ser valoradas por el juez, pues de manera exclusiva con base en las mismas podrá emitir su decisión que ponga fin al debate jurídico.

³⁸ FISCALIA GENERAL DE LA NACION. *Manual de Procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano*. [En Línea]. Bogotá D.C. 2009. 279 p. Disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/03/spoa.pdf>.

6. SUGERIR Y ANALIZAR EL PRINCIPIO DE LA LIBERTAD PROBATORIA

La Libertad Probatoria³⁹ es el Principio procesal que indica que en el procedimiento pueden emplearse cualquier medio de prueba no prohibido expresamente por la ley o que resulte manifiestamente impertinente. Convirtiendo la Investigación Criminal en una actividad eminentemente creativa dirigida a superar el estado de incertidumbre para descubrir la verdad, o en nuestro caso, la responsabilidad penal más allá de toda duda razonable.

En materia Penal, las partes pueden presentar el conocimiento de los hechos al operador de justicia 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 precisamente que el fallador 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, veamos: *“Una pretensión Publica subjetiva que integra el derecho a un 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”*.⁴⁰

Sin embargo, el conocimiento de los hechos no es el único interés constitucional relacionado con el ejercicio de la acción penal; pues es imperioso velar porque el cumplimiento de dicho propósito no afecte 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.

En corolario a lo anterior la Corte Constitucional expuso:

La 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

³⁹ El artículo 373 de la ley 906 de 2004 señala: “ARTÍCULO 373. LIBERTAD. Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos.”

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-395 del 15 de mayo del 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

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 de la misma, esta condicionada al respecto de las garantías mínimas que deben ser protegidas por el juez.⁴¹

Ahora bien, conforme lo establecido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁴², es dable aclarar que la libertad probatoria, faculta al juzgador a llegar al conocimiento medular de lo acontecido o de algún otro aspecto sustancial, por cualquier medio probatorio, pudiendo suceder que, no obstante la pluralidad de medios de convicción, termine por apoyarse en una sola prueba dada la contundencia demostrativa de la misma, en virtud del contexto en que se percibieron los hechos.

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia C-396 del 23 de mayo de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 34467 de 14 de octubre de 2015, M.P. Eyder Patiño Cabrera.

7. ANÁLISIS DE LAS SOLICITUDES PROBATORIAS EN EL DERECHO COMPARADO

7.1 ASPECTO INTERNACIONAL DE LAS SOLICITUDES PROBATORIAS

En este capítulo, se abordará las solicitudes probatorias, como aspecto fundamental de los sistemas penales de la normatividad de algunos países, en aras de distinguir cuál ha sido el alcance doctrinal de la prueba común en dichos países.

7.1.1 En Puerto Rico. Se tomó como punto de partida la legislación procesal penal de este país, ya que la ley 906 de 2004 o Código de Procedimiento Penal Colombiano, tuvo su génesis en Código Procesal Penal de Puerto Rico, ya que como se verá más adelante, la estructura de la referida ley se basa en los postulados contemplados en éste, cuyo desarrollo es también a través de la oralidad.

Referente a las solicitudes probatorias dentro de la fase de juicio, en especial las pruebas comunes, se destaca que este procedimiento no tiene aplicación en ese país, ya que la regulación normativa penal en el mismo se desarrolla por medio de reglas preestablecidas por el máximo tribunal de justicia, que para este caso es el Tribunal Supremo de Puerto Rico; corporación que mediante la aprobación de las reglas de evidencia de ese país, estableció en el capítulo IV referente a la admisibilidad y pertinencia, especialmente en las reglas 401 y 402 de 2009, lo siguiente:

Regla 401. Definición de evidencia pertinente: Evidencia pertinente es aquella que tiende a hacer la existencia de un hecho, que tiene consecuencias para la adjudicación de la acción, más probable o menos probable de lo que sería sin tal evidencia. Esto incluye la evidencia que sirva para impugnar o sostener la credibilidad de una persona testigo o declarante.

Regla 402. Relación entre pertinencia y admisibilidad: La evidencia pertinente es admisible excepto cuando se disponga lo contrario por imperativo constitucional, por disposición de ley o por estas Reglas. La evidencia no pertinente es inadmisibile.⁴³.

⁴³ PUERTO RICO, TRIBUNAL SUPREMO. Reglas de Evidencia de Puerto Rico. [En línea]. San Juan. Puerto Rico. 2009. Disponible en: <http://www.popjuris.com/biblioteca/reglas-de-evidencia-de-puerto-rico-2009>.

7.1.2 En Chile. En la ley 19696 del 12 de octubre del 2000 (Código de Procesal Penal de Chile), su artículo 336 establece:

Prueba no solicitada oportunamente; A petición de alguna de las partes, el tribunal podrá ordenar la recepción de pruebas que ella no hubiere ofrecido oportunamente, cuando justifiere no haber sabido de su existencia sino hasta ese momento. Si con ocasión de la rendición de una prueba surge una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el tribunal podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hubieren sido ofrecidas oportunamente y siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad⁴⁴.

7.1.3 En Estados Unidos. Ante la complejidad de que este país está compuesto de 50 estados federados, se optó, por tomar estrictamente el análisis del capítulo de la prueba y de su admisibilidad en dicho sistema y por lo tanto, se adhirió al artículo publicable de **CASSEL**, sobre el sistema procesal penal de Estados Unidos, así:

“F. Prueba: En el sistema oral adversarial de Estado Unidos, no todos los elementos del expediente pueden ser conocidos, ni mucho menos tomados en cuenta, por quien adjudica la culpabilidad o no del inculpado, sea juez o jurado, sino solamente las pruebas que el juez admite en el juicio a solicitud de una u otra parte. a). Admisibilidad y eficacia: Para los tribunales federales hay un código de Admisión de prueba (“Federal Rules of Evidence”). Contiene aproximadamente 70 reglas sobre los siguientes temas: procedimiento para decisiones sobre la admisibilidad; “judicial notice” (reconocimiento por el juez de un hecho notorio y no discutido entre las partes, sin prueba); pertinencia (“relevancy”); privilegios; testigos (conocimiento personal de hechos, contra –interrogación, carácter, maneras de facilitar sus memorias); conceptos y testimonio de peritos; “Hearsay” (conocimiento indirecto por lo que dijo un tercero); autenticación e identificación de documentos, escritura, voces, y reglas sobre originales y copias de documentos, grabaciones y fotos. Reglas semejantes también se encuentran en reglamentos o en la jurisprudencia, de las otras jurisdicciones internas de Estados Unidos”⁴⁵.

⁴⁴ CHILE, MINISTERIO DE JUSTICIA. Ley 19696 del 12 de octubre del 2000. Por la cual establece el Código Procesal Penal [En Línea]. Santiago de Chile. Chile. 2011. Disponible en: http://www.justiciaviva.org.pe/reforma_implementation/CPP_Chile.pdf.

⁴⁵ CASSEL, Douglass. *El sistema procesal penal de Estados Unidos*. [En Línea]. Madrid, España. 2011. 27 ps. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1655/10.pdf>.

Para mayor precisión sobre el tema, se establece las siguientes reglas en el sistema penal americano: Regla 95 (Descubrimiento de prueba fiscal a favor del acusado), Regla 95-A (Descubrimiento de prueba del acusado a favor del Ministerio Fiscal) y Regla 95-B (Normas que rigen el descubrimiento de prueba).

Por último, acerca de este sistema procesal penal, es sustancial resaltar que es público y notorio que en los Estados Unidos, solamente el 5% de los casos delictuales va a juicio, ya que el otro 95% se hace sobre la base de la justicia negociada entre la fiscalía y defensa.

Analizados los antecedentes internacionales, respecto de las solicitudes probatorias por vía excepcional en la fase del juicio, se encontró que en todos los países tomados como muestra, si existe tal situación, en unos como excepción propiamente dicha y en otros, como pruebas de oficio decretada por el juez.

Vale la pena anotar que tanto en Estados Unidos como en Puerto Rico, no hay precepto específico que trate sobre este aspecto, en razón a que su sistema procesal se efectúa por medio de reglas, las cuales permiten aplicar tal excepción en la fase del juicio en caso de ser necesario.

8. IMPORTANCIA DEL INTERROGATORIO Y CONTRAINTERROGATORIO, COMO ARMA FUNDAMENTAL PARA SUSTENTAR LAS CORRESPONDIENTES TEORÍAS DEL CASO

La prueba testimonial - documental, es el medio a través del cual, gran parte de los litigios son decididos en un proceso penal. De allí la importancia en la valoración de los dichos de un declarante, pues con el deponente se darán a conocer al juez los hechos que se pretenden juzgar, especialmente en aquellas ocasiones en las que el único medio de prueba del que depende el fallador para resolver el problema jurídico planteado, sea el testimonio de una persona.

Ahora bien, el proceso penal adversarial trajo consigo un nuevo desafío para quienes asumen el rol de representar a los acusados o al Estado, pues no solo deben conocer de dogmática jurídica sino también tienen que desarrollar técnicas de oralidad que les permitan examinar de manera integral el conocimiento de un testigo. Estas habilidades y destrezas adquieren mayor importancia en el momento en que el abogado pretende impugnar la credibilidad del declarante, instrumento que por lo general tiene lugar en el contrainterrogatorio. De lograr la impugnación, la capacidad suasoria del testigo podrá ser puesta en duda por el fallador y con ello el abogado pondrá en desventaja la pretensión de su adversario.

Sin embargo, la falta de planificación de los casos, la carencia de estrategias de litigación y la inadecuada utilización de técnicas de oralidad hacen que los intentos de impugnar la credibilidad de los testigos no logren su objetivo. De allí la necesidad de revisar las diversas modalidades de impugnación, las técnicas que se deben utilizar, los momentos en que puede hacerse y sus consecuencias en la valoración probatoria.

8.1 LA IMPUGNACIÓN DE CREDIBILIDAD DEL TESTIMONIO

Etimológicamente impugnar tiene su raíz en el vocablo latino *-impugnare-*, el cual significa atacar, combatir o refutar. Dentro de un sistema de enjuiciamiento adversarial podríamos definir la impugnación de credibilidad como una técnica del contra examen destinada a desacreditar al testigo o a su testimonio, con el propósito de demostrarle al juez que la versión del deponente no es creíble.

Conforme a lo anterior, se tiene que el escenario natural para la impugnación es el contra-interrogatorio, pues para tal aspecto el tratadista De CASTRO señala: *“Conviene precisar que el procedimiento de impugnación de la credibilidad del testigo tiene por finalidad “cuestionar ante el juez la credibilidad del testimonio” (Ley 906 de 2004, art. 403). Nótese que esta finalidad es sutilmente distinta, pero complementaria, a la del contrainterrogatorio: “refutar, en todo o en parte, lo que el*

testigo ha contestado” (Ley 906 de 2004, arts. 393.1 y 418.1), lo que demuestra que impugnación y conainterrogatorio no son términos sinónimos.”⁴⁶

Sin embargo, la refutación directa del testigo no solo se puede dar en el contra examen. Resulta lógico que quien ofrece un declarante como propio, supone que la versión de este va beneficiar o sustentar en todo o en parte su teoría del caso, pero puede ocurrir que el testigo en juicio cambie la manifestación concedida en declaraciones previas y frente a tal situación, podrá el abogado impugnar credibilidad en el interrogatorio directo.

Para el doctrinante CHIESA APONTE, frente a la impugnación del testigo propio asegura: “(...) *se puede impugnar a un testigo, incluyendo al llamado por el impugnador, mediante cualquier evidencia pertinente a su falta de veracidad.*”⁴⁷ (p. 395, T 1).

En Colombia no se tiene ninguna limitación al respecto, pues en efecto como se dijo líneas atrás, si bien el escenario natural para impugnar a un declarante es el contra examen bien puede ocurrir que se deba atacar a su propio testigo cuando éste varía su versión, resaltando en ese momento la declaración inicial que se acomoda a la pretensión del litigante, demostrándole al juez con suficiencia que el deponente ha cambiado su dicho y que la nueva declaración es contraria a la verdad.

Del concepto de impugnación de credibilidad, es ineludible tener en cuenta que no siempre es necesario agotar esta práctica, pues si bien, del análisis del caso previo al juicio, el abogado puede advertir que dicho testigo se le debe refutar y se prepara para ello.

La necesidad de impugnación solo surge una vez se escucha al testigo en el examen directo, cuando el togado valora si la deposición afecta o no su teoría del caso, destacando que si la respuesta es negativa no existirá la necesidad de impugnar a pesar de su preparación previa, pues el litigante debe ponderar entre el real daño efectuado por el testigo y la necesidad de lucirse en juicio afectando la veracidad de un declarante que no afecto en nada su caso.

El estatuto procesal colombiano no reglamenta ninguna metodología para abordar el tema de la impugnación, pese a que el artículo 402 lo prevé cuando dispone: “...*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.*”⁴⁸

⁴⁶ DECASTRO GONZÁLEZ. Óp. Cit., p. 4.

⁴⁷ CHIESA APONTE, Ernesto. Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos. Volumen 1. 1995. Editorial Fórum. 1995, p. 395.

⁴⁸ Artículo 402 de la ley 906 de 2004.

Por ello resulta necesario acudir a la doctrina para identificar los pasos que deben abordarse para cumplir el objetivo. **FONTANET**⁴⁹ coincide en manifestar que la mejor forma de desacreditar a un testigo o a su testimonio sin importar la modalidad debe cumplir con cinco etapas a saber:

- Confirmar o comprometer al testigo con lo declarado en el interrogatorio directo.
- Acreditar o establecer la importancia de lo declarado en juicio.
- Acreditar las circunstancias en las que fue prestada la declaración previa, la capacidad del testigo de percibir, o la supuesta ausencia de interés, de condena previa etc.
- Dar la oportunidad al testigo que reconozca o niegue la inconsistencia de su dicho.
- Confrontar al testigo con la declaración previa, el informe, la sentencia o la evidencia que refute la afirmación del testigo.

Indudablemente la impugnación de credibilidad es la mejor forma de restar valor probatorio al dicho de un declarante, y en razón al nuevo sistema penal acusatorio, se ha transformado la forma de afrontar los debates probatorios para la resolución de los litigios.

En suma, frente a las reglas de interrogatorio y contrainterrogatorio, y la práctica de las pruebas comunes, se tiene, en la praxis, puede ocurrir que las solicitudes probatorias realizadas por la fiscalía, cumplan a cabalidad no solo con la teoría del caso para el ente acusador, sino que aborde tema de prueba, frente a los intereses de la defensa, restringiendo de esta manera un argumento sólido de solicitud de conducencia, pertinencia, utilidad, frente a un testigo común mencionado en el escrito de acusación, y en la cual, al juez de conocimiento, frente a la poca movilidad de argumentación por parte de la defensa, terminan decretando las pruebas a favor de la fiscalía.

⁴⁹ FONTANET MALDONADO, Julio. *Principios y técnicas de la práctica forense. 3ª edición*. San Juan de Puerto Rico. Jurídica Editores. 2010. ps. 250-251.

9. IMPORTANCIA DE LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA COMÚN EN LA JURISPRUDENCIA

A continuación, se exponen en orden de aparición los precedentes judiciales que rigen frente a la práctica de la prueba común, en el ordenamiento jurídico colombiano. En todos los casos que se exponen, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia actúa como fallador de apelación, al resolver autos de Tribunales de Distrito Judicial que niegan el decreto de testigos comunes, a alguna de las partes en la audiencia preparatoria.

9.1 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, AUTO DEL 26 DE OCTUBRE DEL 2007, RADICADO NO. 27608, M. P. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

En este caso, la delegada de la fiscalía instó se le permitiera someter a la acusada como testigo en audiencia de juicio oral; viabilizando un interrogatorio directo, para así no atarse, por vía de contrainterrogatorio, a los temas que propusiera la defensa en su interrogatorio. En su decisión, el Tribunal negó la petición; a lo que se suma la sala penal al confirma la negativa de la prueba, argumentado que:

(...) dado que la funcionaria no expuso en la audiencia preparatoria, al momento de hacer la solicitud, cuál es la conducencia y pertinencia de la prueba, o en otras palabras, cuál es el objeto concreto de presentar como su testigo a la acusada, y no por las razones esgrimidas en la decisión atacada, se confirma la negativa del Tribunal Superior de Bogotá, a permitir que la fiscalía someta a interrogatorio directo a la acusada, en caso de que esta siga en su empeño de concurrir a declarar en la audiencia de juicio oral.

En esta importante decisión, de principio la Corte desarrolla tres problemas jurídicos, veamos.

En cuanto al primero de estos, la corte resalta el interrogante, frente a la posibilidad de que una de las partes someta a interrogatorio directo al testigo de la contraparte, sin establecer ningún objeto de prueba específico. Frente a este problema, la Corte en esta decisión argumenta: *“Lo anotado en precedencia, permite a la Corte responder al interrogante planteado, de manera negativa, pues, si la parte no demuestra un objeto específico, consustancial a su pretensión, que permita al juez evaluar los presupuestos de pertinencia, conducencia, licitud y necesidad, ha incumplido la carga procesal que se le impone y, en consecuencia, al funcionario no le queda camino diferente al de negar la solicitud.”*

Frente al segundo interrogante que la sala se plantea, es la viabilidad de vedar en todos los casos, que la contraparte requiera interrogar directamente al testigo citado por una parte. Con relación a lo anterior, la corte expone de manera negativa:

No. De lo expuesto en precedencia fácil se colige que la prohibición opera únicamente para los casos en los cuales, como viene sucediendo reiteradamente en la práctica de las audiencias preparatorias, la manifestación opera abierta, aleatoria y genérica.

(...)Eso sí, como se viene reiterando, para que se cumpla la carga procesal establecida en la ley, cada una de las partes debe expresar con claridad cuál es el objeto específico para el que se llamará al declarante en interrogatorio directo, dentro de su particular pretensión, y corresponde al juez de conocimiento, seguidamente, verificar los aspectos de pertinencia, conducencia, licitud y necesidad, a efectos de admitir o inadmitir el medio deprecado.

Por último, la sala en la citada providencia se plantea el ultimo problema jurídico, que se centra en la posibilidad frente a que la fiscalía solicite realizar interrogatorio directo al acusado, cuando este ha aceptado concurrir a la audiencia del juicio oral como testigo, sin especificar el objeto de ello. En tal aspecto, la sala responde de manera negativa pues:

Los criterios generales expresados en el tema anterior permiten responder negativamente al cuestionamiento, pues, mirado en su contexto de testigo, es claro que la fiscalía, sin señalar cuál es el objeto específico de la solicitud, no puede genéricamente reclamar se le permita interrogar al acusado, que, se reitera, ha sido presentado por la defensa. Se reitera, para el caso concreto, evidente se observa que la fiscalía no cumplió con la tarea o carga procesal, ampliamente dilucidada en líneas anteriores, de significar la pertinencia y conducencia de su solicitud probatoria, razón suficiente para que deba inadmitirse lo deprecado.

(...) Es necesario precisar, sin embargo, que en virtud de lo decidido por la Corte Constitucional al momento de revisar la constitucionalidad de lo consagrado en el artículo 394 de la Ley 906 de 2004 –sentencia C-782 de 2005-, si bien, como se anotó en precedencia, la fiscalía cuenta con la facultad de solicitar interrogar directamente al procesado, si cumple con las exigencias de demostrar la pertinencia y conducencia de la prueba, ello no significa que, ya sentado en el estrado de los testigos el procesado, éste tenga la obligación de responder a sus cuestionamientos o el funcionario pueda impelerlo a confesar o decir la verdad, como quiera que, así lo anotó el alto Tribunal, el derecho a guardar silencio sigue vigente y la confesión, para que valga como tal, ha de ser libre, voluntaria y espontánea.

9.2 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, AUTO DEL 23 DE MAYO DEL 2012, RADICADO 38382, M. P. MARIA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

En esta providencia, un tribunal le negó a la defensa la solicitud y el decreto de testigos comunes que habían sido solicitados por la fiscalía, por cuanto no indicó su conducencia, pertinencia y utilidad de cara a su teoría del caso, máxime cuando ya habían sido requeridos por la fiscalía, situación que le imponía realizar un mayor esfuerzo argumentativo para demostrar la necesidad del interrogatorio directo, pues no es suficiente afirmar que se comparten los motivos de la contraparte, en tanto la teoría del caso de la defensa difiere de la del ente acusador, razón por la cual los fundamentos de una parte no son válidos para la otra.

Apelada la decisión, la Corte Suprema de Justicia la confirma el fallo emanado por el tribunal, en la medida en que: *“(...) cuando se presentan postulaciones probatorias comunes, existe la carga procesal de indicar no sólo la conducencia, pertinencia de cara a los hechos materia de investigación, sino también frente a la específica teoría del caso”*

La defensa no entregó los argumentos adicionales a los planteados por el ente acusador para postular esas pruebas de la contraparte como propias. Las reglas esenciales de la decisión son las siguientes:

- Regla 1. Para sustentar la solicitud de testigos comunes no basta aducir la necesidad de interrogar sobre temas no abordados por la contraparte.

La Corte rechaza la práctica litigiosa de solicitar pruebas comunes, limitándose a señalar que se requieren para efectos de abordar temas que, eventualmente la contraparte no toque en el interrogatorio; se considera que esa sustentación no le otorga fundamento sólido y concreto a esa pretensión, y agrega:

“Adicionalmente permite reiterar cómo, cuándo se solicita como propia una prueba ya impetrada por la contraparte, debe concretarse la pretensión probatoria entregando argumentos específicos sobre el objeto del medio de convicción, sin que tal exigencia se cumpla en los eventos en que se aduce la necesidad de interrogar sobre tópicos no abordados por la contraparte o que surjan de las respuestas dadas.”

- Regla 2. Quien solicita pruebas comunes, tiene la carga procesal de sustentar el motivo por el cual no basta el contrainterrogatorio para ejercer el derecho de contradicción.

Al respecto, en la providencia citada la corte expone:

Se configura, entonces, la carga procesal de entregar argumentos en torno a la razón por la cual no basta con el contrainterrogatorio para ejercer el derecho de contradicción, siendo necesario, además, indicar los tópicos adicionales que se requieren dilucidar, entre otros aspectos. Ello por cuanto la condición adversarial del sistema procesal nacional comporta que cada parte busque sus propios medios de convicción y solicite su recaudo en procura de sustentar su teoría del caso.

9.3 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, AUTO DEL 21 DE MAYO DE 2014, RADICADO 42864, M. P. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

En este caso, un tribunal de distrito rechaza la práctica de unos testigos comunes solicitados por el defensor, argumentado que: *“el sustento de su justificación fue, en esencia, similar al que presentó el acusador, y porque no es de recibo el genérico motivo alegado por el defensor, consistente en interrogar a los deponentes “sobre todo aquello que sea de su interés”, en lo que no indague la fiscalía, o con el objeto de precaver el eventual desistimiento de su práctica por parte de aquel.”*

El defensor dispuso del recurso de apelación en dicha decisión, alegando que: *“(…) insiste en el desequilibrio de las partes por no disponer el Tribunal la práctica de las pruebas comunes, y dice que si la pertinencia procede respecto del acusador también debe proceder respecto de la defensa, pues la prueba le pertenece no a quien la solicita sino al juicio.”*

Por su parte, la sala estimó:

Insiste la Sala en que no es que le esté vedado al defensor acudir a la práctica del testimonio común, pero si lo hace debe tener en cuenta que le asiste el deber de agotar una argumentación completa y suficiente que le permita entender al juez de la causa por qué el contrainterrogatorio no será idóneo ni suficiente para satisfacer las pretensiones probatorias, encaminadas a sustentar la teoría del caso.

Así, las finalidades de interrogar directamente sobre lo que omita la fiscalía o precaver el desistimiento de la práctica de la prueba por el oponente no son argumentos por sí mismos suficientes para entender como debidamente cumplida la exigencia de acreditar pertinencia, conducencia y utilidad de aquella, menos aún en un sistema en el que la petición probatoria es estrictamente rogada y, en consecuencia, es a ambas partes a quienes compete, según su rol y el interés que les asista, cumplir con suficiencia la

carga argumentativa que convenza al director del juicio sobre acreditación de tales exigencias.

Lógicamente, la defensa puede prever los riesgos de que el acusador desista del testimonio, situación que frustrará su posibilidad de tomar parte en el contrainterrogatorio. Pero, insiste la Sala, si para conjurar una tal eventualidad la defensa pretende solicitar también el testimonio como directo deberá ofrecer unos razonamientos de pertinencia, conducencia y utilidad sobre bases distintas a las presentadas por la contraparte, toda vez que —no sobra repetirlo— su particular interés para practicar la prueba (el cual deviene del distinto rol que cumple en el proceso) no puede fundarse en el acaso o en situaciones hipotéticas o inciertas.

La Corte Suprema de Justicia en esta decisión, confirmó el rechazo de los testigos considerando que: *“En el caso presente, se tiene que la defensa en verdad justificó la procedencia de las pruebas comunes con el fin de prever el desistimiento de su práctica por la fiscalía y para preguntar sobre lo no indagado por aquella, sustento que, como ya se dijo, no es conducente para los efectos de una cabal justificación de procedencia.”*

De este precedente judicial, se extraen estas reglas esenciales de decisión:

- Regla 1. En principio se presume que el contrainterrogatorio es idóneo para obtener la información relevante del testigo de la contraparte requerida por quien pretende la solicitud de decreto de testigo común.

En palabras de la Corte: *“(...) en principio, puede decirse que el interés del interviniente para servirse de la prueba de su oponente para sus propios intereses se satisface a través de la oportunidad que le asiste de contrainterrogar. De suerte que admitir la presentación —como directo— del mismo testigo por cada uno de las partes, de entrada sugiere un evidente menoscabo de los principios de celeridad y razonabilidad que deben regir la práctica probatoria”.*

- Regla 2. El interesado en el testimonio común tiene la carga argumentativa de desvirtuar la presunción de idoneidad del contrainterrogatorio a fin de sustentar por qué este no es suficiente para obtener la información requerida para sustentar su teoría del caso.

La Corte explica la carga imperativa que le asiste a la parte que solicita la práctica de un testimonio común, al respecto considera: *“Insiste la Sala en que no es que le esté vedado al defensor acudir a la práctica del testimonio común, pero si lo hace debe tener en cuenta que le asiste el deber de agotar una argumentación completa y suficiente que le permita entender al juez de la causa por qué el contrainterrogatorio no será idóneo ni suficiente para satisfacer las pretensiones probatorias, encaminadas a sustentar la teoría del caso.”*

- Regla 3. Quien solicita un testigo común, tiene la carga argumentativa de sustentar su pertinencia, conducencia y utilidad, indistintamente de los expuestos por la contraparte.

En lo referido, señala la Corte:

(...) insiste la Sala, si para conjurar una tal eventualidad la defensa pretende solicitar también el testimonio como directo deberá ofrecer unos razonamientos de pertinencia, conducencia y utilidad sobre bases distintas a las presentadas por la contraparte, toda vez que -no sobra repetirlo- su particular interés para practicar la prueba (el cual deviene del distinto rol que cumple en el proceso) no puede fundarse en el acaso o en situaciones hipotéticas o inciertas.

(...)Es precisamente por lo anterior que si la defensa pretende servirse de la prueba común debe hacerlo con argumentos de justificación de pertinencia, conducencia y utilidad distintos a los que propone el acusador.

(...)Lo dicho conduce a recavar que en el caso de pruebas comunes, a la defensa se le exige una argumentación de pertinencia, conducencia y utilidad adicional a la que propone la fiscalía. Lo anterior es lógico, porque como distinto es el rol que cumplen la parte acusadora y la parte acusada, entonces la necesidad e interés para acudir a la misma prueba es bien disímil para ambos. Es así que, en un sistema en el que la práctica probatoria es rogada, a las partes, en especial a quien pretende oponerse al pliego de cargos, no le está dado reclamar la práctica de una determinada prueba “a ver qué pasa” o “por si acaso”, pues debe tener claro y hacérselo saber de manera explícita al juez o corporación de conocimiento —deber que también le corresponde a la fiscalía— qué es en particular lo que busca obtener de la prueba, cómo ésta es idónea y eficaz para acreditar lo que se quiere y porqué es relevante para su postura o para el caso, según el interés que se defienda y, en especial, porqué el ejercicio del contra-interrogatorio es insuficiente para obtener la información que se pretende.

Lógicamente, por razón de las distintas pretensiones e intereses encontrados que les asiste a la fiscalía y a la defensa en el resultado del juicio oral, no cabe razonablemente justificar la procedencia de la práctica de pruebas comunes con los mismos argumentos que presenta la contraparte, pues sería tanto como concederle al contradictor la idoneidad de la prueba para demostrar su teoría del caso y no la propia. Además, no son extraños los casos en que al acusador y al acusado les puede asistir un interés común en la práctica probatoria, razón por la cual, insiste la Corte, no es posible presumir que para dicha práctica exista en todos los casos un interés opuesto.

- Regla 4. Argumentos se consideran inadmisibles para solicitar un testigo común: El eventual desistimiento de la prueba y la omisión de interrogatorio sobre ciertos temas.

Expresa la Corte que: *“(...) la justificación fundada en que procede la práctica de dichas pruebas para que la defensa pueda preguntar de manera directa por aquello sobre lo que no interroga la fiscalía, o bien con el fin de precaver un posible desistimiento de su práctica por el ente acusador, no configura un sustento serio, idóneo para satisfacer la exigencia de demostrar a cabalidad los requisitos de conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba”.*

Así entonces, las finalidades de interrogar directamente sobre lo que omita la fiscalía o precaver el desistimiento de la práctica de la prueba por el oponente no son argumentos por sí mismos suficientes para entender como debidamente cumplida la exigencia de acreditar pertinencia, conducencia y utilidad de aquella, menos aún en un sistema en el que la petición probatoria es estrictamente rogada y, en consecuencia, es a ambas partes a quienes compete, según su rol y el interés que les asista, cumplir con su ciencia la carga argumentativa que convenza al director del juicio sobre acreditación de tales exigencias. Respecto de lo dicho anteriormente, esta decisión trae a colación un sinnúmero de providencias emanadas por esta corporación al respecto, veamos:

(...) la jurisprudencia de la Corte (CSJ SP, auto del 23 de mayo de 2012, rad. 38382, reiterado el 5 de junio de 2013, rad. 41127) tiene dicho que mal puede una parte reclamar como su testigo —para efectos de someterlo a un interrogatorio directo— a aquel presentado por la contraparte, con sustento solamente en que eventualmente pueden quedar temas sin abordar cuando lo interroga aquella, o pueda surgir un específico interés de conformidad con las respuestas que vaya entregando el declarante. Menos aún, agrega ahora esta colegiatura, con la sola finalidad de precaver el eventual desistimiento la práctica probatoria por el oponente.

Admitir lo contrario conduciría a desconocer el carácter de adversarios del proceso, pues ya no se trataría de una prueba que represente la particular teoría del caso de quien la solicita, sino apenas de una especie de albur que corresponde más a la típica postura procesal de quien no cuenta con sólidos fundamentos argumentales o probatorios y, en consecuencia, decide esperar que el trámite de la audiencia o las falencias de su contradictor le ofrezcan las herramientas que no se preocupó por allegar oportunamente. Por tanto, no puede la parte justificar la procedencia del testimonio común, en los términos en que la ley lo exige, afirmando que su conducencia, pertinencia y utilidad asomará sólo de forma eventual, y respecto de temas que le puedan interesar, una vez se halle rindiendo su declaración el testigo, o para precaver el desistimiento de la parte contraria.

- Regla 5. No existe una presunción de pertinencia del testigo común por el hecho de que le sea decretado a una de las partes.

Frente a esta regla, la sala expone en la precitada decisión:

Tampoco cabe predicar a favor de la defensa una especie de “presunción de pertinencia, conducencia o utilidad” de unas particulares pruebas que reclama, por el solo hecho de que la fiscalía las pidió en primer lugar. Menos aún resulta permitido justificar su práctica —como lo pretende el apelante— con fundamento en que su importancia “emerge de la naturaleza misma del escrito de acusación”, como si ese razonamiento le correspondiera elaborarlo al funcionario judicial, pues, insiste la sala, la carga demostrativa la deben cumplir ambas partes sin excepción.

Otra razón que permite desestimar la supuesta presunción de pertinencia del testimonio común es que aun cuando puede decirse, en general, que a la fiscalía, por una parte, y al procesado y su defensor, por la otra, les asiste un interés diverso en el resultado del proceso, debe tenerse en cuenta que en el tema probatorio los oponentes pueden tener afinidad de intereses (prueba de ello es el instituto de las estipulaciones). Por tanto, no es válido concluir que como el acusador demuestra el interés que le asiste para que se decrete una determinada prueba, entonces a la defensa necesariamente le debe asistir también interés en su práctica para sustentar (en sentido inverso) su teoría del caso, quedando así relevada de acreditar las exigencias de procedencia.

De allí que no quepa predicar, como así lo hace el apoderado de las víctimas y lo sugiere el apelante, la existencia a favor de la defensa de la aludida “presunción de pertinencia” de las pruebas que ya pidió el acusador, como si al juez de conocimiento le correspondiera desarrollar el deber de justificación que solamente les compete a las partes. Si así fuera, debería admitirse, sin necesidad de justificación adicional, que como la fiscalía demostró suficientemente los requisitos para la práctica probatoria, entonces la defensa queda relevada de hacerlo, pues tal conclusión evidentemente generaría un desequilibrio de las partes, idéntico al que el recurrente pregona.

9.4 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, AUTO DEL 25 DE FEBRERO DEL 2015, RADICADO 45011, M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

En esta providencia, se investiga a un juez por proferir una decisión manifiestamente contraria a la ley, en tanto que, a través de una sentencia de tutela, dispuso la reliquidación pensional de un ex funcionario del Ministerio de justicia, como si fuera servidor de la rama judicial, consignando para el efecto

falsedades ideológicas representadas en espurias transcripciones de citas jurisprudenciales donde advertía que un cierto decreto se aplicaba a funcionarios del Ministerio de Justicia. En la audiencia preparatoria, la defensa solicitó como propios algunos testigos de la fiscalía, argumentando que, al ser empleados del acusado, tuvieron conocimiento del trámite que se impartió a la tutela en la que se sustenta la acción prevaricadora, además para que declaren sobre el manejo que le daba el procesado al juzgado a su cargo, como era la distribución del trabajo en esa oficina y se orientaba la decisión de las distintas acciones públicas que allí se tramitaban.

El Tribunal dispuso el rechazo de los testigos comunes argumentado que: *“toda vez que el sustento de su justificación fue, en esencia, similar al que presentó el acusador”*. Al respecto, la defensa apeló la negativa a interrogar directamente los testigos de la contraparte considerando que: *“(...) son la prueba de inocencia del acusado, afectándosele el derecho de defensa.”*

Al resolver, la sala revoca y decreta los testigos comunes, argumentado que:

(...) el apoderado del procesado atendió la carga argumental requerida. (...) La defensa reclama autorización para interrogar a los testigos solicitados por la Fiscalía, concretamente a (...), apoyado en que los requiere para demostrar la inocencia de (...), pues aduce que aquéllos poseen información que permite soportar su teoría del caso, dado que eran empleados del acusado, conocieron del trámite impartido a la tutela que generó esta investigación penal y son sabedores del manejo que le daba el procesado al Juzgado a su cargo, la distribución del trabajo en esa oficina y como se orientaban las decisiones.

La Corte, concreta el problema jurídico a la hipótesis de si está vedado, para las partes, solicitar respecto de un mismo testigo interrogatorio directo, entregando las siguientes razones esenciales de decisión:

La Sala no encuentra argumento válido para negar el interrogatorio directo a las partes en la práctica de una prueba común sino es porque existan motivos de rechazo, exclusión, inadmisibilidad, impertinencia, inutilidad o porque se trata de situaciones repetitivas, de hechos notorios o que no requieren prueba (estipulaciones).

Por tanto, ha de admitirse el interrogatorio directo a las partes para un mismo testigo si se refiere a los hechos que dieron origen al proceso penal, a los aspectos principales de la controversia, si se vinculan con situaciones que hagan más o menos probable las circunstancias y la credibilidad de otros medios, si tal interrogatorio no pone en peligro grave o causa perjuicio indebido a la administración de justicia, si no tiene por objeto generar confusión o no representa un escaso valor probatorio o si no tiene por objeto

hacer planteamientos sugestivos, capciosos, en fin, si no corresponde a una conducta injustificadamente dilatoria. El derecho del fiscal y la defensa respecto de la prueba común desarrolla los fundamentos de los incisos 1.o y 2.o del artículo 357 del Código de Procedimiento Penal, pues no de otra forma se complementa el derecho que se les reconoce a solicitar “las pruebas que requieran para sustentar su pretensión” y la libertad para ofrecer en la preparatoria los medios que sustenten su teoría del caso y controvertir los allegados al juicio (artículos 373 y 378 ibídem).

Negarse el interrogatorio directo al fiscal y a la defensa para dejarlo exclusivamente a uno de ellos por haber solicitado el testimonio en primera oportunidad, sin aplicar los criterios que se vienen expresando, lesiona garantías fundamentales del debido proceso, defensa, contradicción, igualdad de oportunidades, así como también menoscaba los principios de celeridad y razonabilidad que deben regir la práctica probatoria.

9.5 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, AUTO DEL 13 DE ABRIL DEL 2016, RADICADO 43921, MP. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Frente al argumento del tribunal al negar una prueba común solicitada, esta dispuso que:

(...) la inmutabilidad de los documentos y su conclusión acerca de que a los mismos, sencillamente, se les hará una interpretación diferente, la cual es procedente en los alegatos de fondo. No se puede pasar por alto que la solicitud de pruebas en común es una situación plenamente viable y aceptable en el marco del proceso penal acusatorio, ello siempre y cuando las partes expresen dónde radica según su teoría del caso, la pertinencia y conducencia de la prueba solicitada, planteando claramente cuál es el objetivo de misma, lo que en efecto aconteció en el presente asunto.

Así entonces, la sala expone sobre el particular que:

(...) negar a alguno de los sujetos procesales la prueba que se haya solicitado de manera común, para radicarla exclusivamente en aquel que la pidió primero, alejándose de los criterios de valoración que permiten advertir que el mismo elemento puede ser requerido con finalidades diametralmente opuestas, lesiona garantías fundamentales del debido proceso, defensa, contradicción e igualdad de oportunidades.

Desde luego, es factible dentro de la dinámica propia del juicio en el sistema adversarial que inspira la ley 906 de 2004, que la parte en favor de quien se decretó la prueba documental, en un momento dado desista total o parcialmente de la misma, caso en el cual la otra que hizo la petición para el recaudo de la misma se vea afectada porque si no se incorpora al juicio, ni siquiera podría ser objeto de valoración en las alegaciones de fondo como lo sugiere el Tribunal para sustentar la negativa a la defensa.

En esas condiciones, cuando lo que se procura es demostrar con la misma prueba documental un efecto diferente, acreditándose cabalmente en la audiencia preparatoria la pertinencia, conducencia y utilidad, según la teoría del caso de cada quien, lo que ocurrió en este caso con la defensa, al punto que el A. que no la niega por deficiencias en esos aspectos sino por haber sido decretada en favor de la fiscalía, se impone revocar la decisión apelada para que también se admita la prueba documental en favor de la defensa, particularmente aquella prueba documental de que tratan los numerales 1 al 17 del “Tema segundo” ordinal II, literal B del acta de la audiencia preparatoria.

A nuestro juicio, la Corte Suprema de Justicia, alejándose de las reglas y pautas propias del ordenamiento jurídico colombiano, que se constituye en garantías procesales y debido proceso, ha desequilibrado la balanza frente a las solicitudes probatorias de las pruebas comunes.

Al respecto plantea FERRAJOLI desde una perspectiva procesal, que: “(...) las garantías procesales se orientan a minimizar el poder judicial, es decir, a reducir al máximo las arbitrariedades. En ese sentido, defiende tres tesis:: La primera, que existe un nexo indisoluble entre garantías y justificación externa –política– del derecho penal; la segunda, que existe un nexo indisoluble entre garantías y legitimidad interna de la jurisdicción; y la tercera, que el garantismo representa la base de la teoría crítica⁵⁰.”

En la recolección jurisprudencial por parte de los investigadores, se encontró el siguiente tema muy interesante respecto de las solicitudes probatorias por vía excepcional, la cual es desarrollada por la Sala de Casación en el año 2006⁵¹, en la que se explicó las razones por las cuales, del juez de conocimiento debe admitir excepcionalmente tal situación, en el ciclo de la audiencia de juicio oral.

⁵⁰ FERRAJOLI. Citado por SOTOMAYOR ACOSTA Óp. Cit., p. 9.

⁵¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 24468 del 30 de marzo del 2006, M.P. Edgar Lombana Trujillo.

Posteriormente, la misma corporación mediante una decisión del año 2007⁵², ahonda sobre el tema y concretó en qué fases procesales el juez de conocimiento puede admitir solicitudes probatorias, e igualmente señaló en qué casos en particular se pueden admitir solicitudes probatorias por vía excepcional, exigidas por cualquiera de las partes e intervinientes dentro del ciclo de la audiencia del juicio oral.

No obstante lo anterior, esa misma corporación restringió la posición adoptada, a través de una decisión del año 2007⁵³, en concordancia con las sentencias de la Corte Constitucional de ese mismo año⁵⁴, dos emitidas en el año 2005⁵⁵, y la sentencia emanada en el 2008⁵⁶, que actualmente son la base del derecho probatorio penal en Colombia, en estrecha relación y coherencia con la evolución de las tendencias probatorias contemporáneas, en donde es preciso aclarar que en Colombia dentro del proceso penal quedó abolida por completo la prueba de oficio conforme al artículo 361 de la ley 906 de 2004.

De igual manera, resulta de suma importancia resaltar en la etapa procesal en la que se desarrolla la audiencia preparatoria, el principio fundante de Igualdad de Armas de la solicitud Probatoria. Frente a la aplicación de este principio, el máximo órgano constitucional argumenta que:

(...) la correcta aplicación del principio de igualdad supone el trato similar a situaciones semejantes y el trato diferente para situaciones disímiles. Ese principio supone la participación equilibrada de las partes en el proceso penal, de tal forma que “se desarrolle una controversia limpia, justa y equilibrada, y no simplemente en dotar a cada una de ellas de las mismas potestades y cargas, ignorando su propia naturaleza y rol”. En cuanto al contenido de esa disposición, señala que la medida analizada no es inconstitucional porque el legislador regula, con libertad de configuración, una actuación en etapas distintas al juzgamiento “en el cual se debate probatoria y jurídicamente el fondo del asunto sometido a juicio, a diferencia de la labor que se desarrolla antes de la formulación de la acusación”. Luego, es razonable que se pretenda evitar el debate probatorio anticipado, la dilación de las actuaciones previas y el entorpecimiento de la función de investigación, en tanto que “no puede ignorarse que las causales de preclusión consagradas en los primeros cinco numerales, requieren un ejercicio valorativo de los elementos de juicio en que se apoya la petición y obliga al fiscal a presentar aquellos que justifican el adelantamiento de la

⁵² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 25920 del 21 de febrero de 2007, M.P. Javier Zapata Ortiz.

⁵³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 26468 del 27 de julio de 2007, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

⁵⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-396 del 23 de mayo de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵⁵ Corte Constitucional, Sentencias C- 591 del 9 de junio de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Y sentencia C-1194 del 22 de noviembre de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-118 del 13 de febrero 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

*acción penal, (...) Tal y como lo ha dicho esta Corporación en anteriores oportunidades, el principio de “igualdad de armas” en el proceso penal acusatorio es un imperativo constitucional que no solamente se deduce del artículo 13 de la Carta, sino también del Acto Legislativo número 3 de 2002 que señaló la estructura del nuevo proceso penal, y éste constituye una de las premisas fundamentales del mismo, pues está dirigido a garantizar que el acusador y el acusado tengan a su alcance posibilidades reales y ciertas para ejercer sus derechos y las herramientas necesarias para situarse en un equilibrio de poderes y hacer respetar sus intereses.*⁵⁷

La figura del descubrimiento de la prueba, encuentra fundamento en el principio conocido como *-Level playing fiel-* (Waffengleichheit, en alemán), imagen deportiva que se refiere a la igualdad de oportunidades entre los contendores y que han sido recogida por los sistemas acusatorios del derecho penal anglosajón tal como lo predispone el tratadista **GUERRERO PERALTA**⁵⁸, de los cuales el sistema penal colombiano ha recibido aportes fundamentales.

En la Convención Europea de Derechos Humanos, el principio de igualdad de armas se hace derivar del artículo 6.1., contenido del principio jurídico conocido bajo el brocado *-audiatur et altera pars-*, y que literalmente significa escuchar también a la otra parte. Dice al respecto la Convención Europea en su artículo 6:

*Artículo 6°. Derecho a un proceso equitativo: Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.*⁵⁹

Así entonces, el principio de igualdad de armas constituye una de las características fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria, pues la estructura de los mismos, contrario a lo que ocurre con los modelos de corte inquisitivo, es adversarial, lo que significa que, en el escenario del proceso

⁵⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-118 de febrero 13 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵⁸ GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*. Bogotá D.C: Ediciones Jurídicas Ibáñez. 2005. 282 ps.

⁵⁹ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Convenio Europeo De Derechos Humanos*. [En Línea]. 2015. Disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf.

penal, los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección. Porque el principio de igualdad de armas o igualdad de medios, presupone que la carga probatoria del acusador debe ser proporcional a sus recursos y los preceptos para el ejercicio del principio contradictorio como consecuencia de esa carga, tienden a equiparar la participación en el proceso penal, tanto al optimizar lo más posible las garantías de la defensa, como el aumento de la exigencia del cumplimiento de la labor probatoria del acusador.

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 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 órganos oficiales.

Es por ello, el grupo considera que es totalmente viable la habilitación de la prueba común, cuando una de las partes desista de ella, previo el cumplimiento de conducencia y pertinencia, y al existir un trato discriminatorio frente a la prueba documental, de manera irrazonable, es viable dicha práctica de la prueba.

10. CONCLUSIONES

La hipótesis planteada en el trabajo de investigación realizado, contiene que, en Colombia, las etapas procesales son preclusivas, y cada etapa tiene una finalidad específica dentro del sistema penal acusatorio, frente a esa manifestación, por obvias razones, no existió para el presente trabajo análisis alguno, ya doctrinariamente y legalmente existe claridad del contenido de las audiencias concentradas, audiencia de formulación de acusación, audiencia preparatoria y finalmente juicio oral, en cuanto a su trámite. Pero a su contenido, en cuanto a las solicitudes probatorias, fue objeto de investigación en el presente trabajo.

Ahora bien, en sede de audiencia preparatoria a los abogados, fiscalía – defensa, y frente al principio de la libertad probatoria, se puede concluir que todo proceso penal, más que buscar la verdad de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la conducta punible, y en su contra peso (defensa), sacar adelante la teoría del caso de inocencia del acusado, el actual sistema penal acusatorio, no solo local, si no a nivel mundial, se basa en estrategias jurídicas, lo cierto es que respecto del delito y sus circunstancias lo mejor que tenemos es un conjunto de versiones acerca de lo que realmente ocurrió. El imputado tiene una versión, la víctima tiene la suya, la policía hace lo propio, y lo mismo cada uno de los testigos. Desde luego, nadie puede pretender que cuando el juez dicta una sentencia ella ha descubierto necesariamente la verdad.

En ese orden de ideas, esa argumentación celosa, que se le exige a los abogados frente sus solicitudes probatorias, debe cumplir unos requisitos mínimos, en cuanto a conducencia, pertinencia y utilidad, estas reglas se interpretarán de forma que garanticen una solución justa, rápida y economice a cualquier problema de derecho probatorio. El fin último de las Reglas es el descubrimiento de la verdad en todos los procedimientos judiciales, tal y como se puede observar, en las legislaciones estudiadas.

Es por ello, que, frente al rigor del Juez de Conocimiento en exigir todas las reglas mencionadas al momento de solicitar pruebas comunes y la agilidad del fiscal para agotar, mengua y deja sin posibilidad a la defensa de hacer sus solicitudes probatorias correspondientes.

A nuestro modo de ver, el dispensador de justicia puede habilitar el uso de esas pruebas, sin distinción alguna, tomando como sustento lo expuesto por la sala de casación penal de la corte suprema de justicia, el Auto del año 2016 antes relacionado⁶⁰, la cual niega a uno de los sujetos procesales la prueba que se hubiese solicitado de manera común, por considerar que se apartó de los criterios de valoración que permiten advertir que el mismo elemento puede ser requerido

⁶⁰ Rad: 43921.

con finalidades diametralmente opuestas, lesionando garantías fundamentales del debido proceso, defensa, contradicción e igualdad de oportunidades. Sin que esto, se entienda, que el juez de Conocimiento puede decretar pruebas de oficio, ya que está estrictamente prohibido en la legislación penal, a pesar de que existe un antecedente, de la misma corporación.

BIBLIOGRAFÍA

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Gaceta Constitucional N° 68. Ponencia *“Fiscalía General y Sistema Acusatorio”*, del Constituyente Fernando Carrillo Flórez. Citado por USAID. *Balance de diez años de funcionamiento del sistema penal acusatorio en Colombia 2004-2014*. Corporación Excelencia en la Justicia. [En Línea]. Bogotá: Legis S.A. 2015. Disponible en: http://www.cej.org.co/files/DOCS_SPA_BALANCE_10_Y.pdf.

BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El Proceso Penal, Fundamentos Constitucionales y teoría general. Tomo 1. 6a Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2013.

CASSEL, Douglass. *El sistema procesal penal de Estados Unidos*. [En Línea]. Madrid, España. 2011. 27 ps. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1655/10.pdf>.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 906 (31, Agosto, 2004). *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. Diario oficial. Bogotá, D.C., 2004. No. 45.658.

CHIESA APONTE, Ernesto. Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos. Volumen 1. 1995. Editorial Fórum. 1995.

CHILE, MINISTERIO DE JUSTICIA. Ley 19696 del 12 de octubre del 2000. Por la cual establece el Código Procesal Penal [En Línea]. Santiago de Chile. Chile. 2011. Disponible en: http://www.justiciaviva.org.pe/reforma_implementación/CPP_Chile.pdf.

DECASTRO GONZÁLEZ, Alejandro. *El alcance del Contrainterrogatorio*. [En Línea]. Santiago de Cali, Colombia. 2008. Disponible en: <http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/download/311/1134>.

FERRAJOLI, Luigi. *Garantías y Derecho Penal*, Citado por SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. *Garantismo y Derecho Penal*. Bogotá: Editorial Temis. 2006.

FISCALIA GENERAL DE LA NACION. *Manual de Procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano*. [En Línea]. Bogotá D.C. 2009. 279 p. Disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/03/spoa.pdf>.

FONTANET MALDONADO, Julio. *Principios y técnicas de la práctica forense*. 3ª edición. San Juan de Puerto Rico. Jurídica Editores. 2010.

GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*. Bogotá D.C: Ediciones Jurídicas Ibáñez. 2005.

PUERTO RICO, TRIBUNAL SUPREMO. Reglas de Evidencia de Puerto Rico. [En línea]. San Juan. Puerto Rico. 2009. Disponible en: <http://www.popjuris.com/biblioteca/reglas-de-evidencia-de-puerto-rico-2009>.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Convenio Europeo De Derechos Humanos*. [En Línea]. 2015. Disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf.

Jurisprudencia:

Corte Constitucional, Sentencia C-025 del 27 de enero de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sentencia C-1092 del 19 de noviembre 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, Sentencia C-118 del 13 de febrero 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, Sentencia C-1194 del 22 de noviembre de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, Sentencia C-209 del 21 de marzo del 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, Sentencia C-396 del 23 de mayo de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, Sentencia C-396 del 23 de mayo de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, Sentencia C-454 del 07 de junio del 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, Sentencia T-395 del 15 de mayo del 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, Sentencias C- 591 del 9 de junio de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto 27608 del 26 de octubre de 2007, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 24468 del 30 de marzo del 2006, M.P. Edgar Lombana Trujillo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 25920 del 21 de febrero de 2007, M.P. Javier Zapata Ortiz.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 26468 del 27 de julio de 2007, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 34467 de 14 de octubre de 2015, M.P. Eyder Patiño Cabrera.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 41741 del 17 de marzo de 2014, M. P. Eyder Patiño Cabrera.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 13 de abril del 2016, radicado 43921, M. P. Luis Guillermo Salazar Otero.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto 25 de febrero del 2015, radicado 45011, M. P. Eugenio Fernández Carlier.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 21 de mayo de 2014, radicado 42864, M. P. José Luis Barceló Camacho.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 23 de mayo del 2012, radicado 38382, M. P. María del rosario González Muñoz.