

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN
MAESTRIA EN DERECHO PENAL
UNIVERSIDAD SANTO TÓMAS
BOGOTÁ**

**Línea de Investigación "Derecho Procesal"
(Principios de oralidad e inmediación)**

TÍTULO

**LA "LECTURABILIDAD" COMO NEGACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE
ORALIDAD E INMEDIACIÓN EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO**

DISCENTE

**MARIO MONTES GIRALDO
C.C. NRO. 4'418.838**

Bogotá, Diciembre de 2013

INTRODUCCIÓN

El proceso penal como herramienta para la realización de la justicia, ha sido manifiestamente destinado a la solución de conflictos, a la composición de las controversias que se susciten entre los ciudadanos y entre estos y las personas jurídicas de derecho público o privado.

El principio de legalidad de las formas procesales, caracteriza el procedimiento y no es disponible por las partes ni por los tribunales, pues su estructura, continuidad y desarrollo está señalado en la constitución y en la ley y su cabal acatamiento es materia entrañablemente atada al orden público¹.

Con ello se busca hacer predominar el interés general de la sociedad y del estado sobre los intereses particulares del individuo, por lo que su infracción conduce a actuaciones procesales viciadas, todo ello en pro del sostenimiento de la seguridad jurídica y de la igualdad entre las partes, que es el interés primario en todo juicio.

De manera que cuando se acude a los Órganos Jurisdiccionales debe ser para plantear una controversia seria y cierta, que al no haber sido compuesta

¹ “La sentencia, en cualquier proceso, es la decisión judicial más importante dictada por una autoridad del Estado, investida de jurisdicción, que no sólo debe cumplir los requisitos establecidos en la ley en cuanto a su forma y contenido, sino que constituye un juicio lógico y axiológico destinado a resolver una situación controversial, en armonía con la Constitución y la ley. Dicha providencia no es, entonces, un simple acto formal sino el producto del análisis conceptual, probatorio, sustantivo y procesal, de unos hechos sobre los cuales versa el proceso, y de las normas constitucionales y legales aplicables al caso concreto...” (Cfr. Corte Constitucional. **Sentencia C-252/01**)

por las partes, debe ser resuelta por el Juez mediante un fallo definitivo, enalteciendo los derechos y garantías constitucionales no solo de las partes de un proceso si no también los de la sociedad².

El Acto Legislativo 03 de 2002 introdujo modificaciones a la Carta Política de 1991, con el propósito de bosquejar un nuevo modelo de proceso penal -Ley 906 de 2004-, denominado SISTEMA PENAL ACUSATORIO que tiene como características esenciales la separación categórica en las etapas de investigación y juzgamiento, el ejercicio de la acción penal exclusivamente a cargo de la Fiscalía³ y que por regla general, el proceso penal es oral⁴, contradictorio, concentrado y público⁵.

Pero a medida que se ha avanzado en la implementación y aplicación del nuevo modelo de enjuiciamiento criminal, han ido apareciendo obstáculos que en vez de propender por la salvaguarda de los derechos de los acusados, atentan de manera drástica en contra de un juicio rápido y expedito que defina su responsabilidad; pues como en toda creación humana, han de tenerse muy presentes la existencia de tropiezos y disfunciones que de no superarse adecuadamente, pueden acarrear un

² “Si se dicta una sentencia que adolece de vicios o errores de derecho se viola el debido proceso, pues tal circunstancia se traduce, directa o inmediatamente, en un agravio no sólo para la persona afectada, sino también para los demás sujetos procesales, y para la sociedad en general, pues el sentimiento de inconformidad no se circunscribe a quien directamente resulta damnificado, sino a la comunidad toda que, perdida la confianza en la protección real de los derechos, se sentirá expuesta a la arbitrariedad...”(Cfr. Corte Constitucional. **Sentencia C-252/01**)

³ Aunque debe recordarse que el acto legislativo 006 de 2011 faculta al legislador para asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía. En todo caso la FGN podrá actuar en forma preferente.

⁴ Con la entrada en vigor de la Ley 906 de 2.004 se destaca la oralidad como su característica formal por antonomasia (Cfr. Proceso No 25007. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. M.P. Dr. Alfredo Gómez Quintero. Aprobado Acta No. 97. Bogotá, D.C., trece (13) de septiembre de dos mil seis (2.006).

⁵ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-396 de 2007. Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

rechazo social e institucional para todo un sistema intrínseca e innegablemente efectivo y garantista.

No puede desconocerse que la oralidad y la publicidad, refuerzan el debido proceso legal y se erigen en garantía de una mejor justicia, a la vez que contribuyen a mejorar el sentimiento de confianza de los ciudadanos frente a la justicia. Pero también resulta ineludible un análisis objetivo, equilibrado y realista de las dificultades que precisamente el nuevo procedimiento engendra, a fin de proporcionar las soluciones más adecuadas para las mismas.

Así entonces como funcionario judicial – Juez o Fiscal -, me he encontrado con que en algunos procesos adelantados por delitos en contra de la administración pública, la cantidad y el número de prueba documental y de documentos que deben incorporarse al juicio oral, público, concentrado y contradictorio, sobrepasa cualquier previsión y perspectiva que se haya tenido en ese sentido por parte del legislador y que de manera indudable terminan lesionando esos caros principios de igualdad, contradicción, inmediación, concentración, publicidad, celeridad, buena fe y lealtad procesal instituidos en favor de todos los ciudadanos.

Por ello, vislumbramos y proponemos la adopción de ajustes normativos, tendientes al reforzamiento del nuevo modelo de enjuiciamiento criminal adoptado en Colombia, manteniendo el sendero del estricto y profundo respeto por los principios antes referidos.

Para ello también nos apoyamos en el nuevo entendimiento que ha de dársele al ejercicio del derecho de defensa, pues con las nuevas normas rituales su práctica no debe ser de mera expectativa sino proactiva para demostrar la tesis defensiva y también en las nuevas tecnologías de la

información, para reforzar el descubrimiento probatorio y la publicidad de las actuaciones.

En este sentido, en lo atinente a la incorporación de la prueba documental en el juicio oral, alzaprimitando y vigorizando otros principios como el de contradicción y de defensa, postulamos que se le debe permitir al interesado – Fiscalía o Defensa – la incorporación pura y simple de la prueba documental al juicio, reforzando la posibilidad de someter tales documentos a la respectiva contradicción mediante el ejercicio del derecho de defensa y no exigir su incorporación a través de la lectura completa de miles de folios como se viene haciendo y como quedo normativizado en la nueva legislación.

Esta postura en nuestro criterio, se acompasa sin afectarlos, con principios tales como el de igualdad, debido proceso, razonabilidad y proporcionalidad.

También materializa el principio de neutralidad procesal, protegido no solamente en la Constitución Colombiana sino también en los tratados de Derechos Humanos de los cuales hace parte Colombia.

Así mismo, se hace ejercicio de una prerrogativa conforme al orden constitucional Colombiano, según la cual puede el legislador autónomamente determinar la estructura del procedimiento judicial a emplear en los diferentes casos y frente a los distintos sujetos.

Una regulación normativa en tal sentido, no excedería el poder de configuración del legislador y por el contrario apuntaría a materializar los principios y fines del Estado, propendería por la primacía del derecho sustancial sobre las formas (artículo 228 C.P.), por una justicia imparcial y respetaría los principio de legalidad, igualdad de las partes en el proceso

(art. 13 CP.), igualdad de armas, debido proceso, derecho de defensa y el derecho de acceso a la administración de justicia (artículos 13, 29 y 229 C.P.).

Capítulo 1

NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA PENAL INSTITUIDO EN COLOMBIA A TRAVÉS DEL ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2002 Y DE LA LEY 906 DE 2004.

“El derecho no es un fin en si mismo y no tiene carácter natural. Es más bien un instrumento, una invención humana, que deberíamos procurar moldear y utilizar inteligentemente para alcanzar propósitos que van más allá del derecho: una cierta paz, una cierta igualdad, una cierta libertad. El derecho no es más – ni menos – que una técnica – cada vez más compleja, pero siempre notablemente deficiente - para la resolución de hecho, no siempre justa – de los conflictos sociales...”⁶

olombia, mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 se introdujeron algunas modificaciones al texto de la Carta Política de 1991, con el propósito de diseñar un nuevo modelo de proceso penal -Ley 906 de 2004-, denominado por algunos, como SISTEMA PENAL ACUSATORIO que se apuntala, según la jurisprudencia, en los siguientes conceptos:

“i) Separación categórica en las etapas de investigación y juzgamiento. Como consecuencia de ello, desaparece la instrucción como fase de la instancia procesal encomendada al juez y se convierte en una etapa de preparación para el juicio. De esta forma, al juez penal se le encomienda el control de las garantías legales y constitucionales y el juzgamiento mediante el debido proceso oral (...).

“ii) El rol del juez en el sistema penal acusatorio está centrado en el control de los actos en los que se requiera ejercicio de la potestad jurisdiccional o que impliquen restricción de derechos o calificación jurídica de los hechos. Así, el control judicial no sólo

⁶ Cfr. Manuel Atienza. Derecho y argumentación. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2005. Pág. 17.

debe concretarse en el cumplimiento formal de los requisitos sino en la efectividad de los derechos sustanciales en juego (...).

“iii) La actuación judicial solamente procede a petición de parte. Así, de acuerdo con el artículo 250 de la Constitución, el ejercicio de la acción penal está a cargo de la Fiscalía, quien puede solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias para asegurar la comparecencia de los imputados, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad. Esa misma autoridad tiene a su cargo la presentación del escrito de acusación ante el juez de conocimiento, la solicitud de la preclusión de las investigaciones y las medidas necesarias para la protección de las víctimas (250- 4, 5, 6 y 7).

“iv) El proceso penal es, por regla general, oral, contradictorio, concentrado y público.

“v) Es posible que el proceso penal no se inicie o se termine pese a la certeza de la ocurrencia de un delito porque existió aplicación del principio de oportunidad o porque hubo acuerdo entre las partes. Por regla general, en los casos de terminación anticipada del proceso, existirá control judicial material y formal de la decisión adoptada.

“vi) las funciones judiciales del control de garantías y de conocimiento suponen la clara distinción de dos roles para los jueces penales. El primero, el que tiene a su cargo la protección de las garantías y libertades individuales en las etapas preliminares a la imputación y, el segundo, el juez que tiene la responsabilidad de llevar adelante el juicio penal con todas las garantías procesales y sustanciales propias del debido proceso”.⁷ Pero al poco andar, la jurisprudencia, en especial la de la Corte Constitucional, tal y como ya lo venían decidiendo Jueces y Tribunales, aterrizó dicho modelo procesal a nuestro Constitucional y a los parámetros trazados por la Carta Política, advirtiendo que nuestro sistema procesal penal tiene unas características esenciales y propias, que lo hacen concebir como un sistema mixto con tendencia acusatoria⁸, que no permiten adscribirlo o asimilarlo, prima facie, a otros sistemas acusatorios como el americano o el continental europeo, que son necesarias de tener en cuenta al momento de interpretar la Ley 906 de 2004, en la que se debe partir de la premisa de que la estructura del mismo adoptada mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 no corresponde

⁷ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-396 de 2007. Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁸ Así, por ejemplo, entencias C-762 de 2009, C-070 de 2009, C-069 de 2009, C-025 de 2009, T-920 de 2008, C-879 de 2008, T-815 de 2008 y C-806 de 2008.

exactamente a ningún modelo puro⁹; pues “a la par con tales características comunes a los regímenes acusatorios propiamente dichos, se observan otras que alteran la fisonomía del procedimiento y le imprimen su identidad variada y compleja, adecuada a las necesidades y al entorno social e institucional colombianos... (y) ...que a la hora de estudiar las disposiciones de la ley procesal penal, no puede el intérprete partir del supuesto de que su contenido debe, a toda costa, adecuarse a un arquetipo determinado.”¹⁰

Podemos decir entonces, que uno fue el código de procedimiento penal que aprobó el legislador y otro, el que se aplica hoy en día por Jueces y Tribunales, siguiendo en tal sentido las posturas jurisprudenciales de las altas Cortes.

la Ciencia Constitucional, que en el nuevo Sistema Penal Colombiano, el juez, como inicialmente se pensaba, no es un convidado de piedra¹¹, sino el

⁹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-591/05. Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁰ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-144/10. Magistrado Ponente: Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

¹¹ Este comodín idiomático que está muy en boga, es una referencia al mito del convidado de piedra, sobre el cual en la internet se puede encontrar esta breve reseña: “El burlador de Sevilla y convidado de piedra es una obra de teatro que por primera vez recoge el mito de Don Juan Tenorio, [sin duda, el personaje más universal del teatro español. De autoría anónima, se atribuye a Tirso de Molina y se estima que fue escrita en 1630.](#) Otros investigadores señalan al dramaturgo Andrés de Claramonte como autor de la obra.

Un joven noble español llamado Don Juan Tenorio seduce en Nápoles a una duquesa, Isabela, haciéndose pasar por su novio el duque Octavio, lo que ella descubre al querer alumbrarle para ver y él niega el farol. Tras esto, en la huida va a parar a la habitación del Rey, quien le encarga al guarda Don Pedro Tenorio (pariente del protagonista) el atrapar a ese hombre que ha deshonrado a la Duquesa.

Al entrar Don Pedro en la habitación y descubrir que el burlador es su sobrino decide escucharle y ayudarlo a escapar alegando que no pudo alcanzarlo debido a su agilidad al saltar desde la habitación a los jardines, con lo que consigue escapar después de ser descubierto.

Tras esto, viaja a España y naufraga en Tarragona, donde a duras penas Catalinón (su criado) consigue llevarlo hasta la orilla donde aguarda Tisbea que los ha oído su grito de socorro, allí, Tisbea manda a Catalinón a buscar a los pescadores a un lugar no muy lejano y en el tiempo que están ellos solos Don Juan la seduce y esa misma noche la goza en su cabaña, desde la que más tarde huirá con las dos yeguas que Tisbea había criado.

La deja y regresa a Sevilla, donde la historia llega a oídos del rey que busca arreglo y lo compromete con Isabela. Mientras, Don Juan se encuentra con su conocido, el marqués de la Mota, el cual le habla sobre su amada, doña Ana de Ulloa, tras hablar de burlas, “ranas” y mujeres en todos los aspectos; y como el Marqués de la Mota dice de Ana que es la más bella Sevillana llegada desde Lisboa, Don Juan tiene la imperiosa necesidad de gozarla y afortunadamente para él, recibe la carta que es para el Marqués al que luego informará de

encargado de definir, de manera justa y garantista, la responsabilidad penal del implicado y la eficacia de los derechos de la víctima y de la sociedad frente al delito; pues “*el nuevo diseño no corresponde a un típico proceso adversarial entre dos partes procesales que se reputa se encuentran en igualdad de condiciones; por un lado, un ente acusador, quien pretende demostrar en juicio la solidez probatoria de unos cargos criminales, y por el otro, un acusado, quien busca demostrar su inocencia; ya que, por una parte, el juez no es un mero árbitro del proceso; y por otra, intervienen activamente en el curso del mismo el Ministerio Público y la víctima. Cabe recordar, que en desarrollo de la investigación las partes no tienen las mismas potestades, y la misión que corresponde desempeñar al juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, sino en buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Con todo, en el curso del proceso penal, la garantía judicial de los derechos fundamentales, se adelantará sin perjuicio de las competencias constitucionales de los jueces de acción de tutela y de habeas corpus...*”¹²

la carta pero con un cambio horario de una hora para así él gozar a Ana, por la noticia de la carta de Ana de Ulloa, el Marqués le ofrece una burla a Don Juan el cual no la rechaza y para lo cual este ha de llevar la capa del Marqués, que se la presta sin saber que la burla no iba a ser la estipulada, sino la deshonra de Ana al estilo de la de Isabela.

El joven entonces va y engaña a la dama, pero es descubierto por el padre de ésta, Don Gonzalo de Ulloa, y se enfrentan en combate en el que Don Juan mata a Don Gonzalo y tras esto huye en dirección a Lebrija.

Mientras se encuentra lejos de Sevilla, realiza otro engaño, interponiéndose en el matrimonio de los plebeyos, Aminta y Batricio. Engañándolos hábilmente para así en la noche de bodas llegar a parecer interesado en un casamiento con Aminta, que ella se lo crea y así gozarla.

Luego regresa a Sevilla donde se encuentra con la tumba de Don Gonzalo y se burla del difunto, invitándole a cenar. Sin embargo, la estatua de éste llega a la cita (El convidado de piedra) cuando realmente nadie esperaba que un alma fuera hacer cosa semejante. Luego, el mismo Don Gonzalo convida a Don Juan y a su lacayo Catalinón a cenar a su capilla y Don Juan acepta la invitación acudiendo al día siguiente, y allí el Convidado, Don Gonzalo de Ulloa se venga y lo mata sin darle tiempo para el perdón de los pecados de su “tan largo me lo fiáis”.ras esto se recupera la honra de todas aquellas mujeres que habían sido deshonradas y puesto que no hay causa de deshonra a todas las mujeres que el engaño todas se casen con quien se iba a engañar...”

¹² Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-591/05. Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

Ya de antes, había adelantado la Corte Constitucional, cómo en un Estado Social y Democrático de Derecho, con una concepción antropocéntrica, en donde el Estado está al servicio de la persona y no al servicio de aquél, la función del IUS POENALE se ha Constitucionalizado, lo que implica que, "... tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados - particularmente en el campo de los derechos fundamentales - que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. **Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado.** Fundamento, porque el ius puniendi debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas..."¹³

Y que ese quehacer punitivo del Estado que lo faculta para imponer la pena criminal, está ligado al deber de probar¹⁴ por fuera de cualquier duda todo aquello que esté relacionado con la conducta punible y con la responsabilidad del procesado, con la suficiencia necesaria para eliminar el brocardo de la presunción de inocencia¹⁵ que nos ampara a todos, ya que

¹³ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia No. C-038/95. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Ello se reiteró en Sentencia C 370 de mayo 14 / 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

¹⁴ Con respecto a la importancia de las pruebas para el juez, ha dicho la Corte Constitucional: " La prueba, examinada por el juez en todos sus aspectos, escudriñada en cuanto a su validez e idoneidad, comparada y medida en su valor frente a las demás que obran en el plenario, sopesada en cuanto a su relación con los hechos materia de litigio y con las normas generales y abstractas que corresponde aplicar en el caso, complementada con aquellas adicionales que el juez estime necesarias para llegar a una auténtica convicción sobre la verdad y, en fin, evaluada, analizada y criticada a la luz del Derecho y con miras a la realización de la justicia, es elemento esencial de la sentencia, supuesto necesario de las conclusiones en ella consignadas y base imprescindible para reconocer en el fallo la objetividad y la imparcialidad de quien lo profiere. La práctica de todas las pruebas que sean menester para ilustrar el criterio del juez y su pleno conocimiento, ponderación y estudio, así como las posibilidades ciertas de objetarlas, contradecirlas y completarlas en el curso del trámite procesal, son elementos inherentes al derecho de defensa y constituyen garantía de la idoneidad del proceso para cumplir las finalidades que le han sido señaladas en el Estado Social de Derecho. (Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-100/98 Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

¹⁵ "El juicio de licitud de las pruebas, así como el juicio de su suficiencia forman parte del contenido del derecho a la presunción de inocencia, pero antes de que el órgano sentenciador proceda a valorar la suficiencia de las pruebas practicadas es necesario que

ostenta (...) el rango de derecho fundamental, por virtud del cual, **el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente.** Este derecho acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal (por denuncia, querrela o de oficio) hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, más allá de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Esto es así, porque ante la duda en la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio del in dubio pro reo, según el cual toda duda debe resolverse a favor del acusado...¹⁶

Recuérdese con la doctrina y la jurisprudencia que si bien es cierto que en los eventos de terminación anticipada del proceso, es apenas comprensible que la prueba recaudada hasta el momento de llevarse a cabo el correspondiente acuerdo sea deficiente, pues recién han ocurrido los hechos y no se ha adelantado una investigación completa; ello no puede ir hasta el extremo de exonerar de un mínimo de prueba al Estado o que la mera aceptación de los cargos ante la ausencia de prueba en contrario, sirva para probar lo que no está probado dentro del expediente; pues implicaría protuberante burla al sistema jurídico y abierta agresión contra los derechos fundamentales, pues *“El Estado reconoce que los elementos de juicio aportados hasta ese momento son suficientes para respaldar un fallo condenatorio que debe partir de la certeza del hecho punible y de la responsabilidad del sindicado, certeza que se corrobora con la aceptación integral de los hechos por parte del imputado. La aceptación de los hechos obra como confesión simple.”*¹⁷

Y en el caso de los funcionarios de Control de Garantías, quienes actúan como Jueces y más aún, como Jueces Constitucionales garantes de los derechos fundamentales de los involucrados en el drama penal, nadie podría poner en entredicho su facultad de analizar y valorar los hechos, elementos de prueba, evidencias físicas y labores investigativas realizadas por la Fiscalía -obviamente sin avanzar en juicios de responsabilidad¹⁸- para

examine su licitud..." (Cfr. Manuel Miranda Estrampes. El contenido de la prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. J.M. Bosch Editor. Barcelona - España. 1999. Pág. 86)

¹⁶ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-774 de 2001. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁷ Cfr. Corte Constitucional, SU - 1300, Diciembre 6/2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en cuyo salvamento de voto, se ilustró "... Si bien es verdad que en la sentencia anticipada ella se dicta por aceptación de los hechos y de su imputación jurídica por el sindicado, lo que equivale a una confesión, no menos cierto es que la confesión, en materia penal, sola no es bastante para fundar en ella una decisión condenatoria, sino que se requiere su corroboración por otras pruebas, a diferencia de lo que ocurre en materia civil en la cual la confesión si puede servir como fundamento de la sentencia desfavorable a quien la hace y puede ser infirmada con otras pruebas..."

¹⁸ Pues, en estos supuestos "...la facultad del juez de control de garantías no implica un pronunciamiento sobre las implicaciones que los elementos de prueba recaudados tengan

determinar o no el estado de Flagrancia y la pertinencia y legalidad por ejemplo, de una captura.

Ello en tanto y en cuanto, debe tenerse en cuenta que la situación de “flagrancia“, tal y como se desprende de manera paradigmática del normativo 301 del C.P.P., debe predicarse necesariamente frente a un “delito“ y con necesaria relación a una captura¹⁹, por lo que ineludiblemente, incluso en la etapa preparatoria del juicio, para poder legalizarse una captura debe

sobre la responsabilidad del investigado ya que ésta será una tarea que se adelanta en el debate público y oral de la etapa de juzgamiento...” (Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-591. Dra. Clara Inés Vargas Hernández).

¹⁹“...la definición que al respecto traía el Código de Procedimiento Penal anterior, y la actual del artículo 301 de la Ley 906 de 2004, conllevan a que la flagrancia se vincule necesariamente a la captura del autor del hecho, pues ‘hoy en día la tesis según la cual era perfectamente viable que se presentara el fenómeno de la flagrancia, entendida como evidencia procesal, sin su correlativo de la captura como su consecuencia, ya no es predicable’ (fallo de casación de 18 de abril de 2002. Radicación 10194)... Como se ve, en todos los eventos el sorprendimiento de la persona está inescindiblemente ligado a la captura y en cada uno de ellos se establece una diferencia temporal de menor a mayor, en todo caso limitada por una determinada inmediatez a la comisión del delito y a la posibilidad de predicar la identificación y consecuente autoría del aprehendido; circunstancia que a su vez, frente a cada una de las situaciones planteadas conlleva a unas determinadas exigencias valorativas que compete hacer al Juez. “En el primer caso, el sorprendimiento es concomitante a la captura, en tanto que se ejecuta al momento de cometer el delito. Esta situación resulta evidencia de difícil controversia frente a la identificación e individualización del autor, independientemente de las razones que puedan o permitan explicar su comportamiento. “En el segundo caso, a la persona también se le sorprende cometiendo el delito, sólo que la captura no ocurre en ese preciso momento, sino inmediatamente después, y como consecuencia de la persecución o voces de auxilio de quien presencia el hecho, pues sabe quién es el autor y cuál es su identificación o las señales que lo individualizan. “El tercer supuesto hace referencia a un sorprendimiento posterior a la comisión del hecho. Aquí la captura no tiene una actualidad concomitante a su ejecución puesto que no se requiere que alguien haya visto a su autor cometiendo el delito, sino que son los objetos, instrumentos o huellas que tenga en su poder, los que permiten concluir ‘fundadamente’, esto quiere decir, con poco margen de error, que ‘momentos antes’ lo ha cometido o participado en él. “Tales eventualidades, que constituyen algunas de las excepciones al principio de reserva judicial de la libertad personal previsto en el artículo 28 de la Carta Política, están condicionadas evidentemente a la ocurrencia de ciertas circunstancias, cuya comprobación ante el Juez corre a cargo de la Fiscalía, como que, una vez realizada la captura por el particular o la autoridad y presentado el informe respectivo al ente acusador, con fundamento en ello ‘o con base en los elementos materiales probatorios y evidencia física aportados, presentará al aprehendido a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, ante el juez de control de garantías para que este se pronuncie en audiencia preliminar sobre la legalidad de la aprehensión y las solicitudes de la Fiscalía, de la defensa y del Ministerio Público’ (art. 302, Ley 906 de 2004)”.(Cfr. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Sent. 1 de agosto de 2007. M.P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca. Proceso No 27707).

establecerse la tipicidad²⁰ de la conducta atribuida al imputado, pues que únicamente una conducta considerada en la ley como delito, faculta al funcionario para legalizar la aprehensión y seguidamente en frente del desamparo de causales de ausencia de responsabilidad, podría llegar a imponer medidas de aseguramiento en los términos del artículo 308 ritual penal, ya que “...el respeto riguroso del principio de legalidad opera no sólo como un mecanismo de protección de las libertades fundamentales, sino que también obliga a la discusión colectiva y democrática de las políticas criminales a fin de evitar la intervención penal inútil y perjudicial. El principio de legalidad es expresión no sólo del Estado de derecho, sino también de las exigencias del Estado democrático, pues gracias a su riguroso respeto pueden llegar a estar representados los intereses de todos los miembros de la comunidad en la elaboración de la política criminal.”²¹

En estas condiciones, lo primero que ha de hacer el Juez de Control de Garantías, es determinar si la conducta que tiene ante sí, es la misma que ha sido descrita por el legislador en el correspondiente tipo penal, es decir, llegar a la conclusión afirmativa o negativa del juicio de tipicidad, con base en las evidencias físicas y elementos demostrativos allegados hasta ese momento por el órgano de persecución penal – rudimentos de prueba como los llaman algunos -; pues “ La conducta como comportamiento humano es el elemento básico del cual se predicará la tipicidad y la antijuridicidad y por lo mismo el delito; pero para que la conducta tenga relevancia penal es necesario que el acto humano sea realizado en la vida de relación social trascendiendo a la afectación de bienes jurídicos tutelados penalmente, pues el derecho penal no castiga comportamientos que no trasciendan o no generen afectación o daño a bienes jurídicos personales, sociales o estatales; por lo mismo, tiene que tratarse de un acto que trascienda la simple esfera del autor y que afecte intereses de otros titulares...”²³

²⁰or adecuación típicael proceso mediante el cual un concreto comportamiento humano encuadra dentro de un tipo penal determinado. Esta es una labor que el juez realiza cada vez que tiene conocimiento de una noticia criminis, para ver si de ella debe ocuparse el ordenamiento jurídico penal cada vez que un determinado comportamiento humano no encuadre dentro de ningún tipo legal, por lesivo que parezca de intereses individuales y sociales, por inmoral que sea reputado, no es susceptible de sanción alguna, dicese en esta hipótesis que la conducta es ATÍPICA”.

²¹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-559 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero. También puede consultarse Sentencia C-739/00. M.P. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

²³ Cfr. Jesús Orlando Gómez López. Tratado de derecho penal. Tomo II. Editorial Doctrina y ley. Bogotá. 2001. Pág. 91.

Por ello, también en lo atinente a las medidas de aseguramiento, debe llevarse a cabo por parte del órgano de persecución penal una mínima y suficiente²⁴ actividad investigativa, que reflejen la tríada que estructura una conducta punible²⁵, para que como lo reclama el artículo 308 de la ley 906 de 2004, a través de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, pueda el Juez de Control de Garantías inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga y que además se cumplen con los requisitos allí establecidos de antemano por el legislador; pues *“...armonizando la naturaleza de las medidas de aseguramiento con la filosofía que inspira el sistema acusatorio y acorde con la jurisprudencia constitucional, sobre la materia, su imposición queda supeditada a unos fines que justifican la restricción del derecho fundamental a la libertad. En consecuencia, no bastará con evidencias de las cuales se pueda inferir la autoría o participación en la comisión de un delito, sino que se torna indispensable que la privación de la libertad devenga necesaria en razón del pronóstico positivo que se elabore, a partir de tres premisas básicas: que el imputado estando en libertad pueda obstruir el curso de las investigaciones; que pueda darse la fuga; o que, por la naturaleza del hecho investigado, constituya un peligro para la sociedad o las víctimas del delito...”*²⁶

A ello se suma el que estamos hablando de dos estadios procesales con consecuencias diversas, pues a pesar de que las decisiones judiciales gozan de la doble presunción de acierto y validez; dentro del nuevo esquema procesal, las decisiones de los Jueces de Control de Garantías no atan de manera definitiva al Juez de conocimiento, como quiera que aquellas apenas son audiencias preliminares que como su nombre lo indica tienden a preparar la etapa del juicio oral, público y contradictorio; por lo que es perfectamente viable que el Juez de conocimiento vuelva entre otros, sobre aspectos

²⁴ “En nuestra opinión, el juicio de suficiencia de la prueba de cargo supone analizar o examinar su eficacia, es decir, su fuerza o valor probatorio, y ello no sólo en su aspecto formal (prueba practicada con todas las garantías), sino fundamentalmente en su aspecto material. Desde esta perspectiva, la suficiencia sólo podrá predicarse cuando la prueba practicada haya eliminado cualquier duda racional acerca de la culpabilidad del acusado. La doctrina venía utilizando tradicionalmente el concepto de prueba suficiente para referirse a aquella prueba que conseguía disipar en el juzgador todas las dudas razonables en orden a la culpabilidad del acusado. Prueba suficiente y prueba convincente aparecen pues, como conceptos sinónimos...” (Cfr. Manuel Miranda Estrampes. La mínima actividad probatoria en el proceso penal. J.M. Bosch Editor. Barcelona - España. 1997. Pág. 577)

²⁵ Art. 9 ley 599 de 2000 (Código Penal Colombiano). “Conducta punible.- Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por si sola no basta para la imputación jurídica del resultado...”

²⁶ Exposición de motivos del Acto Legislativo 237 de 2002 – Cámara (Actual Acto Legislativo 02 de 2003). Gaceta del Congreso # 134 del 26 de abril de 2002.

puntuales debatidos en aquellas audiencias, como por ejemplo sobre la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de la conducta, legalidad de la aprehensión, sobre la necesidad de la detención preventiva o sobre la nulidad o ilegalidad de algunas evidencias o actuaciones de la Fiscalía.

Esa alzaprimada posición del Juez, tiene que servirle de acicate para buscar soluciones racionales a los casos límite, extremos o difíciles en el evento de ausencia de mecanismos procedimentales para remediarlos, evitando que suceda lo que no puede suceder en un proceso penal insertado en el marco de un Estado Constitucional como es el nuestro: Que el proceso penal se convierta en un reto de habilidades y no de argumentos jurídicos²⁷.

Por ello, inicialmente algunos Tribunales del País²⁹ y luego la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, alertaron a quienes llevan la vocería de la defensa para que indicaran desde un comienzo ante el respectivo Juez de Control de Garantías al momento de formularse la imputación, que estaban interesados en allanarse a los cargos o llegar a preacuerdos o negociaciones con la fiscalía, pero atendiendo a la adecuación típica que en su criterio debería dársele a la conducta.

Y así, si finalmente el Juez de conocimiento al momento de proferir el fallo llega al convencimiento que la unidad de defensa tenía la razón y siempre que no se desborde el marco de la imputación y no se enerve el principio de congruencia que debe regir entre la acusación y el fallo; yendo de la mano del principio “ FAVOR REI “ y como el no allanamiento o la no negociación o preacuerdo no es endosable de ninguna manera al imputado, si éste persistió en su empeño de aceptar la imputación de acuerdo a la adecuación típica correcta, no es necesario optar por el remedio extremo de la nulidad y

²⁷ “...La actividad jurisdiccional, deja de ser mera interpretación y aplicación de la voluntad del legislador expresada en la ley y el poder judicial deja de ser un subalterno del legislativo. Ahora, la función jurisdiccional adquiere relevancia constitucional y el poder judicial pasa a convertirse en un auténtico poder en el Estado. Frente al imperio de la ley surge ahora el imperio de la justicia como una forma de compaginar ley y praxis jurídica con los principios y valores Constitucionales “(Cfr. Antonio Manuel Peña Freire. La garantía en el Estado Constitucional de Derecho. Ed. Trotta. Madrid. 1997. Pág. 233).

²⁹ Cfr. H.T.S. de Manizales. Auto de enero 27 de 2005. M.P. Dr. Mario Montes Giraldo. Rad. 2005-0001-01

teniendo en cuenta su naturaleza residual, se hace merecedor a la rebaja contemplada en el artículo 351 de la ley 906 de 2004³⁰

Y en este mediodía de estas disquisiciones, es necesario recordar cómo la jurisprudencia nos ha reclamado que en los eventos de terminación precoz³¹ del proceso, en virtud de la aceptación de la imputación, de los preacuerdos o de las negociaciones, también rige el principio ecuménico del debido proceso y sus especies de legalidad, igualdad y defensa.

Y aquí es donde empiezan a aflorar las diferencias con el sistema Norteamericano, pues allí el derecho al DEBIDO PROCESO, en cuanto concierne al procedimiento criminal se reduce a " i) protección contra admisiones o confesiones obtenidas mediante coacción; ii) derecho a asistencia de abogado; iii) derecho a confrontación; iv) derecho a comparecencia compulsoria de testigos..."³²; dando un amplio margen de discrecionalidad al Juez para que determine qu situaciones pueden conllevar a ser violatorias del debido proceso, apalancándose muchas veces en consideraciones del derecho natural³³, lo que de por sí implica acudir a valoraciones por fuera del ordenamiento jurídico y sometidas al vaivén de las

³⁰ Cfr. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Sent. Sept. 30 de 2008. MM.PP.: Drs. Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca. Rad. 30503.

Con respecto a la ley 600 pueden confrontarse C.S.J. Sala de Casación Penal. Sent. agosto 8 / 2002. M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla. En igual sentido, fallo de fecha 16 de abril de 1998, MM.PP: Drs. Jorge Aníbal Gómez Gallego y Carlos Eduardo Mejía Escobar

³¹ Y aquí se utiliza la locución " terminación precoz " para no motejar dichos procedimientos como " terminación anormal " del proceso de que hablan los civilistas, por cuanto a decir de uno de los más conspicuos cultores del derecho procesal en Colombia, como lo es Hernán Fabio López Blanco "...etimológicamente proceso significa acción de ir hacia delante, conjunto de fases sucesivas que apuntan siempre a un fin determinado, el que dentro del derecho procesal es la consecución de una sentencia y es por eso que culmina normalmente el proceso cuando se obtiene la misma, no importa para nada el sentido de ella. Viene entonces a ser la sentencia la forma normal, ordinaria de finalizar el proceso civil y se presenta la misma luego de superadas las etapas de instrucción y alegaciones usuales en las diversas legislaciones procesales que sólo en ciertos casos pueden no observarse como cuando existe allanamiento a la demanda, figura que permite obtener la sentencia con una mayor celeridad pero que, por llegarse a la misma (sentencia), no constituye forma anormal de finalización, todo lo cual permite establecer desde ahora que lo constituye la forma normal de terminación de un proceso es que el mismo culmine con una sentencia, así no se hayan observado previamente la totalidad de las etapas procesales que son usuales para arribar a ella..." (Cfr. Hernán Fabio López Blanco. Instituciones de derecho procesal civil Colombiano. Editorial ABC. Tomo I. Bogotá. 1991. Pág. 732)

³² Cfr. Ernesto L. Chiessa Aponte. Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y estados Unidos. Editorial Forum. Volumen II. Bogotá. 1995. Pág. 1.

³³ Cfr. Ernesto L. Chiessa Aponte. Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y estados Unidos. Editorial Forum. Volumen II. Bogotá. 1995. Pág. 3.

propias apetencias o afinidades morales del operador de justicia y no de argumentos salidos del propio sistema jurídico - Constitución y Ley -, como se estila en nuestro ordenamiento jurídico.

Y así se han encargado de darlo a entender todos los Jueces de la República desde los más humildes a los más encumbrados, conciliando eficientismo y economía procesal con el garantismo del derecho penal, no obstante que la implementación en nuestro País de estos mecanismos de terminación prematura de los procesos, obedece también a tales consideraciones³⁴, apoyados fundamentalmente en la aceleración del rito, saltándose la fase del juicio oral, público y contradictorio, pues ello de ninguna manera puede llevarnos a pregonar que se puedan concebir como unos procedimientos que no garanticen el cumplimiento de las garantías propias del proceso o que estemos ante modelos distintos de proceso, es decir, que no existan publicidad y contradicción, y por ende que no gozan del carácter adversarial que son las características esenciales de un esquema acusatorio; ya que al igual que en el proceso ordinario, le corresponde a la Fiscalía desplegar una mínima y suficiente actividad investigativa y probatoria³⁵, para allegar los elementos materiales de prueba que conlleven a declarar en grado de certeza más allá de toda duda, la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de la conducta de la persona imputada; con lo cual se alzapriman no sólo la presunción de inocencia sino la separación de funciones de acusación y

³⁴ “...De esta forma, es lógico sostener que el funcionario judicial que tiene a su cargo conciliar el eficientismo y el garantismo del derecho penal, en tanto que debe preservar los derechos y libertades individuales que consagra la Constitución y, al mismo tiempo, debe favorecer la eficacia de la investigación penal como método escogido por las sociedades civilizadas para sancionar el delito y materializar la justicia en el caso concreto...” (Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-396/07. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra).

³⁵ “ ... En definitiva, la motivación fáctica de las sentencias implica como consecuencia fundamental que las mismas se fundamenten en una base probatoria sólida, evitando que se puedan dictar condenas basadas únicamente en la intuición del juzgador o en meras diligencias sumariales carentes de alcance probatorio, dado que el juzgador deberá explicar en la sentencia cuáles han sido aquellos elementos de los que ha obtenido la convicción de culpabilidad del acusado... En nuestra opinión, el juicio de suficiencia de la prueba de cargo supone analizar o examinar su eficacia, es decir, su fuerza o valor probatorio, y ello no sólo en su aspecto formal (prueba practicada con todas las garantías), sino fundamentalmente en su aspecto material. Desde esta perspectiva, la suficiencia sólo podrá predicarse cuando la prueba practicada haya eliminado cualquier duda racional acerca de la culpabilidad del acusado. La doctrina venía utilizando tradicionalmente el concepto de prueba suficiente para referirse a aquella prueba que conseguía disipar en el juzgador todas las dudas razonables en orden a la culpabilidad del acusado. Prueba suficiente y prueba convincente aparecen pues, como conceptos sinónimos...” (Cfr. Manuel Miranda Estrampes. La mínima actividad

defensa y el desempeño de la labor de juzgamiento por parte del juez como un tercero imparcial³⁶.

Así lo han advertido: “... Ningún sistema que reconozca la validez del principio de igualdad puede limitar la aplicación de procedimientos de abreviación sobre la base de la dificultad probatoria, mayor o menor. El principio de igualdad, materialmente entendido, admite la diversidad de procedimientos ante situaciones diversas, pero no admite la exclusión o selectividad de las garantías en perjuicio del sindicado en razón a la inoperancia del propio aparato Estatal. En ese orden de ideas, será válido consagrar procedimientos diferentes para la investigación y juzgamiento de conductas menores de aquellas de mayor lesividad, por razón de la economía procesal, sin que con ello se merme la igualdad, por ejemplo en materia de unidad procesal, pues allí no se afecta al sindicado; pero, no existe razón para excluir la aplicación de los procedimientos consensuados en ninguno de los dos casos, pues se parte de la base de un proceso con un fundamento probatorio que el juez evalúa libremente y eventualmente sustenta una condena independientemente de la entidad probatoria que adquiera la aceptación de responsabilidad por parte del sindicado. De otra parte, debe tenerse en cuenta que dichos procedimientos por lo general vienen acompañados de un estímulo en el tratamiento punitivo, que es en la práctica el que conduce al sindicado a optar por la anticipación de la decisión. Ahora bien, si la conducta se considera de irrelevante lesión, la respuesta del aparato debe ser sustantiva, la descriminalización o la exclusión de la antijuridicidad material si se trata del caso concreto...”³⁷

Al pronto y desde los mismos inicios de funcionamiento del sistema, los Jueces y Tribunales, dieron el puntapié inicial, advirtiendo que no podía apalancarse una sentencia condenatoria sobre elementos probatorios de dudosa, mínima o nula significancia y trascendencia³⁸ y han tomacom

probatoria en el proceso penal. J.M. Bosch Editor. Barcelona - España. 1997. Págs. 524, 577)

³⁶ Cfr. H.T.S. de Manizales - Caldas -, Sala Penal de Decisión. Autos de enero 27 / 2005. Rad.- 2005-0001-01. M.P. Dr. Mario Montes Giraldo; 2005-00032-01 de Febrero 18 / 2005. M.P. Dr. José Fernando Reyes Cuartas; entre otros.

³⁷ Cfr. Darío Bazani Montoya. Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. “La terminación anticipada del proceso por consenso y el principio de oportunidad “. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2004. Págs. 264 - 265.

³⁸ “... Si bien en principio corresponde al Tribunal de instancia la valoración de la prueba, para lo cual podrá ponderar libremente los distintos elementos probatorios, ello no lo autoriza a prescindir de la prueba. Es necesario, por consiguiente, que exista una “*mínima actividad probatoria*” en la que pueda descansar y encontrar su fundamento la apreciación probatoria llevada a cabo por el juzgador. Toda condena que se dicte en el proceso penal debe ir precedida de esa mínima actividad probatoria... No hay que entender la doctrina de la mínima actividad probatoria en el sentido de exigir la concurrencia de un determinado

ejemplos los delitos de tráfico de drogas y porte de armas, en donde no basta la mera prueba de contraste que practican investigadores judiciales sobre los estupefacientes, para simplemente colegir que la sustancia es compatible con estupefacientes, pues incluso los análisis preliminares no comportan las condiciones necesarias de un verdadero análisis científico, y también que no era bastante la simple inspección del arma de fuego, pues debía militar prueba que orientara sobre la eficacia del arma y si aquella tenía la capacidad suficiente para materializar el riesgo que atentara contra el bien jurídico de la seguridad pública, o por qué no, si tenía defectos en su funcionamiento, pues la no funcionalidad del arma, por defectos propios de su estructura, era suficiente para establecer que no se genera el riesgo que de manera real o potencial afectara el bien jurídico de la seguridad pública³⁹.

Y tal línea de pensamiento fue reafirmada por la C.S.J. Sala de Casación Penal, con sus reiterados llamados en el sentido de que, dentro de los trámites de allanamientos, negociaciones y preacuerdos, los jueces no sólo deben controlar la legalidad de la aceptación del imputado sino además la legalidad de los delitos y de las penas, así como de la estricta tipicidad del delito perpetrado⁴⁰.

Y en el caso de los Fiscales Delegados, enseñó la ciencia legal, que no puede pensarse que la función que constitucional y legalmente le ha sido deferida a la Fiscalía, se agote, o mejor, cumpla su propósito con el sólo hecho de obtener que a toda costa se emitan sentencias de condena, únicamente, porque la decisión de acusar marca el sino indefectible del comportamiento procesal a adoptar por ese ente en el período enjuiciatorio.

Advirtió la C.S.J. Sala de Casación Penal, de lo consagrado en la Ley 906 de 2004, que *"...esas funciones judiciales no fueron expurgadas totalmente, conservándose algunas trascendentes –como las referidas al archivo de las*

número de pruebas para destruir la presunción de inocencia, ya que es posible que la simple concurrencia de una de ellas conduzca al Tribunal al convencimiento de la culpabilidad del acusado..." (Cfr. Manuel Miranda Estrampes. La mínima actividad probatoria en el proceso penal. J.M. Bosch Editor. Barcelona - España. 1997. Págs. 125, 130).

³⁹ Cfr. H.T.S. de Manizales - Caldas -, Sala Penal de Decisión. Autos de enero 27 / 2005. Rad.- 2005-0001-01. M.P. Dr. Mario Montes Giraldo; 2005-00032-01 de Febrero 18 / 2005. M.P. Dr. José Fernando Reyes Cuartas; 2005-0002-01 de Febrero 17 / 2005. M.P. Dr. José Fernando Reyes Cuartas; entre otros.

⁴⁰ Cfr. C.S.J. Sala de Casación Penal. Autos de 3 de octubre y noviembre 14 de 2007, radicación 28386 y 28669. En el mismo sentido, Sent. 6 de abril de 2006. M.P. Dr. Edgar Lombana Trujillo. Proceso No 24096

diligencias, art. 79, la posibilidad excepcional de ordenar capturas, art. 300, la de expedir orden de allanamiento y registro, art. 222, de retención de correspondencia, art. 233, de interceptación de comunicaciones telefónicas y similares, art. 235, la vigilancia y seguimiento de personas, y otras tantas que significan restricción de derechos de las personas, en las cuales no se precisa de autorización previa del juez de control de garantías-, en seguimiento de lo establecido en el párrafo segundo del artículo 31 de la norma citada, en cuanto dispone. “El congreso de la República y la Fiscalía General de la Nación ejercerán determinadas funciones judiciales...”

Y a adscripción de la Fiscalía a la rama judicial, actuar con objetividad y lealtad, circunstancias objetivas en punto de los hechos y la forma de responsabilidad que cabe endilgar a los acusados⁴²

Por ello ha insistido en que el acto legislativo 03 de 2002 introdujo únicamente cambios en ciertos artículos de la parte orgánica de la Constitución, más no en la dogmática. *“De allí la necesidad de interpretar tales modificaciones a la luz de determinadas disposiciones constitucionales, en especial, los artículos 6, 15, 28, 29, 30, 31 y 32, e igualmente, por la vía del artículo 93 de la Carta Política, de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos que prohíben su limitación en estados de excepción...”*⁴³

Y entonces, las preguntas que han de resolverse son las siguientes:

EN EL DENOMINADO SISTEMA PENAL ACUSATORIO, ¿ES EL JUEZ UN ESPECTADOR PASIVO EN LAS ETAPAS DE LA INVESTIGACIÓN Y DEL JUICIO ORAL Y EN LA APROBACIÓN DE LOS PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES ENTRE LA FISCALÍA Y LA DEFENSA?

Las altas Cortes con sus sentencias a tales preguntas, dejando por sentado que en un Estado Constitucional como es el nuestro, la principal garantía frente al poder de su absoluto sometimiento al derecho, es decir, a la totalidad de normas válidas del ordenamiento jurídico y conforme a las cuales tiene que resolver un asunto en particular.

⁴²

⁴³ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-591/05. Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

De igual manera que no nos encontramos en frente a un nuevo derecho penal, pues en vigencia del nuevo modelo de proceso penal, siguen teniendo vigencia y aplicación, las diversas líneas jurisprudenciales que se han venido sentando por las altas Cortes, en aspectos de derechos fundamentales relacionados con el proceso penal⁴⁶.

En este orden de ideas, el nuevo sistema procesal penal es perfectamente armónico con la Constitución de 1991, la cual operó una constitucionalización del derecho penal, entre otras materias, pues allí se reconocen derechos fundamentales, como por ejemplo el derecho a la libertad, que deben ser respetados a todas las personas, en todo momento, así como las garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial, a fin de impedir el desconocimiento de los mencionados derechos.

Por lo tanto, ha decantado la jurisprudencia, *“...una labor hermenéutica del procedimiento penal, deberá tener en cuenta no sólo las normas contenidas en el Código respectivo, sino que además es fundamental en dicha tarea, tener en cuenta no sólo las normas del Acto legislativo 03 de 2002, sino las demás disposiciones pertinentes de la Constitución, incluidas aquellas que se integran al bloque de constitucionalidad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 93 Superior, en especial, con los artículos 8, 9 y 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al igual que con los artículos 4 y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Cabe recordar, que de manera expresa el artículo 3 del nuevo Código de Procedimiento Penal, consagró la prelación en la actuación procesal penal, de los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que traten sobre derechos humanos y que prohíban su limitación durante los estados de excepción. Lo anterior por cuanto “Los principios fundamentales que rigen el proceso (i) siguen gozando de rango constitucional, (ii) se interpretan a la luz de las disposiciones relevantes de los instrumentos internacionales de derechos humanos que vinculan a Colombia (art. 93, C.P.), y (iii) deben ser desarrollados, por mandato de la Constitución y del acto mismo Acto Legislativo, a través de disposiciones legales orientadas a precisar su alcance y contenido específicos en el contexto del procedimiento penal.”⁴⁷.*

⁴⁶ Por ejemplo el concepto de Principio de Congruencia se estudió en la Sentencia de 23 de agosto de 2007, haciéndose un estudio histórico partiendo de la ley 600 de 2000, llegándose a la conclusión que en ambas legislaciones se exige tanto de la imputación fáctica como de la jurídica (Cfr. C.S.J. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. Proceso No 27337).

⁴⁷ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-873 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

De igual manera, que para efectos de interpretar la normatividad procesal penal se puede acudir, como criterio auxiliar, a las opiniones consultivas emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a ciertas resoluciones expedidas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en especial, las referentes a los derechos de las víctimas, la independencia e imparcialidad de los funcionarios judiciales y los derechos de las personas privadas de la libertad, al igual que a las recomendaciones adoptadas por organismos internacionales encargados de velar por el respeto de las normas internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario.

Con tales líneas de pensamiento, alzaprima la Superior Corte, que la legitimidad del poder judicial es Constitucional, lo que significa que aquella se localiza en la Constitución y en el derecho y no sólo en la ley; y que por tanto, en un Estado Constitucional el Juez no agota su misión en el mero y nudo vasallaje al legislador y a su voluntad, mediante la aplicación neutral, cierta y objetiva de la ley, a través de procedimientos silogísticos, sino que al decir de Ferrajoli⁴⁸, debe ser, un promotor de los derechos fundamentales, para crear condiciones de libertad e igualdad, entendiendo que el individuo no puede ejercer estos derechos por si sólo.

En sus decisiones las altas Cortes han superado el concepto del imperio de la ley por el del imperio del derecho y de la justicia a la cual debemos estar sometidos, sin excepción, todos los poderes públicos y consecuentemente, han dado lugar a una nueva manera de interpretar y aplicar el Derecho e incluso a un cambio del lenguaje.

Así por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal⁴⁹, en avanzado pronunciamiento llegó a la conclusión que una vez terminado el debate público oral y dado a conocer por el juez cuál va a ser el sentido de su fallo, no puede proferir sentencia en sentido contrario; pero que si al redactar o emitir la sentencia llega a una conclusión paradójica, por razones de justicia material, esto es, a pesar de haber anunciado condena, considera que lo debido es absolver, no puede dictar sentencia bajo esa orientación,

⁴⁸ Cfr. Luigi Ferrajoli. Derechos y Garantías. La ley del más débil. Ed. Trotta. Madrid. 1999. Pág. 16.

⁴⁹ Cfr. C.S.J. Sala de Casación Penal. Sent. 17 Sep. de 2007. MM.PP. Augusto J. Ibáñez Guzmán y Jorge Luís Quintero Milanés.

pues está en la obligación de declarar la nulidad de lo actuado a partir de ese momento procesal.

Aquí pierde importancia suma el texto legal, avivándose la necesidad de impartir justicia material para el caso concreto, empujados por el entendimiento de los valores y principios como criterios de creación, interpretación y por último, de integración del derecho⁵⁰.

Para la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal en la sentencia aludida, es claro que en el proceso penal, cualquiera sea la denominación que se le dé, deben tener preponderancia garantías superiores como la prevalencia de lo sustancial, el respeto de la dignidad humana (artículo 1°), el principio de imparcialidad, en el entendido que el norte de su actividad es establecer con objetividad la verdad y la justicia (art. 5°), la de los derechos fundamentales de todos los intervinientes, la eficacia del ejercicio de la justicia, y obrar, sin excepción alguna, con absoluta lealtad y buena fe (art. 12).

que esos objetivos del administrador de justicia “serían desconocidos si no se actúa de esa manera, porque el juzgador se alejaría de la verdad y de la justicia cuando al redactar los argumentos del fallo llega al convencimiento, más allá de toda duda, de que la decisión real debe ser la opuesta a la revelada al concluir el debate, conducta con la que, por contera, lesionaría los derechos de la parte a la que favorecería la sentencia que considera “real”.

Desde la óptica que se analiza, es claro que se haría prevalecer la forma (el respeto irrestricto al anuncio del sentido del fallo) frente a lo material, a lo sustancial, con lo que, a su vez, a los asociados se mostraría lo ineficaz del ejercicio de la justicia, pues su dispensador enviaría el mensaje de que resulta válido proferir sentencias definitivas injustas, lo cual resulta desleal para con el conglomerado y para con la parte...”

Con decisiones de este jaez, se convierte la Constitución, en un “Proyecto Vinculante”⁵², cuya realización depende en últimas del tratamiento dado a esos derechos y garantías y en donde juega papel preponderante, el edificio mental del Juez, pues es ilusorio para el hacedor de las leyes prever todos los conflictos sociales posibles para luego asignar a cada uno de ellos la solución normativa correspondiente. Así entonces, el conflicto individual

⁵⁰ Cfr. Hernán Valencia Restrepo. Nomoárquica, Principialística jurídica o principios Generales del Derecho. Temis. Bogotá. 1999. Pág. 4.

⁵² Cfr. Perfecto Andrés Ibáñez, en prologo a Luigi Ferrajoli. Derechos y Garantías. La ley del más débil. Op. Cit. Pág. 11.

planteado cuando interesa a la jurisdicción, deja entonces de ser asunto de particulares para convertirse en un elemento dinámico del ordenamiento jurídico, pues en cada decisión éste ha de ser valorado en su integridad y dentro del contexto social en que se desenvuelve el litigio.

De este modo ha de decirse con la Corte Constitucional que el juez, al poner en relación la Constitución - sus principios y sus normas- con la ley, es un creador de derecho⁵³; pero en su caso, esa “creación”, no lo autoriza para desvincularse motu proprio de ella y sustituirla según su personal criterio; pues que ha de estar encuadrada y sujeta a una interpretación razonada y motivada de los principios y normas de raigambre superior⁵⁴.

Todos esos pronunciamientos se inscriben dentro de la escuela del Garantismo penal, en un Estado Social de Derecho, en donde la incorporación de los valores y principios a la Constitución, cambian la relación entre el Juez y la ley, asignándole a aquel la función de garantía de la persona, en frente de su violación por parte de las autoridades públicas y fundamentalmente la función de cierre del sistema, mediante la corrección de los márgenes de desviación e ilegitimidad jurídicas en que otros poderes hubieran podido incurrir.

Y esa “corrección del derecho “por parte de los jueces, cuando las decisiones de otros poderes se han desviado del programa Constitucional o vulneran derechos de las personas, sólo será comprendida, si se entiende, que no existe ningún vínculo de subordinación entre el legislativo y el poder judicial y que ambos están sometidos en igualdad de condiciones a la Constitución⁵⁶ .

Un entendimiento tal, lleva a concluir con la doctrina más autorizada que, *“...la actividad jurisdiccional, deja de ser mera interpretación y aplicación de la voluntad del legislador expresada en la ley y el poder judicial deja de ser un subalterno del legislativo. Ahora, la función jurisdiccional adquiere relevancia Constitucional y el poder judicial pasa a convertirse en un auténtico poder en el Estado. Frente al imperio de la ley surge ahora el*

⁵³ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia No. T-406/92. M.P. Dr. Ciro Angarita Barón.

⁵⁴ Cfr. Perfecto Andrés Ibáñez, en prologo a Luigi Ferrajoli. Derechos y Garantías. La ley del más débil. Op. Cit. Págs. 11 - 12.

⁵⁶ Cfr. Antonio Manuel Peña Freire. La garantía en el Estado Constitucional de Derecho. Ed. Trotta. Madrid. 1997. Pág. 229.

imperio de la justicia como una forma de compaginar ley y praxis jurídica con los principios y valores Constitucionales “⁵⁷.

Así actuó la Corte Constitucional⁵⁸, cuando estudió si era constitucionalmente válido admitir la eficacia, sólo para fines de impugnación, de elementos materiales probatorios y evidencia física recaudada en diligencias de registros y allanamientos declarados inválidos por el juez de control de garantías, determinando que “...en ningún caso, ni cuando se trata de impugnación de decisiones judiciales, ni de impugnación de testimonios, ni de defensa de los derechos de las víctimas, pueden ser consideradas válidas pruebas, materiales probatorios o evidencias físicas que son nulas por violación del debido proceso, pues la regla constitucional de exclusión de la prueba ilícita directa y derivada es contundente y sólo admitiría excepciones suficientemente justificadas en el texto superior...”

En sus sentencias, los Jueces, Tribunales y Cortes han seguido avanzando la ruta del garantismo penal, reivindicado de manera paradigmática el entendimiento de que en un Estado Constitucional como es el nuestro, el Juez no puede ser un simple convidado de piedra o un espectador pasivo de lo que presente, acuerden o decidan las partes, pues es obligación suya analizar que dichas actuaciones no impliquen la renuncia o vulneración de derechos Constitucionales.

Así por ejemplo, en el caso de la Corte Constitucional al efectuar el test de Constitucionalidad del artículo 361 de la Ley 906 de 2004, con respecto a la prohibición tanto los jueces de control de garantías como los de conocimiento para decretar pruebas de oficio en todos los casos, llegó a la conclusión de que ello no es absoluto; en tanto que los jueces de control de garantías sí pueden decretar y practicar pruebas de oficio en casos en los que sea indispensable para garantizar la eficacia de los derechos que son objeto de control judicial, pues “...*el juez de control de garantías, juez constitucional por excelencia, es el “garante de los derechos constitucionales y ... supervisor de la actuación de las autoridades públicas y de los particulares en la etapa de la investigación penal... tiene a su cargo la ponderación y armonización de los derechos en conflicto”*

⁵⁷ Cfr. Antonio Manuel Peña Freire. La garantía en el Estado Constitucional de Derecho. Ob. Cit. Pág. 233.

⁵⁸ Cfr. Corte Constitucional. Sent. C 210 de 2007. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Insistiendo, en que "... el juez penal en el sistema acusatorio no es un convidado de piedra, pues, como se explicó en precedencia, el modelo acusatorio colombiano es propio y no puede ajustarse integralmente a ninguno de los diseñados en el derecho comparado sino que debe ajustarse a todas las características directamente señaladas por el Constituyente (artículo 250 de la Constitución). En efecto, en el esquema colombiano, a diferencia de otros países, el juez de control de garantías puede decretar pruebas para defender los derechos y garantías en tensión, la víctima puede solicitar pruebas para descubrir la verdad, el Ministerio Público puede pedir pruebas, si el juez advierte vacío probatorio lo advierte al Ministerio Público para que pida las pertinentes y el juez de conocimiento tiene a su cargo el control de las formas que tienen contenido sustancial. En este último aspecto, por ejemplo, el juez de conocimiento: i) controla formal y materialmente el escrito de acusación presentado por la Fiscalía (artículos 336 y 337 del Código de Procedimiento Penal), ii) asiste al descubrimiento de los elementos probatorios y las pruebas (artículo 344), iii) puede conainterrogar testigos (artículo 397), iv) ejerce control sustancial y formal sobre los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado (artículos 348 a 354), v) realiza control integral sobre la aplicación del principio de oportunidad, vi) decide la pertinencia y admisibilidad de la prueba (artículos 375 y 376) y, vii) realiza control sobre los acuerdos probatorios (artículo 356, numeral 4º)

También instruyó la cimera Corte, que en el nuevo orden se ennoblece el carácter sustancial de los derechos fundamentales, que como se sabe supone una restricción o disminución del poder punitivo del Estado en aras de la justicia y de la dignidad de la persona del condenado.

Concluyó que **"...cuando entran en tensión derechos fundamentales con normas de carácter procedimental – incluso las de casación - , éstas han de ser flexibilizadas,** ante la evidencia de la violación de derechos fundamentales pues que **las formas no sólo están al servicio de la legalidad, sino que operan en función del principio de Constitucionalidad y en especial de la efectiva protección de los derechos fundamentales:** " ... si el derecho procesal se torna en obstáculo para la efectiva realización de un derecho sustancial reconocido expresamente por el Juez, mal haría éste en darle prevalencia a las formas haciendo nugatorio un derecho del cual es titular quien acude a la administración de justicia y desnaturalizando a su vez las normas procesales cuya clara finalidad es ser medio para la efectiva realización de derecho material – art. 228 -... de lo contrario se estaría incurriendo en una vía de hecho por exceso ritual manifiesto que es aquel que se deriva de un fallo en el cual haya una renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente de los hechos, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales convirtiéndose así en una inaplicación de la justicia material..."⁶¹

Avalando tal postura, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, consideró que la inmediatez que se exige del juez va de la mano del uso de la tecnología y que el legislador habilita la posibilidad de que la inmediatez

⁶¹ Cfr. Corte Constitucional. Sent. T – 1306 de dic. 6/ 2001 M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

del juez no se limite únicamente a la práctica de pruebas en su presencia, sino que es posible acudir a medios técnicos de registro y reproducción idóneos y garantes del principio, cuando circunstancias excepcionales así lo requieran.

Por ello, "...la oralidad, la inmediación y la concentración, no presentan ruptura cuando, además, son asegurados por el empleo de medios técnicos que permiten la fidelidad de lo acontecido en los diversos pasos procesales..."

Y que de igual manera, "...inexistente es la ruptura, cuando de manera excepcional se acepta la prueba anticipada. Y, con todo, de imposible consideración es la lesión, cuando de una parte se observan los principios mencionados –oralidad, inmediación y concentración- y, de otra, el ejercicio del derecho de defensa tanto del sujeto pasivo de la acción penal, como de la víctima, sin que ellas sientan asomo de vulneración alguna; en este caso, se ha de realizar un delicado juicio de ponderación, sacando avante el derecho de defensa, pues nos encontramos con el deber de protección de los derechos fundamentales, que no de las formas por las formas mismas

En las condiciones señaladas, es evidente que en el desarrollo del juicio oral es posible el surgimiento de excepcionales circunstancias, vicisitudes, bien sea de orden personal, laboral, etc., que ocasionan el cambio del juez que instaló la audiencia y que le impiden cumplir con la permanencia requerida por el nuevo sistema a lo largo del debate y el cabal cumplimiento de los principios de inmediación y concentración que regulan esa fase del proceso.

En estas condiciones, la Sala estimó necesario precisar que en el deber de buscar la verdad en el actual esquema, el desarrollo del juicio oral no se puede supeditar, exclusivamente, al cumplimiento de las ritualidades que lo conforman porque el proceso penal no es un trámite de formas, ni un fin en sí mismo considerado. Por lo tanto, en aras de no suprimir la eficacia del debate, se debe examinar en cada caso concreto si una incorrección, en punto de cambios en la persona del juzgador, alcanza a trastocar los principios reguladores de la fase del juicio y, por consiguiente, las garantías fundamentales de los sujetos procesales..."

entendimiento en

Y, finalmente, merece resaltarse el más amplio entendimiento del concepto de prueba válida para efectos de la emisión de la sentencia, acuñado por la C.S.J. Sala de Casación Penal⁶⁸, en el entendido de que la esencia del

⁶⁸Cfr. C.S.J. Sala de Casación Penal. Sent. Nov. 8 de 2007. Magistrado Ponente: Alfredo Gómez Quintero. Proceso No 26411.

proceso constitucional – penal es acceder al valor justicia, porque se trata de un proceso de búsqueda de la verdad que tiene por finalidad hacer prevalecer el derecho sustancial sobre el derecho formal, pues se trata de hacer justicia material en cada caso⁶⁹. Y ello a partir de la diferenciación de los conceptos de incorporación, controversia y apreciación de la prueba al juicio oral y público:

“...A la luz de los artículos 382 y 379 del C. de P.P., en concordancia y de conformidad con las técnicas de indagación e investigación (Libro II, Títulos I y II del C. de P.P.; artículos 200 al 285) los elementos materiales probatorios y la evidencia física (Art. 275 ib.) que recauden quienes fungen como órganos de indagación e investigación son medios de conocimiento y tienen vocación probatoria siempre que su aducción al proceso penal se haga respetando los principios rectores y las garantías procesales y constitucionales. Los medios del conocimiento obtenidos en actos de indagación y de investigación técnica o científica, como experticias, diagnósticos, entrevistas, reconocimientos, declaraciones de eventuales testigos, interrogatorios a indiciados, informes de investigación de campo, actas de reconocimiento fotográfico, huellas, manchas, residuos, vestigios, armas, dineros, mensajes de datos, textos manuscritos, mecanografiados, grabaciones fonotípicas, videos, etc. (art. 275 literal h) son evidencia probatoria del proceso cuando son presentados ante el juez en la audiencia de juicio oral por el sujeto procesal a través del testigo de acreditación (fuente indirecta del conocimiento de los hechos) que es el responsable de la recolección, aseguramiento y custodia de la evidencia.

La validez de la prueba así obtenida está supeditada a que se reciba y recaude en el marco de la legalidad (artículos 276 al 281); en tales condiciones, son pruebas del proceso y por ende, apreciables de conformidad con el artículo 273 ib.; por manera que su apreciación se regula de conformidad con los criterios establecidos en la ley para cada prueba legalmente establecida, porque de principio “Toda prueba pertinente es admisible...” (Artículo 376 ib.) y apreciable (art. 380 ib.) según los criterios establecidos en el respectivo capítulo.

Además de ello, si el órgano de indagación e investigación comparece a la audiencia de juicio oral como “testigo de acreditación”, certifica idoneidad en la materia de la experticia técnica o científica y se somete a la contradicción -interrogatorio y contrainterrogatorio- de los sujetos procesales (el debate que refiere el censor), su testimonio es prueba del proceso, tanto como los medios de conocimiento que aporte (documentos, entrevistas,

⁶⁹Cfr. Salvamento de voto en el fallo que declaró exequible el artículo 361 de la Ley 906 de 2004 (Mg. Nilson Pinilla Pinilla)

reconocimientos, actas, videos, etc.), sencillamente porque entran al juicio oral por el umbral de la legalidad cuando el juez del conocimiento así lo declara.

En ese orden, el testimonio (de oídas) que rinde deberá ser apreciado y controvertido como prueba testimonial (artículos 383 a 404); los dictámenes periciales que suministre el experto y su dictamen se apreciarán bajo las reglas de contemplación jurídica y material de esas experticias (artículos 405 al 423 ib.); los documentos que suministre –entre los que caben los textos manuscritos, las grabaciones magnetofónicas, los discos de todas las especies, los videos, las fotografías, cualquier otro objeto similar... art. 424- se apreciarán como tal a la luz de los artículos 425 al 434; las pruebas de referencia (practicadas por fuera de la audiencia de juicio oral y que son utilizadas para probar o excluir uno o varios elementos del delito...) se valorarán a la luz de los artículos 438 al 441 ib.

Por manera que, después de haber sido legítimamente incorporado un medio cognoscitivo (elemento material probatorio y evidencia física Art. 275) de manera legítima por el sujeto procesal, bien de forma directa, ora a través del órgano de indagación o de investigación (testigo de acreditación, fuente indirecta del conocimiento de los hechos) que la recaudó en la FASE DE INDAGACION E INVESTIGACION y acreditada la cadena de custodia, en fin, la legalidad del medio de convicción y la controversia (Art. 392), será un referente válido –prueba-en el JUICIO, óptimo para definir la responsabilidad penal en cualquier sentido: condenatorio, absolutorio, o declaratorio del estado de duda (Arts. 7 y 381 del C. de P.P.)”.

CAPÍTULO 2.

LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO.

Una de las principales características que se le atribuyen al nuevo modelo de procesamiento penal, es que la estructura probatoria del proceso penal encuentra consagración expresa en la propia Constitución entre otros en los artículos 29 inciso final, 250.3, 250.9 y 250.4.

Así el régimen de la regla de exclusión de la prueba ilícita^{70 71}, el deber de aseguramiento de los elementos materiales probatorios impuesto a la

⁷⁰En la sentencia C-038/96, dijo la Corte: “No cabe duda de que el régimen probatorio (práctica, valoración y apreciación de las pruebas, medios probatorios, requisitos sustanciales y procesales aplicables a la aportación de las pruebas etc.), en general, se libra a la voluntad del Legislador. No obstante, el sistema que se establezca no puede desconocer la garantía del debido proceso y el respeto y protección de los restantes bienes y derechos constitucionales”.

⁷¹ La prueba será *ilícita* cuando es adquirida con violación de los derechos fundamentales. “...La prueba ilícita existe cuando la lesión de un derecho fundamental ha provocado la

Fiscalía⁷², el deber de descubrimiento de todos los elementos materiales e informaciones para todos los sujetos procesales⁷³ y los principios de inmediación, publicidad, oralidad, contradicción, celeridad y concentración que definen la esencia del juicio⁷⁴.

obtención de la fuente o medio de prueba. Dicha lesión se circunscribe, para valorarse como ilícita, a los derechos fundamentales. Las lesiones de preceptos o derechos 'de legalidad ordinaria', en cambio, reciben tratamiento a través del cauce del art. 238 LOPJ (nulidades).'(Cfr. ARMENTA DEU, Teresa. Lecciones de Derecho Procesal Penal. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 265).

O, como lo expone la Sala Penal de la Corte '...la que se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no auto incriminación, la solidaridad íntima;...' (Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sent. Sep. 7/2006, Rad. 21529, M.P. Dr. Javier Zapata Ortiz).

⁷² No obstante, debe afirmarse que la cadena de custodia ha sido objeto de algunos desarrollos legales, los que se encuentran en el Código Penal (Ley 599 de 2000, art. 100 referido al comiso), el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004, artículos 254 a 266) y en las Resoluciones 1890 de 2000, 2869 de 2003, 06394 de 2004 y 02770 de 2005, emanadas de la Fiscalía General la Nación, las cuales tienen origen y fundamento legal de acuerdo al parágrafo del artículo 254 de la Ley 906 de 2004.

En efecto, el citado parágrafo se constituye en una especie de norma en blanco para el caso de naturaleza procedimental, mediante el cual se facultó normativamente al Fiscal General para reglamentar lo relacionado con el diseño, aplicación y control del sistema de cadena de custodia de acuerdo con los avances científicos, técnicos y artísticos.

Aceptando y reconociendo que las Resoluciones emanadas de la Fiscalía General de la Nación en las que se ha reglamentado lo relativo al diseño, aplicación y control de la cadena de custodia tienen asiento legal, se debe inferir que los dictados de aquellas por mandato del parágrafo de referencia, se han incorporado a las formas procedimentales relativas a la guarda, conservación, uso y cuidado de las evidencias físicas en orden a la constatación de la legalidad y autenticidad de aquellas..."(Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No 29416. M.P. Dr. Yesid Ramírez Bastidas. Aprobado Acta No 98. Bogotá, D. C., abril 23 de dos mil ocho).

⁷³ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-1194/05. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

En igual sentido, Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso Nro. 34392. M.P. Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ. Aprobado Acta No. 267. Bogotá, D.C., veinticinco de agosto de dos mil diez.

⁷⁴ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sent. C-591/05. M.P. Dr. Clara Inés Vargas Hernández.

En cuanto a la validez de las pruebas aportadas al proceso, el factor fundamental de evaluación continúa siendo el artículo 29 Constitucional, a lo cual sin duda, se suman los instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El artículo 29 de la Carta Política entraña una consecuencia clara para las pruebas que son obtenidas con violación del debido proceso, esto es, que serán *nulas de pleno derecho*.

Ello es la consagración constitucional de la *regla general de exclusión* y, es una consecuencia, a la cual la Corte Constitucional le ha dado el carácter de *sanción*⁷⁵, toda vez que es la atribución de un efecto negativo a la vulneración o afectación de derechos fundamentales en la obtención del material probatorio. Así también lo entiende la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal: ‘...*La exclusión opera de maneras diversas y comporta consecuencias distintas dependiendo si se trata de prueba ilícita o prueba ilegal...*’⁷⁶

Obviamente que tal regulación incorpora y hace referencia a la prueba ilegal que es aquella que se obtiene con afectación o desconocimiento de formalidades legales esenciales para el decreto y práctica de la prueba. O, como escribe la Corte Constitucional la obtenida mediante ‘...*una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado...*’⁷⁷.

⁷⁵ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sent. SU-159/02. M.P. Dr. Manuel José Cepeda E.

⁷⁶ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sent. Sept. 7/2006. Rad. 21529, M.P. Dr. Javier Zapata Ortiz.

⁷⁷ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sent. SU-159/02. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

En sentido similar la Corte Suprema anota: *‘...La prueba ilegal se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, caso en el cual debe ser excluida, como lo indica el artículo 29 Superior...’*⁷⁸. Esta enunciación a las formalidades legales se manifiesta pues, como también lo expone la Corte: *‘...En cuanto al debido proceso, el legislador ha consagrado condiciones particulares para la práctica de pruebas y requisitos sustanciales específicos para cada tipo de prueba...’*⁷⁹.

Y, no existe controversia en cuanto a la adopción del concepto de prueba ilegal toda vez que al realizar un seguimiento al trámite legislativo, en la materia concluye la Corte Constitucional: *‘...por prueba ilegal se entiende aquella que se haya practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en el Código de Procedimiento Penal..’*⁸⁰.

El criterio de apreciación de la naturaleza y de las consecuencias de la prueba ilegal, se advierte apropiadamente por la Sala Penal de la Corte, cuando señala: *“...En esta eventualidad, corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso, toda vez que la omisión de alguna formalidad insustancial, por sí sola no autoriza la exclusión del medio de prueba...”*⁸¹.

⁷⁸ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sent. Sept. 7/2006, Rad. 21529, M.P. Dr. Javier Zapata Ortiz.

⁷⁹ Ib.

⁸⁰ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sent. C-591 Jun. 9/2005. M.P. Dra. Clara Inés Vargas H.

⁸¹ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sent. Sept. 7/2006, Rad. 21529, M.P. Dr. Javier Zapata Ortiz.

Es en consecuencia, un mandato para los funcionarios de la investigación (Fiscal y Policía Judicial), que en su programa metodológico y en desarrollo del mismo deberán atender a los criterios de legalidad de la prueba, como aspiración a que la misma sea admitida y valorada por el juez. De tal forma, la regla de exclusión constituye finalmente un condicionamiento de la facultad valorativa del juez, ya que éste deberá abstenerse de emplear como fundamento de su valoración, las pruebas ilícitas o ilegales.

Ahora bien, en el modelo de justicia penal de la ley 600 de 2000, rige el “principio de permanencia de la prueba”, en virtud del cual las pruebas practicadas por la Fiscalía General de la Nación, desde la indagación preliminar, tienen plena validez en el juicio y no deben repetirse, por lo que es perfectamente viable que ellas sean el fundamento de una sentencia de carácter condenatorio; lo que ha sido cuestionado por los cultores del Derecho penal, pues ello desvertebra las exigencias básicas del debate probatorio propio de una democracia constitucional como lo son: la oralidad, contradicción, concentración, inmediación y publicidad de la prueba.

De allí el imperativo que existe en las actuaciones que se tramitan con aquella normatividad, en el sentido que el investigado preliminarmente debe ser enterado⁸² de la actuación adelantada en su contra, se le dé acceso a la investigación y se le permita el ejercicio del derecho de defensa pues no puede excluirse de una actuación en la que se pueden practicar pruebas con base en las cuales se le puede condenar; sumado a ello el derecho de las víctimas a la verdad, la reparación y la justicia, por lo cual es posible la constitución de parte civil incluso desde aquella etapa de la investigación previa⁸³.

⁸² Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-836 de 2002. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁸³ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-228 de abril 3 de 2002. MM.PP. Manuel José Cepeda Espinosa, Eduardo Montealegre Lynett.

En el nuevo modelo instaurado con la ley 906 de 2004, ya no rige el principio de permanencia de la prueba; es decir, los elementos materiales probatorios recaudados durante la investigación, si bien pueden suministrar fundamento a la medida de aseguramiento^{84 85} y a la acusación, no vinculan al juez de conocimiento y por ello la sentencia que éste profiera sólo puede basarse en las pruebas que se practican en el juicio, con estricto respeto de los principios de oralidad, contradicción, concentración, inmediación y publicidad.

Las únicas excepciones a esta exigencia ineludible son la prueba anticipada - contraria al principio de inmediación - y la prueba de referencia - contraria a todos los principios de la prueba -; excepciones que operan sólo en los casos taxativos señalados en la ley⁸⁶ y de las que habrá que hacer una lectura restrictiva⁸⁷ para no desquiciar la dinámica probatoria propia del nuevo sistema, pues en todo caso, el juez queda obligado a otorgar a este

⁸⁴ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia No. C-106/94. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo. También puede consultarse Sentencia No. C-395/94.

⁸⁵ Pues, en estos supuestos "...la facultad del juez de control de garantías no implica un pronunciamiento sobre las implicaciones que los elementos de prueba recaudados tengan sobre la responsabilidad del investigado ya que ésta será una tarea que se adelanta en el debate público y oral de la etapa de juzgamiento..." (Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C-591. Jun. 9/2005. M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández).

⁸⁶ En Colombia en lo relativo a la prueba de referencia opera como principio general, la cláusula de exclusión o prohibición de la prueba de referencia con las excepciones previstas en el artículo 438 del Código..." (Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No 27477. Aprobado Acta No. 52. Magistrado Ponente: Dr. Augusto J. Ibáñez Guzmán. Bogotá, D. C., seis de marzo de dos mil ocho).

⁸⁷ "Esto significa que la prueba de referencia, en términos de eficacia probatoria, es para el legislador una evidencia precaria, incapaz por sí sola, cualquiera sea su número, de producir certeza racional sobre el delito y la responsabilidad penal del acusado, y que para efectos de una decisión de condena, requiere necesariamente de complementación probatoria. La norma no tasa la clase de prueba que debe complementarla, como sucede en otras legislaciones, por lo que ha de entenderse que puede ser cualquier medio de prueba (testifical directa o indiciaria, por ejemplo), siempre y cuando sea de naturaleza distinta, y que el conjunto probatorio conduzca al conocimiento, más allá de toda duda razonable, de la existencia del delito y la responsabilidad del procesado..." (Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema

género de pruebas un valor de convicción menguado o restringido, como lo manda el artículo 381.

Razón por la cual podemos afirmar que del nuevo Código de Procedimiento Penal puede extraerse un *concepto objetivo-subjetivo de la prueba*, ya que sólo tendrá este carácter la que se aporte cumpliendo el principio de inmediación, o dicho de otro modo, la que se obtiene creando una relación de influencia subjetiva directa ante el juez de conocimiento.

Lo anterior nos trae al canto una ineludible conclusión: en el nuevo sistema la Fiscalía General de la Nación ya no practica la prueba sino que ayuda a su construcción en único escenario para ello como lo es el juicio oral.

Proceso de construcción colectivo al que contribuirán las partes e intervinientes, aportando los elementos materiales probatorios, evidencias físicas e información legalmente obtenida, en el juicio oral, público, concentrado y contradictorio, como núcleo de contradicción de la prueba, al cual se ha llegado por una vía de presentación, descubrimiento, exhibición y llegado el caso exclusión (arts. 337, 344, 346, 356, 358) y solicitudes probatorias (art. 357) resueltas por un juez.

Ello en tanto y en cuanto, nos encontramos en frente de un proceso "...cuya verdad el juez debe construirla a través del principio adversarial, de la fundamentación de contrarios, debe permitir los espacios necesarios precisamente para que se presente el debate, la prueba y la contra-prueba, la argumentación y la contra-argumentación, es decir, la dialéctica en su expresión práctica por excelencia, desde donde deriva incontrastable que esa construcción tiene un mejor alcance en tanto a cada uno de quienes

de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No 27477. Aprobado Acta No. 52. Magistrado Ponente: Dr. Augusto J. Ibáñez Guzmán. Bogotá, D. C., seis de marzo de dos mil ocho).

recurren les sea habilitada la oportunidad para pronunciarse sobre quienes desde otras posturas hicieron otro tanto...”⁸⁸.

También ha de tenerse presente el nuevo entendimiento que ha de dársele al ejercicio del derecho de defensa, pues con las nuevas normas rituales su práctica no debe ser de mera expectativa sino proactiva para demostrar la tesis defensiva, pues “...el sistema, mas que sugerir, requiere del imputado, y/o su defensor, desde antes de la misma investigación, un comportamiento activo, que lo compromete con la indagación de lo que resulte favorable, sin que por ello se disminuya la presunción de inocencia... En síntesis: el defensor está obligado a utilizar con habilidad, que no habilidosamente, todos los mecanismos procesales, sustanciales y probatorios para que su representado resulte favorecido pues, como decía CALAMANDREI, el único límite que tiene el defensor para ejercer su defensa es el juego limpio porque la habilidad en la competición es lícita aunque no se permite hacer trampas...”⁸⁹

En razón de los principios de inmediación (art. 16)⁹⁰, contradicción (art. 16) y concentración (art. 17), podrá afirmarse como criterio subsidiario de caracterización, que el sistema perfilado por el nuevo Código de Procedimiento Penal, acepta en parte el concepto de la prueba como

⁸⁸ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 38020. Magistrado Ponente. Dr. José Luis Barceló Camacho. Aprobado acta N° 139. Bogotá, D. C., dieciocho (18) de abril de 2012

⁸⁹ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de casación de 11 de julio de 2007. Radicación 26827.

⁹⁰ “...El principio de inmediación se flexibiliza en segunda instancia pues el superior no puede repetir las pruebas, ni practicar otras nuevas y debe apoyar su decisión en el examen de los registros del juicio...” (Cfr. URBANO MARTINEZ, José Joaquín. El Sistema Probatorio Del Juicio Oral. Módulo de Aprendizaje Autodirigido. Plan de Formación de la Rama Judicial 2009. Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa).

También consideramos que dicho principio de Flexibiliza entratándose de prueba anticipada, allanamiento a cargos, preacuerdos y estipulaciones probatorias.

actividad de verificación, del cual MIRANDA ESTRAMPES escribe: “...la prueba procesal es la verificación o comprobación que realiza el Juez mediante la comparación de afirmaciones...”⁹¹, ya que las afirmaciones defensivas, del escrito de acusación y la teoría del caso de cada sujeto procesal, se verá confirmada o infirmada por el aporte de cada material probatorio practicado en presencia del juez de conocimiento.

Por eso ese quehacer punitivo del Estado que lo faculta para imponer de ser necesaria, la pena criminal, tal y como lo sentenció la Corte Constitucional, está ligado al deber de probar⁹² por fuera de cualquier duda todo aquello que esté relacionado con la conducta punible y con la responsabilidad del procesado, con la suficiencia necesaria para eliminar el brocardo de la presunción de inocencia⁹³ que nos ampara a todos, ya que ostenta “(...) el rango de derecho fundamental, por virtud del cual, el acusado no está

⁹¹ Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La mínima actividad probatoria en el proceso penal. Edit. KM Bosch, Barcelona, 1.997. Pág. 31.

⁹² Con respecto a la importancia de las pruebas para el juez, ha dicho la Corte Constitucional: “ La prueba, examinada por el juez en todos sus aspectos, escudriñada en cuanto a su validez e idoneidad, comparada y medida en su valor frente a las demás que obran en el plenario, sopesada en cuanto a su relación con los hechos materia de litigio y con las normas generales y abstractas que corresponde aplicar en el caso, complementada con aquellas adicionales que el juez estime necesarias para llegar a una auténtica convicción sobre la verdad y, en fin, evaluada, analizada y criticada a la luz del Derecho y con miras a la realización de la justicia, es elemento esencial de la sentencia, supuesto necesario de las conclusiones en ella consignadas y base imprescindible para reconocer en el fallo la objetividad y la imparcialidad de quien lo profiere. La práctica de todas las pruebas que sean menester para ilustrar el criterio del juez y su pleno conocimiento, ponderación y estudio, así como las posibilidades ciertas de objetarlas, contradecirlas y completarlas en el curso del trámite procesal, son elementos inherentes al derecho de defensa y constituyen garantía de la idoneidad del proceso para cumplir las finalidades que le han sido señaladas en el Estado Social de Derecho. (Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-100/98 Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

⁹³ “El juicio de licitud de las pruebas, así como el juicio de su suficiencia forman parte del contenido del derecho a la presunción de inocencia, pero antes de que el órgano sentenciador proceda a valorar la suficiencia de las pruebas practicadas es necesario que examine su licitud...” (Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. El contenido de la prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. J.M. Bosch Editor. Barcelona - España. 1999. Pág. 86)

obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente. Este derecho acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal (por denuncia, querrela o de oficio) hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, más allá de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Esto es así, porque ante la duda en la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio del in dubio pro reo, según el cual toda duda debe resolverse a favor del acusado...”⁹⁴.

La Corte Constitucional en este sentido ha acuñado el “principio de demostrabilidad”:

“...el orden jurídico penal comprende no sólo la estricta prescripción legal delictiva, sino la procesal. Y ésta supone la indubitable y plena demostración probatoria de la inequívoca conducta punible, como requisito ineludible del debido proceso, previo a la exigencia de responsabilidad (...) Quiere ello significar, además de lo relatado, que un hecho punible que no se pueda demostrar no da lugar a punibilidad, y que resulta invalidable frente al orden jurídico el condenar por una conducta que por insuficiente, equivocada o ambigua no se pueda demostrar. O sea que, en rigor la determinación de una conducta típica, antijurídica y culpable, se halla fusionada dentro del principio que, no obstante la penuria del lenguaje, podría denominarse de ‘demostrabilidad’ el cual presupone no sólo la claridad normativa de la descripción de una conducta sino la comprobación de ésta⁹⁵”. Acogemos el principio de “demostrabilidad” desarrollado por la Corte Suprema, pues se

⁹⁴ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-774 de 2001. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

⁹⁵ Cfr. COLOMBIA, Sentencia No 5 del 10 de febrero de 1983, MP Manuel Gaona Cruz, reiterado, entre otras, por las sentencias del 10 de mayo de 1983 y del 7 de marzo de 1985.

trata de un lógico desarrollo del debido proceso, por lo cual no puede ser sancionada una persona por un hecho punible cuyos elementos estructurales no hayan sido judicialmente probados y declarados. Como es obvio, dentro de esos elementos estructurales del hecho punible se encuentran no solamente los propios de las distintas descripciones de delitos de la parte especial del Código Penal o de otras normas penales, sino también los criterios consagrados en la parte general de ese mismo estatuto, en la propia Constitución (CP Art. 4º) y en los pactos internacionales de derechos humanos (CP Art. 93) en lo que para ello sea relevante...⁹⁶.

En nuestro sistema penal tienen iniciativa probatoria la Defensa (art. 124, 125 ib); las víctimas (11 ib) y excepcionalmente el Ministerio Público (arts. 112, 357 ib.). La Fiscalía (art. 114 C.P.P.), tiene esta aptitud probatoria, guiada por el *principio de objetividad*⁹⁷; que la obliga además a enunciar el descubrimiento de prueba en el escrito de acusación (art. 337). Descubrimiento del cual es sólo uno de los escenarios⁹⁸ la *audiencia*

⁹⁶ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Salvamento de voto. Sentencia C-319/96. MM. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

⁹⁷ ‘...que la obliga a aplicar un criterio objetivo y transparente, al punto que está en el deber de solicitar la preclusión de la investigación cuando no hubiere mérito para acusar; y adicionalmente, tiene el deber de descubrir todas las pruebas, incluyendo las de descargo y los elementos favorables al acusado, si los conociere.’ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sent. Mar. 30/2006. Rad. 24668. M.P. Dr. Edgar Lombana Trujillo.

⁹⁸ “De otro lado, como se verá, tres son los momentos procesales básicos –pero no los únicos- que se relacionan primordialmente con el *descubrimiento probatorio*: i) cuando el Fiscal remite al Juez el *escrito de acusación* con sus anexos, al cual pueden acceder los intervinientes (*artículo 337 ibídem*); ii) dentro de *audiencia de formulación de acusación* (*artículo 344 ibídem*); y iii) en desarrollo de la audiencia preparatoria (*artículos 356 y 357 ibídem*).

Y se dice que las anteriores fases procesales no son las únicas aptas para el *descubrimiento probatorio*, toda vez que, por excepción, el Juez tiene la facultad de autorizar un *descubrimiento* posterior, preservando siempre la garantía de contradicción y con el tiempo que razonablemente estime necesario. Tal eventualidad se presenta, por ejemplo, en los siguientes casos:

preparatoria (art. 357 ib), de manera que ‘...En términos generales, la audiencia del juicio oral no es un escenario apropiado para solicitar pruebas, sino para practicar las que se hubiesen autorizado desde la audiencia preparatoria...’⁹⁹.

Ello se deriva de la regulación constitucional del artículo 29 en donde se enlista como uno de los derechos del acusado el de *presentar pruebas*, que a su vez ha sido trasplantado al artículo 8-j del C.P.P. como principio rector.

Al respecto la Corte Constitucional ha dicho: ‘...La práctica de las pruebas, oportunamente solicitadas y decretadas dentro del debate probatorio, necesarias para ilustrar el criterio del fallador y su pleno conocimiento sobre el asunto objeto del litigio, así como las posibilidades de contradecirlas y completarlas en el curso del trámite procesal, son elementos inherentes al derecho de defensa y constituyen garantía de la idoneidad del proceso para cumplir las finalidades que le han sido señaladas en el Estado Social de Derecho...’¹⁰⁰ y, señala el impacto que irregularidades en esta materia

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

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

iii) Si ocurriere que durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física “*muy significativo que debiera ser descubierto*”, tiene el deber de ponerlo en conocimiento del Juez, quien “*oídas las partes y considerando el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba*” (*inciso final del artículo 344 ibídem*). (Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No 25920. Bogotá D. C., veintiuno (21) de febrero de dos mil siete (2007). Magistrado Ponente Javier Zapata Ortiz. Aprobado Acta No. 25).

⁹⁹ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sent. Mar. 30/2006. Rad. 24468. M.P. Dr. Edgar Lombana Trujillo.

¹⁰⁰ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sent. T-504, Sept. 10/98. Exp. T-176879. M.P: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

comportan para el proceso: *‘...Una de las formas, y a modo de ver de esta Corte de las más graves, de desconocer el debido proceso, consiste en que el fallador al proferir sus providencias, funde sus decisiones sin realizar un completo y exhaustivo análisis de las pruebas, o sin la debida valoración del material probatorio allegado al proceso, o lo que es peor, ignorando totalmente su existencia...’*¹⁰¹.

Ello no obstante y como tantas veces lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal¹⁰², ese deber no puede llevarse al extremo, de responder palabra por palabra, línea por línea; sino que la exigencia apunta a que se atienda lo central, lo sustancial de las posturas; pues *“el juzgador, en virtud del principio de selección probatoria, no está obligado a hacer un examen exhaustivo de todas y cada una de las pruebas incorporadas al proceso, ni de todos y cada uno de sus extremos asertivos, porque la decisión se haría interminable, sino de aquellos que considere importantes para la decisión a tomar, de suerte que sólo existiría error de hecho por omisión o mutilación de la prueba cuando aparezca claro que el medio, o un fragmento del mismo, fue realmente ignorado, siendo probatoriamente relevante”*¹⁰³.

Es claro entonces, que los derechos de contradicción^{104 105} y de defensa se encuentran ligados a la presentación y contradicción de las pruebas^{106 107}.

¹⁰¹ Ib.

¹⁰² Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 38020. Magistrado Ponente. Dr. José Luis Barceló Camacho. Aprobado acta N° 139. Bogotá, D. C., dieciocho (18) de abril de 2012

¹⁰³ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No 20026. Magistrado Ponente. Julio Enrique Socha Salamanca. Aprobado Acta No. 200 .Bogotá, D. C., diecisiete (17) de octubre de dos mil siete (2007).

¹⁰⁴ “El derecho de contradicción se debe entender en varias dimensiones, o lo que sería igual, su conculcación lleva en forma implícita un ataque múltiple: no sólo se contrae al contrainterrogatorio de testigos o denunciadores. Trae aparejado también, para su garantía, solicitud de pruebas, valoración ponderada de todo el material probatorio en forma

Una atenta lectura de los artículos 7 y 372, 373 379, 381, 382 del C.P.P., nos lleva a afirmar que las pruebas son medios de conocimiento de hechos y circunstancias, para formar el convencimiento del juez respecto del objeto de juzgamiento, que será la existencia del hecho penal y la responsabilidad del acusado, más allá de toda duda¹⁰⁸.

fragmentada y de conjunto, interposición de recursos, presentación y sustentación de tesis jurídicas que amparen a sus protegidos, etcétera”. (Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No 22873. M.P: Dr. Javier Zapata Ortíz. Aprobado Acta No.025.Bogotá D.C.,veintiuno (21) de febrero de dos mil siete (2007).

En igual sentido fallos de casación radicaciones: 13.758 de 18 de julio de 2001; 13.704 del 23 de mayo de 2001; 13.198 de 25 de abril de 2001; 11.612 del 8 de octubre de 1999; 14.252 del 27 de febrero de 2003.

¹⁰⁵ Nosotros entendemos con la Jurisprudencia por Derecho de contradicción como “posibilidad jurídica de contradicción”, pues no pueden obrar pruebas subrepticias u ocultas. Es decir, la posibilidad de “...conocer las pruebas, debatirlas, controvertirlas, allegar otras que las desvirtúen, en fin ejercer una serie de acciones que tiendan a orientar el juicio del juzgador, no sólo a través de un interrogatorio que obviamente no es la única posibilidad de intervención en un tal sentido”.(Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia 19249 de abril 16 de 2002. M.P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote. Aprobado Acta N° 42. Bogotá, D.C., dieciséis de abril de dos mil dos).

¹⁰⁶ Recuérdese que “antes de decidir cómo se conocen los hechos es preciso aceptar, cuanto menos, que los hechos representan el único motivo de la decisión jurídica”, pues ninguno sentido tiene el ordenamiento jurídico si no está de por medio un determinado hecho. (Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, Los Hechos en el Derecho, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1999, Pág. 12).

¹⁰⁷ “En nuestra opinión, el juicio de suficiencia de la prueba de cargo supone analizar o examinar su eficacia, es decir, su fuerza o valor probatorio, y ello no sólo en su aspecto formal (prueba practicada con todas las garantías), sino fundamentalmente en su aspecto material. Desde esta perspectiva, la suficiencia sólo podrá predicarse cuando la prueba practicada haya eliminado cualquier duda racional acerca de la culpabilidad del acusado. La doctrina venía utilizando tradicionalmente el concepto de prueba suficiente para referirse a aquella prueba que conseguía disipar en el juzgador todas las dudas razonables en orden a la culpabilidad del acusado. Prueba suficiente y prueba convincente aparecen pues, como conceptos sinónimos...” (Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La mínima actividad probatoria en el proceso penal. J.M. Bosch Editor. Barcelona - España. 1997. Pág. 577)

¹⁰⁸ “En materia de procedimiento penal una de las formas de probar la culpabilidad del sindicado guarda relación con la constatación de la ocurrencia de todos los elementos que integran la conducta punible “más allá de cualquier duda razonable”. Se trata de un alto estándar de prueba existente en algunos sistemas legales del *common law* que, sin embargo, no supone la absoluta certeza acerca de la comisión de un crimen (premisa que es propia del derecho penal –como el nuestro– inspirado en la tradición jurídica continental europea), pero sí asegura que la exposición de hechos y pruebas permitan demostrar una

“...La convicción sobre la responsabilidad del procesado “más allá de toda duda”, corresponde a un estadio del conocimiento propio de la certeza racional¹⁰⁹ y, por tanto, relativa, dado que la certeza absoluta resulta imposible desde la perspectiva de la gnoseología en el ámbito de las humanidades e inclusive en la relación sujeto que aprehende y objeto aprehendido.

Por tanto, únicamente cuando no se arriba a dicha certeza relativa de índole racional ante la presencia de dudas sobre la materialidad y existencia del delito investigado o sobre la responsabilidad del acusado, siempre que, en todo caso, dichas dudas tengan entidad y suficiencia como para crear incertidumbre sobre tales aspectos que tienen que ser debidamente acreditados con medios de prueba reales y posibles en cada caso concreto, no con elementos de convicción ideales o imposibles, ahí, en tal momento, es posible acudir a la aplicación del principio in dubio pro reo, esto es, resolver la vacilación probatoria en punto de la demostración de la verdad, a favor del procesado.

Así las cosas, no resulta conforme con la teoría del conocimiento exigir que la demostración de la conducta humana objeto de investigación sea absoluta, pues ello siempre será, como ya se dijo, un ideal imposible de alcanzar, en cuanto resulta frecuente que variados aspectos del acontecer que constituyó la génesis de un proceso penal no resulten cabalmente acreditados, caso en el

duda razonable a favor del imputado. Es importante subrayar que una duda razonable no es cualquier tipo de duda sino una duda sustentada en la razón como resultado de un proceso de análisis y valoración que realiza el órgano judicial competente de cara a los hechos concretos de cada caso. Dicho criterio de valoración no supone un atentado contra los derechos del sindicado, pues se trata de un estándar valorativo que permite tanto declarar la culpabilidad como absolver al procesado pero exige un grado de convicción elevado y suficiente respecto de la responsabilidad del acusado...” (Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-578/02. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa).

¹⁰⁹ En este sentido Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-609 del 13 de noviembre de 1999.

cual, si tales detalles son nimios o intrascendentes frente a la información probatoria valorada en conjunto, se habrá conseguido la certeza racional, más allá de toda duda, requerida para proferir fallo de condena...”¹¹⁰

De tal forma, la prueba constituye *”...el conjunto de motivos o razones que nos suministran el conocimiento de los hechos, para los fines del proceso, que se deducen de los medios aportados...”¹¹¹*. Un criterio estrictamente objetivo, como anota Miranda Estrampes¹¹².

En el nuevo esquema procesal penal es fundamental distinguir entre los actos de investigación y los actos de prueba¹¹³.

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

¹¹⁰ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso Nro. 32863. Magistrada Ponente: María del Rosario González de Lemos. Aprobado Acta No. 031. Bogotá D.C., febrero tres (3) de dos mil diez (2010).

¹¹¹ Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La Mínima Actividad probatoria en el proceso penal. Edit. KM Bosch, Barcelona, 1.997, pág. 21.

¹¹² Ob. Cit. Pág. 20.

¹¹³ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. sentencia C-396 de 2007. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

dirigidas a obtener la verdad de lo sucedido y verificar sus proposiciones de hecho”¹¹⁴.

Igualmente desde una óptica iusfundamental los actos de investigación orientados a la obtención de evidencias pueden ser clasificados en: actos de investigación que implican la afectación de derechos fundamentales y actos de investigación que no implican la limitación de derechos. De los primeros se pueden citar, la recopilación de evidencias en la escena del crimen, la recepción de entrevistas, la práctica de ciertos dictámenes (como el de balística, o el orientado a determinar la autenticidad de un documento) ¹¹⁵.

Por su parte otros como el allanamiento y registro de un inmueble, la interceptación de comunicaciones telefónicas, las inspecciones corporales, entre otros, sí comprometen derechos fundamentales, por lo que requieren

¹¹⁴ Frente a la diferencia entre acto de investigación y evidencia (o prueba) la Corte Suprema de Justicia ha dicho: “... Los actos de investigación anteceden el EMP. Por ello, “su consolidación y utilidad dependen de la aptitud que tengan de consolidarse probatoriamente en el juicio” Los actos de investigación “no pueden ser valorados ni objeto de contradicción. Los actos de investigación no sustentan de modo alguno...” ninguna decisión, “por cuanto sencillamente de ellos no se da cuenta en ningún momento y solamente vienen a tener una implícita trascendencia en tanto sirven para fundar una prueba”. (Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia 25007 del 13 de septiembre de 2006 MP Alfredo Gómez Quintero).

¹¹⁵ Por eso no existe audiencia de legalización de elemento material probatorio y evidencia física con destino a la demostración de responsabilidad, porque el escenario natural de discusión acerca de la legalidad de esos elementos que pretenden introducirse al juicio para lo de su objeto, es precisamente la audiencia preparatoria.

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

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

de la intervención previa o posterior, o ambas¹¹⁶, del Juez de Control de Garantías¹¹⁷; pues como regla general, las decisiones que restringen los derechos constitucionales de los investigados e imputados deben ser tomadas por los jueces y tribunales¹¹⁸.

En virtud del principio de reserva judicial de las medidas que implican afectación de derechos, en cada caso concreto, el juez de control de garantías debe hacer un juicio de proporcionalidad de la medida cuya autorización se le solicita.

Para ello debe determinar si la finalidad concreta que lleva al Fiscal o a la policía judicial en circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, a solicitar autorización para realizar diligencias que puedan afectar derechos fundamentales es legítima e imperiosa. Igualmente, habrá de examinar si la medida específica, en las condiciones particulares del caso, es

¹¹⁶ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-336/07. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño.

¹¹⁷ "...Sólo de manera excepcional, la ley expresamente consagra cinco (5) circunstancias que le permiten al juez de control de garantías verificar la legalidad de la incautación y recolección de los elementos materiales probatorios y evidencia física, las cuales se contraen al cumplimiento de las órdenes de registros, allanamientos, interceptación de comunicaciones, retención de correspondencia, recuperación de información dejada al navegar por internet, "*u otros medios similares*", impartidas por la Fiscalía (Art. 154-1 y 237). Su expedición -en materia de registros y allanamientos- con la preterición de cualquier requisito sustancial genera la invalidez de la diligencia, "*por lo que los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan del registro carecerán de valor, serán excluidos de la actuación y sólo podrán ser utilizados para fines de impugnación.*" -Art. 232-.

La razón de que en tales eventos deba recurrirse al juez de control de garantías, es precisamente porque esos hallazgos derivan de diligencias que afectan derechos fundamentales. A dicho funcionario le está asignado el control, formal y material, de esos actos de investigación, valga decir, la actividad desplegada por la Fiscalía en ejercicio de su atribución de persecución penal. (Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No 26310. Bogotá, D.C., dieciséis de mayo de dos mil siete. Magistrado Ponente: Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. Aprobado Acta N° 73).

¹¹⁸ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C-1092 de 2003, M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

o no pertinente, y de serlo, si la medida solicitada es idónea para alcanzar dicho fin; si además de idónea, es necesaria porque no existe otro medio alternativo menos restrictivo de los derechos con eficacia semejante para obtener los elementos materiales probatorios y evidencias materiales dentro del programa de investigación; y si al ponderar los derechos y las finalidades buscadas la medida en concreto no resulta desproporcionada, teniendo en cuenta la naturaleza y gravedad de los delitos investigados, el grado de afectación de los derechos que supone la medida en concreto, y los intereses y objetivos específicos buscados con la medida dentro del programa de investigación¹¹⁹.

Así los " actos de prueba " hacen referencia a los elementos y materiales recogidos en la investigación con carácter provisional y no definitivo, para su posterior discusión en el juicio oral, donde se materializa el contradictorio bajo los principios de igualdad de armas, publicidad de las pruebas, inmediación judicial y rito de la oralidad y " prueba propiamente dicha ", que es la consustancial al juicio oral, público y contradictorio.

Los actos de prueba una vez son admitidos e incorporados al juicio se convierten en pruebas, para que sobre ellos se realice el debate y tengan capacidad para generar la convicción judicial requerida; pues en el sistema acusatorio la edificación de la prueba cambia de tribuna: Su espacio natural será la audiencia de juzgamiento pues la sentencia, con las excepciones legales, sólo podrá basarse en la prueba en ella practicada.

En tal sentido se afirma que la prueba ya no se encuentra dispersa en varios escenarios procesales, escrita, secreta y valorada por un funcionario judicial que no tuvo incidencia en su recaudo, para ser practicada de forma

¹¹⁹ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-822 de 2005, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

concentrada en el curso de un juicio, oral, público y con todas las garantías procesales.

En este sentido tal y como se advirtió antes, la labor del Juez de control de garantías de ninguna manera está dirigida a admitir o rechazar pruebas, sino que simplemente está direccionada a efectuar un control Constitucional y legal a algunas actuaciones de la Fiscalía en esta etapa preparatoria del juicio oral.

Una característica basilar del nuevo Código de Procedimiento Penal es que no se dotó de iniciativa probatoria al juez^{120 121 122}. Inclusive su intervención en los interrogatorios es excepcional¹²³, para conseguir que el testigo responda una pregunta o la precise o la aclare, o mediante la formulación de *preguntas complementarias* (art. 397 C.P.P.). No le es tolerado un interrogatorio directo, en aras de escudriñar contenidos ajenos al de la parte que pidió el testimonio.

Su intervención en los interrogatorios, entonces, se reitera, debe ser excepcional y de índole estrictamente complementaria, sólo de esa manera no comporta una lesión de los derechos de una parte a favor de la otra.

“En consecuencia, en materia probatoria, y en particular en lo atinente al testimonio, la regla es que el juez debe mantenerse equidistante y ecuánime

¹²⁰ Cfr. COLOMBIA, “Artículo 361 C.P.P. “Prohibición de pruebas de oficio. En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio.”

¹²¹ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. sentencia C-396 de 2007. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹²² Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso Nro. 32868. M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. Aprobado Acta No. 73. Bogotá, D. C., diez de marzo de dos mil diez.

frente al desarrollo de la declaración, en actitud atenta para captar lo expuesto por el testigo y las singularidades a que se refiere el artículo 404 de la Ley 906 de 2004¹²⁴, interviniendo sólo para controlar la legalidad y lealtad de las preguntas, así como la claridad y precisión de las respuestas, asistiéndole la facultad de hacer preguntas, una vez agotados los interrogatorios de las partes, orientadas a perfeccionar o complementar el núcleo fáctico introducido por aquellas a través de los respectivos interrogantes formulados al testigo, es decir, que si las partes no construyen esa base que el juez, si la observa deficiente, puede completar, no le corresponde a éste a su libre arbitrio y sin restricciones confeccionar su propio caudal fáctico.

“La literalidad e interpretación que corresponde a la citada norma no deja espacio distinto al de concluir que con la misma se restringe entonces igualmente la posibilidad de intervención del juez en la prueba testimonial practicada a instancia de alguna de las partes, para preservar el principio de imparcialidad y el carácter adversarial del sistema, ...”¹²⁵ ...”¹²⁶

Así mismo es menester recordar que el sistema penal Colombiano está orientado por una valoración probatoria que aún se hace con fundamento en las reglas de la *sana crítica* y que por ello no resulta correcto afirmar

¹²³ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal Proceso Nro. 32868. M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. Aprobado Acta No. 73. Bogotá, D. C., diez de marzo de dos mil diez.

¹²⁴ “Para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.”

¹²⁵ *Ibídem* Sentencia 29.415

¹²⁶ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso n.º 32868. M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. Aprobado Acta No. 73. Bogotá, D. C., diez de marzo de dos mil diez.

radicalmente que la sana crítica quedó abolida en la sistemática probatoria de la Ley 906 de 2004 ^{127 128}.

‘...El sistema de valoración probatoria sigue siendo el de persuasión racional o de la sana crítica, como se deduce, vr.gr., de distintos pasajes normativos de la Ley 906 de 2004: art. 308, sobre requisitos para la medida de aseguramiento, la cual será decretada cuando el juez de control de garantías “pueda inferir razonablemente” que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta punible que se investiga; art. 380, “los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, se apreciarán en conjunto”; y, arts. 7 y 381, para proferir sentencia condenatoria deberá existir “convencimiento de la responsabilidad penal, más allá de toda duda...”¹²⁹.

¹²⁷ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso No 24468. Magistrado Ponente. Dr. Edgar Lombana Trujillo. Aprobado Acta No.028. Bogotá D. C., treinta (30) de marzo de dos mil seis (2006).

¹²⁸ Cfr. COLOMBIA, C.S.J. Proceso Nro. 33420. M.P. Dr. Yesid Ramírez Bastidas. Aprobado Acta N° 152. Bogotá, D. C., doce (12) de mayo de dos mil diez (2010).

¹²⁹ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No 26618. Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de enero de dos mil siete (2007). M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón. Aprobado: Acta No.006.

En igual sentido, Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No 30727. M.P. Dr. Yesid Ramírez Bastidas. Aprobado Acta N° 080. Bogotá, D. C., marzo diecisiete (17) de dos mil nueve (2009).

CAPÍTULO 3.

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PROCESAL PENAL.

En Colombia a partir de la expedición de la Constitución política de 1991, se dio una CONSTITUCIONALIZACIÓN¹³⁰ DEL DERECHO EN GENERAL Y DEL DERECHO PENAL EN PARTICULAR¹³¹, que involucra un concepto de legalidad constitucional en el que los valores y principios fundamentales se convierten en parámetros materiales de validez¹³², pues ya no se trata sólo de decidir conforme a las leyes preexistentes sino de garantizar con ellas la efectividad de los derechos fundamentales y la vigencia y supremacía de la

¹³⁰ Alexy plantea que el constitucionalismo se caracteriza por el siguiente perfil: más principios que reglas; más ponderación que subsunción; más jueces que legislador; y más Constitución que ley. (Cfr. ALEXY, Robert. "Derechos individuales y bienes colectivos", en *El concepto y la validez del derecho*, SEÑA, J.M. (trad), 2ª. ed., Gedisa, Barcelona, 1997. p. 160).

¹³¹ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia No. C-038/95. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

¹³² "(...) Los legisladores al momento de ejercer su capacidad configuradora del derecho positivo y, por otro lado, los Jueces al momento de la aplicación de esas formulas legales, esto es, al fallar, deben ajustar todos sus actos de poder a estos referentes materiales, pues todos sus actos se encuentran originariamente condicionados desde la Carta Política (...)", (Cfr. COLOMBIA, Corte constitucional, sentencia C-1064 de 2001. MP. JAIME CÓRDOVA TRIVIÑO).

constitución¹³³.

“... Bajo la vigencia del ordenamiento constitucional colombiano actual, tanto el derecho penal sustantivo como el procesal han sido constitucionalizados, y ello quiere decir que los derechos fundamentales y las garantías consagrados en la Carta Política son límites normativos que obligan aún al legislador, quien no podrá desconocerlos o suprimirlos, sea que actúe en ejercicio de su potestad para adoptar una determinada política criminal, sea que lo haga en uso de competencias de excepción...”^{134 135}

Ello implica que “El Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el ius puniendi debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas...”¹³⁶.

¹³³ La argumentación correcta y objetividad se garantizan con la sumisión a la constitución que puede ser de carácter semántico (en casos fáciles) y axiológico (casos difíciles). (Cfr. GARCÍA FIGUEROA, A., “La Teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo” en CARBONELL, M. (edit.), *Neoconstitucionalismo*, trota, Madrid, 2003, p. 168, 169.

¹³⁴ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sent. T-361, Agosto. 5/97. Exp. T-130694, M.P: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

¹³⁵ “De igual modo, durante la segunda mitad del siglo XX, surgió otro fenómeno de especial relevancia para el derecho procesal, a saber, el de la “Constitucionalización de las garantías procesales”, que ha venido a asegurar -por vía de los textos constitucionales, en el ámbito nacional, y de tratados y convenios supraestatales de derechos humanos, en el ámbito internacional- un mínimo de garantías a favor de las partes, que deben presidir cualquier modelo de enjuiciamiento. Y a través del carácter normativo de estos textos, y de su aplicación directa e inmediata, esto es, su alcance jurídico-positivo, se pretendió evitar que el futuro legislador desconociese o violase tales garantías así como que el juzgador no se viese vinculado por las mismas en la dirección de los procesos...” (Cfr. JOAN PICÓ I JUNOY. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado. Ponencia presentada al “Congreso Internacional de Derecho Procesal” celebrado en Lima del 29 al 31 de octubre de 2003, y publicada en *Derecho Procesal Civil. Congreso Internacional, Lima, 2003*, pp. 55-66; también en la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, 2004, núm. 4, pp. 253-270.

Y esa Constitucionalización del derecho penal, demanda de los aplicadores de las normas el reconocimiento pleno de los derechos fundamentales de todos los habitantes del territorio nacional, así como de las garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial, a fin de impedir el desconocimiento de los mencionados derechos; pues a pesar de que el nuevo esquema procesal penal si bien impone nuevos parámetros hermenéuticos de la Carta Política, no obstante, en virtud del principio de unidad de la Constitución¹³⁷, aquéllos “deben interpretarse y aplicarse en forma tal que guarden armonía con los principios generales y los derechos fundamentales consagrados en el texto constitucional”¹³⁸. Por tanto, ha dicho la Corte las siguen vigentes las diversas líneas jurisprudenciales que ha venido sentado en aspectos de derechos fundamentales relacionados con el proceso penal¹³⁹.

“...Por lo tanto, una labor hermenéutica del procedimiento penal, deberá tener en cuenta no sólo las normas contenidas en el Código respectivo, sino que además es fundamental en dicha tarea, tener en cuenta no sólo las normas del Acto legislativo 03 de 2002, sino las demás disposiciones pertinentes de la Constitución, incluidas aquellas que se integran al bloque de constitucionalidad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 93 Superior, en especial, con los artículos 8, 9 y 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al igual que con los artículos 4 y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Cabe recordar, que de manera expresa el artículo 3 del nuevo Código de Procedimiento Penal, consagró la

¹³⁶ ídem.

¹³⁷ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia SU 062 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

¹³⁸ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C- 873 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹³⁹ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-591/05. Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

prelación en la actuación procesal penal, de los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que traten sobre derechos humanos y que prohíban su limitación durante los estados de excepción. Lo anterior por cuanto “Los principios fundamentales que rigen el proceso (i) siguen gozando de rango constitucional, (ii) se interpretan a la luz de las disposiciones relevantes de los instrumentos internacionales de derechos humanos que vinculan a Colombia (art. 93, C.P.), y (iii) deben ser desarrollados, por mandato de la Constitución y del acto mismo Acto Legislativo, a través de disposiciones legales orientadas a precisar su alcance y contenido específicos en el contexto del procedimiento penal.”¹⁴⁰

De igual manera ha establecido la jurisprudencia que “...para efectos de interpretar la normatividad procesal penal se puede acudir, como criterio auxiliar, a las opiniones consultivas emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a ciertas resoluciones expedidas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en especial, las referentes a los derechos de las víctimas, la independencia e imparcialidad de los funcionarios judiciales y los derechos de las personas privadas de la libertad, al igual que a las recomendaciones adoptadas por organismos internacionales encargados de velar por el respeto de las normas internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario...”¹⁴¹

Así las cosas, decir que la legitimidad del poder judicial es Constitucional significa que aquella se localiza en la Constitución y en el derecho y no sólo en la ley.

¹⁴⁰ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-873 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁴¹ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-591/05. Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

Por lo tanto, en un Estado Constitucional el Juez no agota su misión en el mero y nudo vasallaje al legislador y a su voluntad, mediante la aplicación neutral, cierta y objetiva de la ley, a través de procedimientos silogísticos, sino que es, debe ser, un promotor de los derechos fundamentales, para crear condiciones de libertad e igualdad, entendiendo que el individuo no puede ejercer estos derechos por sí sólo – aun cuando es necesario advertirlo, el aplicador de justicia las más de las veces coincidirá con la concepción del legislador, pues la experiencia enseña que la mayoría de las disposiciones arrojan positivo en su test de Constitucionalidad -.

Y ello es así, en tanto y en cuanto, nuestro modelo de Estado debe garantizar para todas las personas residentes en Colombia condiciones mínimas de salario, alimentación, salud, habitación, educación, etc., bajo la idea de derechos y no simplemente de caridad, demandables de los propios poderes públicos, mediante prestaciones positivas, al decir de Ferrajoli^{142 143}.

Tal alinderamiento conlleva la superación del concepto del imperio de la ley por el del imperio del derecho y de la justicia a la cual están sometidos, sin excepción, todos los poderes públicos y consecuentemente, a una nueva manera de interpretar y aplicar el Derecho e incluso a un cambio del

¹⁴² Cfr. FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantías. La ley del más débil. Ed. Trotta. Madrid. 1999. Pág. 16.

¹⁴³ Este modelo de estado debe garantizar condiciones mínimas de empleo, educación, alimentación, salud, *entendidos como derechos de los ciudadanos*, lo que se ha conocido como “ Estado Bienestar “, en oposición al “ Estado Benefactor ” . No se trata entonces de proteger solamente la vida, sino de establecer cierta calidad mínima de vida.

“A diferencia del Estado de Derecho que atiende exclusivamente a un concepto formal de igualdad y libertad, en el Estado Social de Derecho la igualdad material es determinante como principio fundamental que guía las tareas del Estado con el fin de corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la participación y garantizar a las personas o grupos en situación de desventaja el goce efectivo de sus derechos fundamentales. De esta forma, el Estado Social de Derecho busca realizar la justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional” (Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-1064/01 Magistrados Ponentes: Drs. Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño).

lenguaje¹⁴⁴. Cada conflicto de intereses que se plantee de este modo ha de ser resuelto desde el derecho y no desde la ley.

Aquí pierde importancia suma el texto legal, alzándose la necesidad de impartir justicia material para el caso concreto, apalancados en el entendimiento de los valores y principios como criterios de *creación, interpretación y por último, muy por último, de integración del derecho*¹⁴⁵

En efecto, es evidente que el legislador no puede abarcar la totalidad de los fenómenos o supuestos que son regulados por el procedimiento penal, de modo que todo comportamiento quede subsumido en la norma¹⁴⁶, por ello, en estos eventos, se hace consciente y visible el margen de discrecionalidad del que dispone el funcionario judicial que debe aplicar el Derecho, de tal manera que se amplían las esferas en las que cobra relevancia el criterio judicial y la interpretación constitucional del funcionario¹⁴⁷.

Se convierte así la Constitución, en un “*Proyecto Vinculante*”¹⁴⁸, cuya realización depende en últimas del tratamiento dado a esos derechos y garantías y en donde juega papel preponderante, el edificio mental del Juez, pues es ilusorio para el hacedor de las leyes prever todos los conflictos sociales posibles para luego asignar a cada uno de ellos la solución normativa correspondiente. Así entonces, el conflicto individual planteado

¹⁴⁴ Cfr. FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantías. La ley del más débil. Ed. Trotta. Madrid. 1999. Pág.

¹⁴⁵ Cfr. VALENCIA RESTREPO, Hernán. Nomoárquica, principalística jurídica o principios Generales del Derecho. Temis. Bogotá. 1999. Pág. 4.

¹⁴⁶ Cfr. COLOMBIA, Corte constitucional de Colombia, sentencia C-1198 de 2008, MP. Nilson Pinilla Pinilla.

¹⁴⁷ Hart con anterioridad, había planteado qué “*el Derecho concilia dos necesidades sociales: de un lado, la necesidad de que existan reglas ciertas que regulen la conducta de los individuos y, de otro lado, la necesidad de dejar asuntos que se pueden definir adecuadamente solo en cada caso concreto. El derecho se mueve, así, entre la seguridad y la equidad*”. Cfr. HART, Herbert. *El concepto de derecho*, Genaro Carrió (trad.), Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1963, pp. 162.

cuando interesa a la jurisdicción, deja entonces de ser asunto de particulares para convertirse en un elemento dinámico del ordenamiento jurídico, pues en cada decisión éste ha de ser valorado en su integridad y dentro del contexto social en que se desenvuelve el litigio.

De este modo ha de decirse con la Corte Constitucional que el juez, al poner en relación la Constitución - sus principios y sus normas- con la ley, es un *creador de derecho*¹⁴⁹; pero en su caso esa potestad no lo autoriza para desvincularse motu proprio de ella y sustituirla según su personal criterio; pues que ha de estar *encuadrada y sujeta a una interpretación razonada y motivada de los principios y normas de raigambre superior*¹⁵⁰.

Pero igualmente queremos anotar, que este nuevo paradigma interpretativo, el del principialismo Constitucionalista -, en momento alguno faculta al intérprete para desconocer por su nuda voluntad o para apartarse motu proprio del texto de la ley; pues si como sucede en la mayoría de los casos, las leyes se ajustan a la Constitución¹⁵¹, al operador judicial no le queda otra alternativa distinta que aplicarlas, así sea interpretándolas de conformidad con tales principios¹⁵².

¹⁴⁸ Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. en prologo a Luigi Ferrajoli. Derechos y Garantías. La ley del más débil. Op. Cit. Pág. 11.

¹⁴⁹ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia No. T-406/92. M.P. Dr. Ciro Angarita Barón.

¹⁵⁰ Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. En prologo a Luigi Ferrajoli. Derechos y Garantías. La ley del más débil. Op. Cit. Págs. 11 - 12.

¹⁵¹ Pero aquí debemos evocar las palabras de Robert Alexy, para quien “dicho de forma exagerada, la reconciliación de los derechos fundamentales con la democracia tampoco se halla desde luego en este mundo, sino en el ideal de una sociedad bien ordenada. En ella el pueblo y sus representantes políticos no están en absoluto interesados en lesionar los derechos fundamentales de ciudadano alguno por medio de decisiones parlamentarias mayoritarias, y por tanto de leyes, sino todo lo contrario. La salvaguarda de los derechos fundamentales siempre constituye para todos una eficaz motivación política...” (Cfr. ALEXY, Robert. Derechos Fundamentales y Estado Constitucional democrático”. Ed. Trotta. Madrid. 2003. Págs. 37 – 38).

¹⁵² Recuérdese que incluso para el mismo Dworkin, el derecho no es incompleto sino que lo incompleto es la visión que de él tienen los positivistas, pues no tienen en cuenta que además del derecho explícito se deben tener en cuenta los principios jurídicos implícitos que

Al canto un ejemplo: El principio de favorabilidad, la Constitución lo entiende como una situación más favorable al sindicado o condenado y en caso de duda, su interpretación, no puede ser ninguna diferente de la que más lo favorezca.

Se convierte así en obligatoria, preminente e ineludible para el juez y se relativiza entonces su autonomía, pues aquí encuentra una talanquera de abolengo superior, pues aunque puede descifrar la ley que aplica, no le es dable hacerlo en contra del procesado o condenado.

Aquí el juez no puede escoger con libertad entre las diversas opciones por cuanto ya la Constitución lo ha hecho por él y de manera imperativa y prevalente y toda transgresión a esta regla superior en el curso de un proceso judicial constituye vía de hecho e implica desconocimiento flagrante de los derechos fundamentales, en especial el del debido proceso¹⁵³.

En el nuevo orden Constitucional la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales le corresponde de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador. Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias¹⁵⁴.

El nuevo paradigma constitucionalista, exige una argumentación basada en

son los que mejor se adecuan o son más coherentes con el derecho explícito y suministran mejor justificación. “Desde este punto de vista interpretativo, el juez nunca tiene ocasión de apartarse del derecho y ejercer la facultad de creación del derecho para llegar a una decisión. Es entonces a estos principios implícitos junto con sus dimensiones morales, a los que debe recurrir el juez en aquellos “casos difíciles” en los que las fuentes sociales del derecho no determinan la decisión...” (Cfr. DWORKIN, Hart-. La decisión judicial. Ed. Siglo del Hombre Editores. Universidad de los Andes. Bogotá. 2005. El Debate. Pág. 135- 136).

¹⁵³ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia No. T – 001 – 1999. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁵⁴ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia No. T-406/92. M.P. Dr. Ciro Angarita Barón.

principios constitucionales, estimulando un esquema de adjudicación del derecho donde el juez ya no se limita al simple proceso lógico de subsunción de normas, sino que ahora tiene un reto mucho más grande: su función se remite a un proceso valorativo de principios¹⁵⁵, donde se hace más visible el amplio margen de discrecionalidad del que dispone. El principio de proporcionalidad¹⁵⁶, como una forma de argumentación que ofrece pautas de racionalidad, está destinado precisamente a paliar y legitimar dicho poder discrecional del juez.

Para el Garantismo penal, en un Estado Social de Derecho, la incorporación de los valores y principios a la Constitución, cambian la relación entre el Juez y la ley, asignándole a aquel la función de garantía de la persona, en frente de su violación por parte de las autoridades públicas y fundamentalmente la función de cierre del sistema, mediante la corrección de los márgenes de desviación e ilegitimidad jurídicas en que otros poderes o los propios

¹⁵⁵ La Constitución rematerializada ha facilitado que el juicio de constitucionalidad se extienda a los discursos aplicativos, de modo que el juez, al hacer uso de la ponderación como instrumento de justicia constitucional, puede moverse con relativa libertad, pues, detrás de toda regla late un principio, y los principios son tendencialmente contradictorios. Cfr., PRIETO SANCHÍS, L., “El juicio de ponderación constitucional”, en CARBONELL, M. (Coord.), *el principio de proporcionalidad en el estado constitucional*, Primera edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 144.

¹⁵⁶ Ahora bien, el concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes. Tales subprincipios son aplicados de forma conjunta y escalonada, conformando así un derrotero argumentativo que orienta el control de constitucionalidad de las actuaciones del poder público que inciden en la órbita de los derechos fundamentales. (Cfr. COLOMBIA, Sentencia No. T-422/92. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

individuos hubieran podido incurrir¹⁵⁷.

Y esa *corrección del derecho* por parte de los jueces, cuando las decisiones de otros poderes se han desviado del programa Constitucional o vulneran derechos de las personas, sólo será comprendida, si se entiende, que no existe ningún vínculo de subordinación entre el legislativo y el poder judicial y que ambos están sometidos en igualdad de condiciones a la Constitución¹⁵⁸.

Así entonces, “la actividad jurisdiccional, deja de ser mera interpretación y aplicación de la voluntad del legislador expresada en la ley y el poder judicial deja de ser un subalterno del legislativo. Ahora, la función jurisdiccional adquiere relevancia Constitucional y el poder judicial pasa a convertirse en un auténtico poder en el Estado. Frente al imperio de la ley surge ahora el imperio de la justicia como una forma de compaginar ley y praxis jurídica con los principios y valores Constitucionales”¹⁵⁹.

Entonces cuando hablamos de sometimiento de los Jueces a la ley ha de entenderse como sujeción a la ley válida¹⁶⁰, entendida ésta no como la formalmente promulgada¹⁶¹, sino, y, además, a la ley que se corresponda

¹⁵⁷ Cfr. CRESPO, Eduardo Demetrio. Prevención General e Individualización judicial de la pena. Ediciones Universidad de Salamanca – España. 1999. Pág. 32.

¹⁵⁸ Cfr. PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. La garantía en el Estado Constitucional de Derecho. Ed. Trotta. Madrid. 1997. Pág. 229.

¹⁵⁹ Cfr. PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. La garantía en el Estado Constitucional de Derecho. Op. Cit. Pág. 233.

¹⁶⁰ Denominado Juicio de Validez, que “es aquel en virtud del cual se declara (si es positivo) que una determinada norma (cuya vigencia formal se ha comprobado como verdadera) se adecúa además en su contenido a las determinaciones existentes en niveles superiores del ordenamiento, con independencia de que éstas determinaciones sean reglas o principios, valorativas o neutras, justas o injustas, eficaces o ineficaces” (Cfr. SERRANO, José Luís. Validez y vigencia. Editorial Trotta. Madrid. 1999. Pág. 51)

¹⁶¹ Que corresponde al llamado Juicio de Vigencia, conocido como “aquel que va referido a la mera constatación de la existencia de una norma en el interior de un sistema jurídico. Es un juicio de hecho o técnico, pues se limita a constatar que la norma cumple los requisitos formales de competencia, procedimiento, espacio, tiempo, materia y destinatario; y como tal juicio de hecho es susceptible de verdad y falsedad “. (Cfr. SERRANO, José Luís. Validez y Vigencia. Op. Cit. Pág. 51)

con esos valores y principios Constitucionales - ellos en palabras de Ferrajoli son “el derecho sobre el derecho” que vinculan y limitan la producción jurídica- , correspondencia que debe ser valorada siempre y en cada caso por el Juez¹⁶².

Los valores y principios por tanto, sirven como criterios de interpretación para establecer el sentido de las normas jurídicas e incluso más allá, para establecer su validez – pues sólo son válidas las normas que se correspondan con esos valores y principios¹⁶³, lo que constituye una limitante para el propio legislador, ya que “ la ley no puede pregonarse más como producto o expresión de la conciencia social“, máxime si ésta está en contradicción con los valores y principios¹⁶⁴ - , aunque por carecer de supuestos de hecho, al decir de Zagrebelsky, no son normas de aplicación directa que puedan resolver, aisladamente, un asunto, sino que crean actitudes de adhesión o repulsa en frente al caso concreto¹⁶⁵. Las normas, en cambio, se aplican o no en el caso concreto¹⁶⁶.

Así las cosas, enfatiza Ferrajoli, la interpretación judicial de la ley es siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez junto con la

¹⁶² Cfr. FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantías. La ley del más débil. Op. Cit. Pág. 26.

¹⁶³ Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. En prologo a Luigi Ferrajoli. Derechos y Garantías. La ley del más débil. Op. Cit. Págs. 11.

¹⁶⁴ Cfr. TOCORA, Fernando. Principios Penales Sustantivos. Temis. Bogotá. 2002. Pág. XI.

Adviértase que en el Estado Constitucional, se puede afirmar que aun cuando representen las mayorías, el órgano legislativo en el proceso de determinación de la voluntad política del poder, no puede desconocer las garantías y derechos fundamentales de la minorías y que por lo tanto, “ el sentido político impreso por el poder legislativo al ordenamiento no sólo no es el único, sino que puede no ser el más recomendable o legítimo desde un punto de vista constitucional; es más puede que incurra en desviaciones considerables respecto del sentido constitucional del ordenamiento y que estas desviaciones se hagan especialmente palpables cuando, a lo largo de los distintos procesos de ejecución , se manifiestan en un conflicto concreto de intereses...” (Cfr. PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. La garantía en el Estado Constitucional de Derecho. Op. Cit. Págs. 249 – 250).

¹⁶⁵ Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho Dúctil. Ed. Trotta. Madrid 1995. Págs. 111 - 112.

responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, o sea compatibles con las normas Constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas. Por lo tanto, cuando aquella pugne con la Constitución, debe ser reinterpretada de conformidad con los valores y principios de ésta¹⁶⁷ - Para la Corte Constitucional la palabra "ley" que emplea el primer inciso del artículo 230 de la C.P. debe entenderse no como una norma en particular sino como "ordenamiento jurídico"-

Para la Címera Corte en materia Constitucional, en el Estado actual no es posible hablar de tres ramas del poder con funciones excluyentes y delimitadas, pues existe un control activo entre ellos y así el juez puede convertirse en un instrumento de presión frente al legislador, de tal manera que éste, si no desea ver su espacio de decisión invadido por otros órganos, adopte las responsabilidades de desarrollo legal que le corresponden y expida las normas del caso¹⁶⁸. Esta nueva faceta, es el mejor resguardo para la protección efectiva de los derechos de los asociados.

Y tanto en materia sustantiva como procesal, es principio rector la prevalencia del derecho adjetivo sobre el sustantivo, pues de lo contrario se contravendría el normativo 228 superior.

La Corte Constitucional ha concluido que cuando entran en tensión derechos fundamentales con normas de carácter procedimental – incluso las de casación - , éstas han de ser flexibilizadas, ante la evidencia de la violación de derechos fundamentales pues que las formas no sólo están al servicio de la legalidad, sino que operan en función del principio de Constitucionalidad y

¹⁶⁶ Cfr. BONORINO, Pablo Raúl y PEÑA AYAZO, Jairo Iván. Filosofía del Derecho. Consejo Superior de la Judicatura. 2008. Pág. 89.

¹⁶⁷ Cfr. FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantías. La ley del más débil. Op. Cit. Pág. 26.

¹⁶⁸ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia No. T-406/92. M.P. Dr. Ciro Angarita Barón.

en especial de la efectiva protección de los derechos fundamentales: “ ... si el derecho procesal se torna en obstáculo para la efectiva realización de un derecho sustancial reconocido expresamente por el Juez, mal haría éste en darle prevalencia a las formas haciendo nugatorio un derecho del cual es titular quien acude a la administración de justicia y desnaturalizando a su vez las normas procesales cuya clara finalidad es ser medio para la efectiva realización de derecho material – art. 228 -... de lo contrario se estaría incurriendo en una vía de hecho por exceso ritual manifiesto que es aquel que se deriva de un fallo en el cual haya una renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente de los hechos, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales convirtiéndose así en una inaplicación de la justicia material...”¹⁶⁹

Nuestra carta abiertamente reconoce la vigencia material del derecho y su orientación por el valor primordial de la esencia y lo sustantivo, que supera la simple conformación con la apariencia formal. Lo cual no implica pregonar la inexistencia o ineficacia de las formas procesales, pero sí que un proceso debido no sólo será el que simplemente acate la forma, sino el que además consulte la filosofía, finalidad y contenido de las garantías fundamentales¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sent. T – 1306 de dic. 6/ 2001 M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁷⁰ ‘...El juicio es propiamente el acto del juez en cuanto juez; por eso se le llama así, pues juez significa "el que decide conforme al ius". Y el derecho es objeto de la justicia, por tanto el juicio, de acuerdo con la definición del término, corresponde siempre a lo justo y así el juicio, que se refiere a la determinación recta de lo que es justo, pertenece propiamente a la justicia. Por eso dice Aristóteles en la Ética, Libro V, Capítulo 4o. "Los hombres acuden al juez como a la justicia viviente". El proceso es un juicio y es lícito en cuanto implica un acto de justicia. Y como es evidente por la naturaleza procesal, se requieren tres condiciones para que un proceso sea debido: Primera, que proceda de una inclinación por la justicia; Segunda, que proceda de la autoridad competente; Tercera, que se profiera de acuerdo con la recta razón de la prudencia, en este caso, que se coteje integralmente toda pretensión, de tal manera que siempre esté presente el derecho de defensa, y que el juez en ningún momento se arrogue prerrogativas que no están regladas por la ley, ni exija, asimismo, requisitos extralegales. Siempre que faltaren estas condiciones, o alguna de ellas, el juicio será vicioso e ilícito: en primer lugar, porque es contrario a la rectitud de justicia el impedir el derecho natural a la defensa; en segundo lugar, porque si el juez impone requisitos que no están autorizados por la ley, estaría extralimitándose en sus funciones; en tercer lugar,

Este mandato es dirigido por el artículo 228 a los jueces por lo cual, debe ser estimado como un principio de interpretación y como modulador de la actividad judicial. De tal modo, escribe la Corte Constitucional: *‘...La constitucionalización del principio de prevalencia del derecho sustancial se proyecta sobre el ámbito de las regulaciones procesales para adecuarlas a la defensa de la ley y de los derechos, y a la búsqueda de la vigencia de un orden justo, objetivos supremos consagrados en el Estatuto Superior...’*¹⁷¹.

La Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, estimó necesario precisar que en el deber de buscar la verdad en el actual esquema, el desarrollo del juicio oral no se puede supeditar, exclusivamente, al cumplimiento de las ritualidades que lo conforman porque el proceso penal no es un trámite de formas, ni un fin en sí mismo considerado. Por lo tanto, en aras de no suprimir la eficacia del debate, se debe examinar en cada caso concreto si se alcanzan a trastocar los principios reguladores de la fase del juicio y, por consiguiente, las garantías fundamentales de los sujetos procesales.

Y, en este camino merece resaltarse el más amplio entendimiento del concepto de prueba válida para efectos de la emisión de la sentencia, acuñado por la C.S.J. Sala de Casación Penal¹⁷², en el entendido de que la esencia del proceso constitucional – penal es acceder al valor justicia, porque se trata de un proceso de búsqueda de la verdad que tiene por finalidad hacer prevalecer el derecho sustancial sobre el derecho formal,

porque falta la rectitud de la razón jurídica. (Cfr. COLOMBIA, Sent. T-158/93. M.P. DR. Eduardo Cifuentes Muñoz).

¹⁷¹ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sent. C-586/92. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

¹⁷² Cfr. COLOMBIA, C.S.J. Sala de Casación Penal. Sentencia Nov. 8 de 2007. Magistrado Ponente: Alfredo Gómez Quintero. Proceso No 26411.

pues se trata de hacer justicia material en cada caso¹⁷³. Y ello a partir de la diferenciación de los conceptos de incorporación, controversia y apreciación de la prueba al juicio oral y público, solo exigiendo que su aducción al proceso penal se haga respetando los principios rectores y las garantías procesales y constitucionales y que su apreciación se regula de conformidad con los criterios establecidos en la ley para cada prueba legalmente establecida, porque de principio “Toda prueba pertinente es admisible...” (Artículo 376 ib.) y apreciable (art. 380 ib.) según los criterios establecidos en el respectivo capítulo.

Aquí, entonces se supera un Estado sometido al formalismo de la ley¹⁷⁴, para pasar a un *Estado sub iure*, “... cuya principal consecuencia no es el mero control de Constitucionalidad de las leyes por parte de un tribunal especialmente cualificado para ello, sino la difusión por todos los ámbitos de la jurisdicción de un poder jurídico que se expresa en la posibilidad, amparada por la Constitución, de controlar y corregir los poderes desde la sede de los derechos”¹⁷⁵.

Así también lo entiende Zagrebelsky:

“La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada en favor de una instancia más alta. Y esa

¹⁷³ Cfr. COLOMBIA, Salvamento de voto a sentencia C 396 de 2007. Fallo que declaró exequible el artículo 361 de la Ley 906 de 2004 (Mg. Nilson Pinilla Pinilla)

¹⁷⁴ “(...) Una consecuencia más del modelo de Estado Constitucional es que la ley ya no representa el máximo horizonte normativo del juez y sus prescripciones solo serán atendibles en la medida en que ofrezcan para el caso concreto soluciones coherentes con la Constitución y, en particular, con el sistema de derechos fundamentales (...).” Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, en PRIETO SANCHÍS, L., *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra editores, Lima, 2007, p. 74; GARCÍA DE ENTERRÍA E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Cit. p. 53 y ss.

¹⁷⁵ Cfr. SERRANO, José Luís. Validez y Vigencia. Op. Cit. Págs. 59 – 60.

instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales...”¹⁷⁶

Así se alzaprima en cabeza del Juez su función de garantía de la persona, al poner en relación la Constitución - sus principios y sus normas - con la ley, para crear derecho; apuntalado en una interpretación razonada y motivada de los principios y normas de raigambre superior.

De tal modo la Constitucionalización del derecho refuerza el concepto de Estado social de derecho, toda vez que este último dinamiza las previsiones constitucionales mediante un desarrollo material y efectivo.

Con ello se logra que la Carta Política no solo sea reconocida como *fuentes de fuentes del derecho*, sino que sus principios y postulados tienen ejecución real y material, lo cual no deja de ser un complemento importante del catalogo de garantías y de la eficaz protección de los derechos fundamentales.

En síntesis, el papel de la Constitución como fuente del derecho y como regulador esencial de las competencias de las distintas ramas del derecho y el reforzamiento de este concepto con el contenido y misión del Estado social de derecho, determinan por qué este trabajo -en el que justamente se analizan las garantías fundamentales en la producción de la prueba- y cualquier otro, siempre partirá del examen que acaba de realizarse en torno al papel de la Constitución en la orientación de normas de derecho que le están subordinadas.

¹⁷⁶ Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*, Gascón, M., (trad), con epílogo de G. Peces Barba, Trotta, Madrid, 1995, p. 40.

Ahora bien, para GERARDO BARBOSA CASTILLO “...Los procesos penales no son otra cosa que métodos para administrar justicia, bajo el entendido de que un método, conforme a su significación usual, es el camino, valga decir, la secuencia de pasos que es aconsejable recorrer cuando se persigue un fin determinado...”¹⁷⁷.

El concepto del profesor BARBOSA nos recuerda la importante noción del contenido lógico del proceso, ya que precisamente hablar de *método* es reconocerlo como una secuencia lógica de actos. Visión que denota la importancia de la estructura del proceso y la calidad de acto condición que cada etapa o actuación puede tener en relación con la que le sigue¹⁷⁸.

“...El derecho fundamental al debido proceso en materia penal, siguiendo la reiterada jurisprudencia de la Corte, constituye una limitación al poder punitivo del Estado, en cuanto comprende el conjunto de garantías sustanciales y procesales especialmente diseñadas para asegurar la legalidad, regularidad y eficacia de la actividad jurisdiccional en la investigación y juzgamiento de los hechos punibles, con miras a la protección de la libertad de las personas, u otros derechos que puedan verse afectados. Las aludidas garantías configuran, conforme al art. 29 de la Constitución, los siguientes principios medulares que integran su núcleo esencial: legalidad, juez natural o legal, favorabilidad, presunción de inocencia, derecho a la defensa (derecho a la asistencia de un abogado, a presentar y controvertir pruebas, a oponer la nulidad de las obtenidas con violación del debido proceso, y a impugnar la sentencia condenatoria), debido proceso público sin

¹⁷⁷ Cfr. BARBOSA CASTILLO, Gerardo. Estructura del Proceso. Estado actual de la justicia en Colombia, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2.003, Pág. 59.

¹⁷⁸ “... La vigencia de un Estado Social de Derecho impone la facultad jurisdiccional de tomar decisiones obligatorias, las cuales, para que sean aceptadas, deben adoptarse con fundamento en reglas que determinan cuales autoridades están autorizadas para tomar las decisiones obligatorias y cuales son los procedimientos para obtener una decisión judicial...”. (Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sent. T-416, Agosto. 12/98, Exp. T-160646. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero).

*dilaciones injustificadas, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho...*¹⁷⁹.

También debe advertirse que los distintos procedimientos pueden contemplar mecanismos de terminación precoz. El telos consiste en la aceleración del rito, saltándose la fase del juicio oral, público y contradictorio.

Pero ello de ninguna manera puede llevarnos a pregonar que se puede concebir como un procedimiento que no garantice el cumplimiento de las garantías propias del proceso o que estemos ante un modelo distinto de proceso, es decir, que no existan publicidad y contradicción, y por ende que no gozan del carácter adversarial que son las características esencial de un esquema de tendencia acusatoria; pues que al igual que en el proceso ordinario, le corresponde a la Fiscalía desplegar una mínima y suficiente actividad investigativa y probatoria, para allegar los elementos materiales de prueba que conlleven a declarar en grado de certeza más allá de toda duda, la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de la conducta de la persona imputada; con lo cual se garantiza la separación de funciones de acusación y defensa y el desempeño de la labor de juzgamiento por parte del juez como un tercero imparcial.

“... Ningún sistema que reconozca la validez del principio de igualdad puede limitar la aplicación de procedimientos de abreviación sobre la base de la dificultad probatoria, mayor o menor. El principio de igualdad, materialmente entendido, admite la diversidad de procedimientos ante situaciones diversas, pero no admite la exclusión o selectividad de las garantías en perjuicio del sindicado en razón a la inoperancia del propio aparato Estatal. En ese orden de ideas, será válido consagrar procedimientos diferentes para la

¹⁷⁹ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sent. T-039, Feb. 5/96. M.P. Dr. Exp. T-55257, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

investigación y juzgamiento de conductas menores de aquellas de mayor lesividad, por razón de la economía procesal, sin que con ello se merme la igualdad, por ejemplo en materia de unidad procesal, pues allí no se afecta al sindicado; pero, no existe razón para excluir la aplicación de los procedimientos consensuados en ninguno de los dos casos, pues se parte de la base de un proceso con un fundamento probatorio que el juez evalúa libremente y eventualmente sustenta una condena independientemente de la entidad probatoria que adquiriera la aceptación de responsabilidad por parte del sindicado. De otra parte, debe tenerse en cuenta que dichos procedimientos por lo general vienen acompañados de un estímulo en el tratamiento punitivo, que es en la práctica el que conduce al sindicado a optar por la anticipación de la decisión. Ahora bien, si la conducta se considera de irrelevante lesión, la respuesta del aparato debe ser sustantiva, la descriminalización o la exclusión de la antijuridicidad material si se trata del caso concreto...”¹⁸⁰

De igual manera ha de decirse, que el proceso penal tiene unas premisas constitucionales que determinan su validez, cuyo núcleo esencial encuentra apoyo en el artículo 29 Constitucional¹⁸¹.

¹⁸⁰ Cfr. BAZANI MONTOYA, Darío. Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. “La terminación anticipada del proceso por consenso y el principio de oportunidad “. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2004. Págs. 264 - 265.

¹⁸¹ ‘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.’

En un Estado Social y Democrático de Derecho, donde la dignidad humana ocupa un lugar de primer orden, se imponen limitaciones al legislador para la configuración del ordenamiento penal, erigiendo los derechos fundamentales como límites sustantivos del poder punitivo del Estado. La interpretación y aplicación de la teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales, debe necesariamente vincularse al orden de valores consagrado en la Constitución, ponderando sus fines mediante la prohibición de limitaciones desproporcionadas a su libre ejercicio. La Constitución contiene una escala de valores que impide, salvo caso de extrema necesidad, *conceder prioridad a un bien jurídico por encima de un derecho fundamental*. En la ponderación de valores constitucionales requerida en cada caso, es necesario garantizar una especial “fuerza de resistencia” a los derechos fundamentales, representada en la teoría del núcleo esencial, frente a otros valores jurídicos consagrados en la constitución”.¹⁸²

En este orden de ideas, debemos recordar que dado el carácter de fuente de la Carta, las imposiciones en materia de debido proceso, se orientan no sólo al dispensador de justicia, sino también al legislador. Efectivamente el poder legislativo tiene una llamada *libertad de configuración* en materia de procedimiento penal, pero la misma no sobra señalarlo, está supeditada a las reglas constitucionales.

La Corte Constitucional¹⁸³ reiterando su jurisprudencia sobre el tema¹⁸⁴, ha señalado que:

¹⁸² Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-426 de junio 24 de 1992. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁸³ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-203/11, Expediente D-8237.

¹⁸⁴ Entre otras Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. C-039 de 2004, C-1091 y C-237 A de 2003, C-899 de 2003, C-798 de 2003, C-318 de 2003, C-204 de 2003, C-426 de 2002, C-316 de 2002, C-1104 de 2001, C-1717 de 2000, C-1512-00, C-803 de 2000, C-596 de 2000, C-591 de 2000, C-384 de 2000, C-742 de 1999, C-680 de 1998, C-346 de 1997, C-005 de 1996.

“En cuanto a los alcances del poder, conforme el recuento jurisprudencial de la sentencia C-738 de 2006, en desarrollo de dicha facultad, el legislador tiene las siguientes potestades: i) Fijar las etapas de los diferentes procesos y establecer los términos y las formalidades que deben cumplir. ii) Definir las competencias cuando no se han establecido por la Constitución de manera explícita entre los distintos entes u órganos del Estado. iii) La regulación de los medios de prueba, ingrediente consustancial al debido proceso y al derecho de defensa, reconocible en los siguientes derechos: a) “el derecho para presentarlas y solicitarlas”; b) “el derecho para controvertir las pruebas que se presenten en su contra”; c) “el derecho a la publicidad de la prueba, pues de esta manera se asegura el derecho de contradicción”; d) “el derecho a la regularidad de la prueba, esto es, observando las reglas del debido proceso, siendo nula de pleno derecho la obtenida con violación de éste”; e) “el derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos”; y f) “el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso”. iv) Definir los deberes, obligaciones y cargas procesales de las partes, los poderes y deberes del juez y aún las exigencias de la participación de terceros intervinientes, “ya sea para asegurar la celeridad y eficacia del trámite procesal, proteger a las mismas partes e intervinientes o bien para prevenir situaciones que impliquen daño o perjuicio injustificado a todos o algunos de ellos”.

Es evidente entonces, que el derecho fundamental al debido proceso representa un límite al ejercicio del poder castigador del Estado, en una doble dimensión dirigida tanto a la rama judicial, como al poder legislativo. Señalando para este último un marco de acción de instrumentalización de los procesos y procedimientos generales y, en particular para el juzgador detallando las formas de ejecución de los actos procesales y de modo muy

especial, una lectura muy particular a las normas jurídicas procesales, que propicia una hermenéutica constitucional de las mismas.

Todo ello no obstante la cláusula de competencia general del Congreso de la República para la expedición de las leyes, consagrada en el Art. 150 de la Constitución Política, en concordancia con lo dispuesto en los Arts. 29 y 228 ibídem, y específicamente con base en lo previsto en el Núm. 2 del primer artículo, en virtud del cual corresponde a aquella corporación *“expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones”*.

La Corte Constitucional ha delimitado de manera clara que el legislador tiene libertad de configuración para crear y modificar los procesos y actuaciones judiciales, en sus diversos aspectos, siempre y cuando respete los derechos, garantías, principios y valores contemplados en la misma Constitución y obre conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

“Compete al legislador regular lo concerniente a los medios de prueba. Como algo consustancial al derecho de defensa, debe el legislador prever que en los procesos judiciales se reconozcan a las partes los siguientes derechos: i) el derecho para presentarlas y solicitarlas; ii) el derecho para controvertir las pruebas que se presenten en su contra; iii) el derecho a la publicidad de la prueba, pues de esta manera se asegura el derecho de contradicción; iv) el derecho a la regularidad de la prueba, esto es, observando las reglas del debido proceso, siendo nula de pleno derecho la obtenida con violación de éste; v) el derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos; y vi) el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso.”^{185” 186 187}

¹⁸⁵ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C -1270 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Así mismo la libertad de configuración del legislador y sus límites en materia procesal, según lo ha establecido la guardiana de la Constitución y de la cual goza constitucionalmente el legislador, - numeral 2º del artículo 150 del Estatuto Superior -, lo habilita con amplio margen de configuración, para regular los procedimientos, las etapas, los términos, los efectos, determinar la naturaleza de actuaciones judiciales, eliminar etapas procesales, requerir la intervención estatal o particular en el curso de las actuaciones judiciales, imponer cargas procesales o establecer plazos para el ejercicio del derecho de acceso a la administración de justicia y demás aspectos de las instituciones procesales en general y que mientras el legislador, no ignore, obstruya o contraríe las garantías básicas previstas por la Constitución, goza de discreción para establecer las formas propias de cada juicio, entendidas éstas como 'el conjunto de reglas señaladas en la ley que, según la naturaleza del proceso, determinan los trámites que deben surtirse ante las diversas instancias judiciales o administrativas.

De tal manera que, por regla general, la determinación de los sujetos procesales y de los momentos en que ellos pueden intervenir en los procesos judiciales hace parte de la libertad de configuración normativa del legislador que debe responder a las necesidades de la política legislativa, para lo cual evalúa la conveniencia y oportunidad de los mecanismos o instrumentos procesales para hacer efectivos los derechos, libertades ciudadanas y las garantías públicas respecto de ellos.

¹⁸⁶ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C - 1104 de 2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁸⁷ En el mismo sentido se puede Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-830/02. Magistrado Ponente: Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA. Bogotá, D.C., ocho (8) de octubre de dos mil dos (2002)

De allí que, como se apuntara en la sentencia C-227 de 2009, la doctrina constitucional haya considerado que la competencia normativa del legislador resulta acorde con el estatuto superior, siempre y cuando tenga en cuenta los siguientes aspectos: “i) que atienda los principios y fines del Estado tales como la justicia y la igualdad entre otros; ii) que vele por la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos que en el caso procesal (...) puede implicar derechos como el debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia (artículos 13, 29 y 229 C.P.); iii) que obre conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la definición de las formas y iv) que permita la realización material de los derechos y del principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formas (artículo 228 C.P.)”¹⁸⁸.

¹⁸⁸ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. sentencia C-227 de 2009. M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

CAPÍTULO 4.

REGULACIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL EN LA LEY 906 DE 2004

El marco procesal que nos rige a partir de la vigencia de la ley 906 de 2004 tal y como se ha advertido, comporta un cambio radical en materia probatoria, pues el sistema acusatorio que aquella normativa estableció no por iniciativa propia del legislador de 2004 al expedir la Ley 906 sino directamente por el Constituyente¹⁸⁹ derivado a través del Acto Legislativo 03 de 2002, que modificó el artículo 250 de la Constitución Política, abandona el principio de permanencia de la prueba¹⁹⁰ y está guiado por principios¹⁹¹

¹⁸⁹ “La observancia de tales principios es, entonces, mandato directo de la Carta fundamental. De allí que el campo de maniobra del operador jurídico sea restringido y la mayor o menor flexibilidad en su aplicación sólo podrá tener lugar al amparo de una interpretación transversal de las normas *superiores*”. (Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 33989. M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán. Aprobado acta Nro. 411. Bogotá, D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil diez (2010).

¹⁹⁰ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-591 del 9 de junio de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁹¹ Alexy plantea que el constitucionalismo se caracteriza por el siguiente perfil: más principios que reglas; más ponderación que subsunción; más jueces que legislador; y más Constitución que ley. (Cfr. ALEXY, Robert. “Derechos individuales y bienes colectivos”, en *El concepto y la validez del derecho*, Seña, J.M. (trad), 2ª. ed., Gedisa, Barcelona, 1997. p. 160).

propios de este sistema¹⁹², valga decir los de concentración e inmediatez - y otros que son comunes a cualquier modelo procesal penal como el de oralidad¹⁹³ - , pero también debe advertirse que estos principios no tienen el carácter de absolutos¹⁹⁴, siempre y cuando el legislador respete unos contenidos constitucionales mínimos y si tenemos en cuenta además que son posibles los allanamientos, preacuerdos y estipulaciones.

Tales principios se encuentran consagrados en los artículos 16¹⁹⁵ y 17¹⁹⁶ del C. de P.P.

La inmediatez alude a la forma en que el operador judicial percibe, aprecia, asume o entra en contacto con el insumo probatorio y con los intervinientes en el juicio. Por tanto, la inmediatez se vincula con la percepción que debe tener el juez con la prueba, con los sujetos procesales, de manera que sea el funcionario que va a proferir fallo de primera instancia el que directamente

¹⁹² “(...) Los legisladores al momento de ejercer su capacidad configuradora del derecho positivo y, por otro lado, los Jueces al momento de la aplicación de esas formulas legales, esto es, al fallar, deben ajustar todos sus actos de poder a estos referentes materiales, pues todos sus actos se encuentran originariamente condicionados desde la Carta Política (...)”, (Cfr. COLOMBIA, Corte constitucional, sentencia C-1064 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño).

¹⁹³ La oralidad entendida como un tipo procesal y referida al medio de expresión que se utiliza en el proceso. Esta patrocina que el debate probatorio propio del juicio, así como las alegaciones que en él presenten los sujetos procesales e intervinientes, se realicen de manera oral, en procura de asegurar la agilidad y fidelidad a la actuación, “sin perjuicio de conservar registro de lo acontecido” (artículo 9º de la Ley 906 de 2004). En nuestro entender es posible diferenciar los conceptos de oralidad e inmediatez, no obstante el estrecho vínculo y afinidad entre ambos.

¹⁹⁴ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No 27336.MM.PP. Augusto J. Ibáñez Guzmán. Jorge Luís Quintero Milanés. Aprobado: Acta No.175. Bogotá, D. C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil siete (2007).

¹⁹⁵ “Artículo 16. Inmediatez. En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas. Sin embargo, en las circunstancias excepcionalmente previstas en este código, podrá tenerse como prueba la producida o incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el juez de control de garantías.

¹⁹⁶ “Artículo 17. *Concentración*. Durante la actuación procesal la práctica de pruebas y el debate deberán realizarse de manera continua, con preferencia en un mismo día; si ello no fuere posible se hará en días consecutivos, sin perjuicio de que el juez que dirija la audiencia excepcionalmente la suspenda por un término hasta de treinta (30) días, si se presentaren circunstancias especiales que lo justifiquen. En todo caso el juez velará porque no surjan otras audiencias concurrentes, de modo que concentre su atención en un solo asunto.

practique las pruebas y ante quien se presenten los alegatos¹⁹⁷; aunque es bueno advertirlo este criterio no es absoluto¹⁹⁸. Al tenor del artículo 16 de la Ley 906 de 2004, solamente podrán estimarse las pruebas que hayan sido producidas e incorporadas en el juicio público, con garantía de contradicción y confrontación frente al juez de conocimiento, con algunas taxativas salvedades.

Por su parte la concentración en términos generales, se refiere a que el el juicio “(i) es el escenario en el que, por regla general, se practican las pruebas; (ii) que debe ser continuo – *“la práctica de pruebas y el debate deberán realizarse de manera continua, con preferencia en un mismo día; si ello no fuere posible se hará en días consecutivos, sin perjuicio de que el juez que dirija la audiencia excepcionalmente la suspenda por un término hasta de treinta (30) días, si se presentan circunstancias especiales que lo justifiquen’ (artículo 17 de la Ley 906 de 2004)-*”, salvo que se esté ante una situación sobreviniente y grave que lo impida, caso en el cual podrá suspenderse por el tiempo que ella dure; (iii) que debe tener una secuencia necesaria, racional en el tiempo, de modo que no afecte la memoria de lo sucedido en la audiencia, y (iv) que debe ser presidido por un mismo juez...”

¹⁹⁹

¹⁹⁷ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de casación del 17 de septiembre de 2007. Rad. 27336. MM.PP. Drs. Augusto J. Ibáñez Guzmán, Jorge Luís Quintero Milanés. Aprobado: Acta No.175.

¹⁹⁸ “Ahora, si el funcionario que luego es reemplazado alcanzó a anunciar el sentido del fallo, el nuevo podría omitir la repetición del juicio, siempre que respete el criterio adoptado por quien presenció el juicio y no haga cosa distinta que desarrollar, o mejor materializar los argumentos expuestos en la audiencia en la que se anunció el sentido del fallo, salvo, eventualmente, cuando el cambio resulte benéfico para el acusado...” (Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso n° 32556. M.P. Dr. Augusto J. Ibáñez Guzmán. Aprobado acta N° 7. Bogotá, D.C., veinte (20) de enero de 2010). En igual sentido, Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. M.P. Dr. Luis Guillermo Salazar Otero. Aprobado Acta No. 417. Bogotá, D.C., catorce (14) de noviembre de dos mil doce (2012)

¹⁹⁹ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 33989. M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán. Aprobado acta Nro. 411. Bogotá, D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil diez (2010).

La Corte Constitucional, en relación con las modificaciones que trajo la Ley 906 en materia probatoria indicó:

“En efecto, las modificaciones introducidas al proceso penal mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 inciden en el régimen probatorio, por cuanto la construcción de la prueba cambia de escenario, en el sentido de que se abandona el principio de permanencia de la prueba, según el cual las pruebas practicadas por la Fiscalía General de la Nación desde la indagación preliminar tienen validez para dictar una sentencia, por aquellos de concentración e inmediatez de la prueba practicada en el curso de un juicio oral, público y con todas las garantías. De tal suerte que los elementos materiales probatorios y las evidencias recaudadas durante la investigación, si bien sirven de soporte para imponer medidas restrictivas al ejercicio de los derechos fundamentales, no pueden ser el fundamento de una sentencia condenatoria, decisión que debe estar soportada en pruebas practicadas durante el juicio oral.

En tal sentido, la prueba deja de encontrarse dispersa en varios escenarios procesales, escrita, secreta y valorada por un funcionario judicial que no tuvo incidencia en su recaudo, para ser practicada de forma concentrada en el curso de un juicio oral, público y con todas las garantías procesales...²⁰⁰

A su turno el artículo 379 ibídem, incluido en el acápite de las pruebas, hace referencia a la inmediación indicando:

“El juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia. La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional.”

²⁰⁰ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-591 del 9 de junio de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Estos dos principios, a los cuales se les agrega de manera inapropiada el de oralidad (Art. 9²⁰¹) - no constituye un principio²⁰² propiamente dicho sino más bien un criterio, que le da fisonomía propia a ningún sistema, pues es propio de sistemas inquisitivos y acusatorios y tiene que ver más con el método de incorporación de la evidencias al juicio²⁰³, son el soporte principal del sistema penal oral acusatorio que hoy rige en nuestro país y el punto de quiebre con el sistema inquisitivo con tendencia acusatoria de la Ley 600 de 2000, a partir de los cuales nacen conceptos como los de “elemento material probatorio”, “evidencia física” e “información legalmente obtenida”.

En materia probatoria al igual que la ley 600 de 200, aunque en escenarios distintos, la Ley 906 distingue claramente los momentos procesales para su recaudo, descubrimiento, producción, aducción y valoración, sobre los cuales nos ocuparemos a continuación.

²⁰¹ Artículo 9º. Oralidad. La actuación procesal será oral y en su realización se utilizarán los medios técnicos disponibles que permitan imprimirle mayor agilidad y fidelidad, sin perjuicio de conservar registro de lo acontecido. A estos efectos se dejará constancia de la actuación.

²⁰² En nuestro modo de ver también de forma desbordada se le ha dado la entidad de principio.

Juan Fernández Carrasquilla, citado por Gerardo Barbosa Castillo y Carlos Arturo Gómez Pavajeau, resume así las características de los principios: “ **primeros**, porque nada hay en el campo respectivo antes de ellos, aunque , es justo anotarlos, cada principio de un determinado campo del ser, del pensamiento o de la acción se inspira en un campo más amplio, hasta remontarse a los “ primeros principios “ (identidad, no contradicción, tercio excluido); **Prioritarios**, por cuanto prevalecen sobre las demás leyes, pautas o criterios del campo correspondiente, estando todos éstos supeditados a ellos; y al fin, **principales**, porque siendo el comienzo, todo lo demás se deriva o desprende de ellos y nada hay dentro del campo respectivo con mayor fuerza de atracción y cohesión que ellos” (Cfr. BARBOSA CASTILLO, Gerardo - Carlos Arturo Gómez Pavajeau. Bienes jurídicos y derechos fundamentales. sobre un concepto de bien jurídico para Colombia. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1996. Págs. 53 – 65).

²⁰³ La Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, expresó el criterio de que no darle lectura integral a los documentos no constituía una irregularidad trascendental, si los contrarios ya los conocían, pues que “según lo norma el artículo 431 de la Ley 906 de 2004, tiene por objeto que su contenido sea conocido por los intervinientes; de manera que si ese propósito se cumple sin necesidad de la lectura completa de su contenido, se desdibuja cualquier anomalía trascendente” (Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 38187. M.P: Dr. Julio Enrique Socha Salamanca. Aprobado Acta No.

Lo primero que se debe advertir es que el artículo 275 de la Ley 906²⁰⁴, maneja indistintamente los términos “elemento material probatorio” y “evidencia física”.

El uso de estos términos obedece a la necesidad de adecuar tales conceptos al nuevo esquema procesal, en el entendido que por virtud del principio de inmediación, sólo cuando el “elemento material probatorio”, la “evidencia física” o la “información legalmente obtenida” han sido debatidos y controvertidos en el juicio oral, público, contradictorio y concentrado, adquieren la calidad de prueba²⁰⁵ y pueden ser sustento de una sentencia judicial, de manera que ab initio cada uno de ellos sólo está revestido de la

271. Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de julio de dos mil doce (2012). Ver también, Rad. Nro. 34.339 del 26 de enero de 2011).

²⁰⁴ Ley 906 de 2004, artículo 275. Elementos materiales probatorios y evidencia física. Para efectos de este código se entiende por elementos materiales probatorios y evidencia física, los siguientes:

- a) Huellas, rastros, manchas, residuos, vestigios y similares, dejados por la ejecución de la actividad delictiva;
- b) Armas, instrumentos, objetos y cualquier otro medio utilizado para la ejecución de la actividad delictiva;
- c) Dinero, bienes y otros efectos provenientes de la ejecución de la actividad delictiva;
- d) Los elementos materiales descubiertos, recogidos y asegurados en desarrollo de diligencia investigativa de registro y allanamiento, inspección corporal y registro personal;
- e) Los documentos de toda índole hallados en diligencia investigativa de inspección o que han sido entregados voluntariamente por quien los tenía en su poder o que han sido abandonados allí;
- f) Los elementos materiales obtenidos mediante grabación, filmación, fotografía, video o cualquier otro medio avanzado, utilizados como cámaras de vigilancia, en recinto cerrado o en espacio público;
- g) El mensaje de datos, como el intercambio electrónico de datos, internet, correo electrónico, telegrama, télex, telefax o similar, regulados por la Ley 527 de 1999 o las normas que la sustituyan, adicionen o reformen;
- h) Los demás elementos materiales similares a los anteriores y que son descubiertos, recogidos y custodiados por el Fiscal General o por el fiscal directamente o por conducto de servidores de policía judicial o de peritos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, o de laboratorios aceptados oficialmente.

²⁰⁵ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No 30243. M.P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca. Aprobado Acta No.312. Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil ocho (2008).

propensión a servir de medio de convicción²⁰⁶ y ella se materializa únicamente mediante su aducción en juicio.

Pero también ha dicho la Jurisprudencia²⁰⁷ que esa condición de ser apenas un rudimento de prueba^{208 209} no es absoluta y que en algunas ocasiones deja de tener efectos negativos, en la medida que esos “rudimentos de prueba” se incorporen al juicio oral con respeto a los procedimientos de la cadena de custodia²¹⁰, a los postulados de oportunidad^{211 212}, inmediatez²¹³, publicidad²¹⁴ y contradicción²¹⁵.

²⁰⁶ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 9 de noviembre de 2006, Rad. 25738.

²⁰⁷ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso n.º 32730. M.P. Dr. Yesid Ramírez Bastidas. Aprobado Acta N° 089. Bogotá, D. C. Marzo veinticuatro (24) de dos mil diez (2010).

²⁰⁸ En el nuevo esquema procesal penal es fundamental distinguir entre los actos de investigación y los actos de prueba “...Los primeros tienen como finalidad recaudar y obtener las evidencias o los elementos materiales probatorios que serán utilizados en el juicio oral para verificar las proposiciones de las partes y el Ministerio Público y, para justificar, con grado de probabilidad, las decisiones que corresponden al juez de control de garantía en las etapas preliminares del procedimiento. En otras palabras, los actos de investigación se adelantan por la Fiscalía, la Defensa, el Ministerio Público y la víctima con el control y vigilancia del juez de control de garantías. Los segundos, los actos de prueba, son aquellas actuaciones que realizan las partes ante el juez de conocimiento con el objeto de incorporar los actos de investigación al proceso y convertirlas en pruebas dirigidas a obtener la verdad de lo sucedido y verificar sus proposiciones de hecho” (Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. sentencia C-396 de 2007. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra).

²⁰⁹ Frente a la diferencia entre acto de investigación y evidencia (o prueba) la Corte Suprema de Justicia ha dicho: “... Los actos de investigación anteceden el EMP. Por ello, “su consolidación y utilidad dependen de la aptitud que tengan de consolidarse probatoriamente en el juicio” Los actos de investigación “no pueden ser valorados ni objeto de contradicción. Los actos de investigación no sustentan de modo alguno...” ninguna decisión, “por cuanto sencillamente de ellos no se da cuenta en ningún momento y solamente vienen a tener una implícita trascendencia en tanto sirven para fundar una prueba”. (Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia 25007 del 13 de septiembre de 2006 M.P. Dr. Alfredo Gómez Quintero).

²¹⁰ “Desde una interpretación constitucional y en orden a la visión y concepción de la casación penal como un control de constitucionalidad y legalidad de las sentencias proferidas en segunda instancia, se debe considerar que tanto en los eventos de ilicitud y de ilegalidad probatoria como de ilicitudes o ilegalidades que recaen sobre los elementos materiales probatorios y evidencias físicas, lo que se produce normativamente son efectos idénticos de exclusión dadas las inexistencias jurídicas por tratarse en esos eventos de medios de convicción que constitucionalmente se predicen “nulos de pleno derecho” y que, de consecuencia, dichos resultados de “inexistencia jurídica” de igual se transmiten a los que dependan o sean consecuencia de aquellos o a los que sólo puedan explicarse en razón de la existencia de las excluidas, pues como es de lógica jurídica y por sobre todo

Dado que para cuando se impone a las partes el descubrimiento probatorio, salvo lo concerniente a la “prueba sobreviniente” - que si bien en principio espira en la audiencia preparatoria, excepcionalmente el juez lo puede autorizar con posterioridad, según lo preceptuado en los artículos 344²¹⁶ y

constitucional, las “inexistencias jurídicas” no pueden dar lugar a “reflejos de existencias jurídicas”.

“En efecto: si de acuerdo a los mandatos constitucionales del artículo 29 y de los artículos 23, 455, 232 y 360 de la Ley 906 de 2004, las pruebas como elementos materiales probatorios y evidencias físicas que se hubiesen obtenido con violación del debido proceso reportan un efecto-sanción de nulidad de pleno derecho por lo que deben excluirse, porque comportan efectos de inexistencia jurídica, de correspondencia con ese imperativo de la Carta Política a su vez desarrollado en el Código de Procedimiento Penal, se podrá comprender y desde luego interpretar que por virtud de esa exclusión, las inexistencias jurídicas de carácter probatorio no tienen la potencialidad de dar génesis, ni de las mismas se pueden derivar existencias jurídicas, esto es, no pueden dar lugar a efectos reflejos de licitudes ni legalidades probatorias”. (Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Auto* del 23 de abril de 2008, Rad. 29.416, citada en la sentencia 32730 anterior).

²¹¹ Ley 906 de 2004.- Artículo 374.- Oportunidad de prueba.- Toda prueba deberá ser solicitada o presentada en la audiencia preparatoria, salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo 357, y se practicará en el momento correspondiente del juicio oral y público.

²¹² Para diferenciar este concepto del principio o criterio de oportunidad consagrado en los artículos 321 al 330 de la ley 906 de 2004, que podría dar lugar a la extinción de la acción penal como **excepción al principio de legalidad o de obligatoriedad**; pueden consultarse: FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos. Aproximación al estudio del principio de oportunidad. Editorial Ibáñez. Bogotá. 2006. Pág. 253.

También, NOVOA VELÁSQUEZ, Néstor Armando. Fiscalía General de la Nación. Revista Huellas Nro. 72 – julio 2011. Págs. 62 - 86

²¹³ Ley 906 de 2004.- Artículo 374.- Inmediación.- El juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia. La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional.

²¹⁴ Ley 906 de 2004.- Artículo 374.- Publicidad.- Toda prueba se practicará en la audiencia del juicio oral y público en presencia de las partes intervinientes que hayan asistido y del público presente, con las limitaciones establecidas en este código.

²¹⁵ Ley 906 de 2004.- Artículo 378.- Contradicción.- Las partes tienen la facultad de controvertir tanto los medios de prueba, como los elementos materiales probatorios y evidencia física presentados en el juicio, o aquellos que se practiquen por fuera de la audiencia pública.

²¹⁶ “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”.

346²¹⁷ de la Ley 906 de 2004 -, lo ideal es que los elementos materiales y evidencia física de orden documental ya se encuentren en poder de quien la aducirá en juicio²¹⁸.

Pero también es posible que el recaudo de los mismos pueda darse durante las etapas de indagación e investigación, e incluso aún antes de la audiencia de formulación de acusación y excepcionalmente en el juicio – prueba sobreviniente²¹⁹ y prueba de refutación²²⁰ -, pues a voces del artículo 339 del

²¹⁷ *“Los elementos probatorios y evidencia física que en los términos de los artículos anteriores deban descubrirse y no sean descubiertos, ya sea con o sin orden específica del juez, no podrán ser aducidos al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio. El juez estará obligado a rechazarlos, salvo que se acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada”*

²¹⁸ La Sala Penal de la Corte abordó en reciente sentencia temas como el descubrimiento por parte de la víctima y del Ministerio Público para precisar: i) que en el proceso de la ley 906 de 2004 no hay acusador privador, ii) para ejercer su derecho de aportar pruebas la víctima tiene la carga de postularlas e introducirlas por intermedio de la Fiscalía para que en la instancia legal respectiva efectúe un descubrimiento completo y con la debida antelación, iii) a la defensa se le debe conceder un plazo razonable para que conozca todo lo descubierto en la audiencia preparatoria, respetándole el derecho a la “última palabra”, a la “última intervención”, iv) solo está legitimado para impugnar la inadmisión o rechazo de un prueba quien la solicitó, v) no existe identidad de roles por eso no se puede equiparar la situación de la víctima con la del Ministerio Público, vi) La postulación probatoria del Ministerio Público debe concretarse a los elementos descubiertos por las partes, pero finalmente no pedidos, siempre y cuando demuestre razonadamente que apuntan a tener una esencial influencia en los resultados del juicio, por lo que no puede reclamar el aporte de alguna prueba de su conocimiento privado ni esgrimir “cartas ocultas” en detrimento de alguna parte o beneficio de la otra y, vi) de conformidad con el numeral 1º del artículo 236 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el 25 del C.P.P., es inadmisibles que un perito pueda referirse a puntos de derecho, pues esa labor le corresponde al juez como operador de la norma jurídica. (Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso nº 37596. M.P. Dr. José Luís Barceló Camacho. Aprobado acta N° 434. Bogotá, D. C., siete (7) de diciembre de 2011)

²¹⁹ *“Un caso de esta naturaleza podría presentarse cuando de una prueba practicada en el juicio surja la necesidad de practicar otra; o cuando en desarrollo del juzgamiento alguna de las partes ‘encuentre’ o se entere sobre la existencia de un medio de conocimiento que antes ignoraba, por alguna razón lógica y atendible”. “No clasifican dentro de este rango de pruebas excepcionales (encontradas o derivadas), aquellas que conociéndose con antelación, o siendo evidentes y obvias, no se hubiesen enunciado ni descubierto en las oportunidades legales para ello, por causas atribuibles a la parte interesada en la prueba; entre ellas, incuria, negligencia o mala fe...” (Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso n.º 33997. M.P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca. Aprobado Acta No. 248. Bogotá D.C., cuatro (04) de agosto de dos mil diez (2010). En igual sentido, Cfr. COLOMBIA, Sentencia del 30 de marzo de 2006. Rad. 24468.)*

C.P.P., en desarrollo de esta se puede adicionar, aclarar o corregir el escrito de acusación.

En la sentencia C-591 de 2005, se hizo énfasis por parte de la Corte Constitucional sobre la naturaleza del recaudo de evidencias o elementos materiales probatorios en las etapas de indagación e investigación, señalando:

“En efecto, durante la etapa pre procesal de indagación, al igual que en el curso de la investigación, no se practican realmente “pruebas”, salvo las anticipadas de manera excepcional, sino que se recaudan, tanto por la Fiscalía como por el indiciado o imputado, elementos materiales probatorios, evidencia física e información, tales como las huellas, los rastros, las armas, los efectos provenientes del delito, y los mensajes de datos, entre otros.”²²¹.

Así pues, la única talanquera²²² que se presenta en relación con el recaudo²²³ de los elementos materiales probatorios, evidencia física o

²²⁰ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso Nro. 34434. M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. Aprobado Acta No. 411. Bogotá, D.C., nueve de diciembre de dos mil diez.

En igual sentido, Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Proceso No 31073.M.P. Dr. Augusto J. Ibáñez Guzmán. Aprobado acta N° 191. Bogotá, D.C., primero (1) de julio de dos mil nueve (2009).

²²¹ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-591 del 9 de junio de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

²²² Por eso no existe audiencia de legalización de elemento material probatorio y evidencia física con destino a la demostración de responsabilidad, porque el escenario natural de discusión acerca de la legalidad de esos elementos que pretenden introducirse al juicio para lo de su objeto, es precisamente la audiencia preparatoria.

²²³ “...Sólo de manera excepcional, la ley expresamente consagra cinco (5) circunstancias que le permiten al juez de control de garantías verificar la legalidad de la incautación y recolección de los elementos materiales probatorios y evidencia física, las cuales se contraen al cumplimiento de las órdenes de registros, allanamientos, interceptación de comunicaciones, retención de correspondencia, recuperación de información dejada al

información, es el imperativo del descubrimiento probatorio²²⁴, además, lógicamente, del cumplimiento de la regulación en materia de cadena de custodia²²⁵, que es lo que garantiza la “mismidad” o “mismisidad” de aquellos que se aducen durante el juicio oral, lo que en nuestro criterio difiere de la “autenticidad” de la prueba documental, pero que el legislador en una confusión legislativa, da a entender como sinónimos.

La cadena de custodia está regulada a partir del artículo 254 de la Ley 906, pero no es una materia nueva en nuestro procedimiento penal pues ya el artículo 288 de la Ley 600 regulaba esta figura. El actual artículo 254 consagra:

“Aplicación. Con el fin de demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física, la cadena de custodia se aplicará teniendo en cuenta

navegar por internet, “u otros medios similares”, impartidas por la Fiscalía (Art. 154-1 y 237). Su expedición -en materia de registros y allanamientos- con la preterición de cualquier requisito sustancial genera la invalidez de la diligencia, “por lo que los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan del registro carecerán de valor, serán excluidos de la actuación y sólo podrán ser utilizados para fines de impugnación.” -Art. 232-.

La razón de que en tales eventos deba recurrirse al juez de control de garantías, es precisamente porque esos hallazgos derivan de diligencias que afectan derechos fundamentales. A dicho funcionario le está asignado el control, formal y material, de esos actos de investigación, valga decir, la actividad desplegada por la Fiscalía en ejercicio de su atribución de persecución penal. (Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No 26310. Bogotá, D.C., dieciséis de mayo de dos mil siete. M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. Aprobado Acta N° 73).

²²⁴ Debe recordarse que “el correcto y completo descubrimiento probatorio condiciona la admisibilidad de la prueba, pues, como lo dispone el artículo 346 de la Ley 906 de 2004, el juez tiene la obligación de rechazar todas aquellas evidencias o elementos probatorios sobre los cuales se haya incumplido el deber de revelar información durante el procedimiento de descubrimiento. Por tanto, las evidencias, medios y elementos no descubiertos no podrán aducirse al proceso ni controvertirse dentro del mismo, ni practicarse durante el juicio oral”. (Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No 25920. Bogotá D. C., veintiuno (21) de febrero de dos mil siete (2007). M.P. Javier Zapata Ortiz. Aprobado Acta No. 25).

²²⁵ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso Nro. 35173. M.P. Dra. María del Rosario González de Lemos. Aprobado acta Nro. 078. Bogotá, D. C., nueve (9) de marzo de dos mil once (2011).

los siguientes factores: identidad, estado original, condiciones de recolección, preservación, embalaje y envío; lugares y fechas de permanencia y los cambios que cada custodio haya realizado. Igualmente se registrará el nombre y la identificación de todas las personas que hayan estado en contacto con esos elementos.

La cadena de custodia se iniciará en el lugar donde se descubran, recauden o encuentren los elementos materiales probatorios y evidencia física, y finaliza por orden de autoridad competente.

Parágrafo. El Fiscal General de la Nación reglamentará lo relacionado con el diseño, aplicación y control del sistema de cadena de custodia, de acuerdo con los avances científicos, técnicos y artísticos.”. (Negrilla nuestra).

La norma entonces hace referencia a la autenticidad del elemento material probatorio, referida al cumplimiento de las reglas de cadena de custodia, pero si esa condición se traslada a uno de carácter documental, atendido el criterio que la Corte Suprema ha sentado sobre el tema, claramente se podría concluir que se incurre en un yerro por parte del legislador.

Recuérdese que la Sala de Casación Civil de la Corte, en punto de la autenticidad de los documentos, los que sin duda son elementos materiales probatorios o evidencia física, señaló:

“1.- A grandes rasgos, los documentos pueden clasificarse como públicos y privados. Mientras la autenticidad del documento público se presume a términos del inciso primero del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, el privado es auténtico a raíz de su reconocimiento, de su inscripción en un registro público, de la declaratoria judicial de autenticidad y de la presunción establecida en la ley.”²²⁶

El mismo error se presenta, en nuestro criterio, cuando en el artículo 277 ídem, en el que haciendo relación a lo elementos materiales probatorios, evidencia física e información, se establece:

“Autenticidad. Los elementos materiales probatorios y la evidencia física son auténticos cuando han sido detectados, fijados, recogidos y embalados técnicamente, y sometidos a las reglas de cadena de custodia.

La demostración de la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física no sometidos a cadena de custodia, estará a cargo de la parte que los presente.”

Precisamente, acerca de la cadena de custodia y el principio de mismidad, la Corte²²⁷ ha señalado:

²²⁶ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P. Nicolás Bechara Simancas. Expediente No. 5664, del 20 de noviembre de 2000.

²²⁷ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 30598. M.P. María del Rosario González de Lemos, 19 de febrero de 2009.

“La cadena de custodia pretende asegurar la evidencia física, a fin de evitar su alteración, modificación o falseamiento, todo lo cual queda comprendido dentro del principio de mismidad, según el cual, el medio probatorio exhibido en los estrados judiciales debe ser el mismo y debe contar con las mismas características, componentes y elementos esenciales del recogido en la escena del delito o en otros lugares en el curso de las pesquisas adelantadas por los investigadores.

No sobra señalar que si la cadena de custodia fue establecida en procura de asegurar pruebas fidedignas y genuinas dentro del proceso, garantizando con ello los derechos no sólo del sindicado sino también de los demás intervinientes, es evidente que dicha teleología no permite transformarla en herramienta para obstaculizar el trámite o peor aún, en instrumento para conseguir la impunidad mediante la utilización irracional de las formalidades, siempre que, se reitera, se preserve su razón de ser y se cumplan los cometidos garantistas que le dan sentido a su institucionalización por vía legislativa en el estatuto procesal penal.”. (resaltado nuestro)

Posteriormente la misma Sala de Casación, nuevamente con ponencia de la Magistrada González de Lemos, reitera su posición en punto de la relación cadena de custodia-principio de mismidad, indicando:

“Sobre el particular debe recordarse que conforme el artículo 254 de la Ley 906 de 2004, la cadena de custodia busca asegurar la autenticidad de la evidencia física y evitar su alteración, modificación o falseamiento, todo lo cual queda comprendido dentro del principio de mismidad. Éste consiste en que el medio probatorio exhibido en los estrados judiciales debe ser el mismo y contar con idénticas características, componentes y elementos esenciales del recogido en la escena del delito o en otros lugares, en el curso de las pesquisas adelantadas por los investigadores.

En otras palabras, la cadena de custodia tiene el propósito de asegurar pruebas fidedignas y genuinas

dentro del proceso, garantizando con ello los derechos del sindicado y de los demás intervinientes, por manera que no constituye mecanismo orientado a obstaculizar el trámite mediante la utilización irracional de las formalidades.”²²⁸ (Subrayado fuera de texto).

Si bien la Corte en estas decisiones haría claridad sobre la contradicción que en criterio nuestro surge de la redacción de las normas citadas, con posterioridad modifica su posición inicial indicando:

“La cadena de custodia tiene como finalidad demostrar la autenticidad (aspecto que equivocadamente aludió la defensa como “requisito de mismidad”) de los elementos materiales probatorios y evidencia física (Ley 906 de 2004, artículo 254), o lo que es igual, evitar cualquier clase de alteración, daño, sustitución o contaminación de los mismos, luego la oportunidad para acreditar o cuestionar ese presupuesto es en el juicio propiamente dicho, esto es en el debate oral y público, de ahí que resulte anodina la tacha efectuada por el actor bajo el supuesto de que era obligación comprobar aquél requisito en el escrito de acusación o en la audiencia preparatoria.”²²⁹

En suma, lo que debe quedar claro es que cuando se habla de la autenticidad del elemento material probatorio o la evidencia física en los artículo 254 y 277 del C. de P.P., no se está haciendo referencia a la autenticidad del documento como capacidad demostrativa de un hecho, aun cuando se les emplea indistintamente por el legislador y por la misma corte, pues como veremos, en normas posteriores relativas a la autenticidad de documentos, la autenticidad se trata de manera diferente y lo hace también la mencionada corporación²³⁰.

²²⁸ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 32136. Sentencia 21 de septiembre de 2011. M.P. Dra. María del Rosario González de Lemos

²²⁹ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 37298. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, 30 de noviembre de 2011.

En punto del momento procesal en el que se produce la prueba, la Corte Suprema de Justicia²³¹ señaló:

“Está claro que es la audiencia del juicio oral, entonces, el escenario procesal en el cual, de acuerdo con la sistemática acusatoria penal, se practican las pruebas, con sujeción a los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción y concentración, elementos que al tiempo que le imprimen una identidad propia, lo distancian, en gran proporción, del juzgamiento en los sistemas procesales anteriores, donde regía el principio de permanencia de la prueba, en el que los elementos de juicio practicados por la Fiscalía General de la Nación desde la fase preliminar de la investigación, podían ser el soporte de la sentencia.

Por ello debe resaltarse, que aunque el legislador ha contemplado múltiples etapas en la averiguación de la verdad en el proceso tramitado bajo los lineamientos de la Ley 906 de 2004, cada una de ellas con sus propias características, aquéllas, en toda su dimensión, se concentran en el juicio oral, dado que, los resultados de la actividad investigativa de la Fiscalía y la defensa en las fases anteriores al mismo no tienen el carácter de “prueba” en sentido estricto, naturaleza que sólo se adquiere cuando los elementos de conocimiento son aducidos en el debate público, con total respeto de los principios arriba enunciados . . .”

Ahora bien, llámese elemento material probatorio o evidencia física, lo que está claro es que cualquiera de ellos y lógicamente los documentos, deben cumplir con los requisitos de legalidad y autenticidad que exige el ordenamiento procesal penal para que pueda ser valorado por el juez como fundamento de la sentencia que adopte.

²³⁰ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de única instancia. Rad. 36784. Septiembre 17 de 2012.

²³¹ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 32829. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. 17 de marzo de 2010.

Tal y como se señaló ut supra, en materia del documento como elemento material probatorio y evidencia física, la Ley 906 regula el tema a partir del artículo 424 y concretamente en el artículo 425 se ocupa de referirse a la autenticidad del documento, estableciendo:

“Documento auténtico. Salvo prueba en contrario, se tendrá como auténtico el documento cuando se tiene conocimiento cierto sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso, firmado o producido por algún otro procedimiento. También lo serán la moneda de curso legal, los sellos y efectos oficiales, los títulos valores, los documentos notarial o judicialmente reconocidos, los documentos o instrumentos públicos, aquellos provenientes del extranjero debidamente apostillados, los de origen privado sometidos al trámite de presentación personal o de simple autenticación, las copias de los certificados de registros públicos, las publicaciones oficiales, las publicaciones periódicas de prensa o revistas especializadas, las etiquetas comerciales, y, finalmente, todo documento de aceptación general en la comunidad. . .”.

La honorable Corte Suprema de Justicia²³², se ocupó de establecer lineamientos normativos y conceptuales sobre la prueba documental en el sistema acusatorio y señaló:

“Tienen la calidad de evidencia documental las filmaciones, grabaciones y fotografías que registran los hechos delictivos al mismo tiempo en que están ocurriendo; y como tal deben sujetarse a las reglas de la evidencia y a la normatividad procesal penal relativa a los documentos.

El artículo 425 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) adopta una presunción de autenticidad para amparar, entre otros, a los documentos públicos,

²³² Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. No. 25920, M.P. Dr. Javier Zapata Ortíz. 21 de febrero de 2007.

las publicaciones periódicas de prensa o revistas especializadas; y a aquellos documentos sobre los cuales se tiene conocimiento cierto sobre la persona que los ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso, firmado o producido por algún otro mecanismo. Esa presunción admite prueba en contrario a cargo de la parte que pretenda desvirtuarla.

La autenticidad del documento es una calidad o cualificación del mismo cuya mayor importancia reluce al ser tomado como ítem de su valoración o asignación de mérito, después que se ha admitido o incorporado formalmente como prueba en la audiencia pública.

Lo anterior no obsta para que dicho factor de mérito o valor suasorio –la autenticidad- se impugne con anticipación –en alguna de las audiencias preliminares o en la audiencia preparatoria, por ejemplo- con el fin de impedir que llegue a admitirse o decretarse como medio de prueba; y en caso tal, su rechazo ocurrirá, no por motivos de ilegalidad, sino porque de ante mano se sabría que ese medio probatorio va a resultar inepto o inane para la aproximación racional a la verdad.

Frente a los documentos amparados con presunción de autenticidad, la parte interesada en desvirtuar esa presunción tiene la carga de demostrar que no son auténticos, acudiendo a su vez a cualquiera de los medios probatorios admisibles. El silencio deja esa presunción incólume. . . .”

Así pues, la primera actuación, imperativa para el Fiscal que conoce de los elementos materiales probatorios o evidencia física que hacen parte de una indagación o investigación, es la de verificar si el hallazgo que se le reporta realmente tiene tal condición, si su recolección y embalaje se ajustan al procedimiento establecido en el manual de cadena de custodia para que en tal caso pueda sostener ante el juez, con función de control de garantías ó de conocimiento, la autenticidad del mismo.

Así se señala incluso en el mismo Manual de Procedimientos para el Sistema Acusatorio expedido por la Fiscalía General de la Nación, en donde se indica como una de las primeras actividades del fiscal: *“Examinar el informe de inicio de labores presentado por la policía judicial y analizar los primeros hallazgos para determinar su ajuste a los principios rectores y garantías procesales. En caso contrario dispondrá su rechazo e informará las irregularidades a las autoridades disciplinarias y penales competentes y tomará las decisiones necesarias para que la investigación continúe.”*²³³

Sobre el tema de la presunción de autenticidad de los documentos públicos, señaló la Corte que *“la autenticidad del documento, público o privado, es una característica del mismo que incide en la valoración o asignación de su valor probatorio una vez se ha admitido o incorporado formalmente como prueba en la audiencia pública; la cual puede ser impugnada en las audiencias preliminares o en la preparatoria, en orden a imposibilitar su admisión o incorporación, especialmente cuando de antemano se sabe que es impertinente o inconducente para lograr una aproximación racional a la verdad. No obstante, aunque la naturaleza y origen del documento son los elementos que configuran su autenticidad, su eficacia probatoria, para destronar la presunción de inocencia o robustecerla, no se logra por el solo hecho de que sea auténtico, pues el valor demostrativo de su contenido se establece al integrarlo con el conjunto probatorio y sopesarlo conforme con los principios que orientan la sana crítica.”*²³⁴

De otro lado, tal como se regulaba en la Ley 600 de 2000, en el sistema acusatorio el legislador contempló, como criterio residual, la posibilidad que el elemento material probatorio o evidencia física de carácter documental se pudiera presentar en original o en copia autenticada, tal como lo señala el artículo 429, pero esta última posibilidad está supeditada a que se cumpla alguna de las circunstancias que la misma norma señala, es decir, que no sea posible allegar el original como “regla de mejor evidencia”²³⁵ o que presentarlo genere en su poseedor un grave perjuicio.

²³³ Cfr. COLOMBIA, Manual de Procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano, Pág. 19

²³⁴ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Rad. 31049 del 26 de enero de 2009. M.P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca.

²³⁵ Ley 906 de 2004.- Artículo 433. *Criterio general.* Cuando se exhiba un documento con el propósito de ser valorado como prueba y resulte admisible, conforme con lo previsto en capítulo anterior deberá presentarse el original del mismo como mejor evidencia de su contenido.

Pero no basta que el elemento material probatorio o evidencia física sea auténtico para predicar su capacidad probatoria, menos aun cuando se trata de una copia, de ahí que el legislador estableciera en el artículo 426 cuatro procedimientos o métodos para verificar su autenticidad.

“Es ideal que en el juicio oral sólo se debata con relación a documentos auténticos; y para ello, además de las presunciones, la Ley 906 de 2004 contiene en el artículo 426 varios métodos para establecer la autenticidad; especialmente si se trata de documentos privados.

El primer método consiste en el reconocimiento por la persona que lo ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso, firmado o producido. Para el efecto, dicha persona tendría que acudir a la audiencia y aceptar que es el creador del documento, que deberá exhibírsele.

El segundo método consiste en el reconocimiento por la parte contra la cual se aduce, como ocurriría si el Fiscal presenta un contrato que pretende hacer valer como prueba de cargo, y el acusado admite ser su creador. Éste se tendrá como auténtico.

La realidad enseña que los procesos penales no discurren en términos tan ideales, sino más complejos y a menudo deben sortearse plurales vicisitudes; por ello, la Ley 906 de 2004 prevé otros métodos para reputar un documento auténtico, a saber: mediante informe de experto en la ciencia específica de que trate ese documento; y “mediante certificación expedida por la

Ley 906 de 2004.- Artículo 434. *Excepciones a la regla de la mejor evidencia.* Se exceptúa de lo anterior los documentos públicos, o los duplicados auténticos, o aquellos cuyo original se hubiere extraviado o que se encuentran en poder de uno de los intervinientes, o se trata de documentos voluminosos y sólo se requiere una parte o fracción del mismo, o, finalmente, se estipule la innecesariedad de la presentación del original.

Parágrafo. Lo anterior no es óbice para que resulte indispensable la presentación del original del documento, cuando se requiera para la realización de estudios técnicos tales como los de grafología y documentología, o forme parte de la cadena de custodia.

entidad certificadora de firmas digitales de personas naturales o jurídicas.”

Como en todos los casos, ese sentido de la autenticidad se pregona de la procedencia u origen del documento; pues su contenido, y la correspondencia de dicho contenido con la realidad, cuando fueren objeto de controversia, deberán verificarse a través de los medios probatorios normales.

Es decir, un documento no necesariamente tiene eficacia probatoria para desvirtuar la presunción de inocencia, por el solo hecho que pueda considerarse auténtico por su origen o procedencia. Esa problemática, la del valor demostrativo de su contenido, se discutirá con el conjunto de pruebas y corresponde al juez decidir en sana crítica.”

Y a renglón seguido pero ya abordando el tema de los documentos privados concretamente, refirió la Corte:

“Frente a los documentos privados que se llevan a juicio, elaborados por la parte que los aduce o por un tercero, con la finalidad de hacerlos valer en perjuicio de la contraparte, pueden ocurrir tres situaciones: i) Que la parte contra la cual se aducen los acepte como auténticos; en este caso el tema no tiene discusión y el mérito que pudiere concederse al contenido del documento se determina en la sentencia. ii) Que la parte contra la cual se aducen impugne su autenticidad; en este evento puede utilizarse cualquier medio probatorio o método adicional para dirimir el punto dentro del mismo debate. iii) Que la parte contra la cual se aducen guarde silencio, hipótesis en que la autenticidad como tema especial no tiene discusión y todo queda reducido al aspecto valorativo o persuasorio de los documentos.

De todas maneras, que un documento privado o público se asuma auténtico, no significa que necesariamente tenga eficacia probatoria por su contenido. Su fuerza o poder demostrativo sólo podrá determinarse en

concreto con el análisis que en sana crítica haga el Juez de conocimiento.”

En tales condiciones en el entendido de que el sistema acusatorio abandonó el principio de “permanencia de la prueba” que aplicaba para la norma procesal derogada, es evidente que aun cuando el Fiscal tenga certeza sobre la autenticidad del documento, la capacidad probatoria del mismo se debe dar en el escenario del juicio oral, público y concentrado, de ahí que no basta, como sabemos, del recaudo del documento con todas las garantías y ajustado a las disposiciones de la cadena de custodia, por lo que se debe incorporar cumpliendo con las regulaciones legales pertinentes.

Precisamente una de las exigencias que se hace para que el documento sea posible aducirlo en juicio, es que se permita a las partes su conocimiento oportuno con fines de contradicción por aquella contra la cual se esgrime, que no es otra cosa que el descubrimiento probatorio al que están obligados tanto la parte acusadora como la defensa en amparo de la “igualdad de armas”²³⁶ que caracteriza el sistema acusatorio, si bien para cada una de ellas tal exigencia se cumple en diferentes salidas procesales.

Con la advertencia que, cuando el elemento material probatorio y la evidencia física son sustento de decisiones previas como la imposición de una medida de aseguramiento, se deben no sólo descubrir a la defensa para permitir su controversia en relación con lo que es tema de debate en su momento, sino que es menester volverlo a hacer en la etapa del juicio²³⁷, pues se tiene que el artículo 344 establece como inicio del descubrimiento

²³⁶ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso Nro. 35432. M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. Aprobado acta No. 396. Bogotá, D.C., primero de diciembre de dos mil diez.

²³⁷ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 34779. M.P. Dr. Fernando Alberto Castro Caballero. Aprobado Acta No.260. Bogotá D.C., veintisiete (27) de julio de dos mil once (2011).

probatorio la audiencia de formulación de acusación, sin embargo, como quiera que el artículo 337 contiene una exigencia clara en el sentido que el escrito de acusación debe tener como anexo un documento en el que se relacionan todos los documentos, objetos o elementos que se pretenden aducir en juicio, así como los datos de los testigos o peritos, entre otras, resulta fácil concluir que en estricto sentido el descubrimiento probatorio comienza realmente con la presentación del escrito de acusación por parte del Fiscal²³⁸.

²³⁸ La Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, ha dilucidado que son varios los momentos en los que se efectúa el descubrimiento probatorio: “ El primero acontece con el escrito de acusación que presenta el fiscal ante el juez de conocimiento, el cual debe contener, entre otras exigencias, *“el descubrimiento de pruebas”* consignado en un anexo. El fiscal está en la obligación de entregar copia de dicho escrito al acusado, a su defensor, al Ministerio Público y a las víctimas (artículo 337). El segundo se consolida en la audiencia de formulación de acusación, acto en el cual, según el artículo 344, *“se cumplirá lo relacionado con el descubrimiento de la prueba”*, pues la defensa podrá solicitar al juez de conocimiento que ordene a la *“fiscalía”* el descubrimiento de un elemento material probatorio y, a su vez, la fiscalía también podrá *“pedir al juez que ordene a la defensa entregarle copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio”*. El tercer momento se presenta en la audiencia preparatoria, en la medida en que el numeral 2° del artículo 356 dispone que la *“defensa”* descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física. Por último, el inciso final del artículo 344 prevé, de manera excepcional, otro momento para el descubrimiento probatorio, toda vez que si en el *“juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez, quien, oídas las partes y considerado el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba”*.

Así, entonces, como lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte, la misma que sirvió de sustento a las argumentaciones de la parte recurrente en este caso, *“se colige sin dificultad que no existe un único momento para realizar en forma correcta el descubrimiento, ni existe una sola manera de suministrar a la contraparte las evidencias, elementos y medios probatorios. Por el contrario, el procedimiento penal colombiano es relativamente flexible en esa temática, siempre que se garantice la indemnidad del principio de contradicción, que las partes se desempeñen con lealtad y que las decisiones que al respecto adopte el juez, se dirijan a la efectividad del derecho sustancial y al logro de los fines constitucionales del proceso penal”* (Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. No. 25920, M.P. Dr. Javier Zapata Ortíz. 21 de febrero de 2007. Ver también, casaciones 25007 del 13 de septiembre de 2006, 26128 del 11 de marzo de 2007, 28212 del 10 de octubre de 2007 y 28656 del 28 de noviembre de 2007).

Surtido el descubrimiento probatorio por las partes, el siguiente paso procesal es la aducción en juicio del documento, lo que implica determinar como se lleva al conocimiento del juez tanto el elemento material probatorio y la evidencia física de orden documental, como su contenido con miras a que se valore su capacidad probatoria frente al hecho que se debate.

Resulta pertinente entonces abordar el tema de la necesidad del testigo de acreditación para la introducción del documento en el juicio, aspecto que ha sido objeto de controversia, principalmente en lo que tiene que ver con los documentos públicos amparados con la presunción de autenticidad.

La norma general es que todo documento debe ser incorporado a través del testigo de acreditación, que de manera errada se confunde con el funcionario de policía judicial que recauda y embala el elemento material probatorio o la evidencia física; sin embargo existen documentos que no requieren de este testigo para su incorporación en el juicio.

Y es que el error es bastante común en nuestro medio, quizá porque se confunde la función de la policía judicial en relación con el recaudo, embalaje y custodia de los elementos materiales probatorios y evidencia física, frente al requisito de autenticidad de los mismos y al principio de mismidad al que se ha referido la jurisprudencia y la doctrina.

No existe ningún tipo de discusión o duda acerca de cual es la función de la policía judicial, pues indudablemente es ella la encargada de recaudar los elementos materiales probatorios, iniciar la cadena de custodia y garantizar que esos elementos y la evidencia física sea la misma que se lleva a juicio por parte del fiscal (principio de mismidad).

Pero si de lo que se trata es de garantizar la autenticidad de esos mismos elementos materiales probatorios y evidencia física, entre ellos los documentos, es claro, que ese requisito de la prueba documental sólo puede cumplirse a través de quien esta en capacidad de verificar quien ha sido el autor del mismo, lo que a todas luces no podría hacer el funcionario de policía judicial, pues éste únicamente podría indicar que encontrándose cumplido el registro de la cadena de custodia, el que se aduce en juicio es el mismo que recaudó, embolsó o custodió.

Y es que si nos ubicamos en el juicio bastaría una pregunta al servidor de policía judicial para descartarlo como testigo de acreditación del documento. Sería por ejemplo: ¿Puede usted asegurar que quien firma el documento que se le exhibe fue quien lo creó?

Así lo señaló la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá²³⁹ al ocuparse de estudiar la necesidad del testigo de acreditación, indicando que *“sólo es eventualmente necesario el testigo de acreditación cuando el documento esté desprovisto de la presunción de autenticidad. Ahora bien, el testigo idóneo de acreditación será quien pueda dar cuenta de la persona que lo ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso, firmado o producido el documento, no el investigador que va a una cierta dependencia y obtiene el documento, como se ha venido asumiendo, sencillamente porque éste no puede dar fe de la autenticidad del documento, en la medida en que normalmente no le consta quien lo elaboró, firmó, suscribió, produjo, etc.”*

En punto del testigo de acreditación, se señaló por parte de la Corte²⁴⁰:

“Conviene aclararle que el testigo de oídas es aquel que narra lo que otra persona le relató, esto es, acredita la existencia del relato que una persona le hizo sobre unos hechos. El testigo de acreditación también es una fuente indirecta del conocimiento de los hechos, pero en

²³⁹ Cfr. COLOMBIA, H.T.S. de Bogotá. Sala penal. Auto del 3 abril de 2009. M.P. Carlos Tamayo Medina.

²⁴⁰ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. M.P. Alfredo Gómez Quintero. Rad. No. 34235 del 28 de septiembre de 2001.

el sistema acusatorio se refiere al sujeto procesal responsable de la recolección, aseguramiento y custodia de la evidencia. . . luego es patente para la Sala que testigo de acreditación lo es también el responsable de la recolección, aseguramiento y custodia de los elementos materiales probatorios o evidencias físicas, valga decir en este asunto el investigador que con el testigo practicó la diligencia de reconocimiento en fila de personas, luego por ese respecto no hay el falso juicio de legalidad que se aduce, máxime cuando ya normativamente y por lo menos en relación con los documentos se prevé que “el documento podrá ser ingresado por uno de los investigadores que participaron en el caso o por el investigador que recolectó o recibió el elemento material probatorio o evidencia física”, (Artículo 63 de la Ley 1453 de 2011, que adicionó el 429 de la Ley 906)...”

No obstante lo anterior, es posible que el testigo de acreditación pueda ser tenido en cuenta como testigo de oídas, cuando comparece al juicio y rinde una versión coherente, seria, demostrable de los hechos objeto del proceso penal, con base en lo que ha conocido de parte de terceros o de la fuente primaria del conocimiento en su labor de policía judicial²⁴¹.

Podría entonces, según se colige de lo señalado por la Corte, cumplirse en el servidor con funciones de policía judicial la doble condición de testigo de acreditación y de testigo de oídas, aspecto sobre el cual debe tenerse plena claridad al momento del juicio, ya que en punto de ésta última condición podría atacarse dicho testigo.

Debemos recordar además, que mediante el artículo 63 de la Ley 1453 de 2011 se modificó el artículo 429 de la Ley 906, de manera que su contenido actualmente es el siguiente:

“Presentación de documentos. El documento podrá presentarse en original, o en copia autenticada, cuando lo primero no fuese posible o causare grave perjuicio a su poseedor.

El documento podrá ser ingresado por uno de los investigadores que participaron en el caso o por el investigador que recolectó o recibió el elemento material probatorio o evidencia física.”

Entonces, si bien el legislador previó la posibilidad que los documentos pudieran ingresarse al juicio por parte de la Fiscalía a través de los funcionarios de policía judicial, en nuestro criterio, ello no puede confundirse con la calidad de “testigo de acreditación” frente a la autenticidad del documento que se ingresa como prueba, ya que ninguno de ellos puede “acreditar” que los documentos que recolectó o recibió como investigador participe en el caso fue creado por quien lo signa, simplemente podría llevarle al juez el conocimiento que tiene sobre el momento de su recolección y que es el mismo que se aduce en el juicio, que no es otra cosa que lo que ya hemos señalado como “mismidad” o “mismidad” frente al elemento material probatorio o evidencia física.

Admitir que cualquiera de los investigadores que participan en el caso o recolectan el elemento material probatorio puede garantizar la “autenticidad” del documento, va en abierta contravía con los mismos criterios que se establecieron para autenticar los mismos en el artículo 426 ibídem, norma que no fue modificada por la Ley 1453 en cita.

²⁴¹ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 34258. Augusto J. Ibáñez Guzmán. Aprobado acta Nro. 256. Bogotá, D.C., diez (10) de agosto de dos mil diez (2010).

Pues bien, en reciente decisión²⁴² la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, zanjó la discusión e hizo una correcta interpretación del artículo 431 de la Ley 906 de 2004; y también importantes precisiones en torno a la metodología que debe seguirse para el acopio de documentos, con el fin de imprimirle celeridad al juicio, evitando la injustificada dilación del trámite que se genera con la lectura textual y absoluta de piezas documentales claramente impertinentes o innecesarias, tomando como referente el objeto y el tema de la prueba que hizo viable su decreto²⁴³.

Como bien se sabe, los supuestos fácticos del proceso son los que determinan el tema de prueba - “THEMA PROBANDUM” -, porque en ellos se deben apoyar la norma que se dice infringida. Cuando las pruebas no se ciñen a él - impertinentes o inconducentes -, se tornan en inadmisibles, pues los hechos que son objeto de prueba no están relacionados con el proceso ni podrían influir en la decisión²⁴⁴.

En esta oportunidad insistió la corte en que en la sistemática de la Ley 906 de 2004, la prueba documental está necesariamente ligada al testigo de acreditación, pues a través de éste es que aquella se incorpora al juicio. Así mismo que éste debe ser interrogado y contrainterrogado por las partes e

²⁴² Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de única instancia. Rad. 36784. Septiembre 17 de 2012.

²⁴³ Adviértase que en anteriores decisiones, la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Ya había avanzado en el criterio de que no darle lectura integral a los documentos no constituía una irregularidad trascendental, si los contrarios ya los conocían, pues que “según lo norma el artículo 431 de la Ley 906 de 2004, tiene por objeto que su contenido sea conocido por los intervinientes; de manera que si ese propósito se cumple sin necesidad de la lectura completa de su contenido, se desdibuja cualquier anomalía trascendente” (Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad.38187. M.P: Dr. Julio Enrique Socha Salamanca. Aprobado Acta No. 271.Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de julio de dos mil doce (2012). Ver también, Rad. Nro. 34339 del 26 de enero de 2011).

²⁴⁴ “Al thema probandum han de referirse las pruebas, no sólo por razones de orden lógico, sino porque la ley exige al juez exponer siempre, razonadamente, el mérito que le asigna a cada una, y de él carecen las que no guardan relación con aquél. (Cfr. CARDOSO ISAZA, Jorge. Pruebas judiciales. Jurídicas Wilches. 5 edición. Bogotá. 1985. pág. 15).

intervinientes como en la prueba de testigos, con el fin de controvertir la prueba de cargo o de descargo, o para reforzar su propia hipótesis frente al soporte fáctico de la acusación, requiriendo al testigo para que lea esa fracción o fracciones del documento que le llamen la atención, es decir, que sólo será necesario interrogarlo sobre aquellos aspectos que sean de interés para el proceso atendiendo a los criterios de pertinencia²⁴⁵ ²⁴⁶ y conducencia²⁴⁷ de las pruebas, por lo que es absolutamente innecesario e inútil leer completamente los documentos como se estila en Juzgados y Tribunales, permitiendo incluso que sean presentados en esquemas o resúmenes, siempre que los originales sean puestos a disposición de las otras partes para que sean examinados o copiados en tiempo y lugar prudentes. En caso de que sea necesaria su lectura integral, surgirá la carga argumentativa a cargo de quien así lo solicite, de señalar los motivos por los cuales es indispensable agotar la lectura integral del texto.

²⁴⁵ “Se entiende por prueba pertinente la referente a un hecho tal, que si fuere demostrado influirá en la decisión total o parcial del litigio. Es impertinente la prueba cuando se pretende probar un hecho que, aún demostrado, no sería de naturaleza para influir en la decisión del asunto, como si para demostrar la extensión de un fundo o el lindero de la posesión, se pidiese la partida de matrimonio del demandado; o aun este otro que ha dado lugar a discusiones: pretendiendo A que B lo calumnió en ocasión y forma determinadas, quiere probar que también ha calumniado a otras personas; esta prueba sería impertinente, pues de que haya obrado así frente a terceros no se va a deducir que es responsable de esa infracción para con A”(Cfr. ROCHA ALVIRA, Antonio. De la prueba en Derecho. Ediciones Lerner. Bogotá. 1967. Pág. 48).

²⁴⁶ “ Pruebas pertinentes son aquellas que recaen sobre hechos pertinentes, es decir, relacionados con el litigio del proceso contencioso o con la materia del proceso voluntario o del incidente y que influyen en su decisión (en realidad la pertinencia se refiere a hechos objeto de la prueba y no a ésta); pruebas impertinentes o irrelevantes son las que tienen por objeto hechos que por ningún aspecto se relacionan con el litigio o la materia del proceso voluntario o del incidente y que por tanto no pueden influir en la decisión”(Cfr. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la prueba judicial. Tomo I. Buenos Aires. Víctor P. de Zavalía. editor. 1970. pág. 537).

²⁴⁷ El profesor PARRA QUIJANO en punto de la conducencia de la prueba nos trae que “La conducencia es una comparación entre el medio probatorio y la ley, a fin de saber, si el hecho se puede demostrar en el proceso, con el empleo de ese medio probatorio.”(Cfr. PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Décima Séptima Edición. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Bogotá, D.C., 2009, pág. 145).

“Se tiene, entonces, como primera regla para la incorporación de la prueba documental, contar con el testigo de acreditación en orden a demostrar la legalidad y licitud del medio, habida cuenta que fijará la forma como se obtuvo, valga decir, su procedencia; luego su autenticidad con la claridad sobre si se trata de documentos respecto de los cuales opera o no la presunción a la que alude el artículo 425 del Código de Procedimiento Penal del 2004.

En segundo lugar, una vez agotado lo atinente al conocimiento de la forma como se obtuvo el documento y la autenticidad del mismo, corresponderá al testigo de acreditación hacer público el contenido de éste, pero siempre direccionado por los interrogantes que le formule la parte que ha ofrecido la prueba, con el fin de transmitir la información que resulte pertinente con el objeto y el tema de la prueba, de modo tal que se haga evidente la necesidad de conocer esos datos para demostrar lo que le interesa a la parte y su relación con los motivos por los cuales se decretó su práctica.

Todo lo anterior se realiza a través del testigo de acreditación, cuya finalidad esencial es hacer digna de crédito la prueba documental llevando al juez la seguridad de que en realidad es lo que se dice ser o parece, y su práctica naturalmente debe ceñirse a las reglas señaladas en los artículos 383 a 404 de la Ley 906 de 2004, que son las propias de su naturaleza como prueba testimonial que es...Nuestro Código de Procedimiento Penal, regula lo atinente a los documentos voluminosos. Es así que el artículo 434 en su primer inciso, al referirse a las excepciones a la regla de la mejor evidencia, indica que respecto de ese tipo de textos puede aportarse una fracción del mismo y no su totalidad...²⁴⁸

Surge además otro cuestionamiento en torno al documento público y es si encontrándose cobijados ellos con la presunción de autenticidad, aun así, cuando se aduce una copia ésta debe ser autenticada o no. Consideramos que en frente a los documentos amparados con presunción de autenticidad, la parte interesada en desvirtuar esa presunción tiene la carga de demostrar que no son auténticos, acudiendo a su vez a cualquiera de los medios probatorios admisibles. El silencio deja esa presunción incólume.

La verdad es que de la norma en sí misma no se logra arribar a una conclusión clara sobre el tema, pues el artículo 429 de la codificación procesal simplemente señala que: *“El documento podrá presentarse en original, o en copia autenticada, cuando lo primero no fuese posible o*

²⁴⁸ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de única instancia. Rad. 36784. Septiembre 17 de 2012.

causare grave perjuicio a su poseedor.”. Podríamos concluir entonces que el legislador no hizo ninguna salvedad en cuanto al requisito de autenticación de los documentos en copia, de manera que en la regla general se encontrarían también las copias de los documentos públicos, aun cuando los originales de estos se encuentren cobijados con la presunción de autenticidad.

Sin embargo, la Corte²⁴⁹ ha señalado que:

“Específicamente en lo que se refiere a los documentos públicos, consagra la legislación procesal (Ley 906 de 2004) una presunción legal de autenticidad (art. 425), al señalar que “Salvo prueba en contrario, se tendrá como auténtico (...) los documentos o instrumentos públicos...”

Entonces, los que no están incluidos en esa deben autenticarse conforme lo dispone el artículo 426 ídem:

“(...) 1. Reconocimiento de la persona que lo ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso, firmado o producido.

2. Reconocimiento de la parte contra la cual se aduce.

3. Mediante certificación expedida por la entidad certificadora de firmas digitales de personas naturales o jurídicas.

4. Mediante informe de experto en la respectiva disciplina sugerida en el artículo 424.”

En consecuencia, no se requiere la presentación del texto original, porque se trata de un documento público, cuya autenticidad se presume y está expresamente excluido de la regla de mejor evidencia (art. 433, ídem), porque así lo prevé el artículo 434: “Se exceptúa de lo anterior los documentos públicos...”

²⁴⁹ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. Rad. 36844 del 19 de octubre de 2011.

Y continúa la Corte indicando que:

“Se itera, el criterio general de la mejor evidencia, no se puede confundir con una regla de única evidencia, con mayor razón cuando a la parte a quien le incumbe probar que los documentos públicos ofrecidos en copia carecen de valor probatorio, omite demostrar que su literalidad no se compadece con el contenido de los originales, no a partir de simples enunciados u oposiciones sin fundamento, sino de la comprobación de que los documentos no fueron realmente suscritos por su defendido o que en ellos se habían certificado aspectos totalmente diferentes a los que contenían las copias aportadas por la Fiscalía.”.

Ya la misma Corte Suprema de Justicia en decisión dentro del Radicado 31049, que también hemos citado en punto de la presunción de autenticidad de los documentos público, al ocuparse del tema frente a las sentencias judiciales, señaló:

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

Luego la admisión de las copias de una sentencia judicial como medio probatorio está subordinada a su pertinencia y utilidad en el proceso al cual se allega. En este sentido, el artículo 376 de la Ley 906 de 2004, establece que toda prueba es admisible, salvo cuando a) exista peligro de causar un perjuicio indebido, b) probabilidad de generar confusión en lugar de mayor claridad, o su valor probatorio sea escaso, y c) sea injustificadamente dilatoria del procedimiento.

(. . .)

En tales condiciones es pertinente aceptar como prueba la copia de la pluricitada sentencia contenida en el disco

compacto que allegó la defensa, el cual deberá ser valorado en conjunto con la evidencia física y demás elementos probatorios que se acopien durante el juicio oral, público y concentrado, bajo la condición de que la copia aportada cumpla con lo dispuesto en el artículo 429 de la Ley 906 de 2004, es decir, esté certificada, o dicho de otro modo, autenticada por el funcionario competente, pues, conforme con el artículo 434 ibídem, por tratarse de un documento público, no está sometido a la regla de mejor evidencia.”.

Lo que se concluye entonces, es que necesariamente la copia del documento público que se aporta como prueba en el juicio, debe estar autenticada o contar con una certificación del servidor público que la expidió, si bien para su aducción en juicio no es necesario testigo de acreditación²⁵⁰, de manera que podría ser introducida directamente por la parte que la utiliza para sustentar su teoría del caso.

²⁵⁰ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No 31049. Bogotá, D. C., veintiséis (26) de enero de dos mil nueve (2009). M.P. Dr. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA. Aprobado Acta No.16.

CAPITULO V.

LA “LECTURABILIDAD” COMO NEGACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE ORALIDAD E INMEDIACIÓN EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO

Tal y como se ha reseñado el Acto Legislativo 03 de 2002 introdujo modificaciones a la Carta Política de 1991, con el propósito de bosquejar un nuevo modelo de proceso penal -Ley 906 de 2004-, denominado SISTEMA PENAL ACUSATORIO que tiene como características esenciales la separación categórica en las etapas de investigación y juzgamiento, el ejercicio de la acción penal exclusivamente a cargo de la Fiscalía²⁵¹ y que por regla general, el proceso penal es oral²⁵², contradictorio, concentrado y público²⁵³.

Así mismo debe advertirse que nuestro sistema procesal penal tiene unas características esenciales y propias, que lo hacen concebir como un sistema mixto con tendencia acusatoria²⁵⁴, que no permiten adscribirlo o asimilarlo, a otros sistemas acusatorios como el americano o el continental europeo, ya que no corresponde exactamente a ningún modelo puro²⁵⁵; pues “a la par con tales características comunes a los regímenes acusatorios propiamente dichos, se observan otras que alteran la fisonomía del procedimiento y le imprimen su identidad variada y compleja, adecuada a las necesidades y al entorno social e institucional colombianos... (y) ...que a la hora de estudiar

²⁵¹ Aunque debe recordarse que el acto legislativo 006 de 2011 faculta al legislador para asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía. En todo caso la FGN podrá actuar en forma preferente.

²⁵² Con la entrada en vigor de la Ley 906 de 2004 se destaca la oralidad como su característica formal por antonomasia (Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No 25007. M.P. Dr. Alfredo Gómez Quintero. Aprobado Acta No. 97. Bogotá, D.C., trece (13) de septiembre de dos mil seis (2006).

²⁵³ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-396 de 2007. Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²⁵⁴ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencias C-762 de 2009, C-070 de 2009, C-069 de 2009, C-025 de 2009, T-920 de 2008, C-879 de 2008, T-815 de 2008 y C-806 de 2008.

²⁵⁵ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-591/05. Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

las disposiciones de la ley procesal penal, no puede el intérprete partir del supuesto de que su contenido debe, a toda costa, adecuarse a un arquetipo determinado.”²⁵⁶

Súmese a ello que en el nuevo Sistema Penal Colombiano, el juez, como inicialmente se pensaba, no es un convidado de piedra, tampoco un mero árbitro del proceso sino el encargado de definir, de manera justa y garantista, la responsabilidad penal del implicado y la eficacia de los derechos de la víctima y de la sociedad frente al delito; pues el nuevo diseño no corresponde a un típico proceso adversarial entre dos partes procesales que se reputa se encuentran en igualdad de condiciones; y por otra, intervienen activamente en el curso del mismo el Ministerio Público y la víctima.

Cabe recordar, que en desarrollo de la investigación las partes no tienen las mismas potestades y que la misión que corresponde desempeñar al juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento, es “buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad...”²⁵⁷

Y ese quehacer punitivo del Estado que lo faculta para imponer la pena criminal, está ligado al deber de probar²⁵⁸ por fuera de cualquier duda todo

²⁵⁶ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-144/10. Magistrado Ponente: Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

²⁵⁷ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-591/05. Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

²⁵⁸ Con respecto a la importancia de las pruebas para el juez, ha dicho la Corte Constitucional: “La prueba, examinada por el juez en todos sus aspectos, escudriñada en cuanto a su validez e idoneidad, comparada y medida en su valor frente a las demás que obran en el plenario, sopesada en cuanto a su relación con los hechos materia de litigio y

aquello que esté relacionado con la conducta punible y con la responsabilidad del procesado, con la suficiencia necesaria para eliminar el brocardo de la presunción de inocencia²⁵⁹ que nos ampara a todos, ya que ostenta la categoría de derecho fundamental, en virtud del cual, el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente²⁶⁰.

Si bien es cierto que en los eventos de terminación anticipada del proceso, es apenas comprensible que la prueba recaudada hasta el momento de llevarse a cabo el correspondiente acuerdo sea deficiente, pues recién han ocurrido los hechos y no se ha adelantado una investigación completa; ello no puede ir hasta el extremo de exonerar de un mínimo de prueba al Estado o que la mera aceptación de los cargos ante la ausencia de prueba en contrario, sirva para probar lo que no está probado dentro del expediente; pues implicaría protuberante burla al sistema jurídico y abierta agresión contra los derechos fundamentales. En estos casos la aceptación integral de los hechos por parte del imputado obra como confesión simple²⁶¹.

con las normas generales y abstractas que corresponde aplicar en el caso, complementada con aquellas adicionales que el juez estime necesarias para llegar a una auténtica convicción sobre la verdad y, en fin, evaluada, analizada y criticada a la luz del Derecho y con miras a la realización de la justicia, es elemento esencial de la sentencia, supuesto necesario de las conclusiones en ella consignadas y base imprescindible para reconocer en el fallo la objetividad y la imparcialidad de quien lo profiere. La práctica de todas las pruebas que sean menester para ilustrar el criterio del juez y su pleno conocimiento, ponderación y estudio, así como las posibilidades ciertas de objetarlas, contradecirlas y completarlas en el curso del trámite procesal, son elementos inherentes al derecho de defensa y constituyen garantía de la idoneidad del proceso para cumplir las finalidades que le han sido señaladas en el Estado Social de Derecho. (Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-100/98 Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

²⁵⁹ "El juicio de licitud de las pruebas, así como el juicio de su suficiencia forman parte del contenido del derecho a la presunción de inocencia, pero antes de que el órgano sentenciador proceda a valorar la suficiencia de las pruebas practicadas es necesario que examine su licitud..." (Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. El contenido de la prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. J.M. Bosch Editor. Barcelona - España. 1999. Pág. 86)

²⁶⁰ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C-774 de 2001. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

²⁶¹ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional, SU - 1300, Diciembre 6/2001, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, en cuyo salvamento de voto, se ilustró "... Si bien es verdad que en la sentencia anticipada ella se dicta por aceptación de los hechos y de su imputación jurídica por el sindicado, lo que equivale a una confesión, no menos cierto es que la confesión, en materia penal, sola no es bastante para fundar en ella una decisión condenatoria, sino que se requiere su corroboración por otras pruebas, a diferencia de lo que ocurre en materia civil

Pero a medida que se ha avanzado en la implementación y aplicación del nuevo modelo de enjuiciamiento criminal, han ido apareciendo obstáculos puestos por los mismos operadores jurídicos del sistema que han terminado por atentar de manera drástica en contra de un juicio rápido y expedito como es el que se pretendía con la reforma y también han servido a algunos actores del proceso para so pretexto de hacer uso de las herramientas creadas por el legislador, convertirlas en prácticas habilidosas siempre en desmedro de la oportuna y recta impartición de justicia.

Uno de los más protuberantes es el de un mal e incorrecto entendimiento del principio de oralidad, pues lo han venido confundiendo con la lecturabilidad²⁶², es decir con la obligatoria, farragosa e inacabable lectura de infinidad de documentos en las audiencias de juicio oral, que finalmente han terminado por cumplir con unas finalidades totalmente contrarias a los fundamentos de su incorporación a nuestro sistema, lesionando el principio de oralidad y afectando el principio de inmediatez tan estrechamente vinculados uno con otro²⁶³.

en la cual la confesión si puede servir como fundamento de la sentencia desfavorable a quien la hace y puede ser infirmada con otras pruebas...”

²⁶² Debe advertirse que la palabra lecturabilidad no se encuentra en el diccionario de la RAE (lema.rae.es/drae/)

Pero la literatura especializada diferencia los conceptos de legibilidad y de lecturabilidad.

“La **lecturabilidad** se puede definir como la facilidad que ofrecen los textos escritos para ser comprendidos sin necesidad de realizar grandes esfuerzos. Dado que dos textos idénticos puede ser más o menos fáciles de leer dependiendo del lector, la lecturabilidad depende de diversos factores, como la habilidad lectora de quien lee, su formación y su conocimiento del mundo, la cercanía o lejanía cultural, un mayor o menor dominio del idioma en el que está escrito el texto o la familiaridad con la temática del mismo...”

“La **legibilidad** tiene que ver con la forma de presentar los textos para que puedan leerse sin dificultad.

Relacionada con la legibilidad es la inteligibilidad, que es la característica de una tipografía que permite al ojo distinguir un carácter del otro. En algunas fuentes, las formas de algunas letras causan que la tipografía tenga una legibilidad disminuida. Por ejemplo, al ajustar la Avant Garde muy apretada en tamaños más pequeños, hay algunas combinaciones de letras que se hacen ininteligibles —como la letra minúscula “i” junto a otra letra recta y elevada, como una “l” o una “t”.

La inteligibilidad es construida en la fuente por el diseñador. Es algo sobre lo cual no podemos hacer nada —está más allá del control del diseñador gráfico (Tomado de <http://masterticweb2.blogspot.com/2011/03/legibilidad-y-lecturabilidad-dos.html>)

²⁶³ “Los postulados de una justicia pronta, cumplida y eficaz en la solución de fondo de todos los asuntos que se someten a su conocimiento, armonizan con la Constitución en cuanto se

Como en toda creación humana, el proceso penal lo es, han de tenerse muy presentes la existencia de esos tropiezos y disfunciones que de no superarse adecuadamente, pueden acarrear un rechazo social e institucional para todo un sistema concebido de manera fundamental para ser eficiente.

Debemos recordar que el nuevo modelo de procesamiento penal, tiene como presupuesto el que sólo una mínima parte de las investigaciones conduzcan a un juicio, pues la mayoría deberían culminar precozmente en razón de la aplicación del principio de oportunidad o de los allanamientos, preacuerdos y negociaciones entre el imputado y su defensor con la Fiscalía General de la Nación. Por tanto, dados los elevados costos de funcionamiento del sistema penal éste sólo será viable si una mínima parte de los procesos llegan al juicio.

Precisamente al poco andar del nuevo modelo de enjuiciamiento criminal, la jurisprudencia, en especial la de las altas Cortes, tal y como ya lo venían decidiendo Jueces y Tribunales, aterrizó dicho esquema procesal a nuestro modelo Constitucional y a los parámetros trazados por la Carta Política, con respecto a inconsistencias y fragilidades legislativas que conllevaban vacíos jurídicos que no encontraban una respuesta normativa en la ley 906 de 2004²⁶⁴.

orientan a hacer efectivo el derecho de acceso a la administración de justicia. La implementación de la oralidad constituye un mecanismo razonablemente encaminado al logro de la pretendida celeridad en la administración de justicia, favoreciendo la inmediatez, acercando el juez a las partes y generando condiciones que propicien la simplificación de los procedimientos..." (Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sent. C - 713 de 2008. Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá, D.C., quince (15) de julio de dos mil ocho (2008).

²⁶⁴ Ver por ejemplo, entre otras sentencias, C-1092/03 sobre alcances de la función de garantías; C-591/05 sobre facultades del Fiscal para el archivo de diligencias; C-782/05 respecto del interrogatorio a indiciado; C-095/07 que hace un recorrido por la línea jurisprudencial del principio de oportunidad; C-454/06 y C-209/07 sobre derechos y facultades de la víctima; En rol de la defensa y momentos de descubrimiento probatorio (C1194/05); Régimen de transición (C-1033/06). También la corte suprema de justicia ha dado respuesta a varios interrogantes derivados de los vacíos o lagunas de la Ley 906 de 2004, entre otras, la sentencia 25248(5-10-06) que ratificó la 25775 del mismo año sobre la no procedencia de la retractación de la aceptación unilateral de cargos; en la sentencia 24764(01-06-06) se refirió a los alcances del control que ejercen los jueces de conocimiento frente a las manifestaciones de responsabilidad voluntarias; en la 24468(30-03-06) ha estudiado la regulación de la prueba de referencia, etcétera.

No puede desconocerse que los motivos fundamentales de la incorporación del principio de la oralidad y la publicidad a nuestro modelo de proceso penal, no fueron otros que garantizar una pronta y mejor justicia, a la vez que contribuir a mejorar el sentimiento de confianza de los ciudadanos frente a la justicia, pues una de las ventajas de esta forma de actuación procesal es la materialización de la publicidad del debate judicial, que permite un efectivo control popular de sus asuntos judiciales, de la conducta del Juez, las partes y los abogados.

Con ello se asegura que la sociedad pueda advertir las desviaciones o arbitrariedades en que pudiera incurrir el órgano juzgador, se propugna por una prestación del servicio de justicia en forma transparente, proscribiéndose la justicia secreta, debiendo hacerse de cara al pueblo, lo cual sólo podrá cumplirse con la oralidad y publicidad del proceso, no en despachos encerrados en cuatro paredes donde no se sabe lo que pasa.

Precisamente el primer mojón que debe establecerse en este trabajo, es dar por sentado que la razón de ser del principio de la oralidad, no es como muchos lo creen únicamente el uso de la palabra hablada en el juicio, sino el de lograr mayor eficiencia y eficacia en el trámite de los procesos para que estos cumplan con su objeto cardinal el cual es hacer efectivos y a tiempo, los derechos fundamentales de los ciudadanos²⁶⁵.

Por tanto, oralidad no puede ser entendida como la simple utilización de la expresión verbal, de la palabra hablada, sino de la aplicación de un modo y de una forma estructurada de llevar adelante el proceso que tiene unas características propias²⁶⁶ y de ahí el calificativo que se le da de sistema procesal.

²⁶⁵ “...En tal sentido, la reforma legal en comento busca lograr que la audiencia sea el escenario preferente de desarrollo del proceso. En términos de autores como Chiovenda, “la experiencia derivada de la historia permite añadir que el proceso oral es el mejor y más conforme con la naturaleza y las exigencias de la vida moderna, porque sin comprometer en lo más mínimo, antes bien, garantizando la bondad intrínseca de la justicia, la proporciona más económicamente, más simplemente y prontamente”. (Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-124/11. M.P. DR. Luís Ernesto Vargas. Bogotá, D.C., primero (01) de marzo de dos mil once (2011).

²⁶⁶ “Las características identificatorias que reconoce Chiovenda a propósito del que denomina principio de la oralidad las resume en cinco puntos: a) Predominio de la palabra hablada; b) Inmediación entre el juzgador y personas cuyas declaraciones debe valorar; c) Identidad de las personas físicas que constituyen el Tribunal durante la duración del juicio; d) Concentración de la sustanciación del juicio en un periodo único, que se desenvuelva en una

Por ello debe hablarse del proceso penal como algo menos formal, más concentrado y más dinámico a partir de su construcción a través de audiencias concentradas e ininterrumpidas que conllevan a que sean más rápidos, ágiles y menos complicados los trámites, que se desarrollan y desenvuelven a través de la argumentación y confrontación dialéctica de los adversarios en el escenario natural del debate que es el juicio, que posibilitan la toma de decisiones inmediatamente culminen las alegaciones con base en lo escuchado en el juicio.

Es decir, más que un cambio en la forma de comunicación²⁶⁷ en el proceso, lo que el principio de oralidad implica, es un giro cultural que facilita un proceso más simple y ordenado, menos complejo, menos formal, pero sobre todo, más rápido y más justo.

Ello debe ir de la mano con un progreso de todos los que intervienen en el proceso penal – Jueces, Fiscales, Abogados defensores, víctimas, Ministerio Público, Etc-, en sus capacidades de exposición oral de los hechos y fundamentos del derecho, de interlocución sobre el litigio que los vincula en una relación procesal, realizando a través de la palabra hablada y concentradamente todos los actos procesales que conlleven a decisiones inmediatas y en audiencias.

Aquí no se trata de tomar partido por si es más o menos funcional o efectivo el sistema oral o el escrito.

audiencia única o en el menor número posible de audiencias próximas; y e) Resoluciones interlocutorias inapelables...” (Cfr. PALOMO VÉLEZ, Diego I.. Y ahora, Tras la Experiencia Procesal Penal ¿La Oralidad al Proceso Civil?. Algunas Claves y Criterios a Seguir. Revista Ius et Praxis Año 10 N° 2: 225 - 265, 2004).

²⁶⁷ Para autores como Muñoz Conde y Hassemer, el proceso penal es una "comprensión escénica" y se limita más bien a ordenar el curso del proceso y precisar los límites de actuación de las partes del mismo, "...el curso procesal debe ser configurado y ordenado de forma que las personas que intervienen en el proceso puedan conocer del mejor modo posible sus derechos de participación e intervención dentro del mismo; en pocas palabras, que se consiga la comprensión escénica. Ejemplos de este aspecto comunicacional de la ordenación procesal son el derecho a proponer pruebas y a conocer el contenido de las actas, los principios de intermediación y oralidad de la vista oral y, en general, todas las disposiciones favorecedoras de la comprensión y del conocimiento de lo que sucede en la vista oral por parte del acusado..." (Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco - Winfried Hassemer. Introducción a la criminología y al derecho penal. Edit. Tirant Lo Blanch. Valencia – España. 1989. Págs. 123 – 124).

Simplemente dígase que se señalan como ventajas de la oralidad, el que el lenguaje conduce a una más exacta expresión de la realidad de los acontecimientos; ayuda a disipar las dudas en el escenario del debate y al contribuir a aclarar más fácilmente los hechos para el Juez y las partes, facilita en mejor medida las conciliaciones y la terminación anticipada de los procesos.

Entre sus dificultades se dice que las partes poco diestras o peor preparadas pueden ser envueltas por las más audaces o con mayores dotes de elocuencia. Así mismo se advierte que la fugacidad de la palabra es otro grave inconveniente (*Verba volant, scripta manent*) y la capacidad de atención difiere de unas personas a otras.

La escritura tiene la virtud de permitir un estudio sosegado, tranquilo y razonado. El juzgador puede reposadamente, con calma y con prudencia tomar más fundadamente sus decisiones dando respuesta a todas y cada una de las posiciones jurídicas de los interesados en el litigio.

Por eso se afirma que no existe ningún sistema procesal que sea totalmente oral con prescindencia de la escritura. Lo ideal es un sistema mixto que compagine ambos métodos o formas de actuación en donde predomine la oralidad buscando la eficacia y eficiencia de la justicia²⁶⁸.

Pero también resulta ineludible un análisis objetivo, equilibrado y realista de las dificultades que precisamente el nuevo procedimiento engendra, a fin de proporcionar las soluciones más adecuadas para las mismas²⁶⁹.

²⁶⁸ Cfr. VILLALBA BERNIE, Pablo Darío. La oralidad como eje para la reforma del proceso civil. Tomado de internet. El artículo presentado es inédito, siendo parte de un trabajo de mayor envergadura en edición, libro del autor denominado "Proceso Civil Paraguayo: Actualidad y Futuro"

²⁶⁹ Escuchemos al Marqués de Beccaria: "¿queréis prevenir los delitos? Haced que las leyes sean claras, sencillas y que toda la fuerza de la Nación se concentre para defenderlas, y ninguna parte de ella se empeñe en destruirlas. Haced que las leyes favorezcan menos a las clases de hombres que a los hombres mismos. Haced que los hombres las teman, y teman sólo a ellas. El temor a las leyes es saludable, pero es fatal y fecundo en delitos el de hombre a hombre... ¿queréis prevenir los delitos? Haced que las luces acompañen a la libertad..." (Cfr. BECCARIA, Cesare. De los delitos y de las penas. Temis. Bogotá. 1990. Pág. 82 – 83).

Por eso advertía Binder es necesario abandonar de una vez por todas, la idea que el derecho penal y el proceso penal operan en un vacío o en un salón de laboratorio, pues es necesario tener en cuenta no sólo la realidad social en que se legisla sino también las condiciones materiales en que se desarrollan los juicios y que posibilitan o dificultan, en mayor o menor medida, el cumplimiento de sus mandatos por todos los actores del proceso penal.

“Pensar en la eficacia del proceso penal significa, por una parte, pensar en la persecución penal, como actividad organizada del Estado para acabar con la impunidad, es decir, para volver real el programa punitivo y, por la otra, poner a disposición de las víctimas los instrumentos necesarios para que ellas sean gestoras eficientes de sus propios intereses”, por lo que la persecución estatal no puede seguirse haciendo caso por caso, sino a través de una persecución penal estratégica, entendiendo que “ los fenómenos criminales más comunes (y respecto a los que algo se puede hacer) responden a estructuras reconocibles, a patrones comunes, a formas sociales y a acciones colectivas estructuradas”²⁷⁰.

Es un hecho notorio, pues así lo registran a diario la prensa hablada y escrita – procesos Alcalde de Bogotá -Samuel Moreno-, Agro ingreso seguro – Andrés Felipe Arias -, carrusel de la salud, etc - que en los juicios adelantados por delitos en contra de la administración pública, la cantidad y el número de prueba documental que debe incorporarse al juicio oral, público, concentrado y contradictorio, sobrepasa cualquier previsión y perspectiva que se haya tenido en ese sentido por parte del legislador y que de manera indudable termina lesionando esos caros principios de igualdad, contradicción, oralidad, inmediación, concentración, publicidad, celeridad, buena fe y lealtad procesal instituidos en favor de todos los ciudadanos.

Por ello, es necesario vislumbrar y proponer la adopción de ajustes normativos y pronunciamientos jurisprudenciales de los órganos de cierre de la jurisdicción, tendientes al reforzamiento del nuevo modelo de enjuiciamiento criminal adoptado en Colombia, que vigoricen y enruten ese

²⁷⁰ Cfr. BINDER, Alberto M... Tensiones Político-Criminales En El Proceso Penal. Ponencia presentada en el XXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, realizado en Bogotá, 5 al 7 de Septiembre del 2007, organizado por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

malentendido principio de oralidad y de contera refuercen el estricto y profundo respeto por los principios antes referidos.

En este sentido se tienen que retomar los criterios de razonabilidad que abandonaron los legisladores al momento de expedir la ley 906 de 2004, para rescatar el verdadero entendimiento de los conceptos de oralidad e inmediación, en lo atinente a la incorporación de la prueba documental en el juicio oral, alzaprímado y vigorizando otros principios como el de contradicción²⁷¹ y de defensa, permitiéndosele al interesado – Fiscalía o Defensa – la incorporación pura y simple de la prueba documental al juicio²⁷², reforzando la posibilidad de someter tales documentos a la respectiva contradicción²⁷³ mediante el ejercicio del derecho de defensa y no exigir su

²⁷¹ “...Obsérvese que lo que se entiende por "controversia de la prueba" es la posibilidad que tiene el sindicado o imputado de pronunciarse sobre el valor, el contenido y los elementos internos y externos del material recaudado y con base en ello sustentar la argumentación de la defensa. ... de la interpretación del artículo 29 de la Carta, se advierte con claridad que no es admisible el establecimiento de excepciones al principio de la contradicción de la prueba así en la etapa de investigación previa no exista sindicado de un posible delito; no puede el legislador señalar, como lo hace en la disposición acusada, que en la etapa de la investigación previa, existan excepciones al principio de la presentación y controversia de pruebas por el imputado, pues este también tiene derecho a su defensa y a controvertir las pruebas que se vayan acumulando". (Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-150/1993).

²⁷² En legislaciones como la Alemana se faculta para que algunos aspectos preparatorios del juicio se hagan por escrito y se acepta incluso que no se de lectura a los documentos durante el juicio a través de un previo procedimiento de autolectura por las partes interesadas. (Cfr. VOLK, Klaus. El principio de la oralidad en el proceso penal. www.juridicas.unam.mx. En igual sentido, Cfr. HIRSCH, Gunter. Oralidad e inmediación del proceso. Tensión entre parámetros constitucionales y los aspectos de la economía procesal en el procedimiento judicial. www.juridicas.unam.mx)

²⁷³ “Ahora bien, el hecho de que en determinados casos se obvие la lectura integral del documento, no implica la trasgresión de los principios de publicidad y contradicción de la prueba, mucho menos su inadmisibilidad, pues la contraparte en uso del contrainterrogatorio al testigo con quien se esté introduciendo el medio de convicción, podrá auscultar sin limitación los apartes del documento que le interesen, con el fin de controvertir la prueba de cargo o de descargo, o para reforzar su propia hipótesis frente al soporte fáctico de la acusación, requiriendo al testigo para que lea esa fracción o fracciones del documento que le llamen la atención, pero no aduciendo como motivo la exigencia de que la ley impone la lectura de la totalidad de la probanza documental, habida cuenta que, como lo ha precisado la Sala, esa no puede ser la correcta interpretación de una norma que pertenece a un modelo de sistema procesal penal que propende por la agilidad de los procedimientos y la eficacia de la administración de justicia en armonía con el respeto a las garantías fundamentales de partes e intervinientes, las cuales en manera alguna se ven trasgredidas por el hecho que se obvие la lectura de la totalidad del contenido que integra el documento...”. (Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto Única instancia. Rad. 36784. Sept. 17 de 2012.)

incorporación a través de la lectura completa de miles de folios como se viene haciendo y como quedo normativizado en la nueva legislación²⁷⁴.

Los derechos de defensa y contradicción, no se vulneran cuando la unidad de defensa e incluso la Fiscalía, tiene la oportunidad no sólo de conocer los elementos de persuasión, sino también de debatirlos y controvertirlos, entendiendo aquéllos como la posibilidad jurídica de contradicción, pues lo que se prohíbe de manera rotunda en la Constitución y la ley es que en el proceso obren pruebas subrepticias, secretas u ocultas²⁷⁵.

También ha de tenerse presente el nuevo entendimiento que ha de dársele al ejercicio del derecho de defensa, pues con las nuevas normas rituales su ejercicio no debe ser de mera expectativa sino proactivo, pues "...el sistema, más que sugerir, requiere del imputado, y/o su defensor, desde antes de la misma investigación, un comportamiento activo, que lo compromete con la indagación de lo que resulte favorable, sin que por ello se disminuya la presunción de inocencia... En síntesis: el defensor está obligado a utilizar con habilidad, que no habilidosamente, todos los mecanismos procesales, sustanciales y probatorios para que su representado resulte favorecido pues, como decía Calamandrei, el único límite que tiene el defensor para ejercer su defensa es el juego limpio porque la habilidad en la competición es lícita aunque no se permite hacer trampas..."²⁷⁶

En tales circunstancias, de manera alguna se lesiona tal principio de oralidad y su consecuente de inmediación, pues por el contrario se materializan cada uno de sus componentes, vale decir, se mantienen incólumes la comunicación personal²⁷⁷ del juez con las partes, su percepción inmediata a

²⁷⁴ Artículo 431 C.P.P.- Empleo de los documentos en el juicio. Los documentos escritos serán leídos y exhibidos de modo que todos los intervinientes en la audiencia del juicio oral y público puedan conocer su forma y contenido. Los demás documentos serán exhibidos y proyectados por cualquier medio, para que sean conocidos por los intervinientes mencionados. Cuando se requiera, el experto respectivo lo explicará. Este podrá ser interrogado y contrainterrogado como un perito.

²⁷⁵ Cfr. COLOMBIA, C.S.J. Sala de Casación Penal. Sent. 16 abril de 2002. M.P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote.

²⁷⁶ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de casación de 11 de julio de 2007. Radicación 26827.

²⁷⁷ "Porque la inmediación no consiste sólo en la imagen y la palabra, sino también "en los aspectos comunicativos no verbales" lo que exige que el Tribunal realice un "examen directo y personal del acusado y los testigos", "en una nueva audiencia en presencia de las demás partes", de modo que "quien juzga tenga ante si a quien declara" y que "el declarante pueda

través de sus sentidos y el contacto directo de aquél con los actos de incorporación de las pruebas y con sus exposiciones como instrumento fundamental para llegar a adoptar una decisión²⁷⁸.

Así es posible diferenciar los conceptos de oralidad e inmediación, no obstante el estrecho vínculo y afinidad entre ambos.

La oralidad entendida como una herramienta procesal y referida al medio de expresión que se utiliza en el proceso. Es decir, oralidad con un marcado carácter instrumental²⁷⁹ y entendida como método de juzgamiento²⁸⁰ sin que se pueda atribuir como un instituto puesto al servicio de los derechos de las personas involucradas en un conflicto penal ni a la satisfacción de valores institucionales.

Y principio de inmediación alusivo a la forma en que el operador judicial percibe, aprecia, asume o entra en contacto con el insumo probatorio y con los intervinientes en el juicio²⁸¹.

dirigirse a quien está llamado a valorar sus manifestaciones” (Cfr. SUAU MOREY, Jaime. Inmediación y apelación en el proceso penal. Editorial Bosch.2010. Barcelona. España. Pág. 28).

²⁷⁸ Lo que la inmediación supone es que “el juez que debe pronunciar la sentencia haya asistido a la práctica de las pruebas de que saca su convencimiento y haya entrado, por lo tanto, en relación directa con las partes, con los testigos, con los peritos y con los objetos del juicio, de forma que pueda apreciar las declaraciones de tales personas y las condiciones de los sitios y cosas litigiosas, etc., fundándose en la impresión inmediata recibida de ellos y no en referencias ajenas” (Cfr. CHIOVENDA, Giuseppe (1940), Instituciones de Derecho Procesal Civil, III, Madrid. Pág. 78)

²⁷⁹ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso Nro. 26831. M.P. Dra. María del Rosario González de Lemos. Aprobado Acta N°. 119. Bogotá D.C., mayo quince (15) de dos mil ocho (2008).

²⁸⁰ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso Nro. 33157. M.P. Dr. Alfredo Gómez Quintero. Aprobado Acta No. 413. Bogotá, D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil diez (2010).

²⁸¹ “...entre los principios que inspiran la estructuración y la interpretación de las normas jurídicas procesales se encuentra el de la inmediación, en virtud del cual el juez debe tener una relación directa y sin intermediarios con el proceso, tanto con los demás sujetos del mismo, es decir, las partes y los intervinientes, como con su contenido o materia, de principio a fin. Se considera que mediante la aplicación de dicho principio es más posible descubrir la verdad de los hechos y proferir una decisión justa, es decir, alcanzar el ideal del derecho...” (Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sent. C 543 de 2011. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá, D.C., seis (6) de julio de dos mil once (2011).

En efecto, en la sentencia C-124 de 2011, esa Corte reconoció que mediante la aplicación del principio de inmediación “es más posible descubrir la verdad de los hechos y proferir una decisión justa”. Ello debido a que en virtud de este principio “el juez

Ello se refuerza con el antelado y obligado descubrimiento probatorio²⁸² que ha debido hacerse a la parte contraria antes de la audiencia del juicio oral, cuya transgresión o defectuosa realización conlleva consecuencias adversas al sujeto procesal que ha debido cumplir con esta carga²⁸³, y también, el cómo se ha dejado sentado, distinto entendimiento del derecho de defensa y su ejercicio por acusados y defensores, a quienes se les exige un conocimiento completo y constante del asunto controvertido.

Adviértase que en legislaciones como la Alemana²⁸⁴ hay una limitación legal a los principios de oralidad e inmediación, facultando para que algunos aspectos preparatorios del juicio se hagan por escrito y se acepta incluso que no se de lectura a los documentos durante el juicio.

Es suficiente que Jueces y Fiscales aseguren haber leído los documentos y que se les dé la posibilidad a los demás intervinientes de leerlos. Es un procedimiento de auto lectura²⁸⁵ y de este modo queda evacuada la prueba documental.

Si alguien considera que deben leerse los documentos está en la obligación de demostrar que la lectura en público tiene mayor valor probatorio que la auto lectura, lo cual se da en muy excepcionales casos.

debe tener una relación directa y sin intermediarios con el proceso, tanto con los demás sujetos del mismo, es decir, las partes y los intervinientes, como con su contenido o materia, de principio a fin"; relación directa que se concreta a su vez en *"la constatación personal del juez (...) del material probatorio y las acciones procedimentales en sí mismas consideradas"*, lográndose así *"la formación de un criterio íntimo y directo sobre los argumentos fácticos y jurídicos relacionados con el caso"*. En el mismo sentido se expresó respecto del principio de concentración en vista de que, al desarrollarse el proceso y actividad probatoria en una o en pocas audiencias siempre próximas, se logra *"que no desaparezcan de la memoria del juez los actos orales que él ha presenciado"*. La aplicación de estos dos principios crea entonces las condiciones para que el juez llegue fácil y rápidamente a una decisión justa al finalizar la audiencia o máximo dos horas después.

²⁸² Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso No 28847. Magistrado Ponente: Jorge Luís Quintero Milanés. Bogotá. D. C., doce (12) de mayo de dos mil ocho (2008).

²⁸³ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-1194/05. Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²⁸⁴ Cfr. VOLK, Klaus. El principio de la oralidad en el proceso penal. www.juridicas.unam.mx

²⁸⁵ Cfr. HIRSCH, Gunter. Oralidad e intermediación del proceso. Tensión entre parámetros constitucionales y los aspectos de la economía procesal en el procedimiento judicial. www.juridicas.unam.mx

Desde este punto de vista, la lectura se convierte en una fórmula sin ningún valor cognoscitivo, es decir en una mera formalidad; pues la lectura por sí misma no otorga ningún derecho a determinado medio de prueba ni consagra determinadas reglas probatorias.

Y ello adquiere mayor contundencia y validez en los casos en que esa misma prueba documental, requiere de la valoración de un perito contable, como suele ser muy frecuente en los delitos de corrupción.

Si bien es cierto que en el método o sistema oral hay predominio de la palabra como medio de expresión, ello no quiere significar que haya absoluta prohibición de lo escrito, pues es difícil concebir un proceso que no admita en mayor o menor medida actuaciones escritas.

La apuesta por la oralidad es esencialmente a que en el proceso se asuma una etapa especial donde se produzca el debate oral de la causa, en el que por medio de la palabra hablada, de la expresión verbal, se discuta la causa y de ser factible se resuelva la misma.

Además estamos hablando de una prueba específica y diferenciada, como lo es la prueba documental, la cual por su esencia y objetividad²⁸⁶ es susceptible de apreciación espontánea por el funcionario judicial, sin que en ningún caso tal valoración tenga relevancia alguna con el transcurso del tiempo o con la credibilidad o no de los hechos.

Tal permisión obviamente no puede extenderse a juicios de valor, calificaciones jurídicas o a las opiniones incorporadas por los funcionarios que los suscriben o participan en su formación, teniendo en cuenta que entrándose de actuaciones civiles, administrativas, fiscales y penales, la finalidad de cada uno de tales procesos es distinta, los bienes jurídicamente

²⁸⁶ “Los documentos están en los autos; pueden ser vistos, en consecuencia, por el Tribunal de instancia de la misma manera que por el Tribunal de casación. Por tanto, éste puede comprobar, por ejemplo, con la lectura de la partida de nacimiento, sin ninguna dificultad, que la víctima era mayor de doce años y que la aplicación al caso del art. 429.3 del Código Penal es falsa. Se trata, como lo señala Roxin de una cuestión "independiente del transcurso del tiempo", o en otras palabras, de algo que no depende de la intermediación con que la prueba fue recibida por el Tribunal de instancia... (Cfr. BACIGALUPO, Enrique. La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios. Primera edición: febrero 1994. Ad-hoc S.R.L. Dirección Editorial Dr. Rubén Villela. Buenos Aires, República Argentina. Págs. 49 – 51)

tutelados también son diferentes, al igual que el interés jurídico que se protege²⁸⁷.

“No menos cierto que la apreciación de la prueba, no depende siempre de la inmediación, y en los casos en que pueda depender únicamente de ésta, debe tenerse en cuenta que la apreciación probatoria es una operación compleja que consta teóricamente al menos de dos fases: primera, dirigida a interpretar cada uno de los medios de prueba, y segunda tendente a valorar estos individualmente y en conjunto. En este sentido se preguntan algunos estudiosos acerca de cual es la utilidad de que el juez vea u oiga al testigo, al acusado o a cualquiera otro sujeto cuya sinceridad deba evaluar. Por eso algunas sentencias del Tribunal remiten a la psicología del testimonio. La conclusión a la que llegan algunos de estos estudios es clara: la inmediación por si sola no sirve para descubrir la verdad. Es menester un plus: inmediación más ciencia...”²⁸⁸

Compartimos la crítica que se hizo en su momento y aún se sigue haciendo, a quienes ayer postulaban e incluso reivindicaban hoy en día, que el cambio en el modelo de enjuiciamiento criminal, consistió en desincorporar un concepto dogmático, propio del Derecho Penal sustantivo, para remplazarlo por conceptos estrictamente procesales, en donde la responsabilidad de los acusados y la comprobación de las conductas punibles ya no dependerá de las teorías dogmáticas al uso, sino de lineamientos y ritualidades probatorias.

Creencia más reprochable²⁸⁹ si se tiene en cuenta, que lo que se busca con la aplicación de la dogmática penal, no es otra cosa que lograr una aplicación

²⁸⁷ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sent. C-244/96. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

²⁸⁸ Cfr. SUAU MOREY, Jaime. Inmediación y apelación en el proceso penal. Editorial Bosch. 2010. Barcelona. España. Pág. 127, 128.

²⁸⁹ “...Han vuelto a escucharse las voces de quienes se empeñan en sostener que la dogmática no es necesaria, que es una discusión estéril, que no sirve para nada y que se puede administrar justicia penal, tan solo a partir de la aplicación de la norma penal. En esa línea se inscriben los defensores del pragmatismo jurídico para los cuales las elaboraciones dogmáticas, no solo son sofisticaciones académicas incomprensibles, sino que ven en sus postulados un claro obstáculo para la aplicación de una justicia más eficaz y acorde con las necesidades y conveniencias del momento. Para ellos el discurso dogmático se torna en extremo extraño y abstruso y ven en sus defensores a verdaderos “cómplices de la delincuencia” que pretenden rodear de garantías a quienes precisamente, por delinquir, no deberían tener derecho ni garantía alguna, en tanto que la imposición de la pena no requiere ninguna otra racionalidad que la necesidad de compensación y reclamo de castigo por parte de la sociedad...” (Cfr. GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador. El concepto del delito en el nuevo Código penal. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 2003. Pág. 24- 25).

segura y calculable del Derecho penal, que hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación²⁹⁰.

Por el contrario, hoy se pretende la construcción universal de un concepto de hecho punible, desarrollado desde o, al menos, sobre la base de los sistemas y doctrinas nacionales, a través de una aproximación comparativa y conceptual²⁹¹.

Es más, hay quienes pregonan²⁹² que la técnica no puede reemplazar sino complementar el estudio y aplicación de la dogmática penal, la jurisprudencia, los principios básicos del proceso penal y que una buena teoría del caso no se agota en una visión sobre los hechos y el modo de probarlos, sino que debe igualmente contener una visión clara de las instituciones dogmáticas aplicables y sus consecuencias²⁹³. De este modo el estudio, la capacitación, el aprendizaje de la litigación debe ir de la mano, indisolublemente con el conocimiento de la dogmática penal.

Como esboza *García Caveró*²⁹⁴, el manejo de la dogmática no es sólo útil para mejorar la calidad del debate y del resultado del juicio sino que sirve para el manejo eficiente, incluso en términos de gestión procesal, de las

²⁹⁰ “El método técnico jurídico, consiste en tomar como dogma las disposiciones de la ley y en esclarecer con base en ellas, los principios que rigen las disposiciones y los valores en que se inspiran, la dogmática jurídico penal tiene una eminente función de seguridad. “ Debe averiguar, dice Gimbernat, qué es lo que dice el derecho. La dogmática jurídico penal, pues, averigua el contenido del derecho penal, cuáles son los presupuestos que han de darse para que entre en juego un tipo penal, qué es lo que distingue un tipo penal de otro, dónde acaba el comportamiento impune y dónde empieza el punible. Hace por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuando menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerá del azar y de factores incontrolables la condena y la absolución. Hasta el punto de que sin dogmática la condena y la absolución son una lotería...” (Cfr. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Concepto y límites del Derecho penal. Temis. Segunda edición. Bogotá. 1994. Págs. 127– 132).

²⁹¹ Cfr. AMBOS Kai. “Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible”. Polít. crim., N°5, 2008, A6-5, pp. 1-26.[http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_6_5.pdf]

²⁹² Cfr. CARO CORIA, Dino Carlos. La enseñanza de la dogmática penal como conditio sine qua non para el éxito de la oralidad. trabajo presentado el 16.5.10, al término del Curso Base sobre Instrumentos para la Implementación de un Sistema Penal Acusatorio, del VII Programa Interamericano de Formación de Capacitadores para la Reforma Procesal Penal 2010, organizado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA).

²⁹³ Cfr. BAYTELMAN A., Andrés, y Mauricio Duce J., Litigación penal juicio oral y prueba. Lima, INCIPP, 2005. Pág. 45.

²⁹⁴ Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. “La teoría del delito en el nuevo proceso penal”. En: Revista Jurídica del Perú N° 100, junio 2009, pp. 290-291.

etapas previas al juicio en que el fiscal debe seleccionar en qué casos corresponde o no efectuar diligencias preliminares o qué hechos debe probar durante la investigación preliminar por ser penalmente relevantes, y en contrapartida sobre qué aspectos fácticos y jurídicos de la imputación debe versar la defensa. Incluso la pretensión de que el Juez tome una decisión inmediata en la audiencia, conforme a la oralidad, demanda del mismo un conocimiento dogmático solvente.

No se trata, en consecuencia, de conocer las mejores destrezas para convencer al Juez de una verdad, sino de convencerlo, además, de una verdad que tiene claras consecuencias jurídicas, previamente razonadas, diseñadas y estructuradas.

La fascinación habilidosa, sin un contenido valorativo, es el instrumento propicio para que la absolución o la condena no dependan de la solidez y contundencia demostrativa de la teoría del caso bien de la Fiscalía o la defensa, sino la consecuencia necesaria de la posibilidad de contar o no con un abogado que se lleve de calle los principios éticos y morales de la profesión.

Si bien podría llegar a pensarse que la ausencia de lectura de la prueba por documentos, podría conllevar a una mengua en la aplicación del principio de inmediación, ello no es cierto, pues claramente se materializan los componentes de este principio como son la presencia del juez en audiencia; la participación del juez en la práctica de la prueba y será el mismo Juez que recepciona pruebas, el que dicta la sentencia en un plazo razonable.

Y siguiendo a Calamandrei debemos decir que los caracteres de la inmediación más que de la forma de cada acto procesal, se derivan de las relaciones de tiempo y de lugar según las cuales se agrupan en el proceso las actividades de los diversos sujetos²⁹⁵, porque la inmediación no consiste

²⁹⁵ “Los caracteres de la mediación o inmediación, más que de la forma de cada acto procesal, se derivan de las relaciones de tiempo y de lugar según las cuales se agrupan en el proceso las actividades de los diversos sujetos del mismo: puede ocurrir que las actividades procesales de las partes y del juez se desarrollen simultáneamente y espacialmente, entre presentes, de modo que cada uno de ellos perciba directamente con los propios sentidos lo que hacen o dicen, y en este caso se dice que las actividades se desarrollan según el sistema de la inmediación; puede ocurrir, por el contrario que las actividades de los diversos sujetos se desarrollen en lugares y tiempos diversos, de modo que las comunicaciones entre los mismos se deban efectuar, como ocurre entre ausentes, no a base de la inmediata percepción, sino a base de relaciones ajenas: en este caso se

sólo en la imagen y la palabra, sino también en los aspectos comunicativos no verbales, lo que exige que el operador judicial realice el examen directo y personal del acusado y de los testigos, en presencia de las demás partes, de modo que quien juzga tenga ante sí a quien declara y que el declarante pueda dirigirse a quien está llamado a valorar sus manifestaciones.

Por el contrario una equivocada interpretación y aplicación del principio de la oralidad e inmediación como se viene haciendo, con la exigencia de la necesaria lectura de los documentos, viene provocando sobre todo en procedimientos como los de administración pública donde la documental es fundamental, una dificultad importante que está afectando no sólo los principios de oralidad e inmediación, sino los derechos a un juicio rápido y sin dilaciones injustificadas²⁹⁶ ²⁹⁷, por rendir equivocadamente pleitesía a la lecturabilidad, “pues el esquema acusatorio demanda un enfrentamiento, en igualdad de condiciones y de armas, entre las partes, expresado en afirmaciones y refutaciones, pruebas y contrapruebas, argumentos y contraargumentos, desarrollado ante un tercero que decide objetiva e imparcialmente la controversia”²⁹⁸.

La lecturabilidad de la prueba por documentos como quedó establecido normativamente en la ley 906 de 2004, indudablemente se ve dirigida más al método o técnica de lectura o de vocalización de las palabras puestas en el

habla de mediación”(Cfr. CALAMANDREI Piero. Instituciones de Derecho Procesal Civil, T. I, Buenos Aires, Lib. El Foro, 1996, p. 329)

²⁹⁶ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-334 de 2012

²⁹⁷ “El derecho a un juicio sin dilaciones indebidas «es un derecho público subjetivo». Esto implica la obligación por parte de los poderes públicos de remover aquellos obstáculos que impidan el avance del proceso con normalidad. Por consiguiente, el legislador y las autoridades judiciales deben velar por la aceleración y celeridad del proceso. En principio, se considera que este derecho tiene una naturaleza puramente procesal, esto es, sin consecuencias sustantivas. Ahora bien, como señala PRIETO RODRIGUEZ, «tal naturaleza predominantemente objetiva no es incompatible a priori con la posibilidad de atribuir efectos sustantivos a la hipótesis de la vulneración», ya que sería vaciar de contenido a este auténtico derecho subjetivo si las únicas soluciones posibles por vulnerarlo se limitasen, por ejemplo, a que se ordene la continuación del curso del proceso indebidamente paralizado, o simplemente se ordene a quien sea responsable la aceleración del mismo, o incluso se introduzcan reformas en las leyes procesales para reducir plazos y concentrar actos.(Cfr. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B.. La circunstancia atenuante de dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento. Revista de Derecho Penal y Criminología, 3.a Época, Nro. 6 (2011). Págs. 81,82)

²⁹⁸ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 4 de febrero de 2009, radicado 29415. Magistrado Ponente: Julio Enrique Socha Salamanca. Aprobado Acta N° 27.

contexto de un párrafo o de un escrito; pero nunca a la verdadera intención del legislador, que no puede ser otra que la cabal comprensión de los conceptos o ideas contenidos o insertos en un medio escrito que le interese al proceso penal para que se de el correspondiente debate entre los involucrados en el mismo.

Tal y como quedó concebida en nuestra legislación el uso de la técnica de la lectura de la prueba por documentos en el proceso penal, no se ve cometido procesal alguno, pues las competencias, destrezas y habilidades de lectura no pueden ser bastión de ningún derecho fundamental ni de ningún proceso penal, sino más bien de características de cada persona en particular, pues dependen de su capacidad de leer desde el punto de vista biológico, fisiológico e intelectual, de la existencia o no de perturbaciones en el órgano de la visión y de la presencia de condiciones óptimas de tipo locativo y auditivo en el lugar en que se va a llevar a cabo la audiencia del juicio oral, etc.

A ello se suman las competencias personales de cada lector como manejo del lenguaje técnico que se utiliza en el documento escrito, a su condición de lector habitual o no, a sus técnicas de lectura, a su campo de visión, a su aptitud de fijar la vista, a sus capacidades físicas, a la buena conservación y funcionamiento de los órganos que intervienen en la expresión hablada, a sus habilidades para llevar a cabo una lectura eficaz, a la existencia o no de disfunciones en el habla que conlleven a la perturbación de la comunicación hablada y al proceso mental que se lleva a cabo durante la lectura en la fase de asociación de la visualización con la palabra.

Algunas de estas fortalezas y debilidades también operan y deben tenerse en cuenta en el receptor auditivo de los mensajes. A ello debe sumársele las posibles barreras o déficits de atención de los adultos que ocasionan en muchas ocasiones problemas para completar las tareas, dificultad para mantener la atención enfocada en una cosa por un tiempo prolongado y a tener olvidos con regularidad²⁹⁹.

²⁹⁹ El déficit de atención del adulto, "Es un trastorno crónico de origen mayoritariamente genético. Se caracteriza por la dificultad para concentrarse y, algunas veces, impulsividad e hiperactividad. Aunque existen casos leves, en ocasiones puede llegar a afectar de forma severa el desempeño estudiantil, social o laboral de quien lo padece... En el caso de la desatención los pacientes cometen errores reiterados por descuido, son inconstantes para finalizar tareas complejas y les es difícil organizarse. También extravían cosas con frecuencia, se distraen por estímulos irrelevantes y tienden a ser olvidadizos. Cuando a la desconcentración se suma la hiperactividad los síntomas cambian. Entre ellos se incluyen:

A ello debe agregarse la posible presencia de estados de salud en alguno de los emisores o receptores de la lectura o de adversarios e intervinientes en el juicio oral que afecten la concentración y percepción de lo que se lee o se escucha y que tanto lector como oyente tienen sus propios tiempos para leer, escuchar y comprender.

En definitiva, las competencias y habilidades comunicativas no pueden ser consideradas de ninguna manera como fundamentales a la hora de establecerse los ritos por medio de los cuales el legislador dentro de su poder de configuración, determina la manera cómo ha de llevarse a cabo el juicio oral en Colombia.

Por el contrario, su indebida e incorrecta aplicación, han llevado a una fractura importante de los principios de oralidad e intermediación del proceso penal, por la consagración normativa en el artículo 431 de la figura del exceso ritual manifiesto³⁰⁰, haciéndolo dispendioso, lento, más formal, menos concentrado y dinámico; alejado de la eficiencia y la eficacia, y de cumplir con su objeto cardinal el cual es la exposición oral de los hechos y de los fundamentos del derecho.

Es decir, de todo lo contrario a desarrollar un diálogo sobre el litigio que los vincula en una relación procesal, a través de afirmaciones y refutaciones, pruebas y contrapruebas, argumentos y contra-argumentos, desarrollado

exceso de actividad motora, problemas para permanecer sentado cuando se requiere hacerlo, dificultad para relajarse, impaciencia y tendencia a interrumpir a los otros. "Eso se expresa en una actitud menos reflexiva y poco constante, que trae problemas en varios niveles de la vida diaria". (Cfr. GONZÁLEZ, Jorge, Dr., Revista Neurología Red Salud UC Chile.)

³⁰⁰ Por ello "...cuando entran en tensión derechos fundamentales con normas de carácter procedimental – incluso las de casación - , éstas han de ser flexibilizadas, ante la evidencia de la violación de derechos fundamentales pues que las formas no sólo están al servicio de la legalidad, sino que operan en función del principio de Constitucionalidad y en especial de la efectiva protección de los derechos fundamentales: " ... si el derecho procesal se torna en obstáculo para la efectiva realización de un derecho sustancial reconocido expresamente por el Juez, mal haría éste en darle prevalencia a las formas haciendo nugatorio un derecho del cual es titular quien acude a la administración de justicia y desnaturalizando a su vez las normas procesales cuya clara finalidad es ser medio para la efectiva realización de derecho material – art. 228 -... de lo contrario se estaría incurriendo en una vía de hecho por **exceso ritual manifiesto** que es aquel que se deriva de un fallo en el cual haya una renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente de los hechos, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales convirtiéndose así en una inaplicación de la justicia material..." (Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T – 1306 de dic. 6/ 2001 M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra)

ante un tercero que decide objetiva e imparcialmente la controversia³⁰¹. También todo lo opuesto a la realización de manera oral y concentrada de todos los actos procesales, para hacer efectivos y a tiempo, los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Como se sabe en materia penal la dimensión temporal del proceso tiene mayor incidencia que en otros órdenes jurisdiccionales³⁰², pues están en entredicho valores o derechos que reclaman tratamientos diferentes, por lo que no se puede avalar la indefinición temporal de la indagación³⁰³.

Agréguese igualmente que uno de los bastiones fundamentales de la oralidad es la construcción litigiosa del proceso, es decir, el debate amplio y a través de la palabra no de la lectura, sino de las argumentaciones de los hechos y de las pruebas que interesan al proceso, pudiendo considerar con Binder que una de las manifestaciones graves de esa tradición que debilitan o anulan el litigio, es la incorporación de prueba por lectura³⁰⁴.

Y aquí hay que hacer una precisión fundamental, en el sentido que lo que identifica y caracteriza el método de la oralidad es que el mismo operador jurídico que recepciona las pruebas sea el que dicta la sentencia. Exigencia que no se da en el sistema escrito en el cual es indiferente que el órgano decisor que practica o recibe las pruebas sea el mismo que dicta la sentencia.

Esta postura está acompasada con los avances de la tecnología y de la sociedad, que han conllevado a una evolución constante por parte de la doctrina y la jurisprudencia incorporando en los últimos años los adelantos de

³⁰¹ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 4 de febrero de 2009, radicado 29.415. Magistrado Ponente: Julio Enrique Socha Salamanca. Aprobado Acta N° 27.

³⁰² Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-1154 de 2005.

³⁰³ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sala de decisión en Tutela. Magistrado Ponente. Dr. Alfredo Gómez Quintero. Aprobado Acta No. 85. Bogotá, D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil nueve (2009). Rad. Impugnación 40850.

³⁰⁴ Cfr. BINDER, Alberto. La reforma de la justicia penal: entre el corto y el largo plazo. Revista Sistemas Judiciales, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, INECIP". Revista Nro. 3. Agosto 2002.

la tecnología, como son los relativos a la fotografías, los videos³⁰⁵ y los desarrollos de la computación al régimen probatorio³⁰⁶.

Ello igualmente ha determinado una distinta visión en el procedimiento probatorio, por lo que es reflexivo acudir a medidas que modulen dicho principio de oralidad en cuanto a la incorporación al juicio de la prueba por documentos, maximizando y potenciando a su vez el derecho de defensa.

Y en auxilio de esta tesis, valga insistir, que si ya ha habido un previo y obligatorio descubrimiento probatorio, ello lleva a concluir que todos los actores del juicio oral, público, concentrado y contradictorio ya los conocieron y tuvieron que haber cumplido con su actividad de auto lectura con miras a su posible controversia; sin que ello implique que en aras de materializar la controversia para efectos de la argumentación o contra argumentación se lean piezas o trozos muy específicos y puntuales de la prueba por documentos.

³⁰⁵ Así nuestra jurisprudencia “Un caso especial de evidencias fílmicas se presenta cuando las imágenes se obtienen con medios audiovisuales (como cámaras de seguridad, cámaras de comunicadores sociales, filmadoras, sistemas computacionales, sistemas de video, cámaras fotográficas, etc., de servidores públicos o de particulares) que captan en tiempo real algún acontecimiento.

Tales registros –siguiendo a CHIESA no son propiamente una evidencia real sino que se toman a la manera de “testigo silente” en cuanto a la captación real de lo ocurrido. “Tal el caso de la fotografía o película del asalto de un banco tomada por la cámara correspondiente. En estos casos la autenticación se establece acreditando el proceso o sistema mediante el cual se tomó la fotografía o película” bajo el sistema de las reglas de evidencia federales de los Estados Unidos y de Puerto Rico. Como se observa, para la autenticación de esos documentos no se requiere indefectiblemente que comparezca la persona que realizó la filmación o que operó los aparatos de registro audiovisual, sino que, lo importante es determinar el origen o procedencia del registro.

La regularidad de su aporte o aducción se conseguirá siguiendo las reglas de la cadena de custodia y la acreditación, que generalmente se cumple a través de un testigo. (Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso No 25920. Bogotá D. C., veintiuno (21) de febrero de dos mil siete (2007). Magistrado Ponente. Javier Zapata Ortiz. Aprobado Acta No. 25.

³⁰⁶ A raíz de los avances tecnológicos en el campo de los computadores, las telecomunicaciones y la informática surgió el “documento electrónico”, concebido por la doctrina jurídica como “cualquier representación en forma electrónica de hechos jurídicamente relevantes, susceptibles de ser asimilados en forma humanamente comprensible”, y reconocido por la legislación patria, concretamente, por la Ley 527 de 1999, declarada exequible mediante las sentencias C-662 de 8 de junio de 2000 y C-831 de 8 de agosto de 2001.

Además que los interesados para su decreto – de la prueba documental - debieron cumplir con la carga de demostrar su pertinencia, conducencia y utilidad y que estas han de estar referidas a los hechos que son objeto del proceso³⁰⁷.

Por tanto, no leer en su integridad la prueba documental con el fin de incorporarla al proceso, al momento de ser aducida, según lo norma el artículo 431 de la Ley 906 de 2004, de ninguna manera atenta en contra de la finalidad de tal norma, la cual tiene por objeto que su contenido sea conocido por los intervinientes. Por el contrario, cumplir tal exigencia de manera cerrera y ciega, tal y como se ha advertido, atenta en contra de los principios de oralidad e intermediación.

La admisión de pruebas en el juicio efectuada bien sea por la Fiscalía o por la unidad de defensa, debe tener como marco de referencia obligatorio los parámetros fácticos, probatorios y jurídicos de la acusación y debe estar gobernada por su vocación de desvirtuar los cargos de la acusación o aminorar el compromiso penal del acusado, por lo que en tal sentido, su conducencia debe estar referida a la imputación en concreto hecha y a su sustento probatorio y jurídico, ya que es precisamente sobre esa base que el juzgador tendrá que definir si procede a decretarlas o no.³⁰⁸

De manera que ese propósito del artículo 431 ya ha sido cumplido con anterioridad a través de la auto lectura y a partir del descubrimiento probatorio, en escenarios anteriores al juicio; además de como se ha dejado advertido ser una obligación de todos los que participan en el proceso conocer los hechos y sus fundamentos probatorios; a partir de la construcción colectiva de los hechos objeto de decisión y del distinto entendimiento del ejercicio de defensa.

Como puede verse nuestra Legislación se quedó corta, pues pareciera que siguió el rumbo de legislaciones como la Alemana en cuanto a aceptar los procedimientos escritos para la preparación del juicio – escrito de acusación, relación de pruebas, etc - y la imposición de la obligación de auto lectura –

³⁰⁷ “Al thema probandum han de referirse las pruebas, no sólo por razones de orden lógico, sino porque la ley exige al juez exponer siempre, razonadamente, el mérito que le asigna a cada una, y de él carecen las que no guardan relación con aquél”. (Cfr. CARDOSO ISAZA, Jorge. Pruebas judiciales. Jurídicas Wilches. 5 edición. Bogotá. 1985. pág. 15).

³⁰⁸ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sent. Agosto 29 / 2002. M.P. Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar.

distinto entendimiento del derecho de defensa - , pero sin darles ninguna consecuencia específica.

Ya la jurisprudencia aun cuando con temores ha empezado a dar los primeros pasos³⁰⁹, pues sin prescindir de la lecturabilidad si la ha limitado al thema de prueba, advirtiendo que con respecto a la prueba documental en el juicio no empece el contenido del artículo 431 no se impone su lectura integral, absoluta y textual, cuando quiera que varios de sus apartes no guarden relación con el objeto de la prueba.

En caso contrario, cuando alguien alegue la necesidad de su lectura integral, se le traslada la carga argumentativa de señalar los motivos por los cuales es indispensable agotar la lectura integral del texto, pues ante todo debe velarse por hacer eficaz el principio de celeridad procesal y la impartición de justicia en plazos razonables³¹⁰.

Advierte Binder³¹¹, cómo el proceso penal es un sistema binario, que no admite soluciones intermedias: se condena o se absuelve. Por tanto, es difícil encontrar soluciones sincréticas en donde queden satisfechas las dos partes, ya que ambas tienen intereses individuales y propios, difíciles de conciliar, pues “el proceso penal es empujado, por así decir, por la víctima y el imputado hacia lados diferentes en una puja sin fin... Los contendientes no tienden al equilibrio sino a la defensa de los intereses que deben representar, sin perjuicio de que finalmente se construya alguna forma de equilibrio.”.

Aquí debe resaltarse que una posición como la aquí expresada lleva a establecer una diferenciación desde el punto de vista del régimen probatorio, pues una cosa son los llamados medios de prueba o de convicción, que comprenden los diversos instrumentos que pueden presentarse en el proceso para lograr el convencimiento del juez sobre la existencia y

³⁰⁹ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Nro. 34339. M.P. Dr. Jorge Luis Quintero Milanés. Aprobado acta N° 019. Bogotá, D. C., veintiséis (26) de enero de dos mil once (2011).

³¹⁰ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto Única instancia. Rad. 36784. Sept. 17 de 2012.

³¹¹ Cfr. BINDER, Alberto M. Tensiones político-criminales en el proceso penal. Ponencia presentada en el XXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, realizado en Bogotá, 5 al 7 de Septiembre del 2007, organizado por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

veracidad de los hechos alegados por las partes, otra muy distinta su valoración por el Juez y también otra diferente es la actividad probatoria referida a la actividad de las partes y del juez dentro del llamado procedimiento probatorio.

Todo ello conforma el concepto de prueba judicial entendido como “el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso”³¹². Y esa actividad se realiza de modo similar los procesos escritos y los orales, pues las diferencias existentes son de mera forma o técnica comunicacional y no de esencia.

Es decir, pueden y deben diferenciarse, conceptos tales como la regulación de los diversos medios de convicción, su incorporación y también la valoración de los mismos por parte del juez, con el objeto de formar su convicción sobre la existencia y veracidad de los hechos alegados por los intervinientes en el juicio.

Y en este sentido clarificadoras son las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, al determinar que la inmediatez no forma parte del debido proceso en general³¹³, esto es, de los requisitos mínimos que debe contener cualquier procedimiento penal, acorde con lo establecido en el artículo 29 de la Constitución colombiana, sino del procedimiento instituido por el legislador en la Ley 906 de 2004, con soporte constitucional en el artículo 250 de la Carta.

³¹² Cfr. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Buenos Aires, 1988, Pág. 15

³¹³ En esta decisión podríamos decir que la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, al igual que la doctrina distingue entre principios del proceso y principios del procedimiento.

“los principios del proceso” se refieren a la formación del objeto procesal y su disponibilidad por las partes, así como el comportamiento, en general, de los sujetos procesales en la introducción, prueba y valoración de los hechos. En cambio son “principios del procedimiento”, los que rigen la forma de la actuación procesal, determinando la índole de la relación entre las partes y el órgano jurisdiccional, entre las partes en sí mismas, y en general la forma en que se producirá la actuación de todos los sujetos procesales...” (Cfr. VILLALBA BERNIE, Pablo Darío. La oralidad como eje para la reforma del proceso civil. Tomado de internet. El artículo presentado es inédito, siendo parte de un trabajo de mayor envergadura en edición, libro del autor denominado “Proceso Civil Paraguayo: Actualidad y Futuro”)

Y que es perfectamente válido que en Colombia se puedan adoptar procedimientos para adelantar la investigación y juzgamiento penal, excluyendo el principio de inmediación, sin que por ello se pueda entender vulnerado el artículo 29 de la Carta; pero que "... dado que en el numeral 4° del artículo 250 de la misma se obliga a que el juicio se adelante, cuando se trata de sistema acusatorio, dentro de los presupuestos torales de la inmediación, sí es posible afirmar que en los casos en los cuales se elimina absolutamente el principio en cuestión puede verificarse vulneración constitucional...Evidente se aprecia, por lo anotado, que el principio en mención posee una clara connotación procedimental, de cara al sistema que el legislador estimó mejor para desarrollar la investigación y el juzgamiento penales..."³¹⁴.

Así también es posible acudir a la doctrina de nuestros máximos Tribunales ordinario³¹⁵ y Constitucional³¹⁶ para insistir en que la inmediación se aplica de manera fundamental a la prueba testimonial, la cual en Colombia como en la jurisprudencia Española³¹⁷ admite modulaciones – tal el caso de los delitos sexuales sobre menores en donde incluso *su dicho adquiere una especial confiabilidad*³¹⁸ – por lo que se demanda de especial cuidado por virtud de los derechos que se hallan en juego, la necesidad de no revictimizar al afectado y las limitaciones propias de su corta edad, teniendo entonces la facultad el juez para decidir si recibe el testimonio en audiencia, si lo recibe por fuera de la misma o si lo desecha en protección de sus derechos fundamentales, que prevalecen en los términos del artículo 44 de la

³¹⁴ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. M.P. Dr. Gustavo Enrique Malo Fernández. Aprobado Acta No. 458. Radicación 38512. Bogotá, D.C., doce (12) de diciembre de dos mil doce (2012).

³¹⁵ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 19 de agosto de 2009, radicado 31950.

³¹⁶ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-554/03. M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá D. C., diez (10) de julio de dos mil tres (2003).

³¹⁷ Cfr. SUAU MOREY, Jaime. Citadas en prologo. Inmediación y apelación en el proceso penal. Editorial Bosch.2010. Barcelona. España. Pág. 28.

³¹⁸ Cfr. COLOMBIA, Sentencia de 26 de enero de 2006, radicación 23706, sentencia del 30 de marzo de 2006, rad. Núm. 24468; ib. Auto del 28511 del 28 de nov. de 2007; auto del 26/9/07, rad. Núm. 27946; auto del 26/09/2007, rad. Núm. 28274.

Constitución Política, y en lugar de su testimonio directo autoriza testimonios de referencia u otra prueba de la misma índole³¹⁹.

Y que lo importante para efectos de emitir un fallo justo no es el método a través del cual se incorporan las evidencias sino la manera como estos son percibidos por el Juez, lo resalta la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, pues “Con base en esa percepción el Juez debe elaborar juicios y raciocinios que le servirán para estructurar el sentido del fallo. En ese conjunto de ejercicios mentales de reflexión e inteligencia el Juez no puede apartarse de los postulados de la lógica, de las máximas de la experiencia, ni, por supuesto, de las reglas de las ciencias. Es por ello que no resulta correcto afirmar radicalmente que la sana crítica quedó abolida en la sistemática probatoria de la Ley 906 de 2004...”³²⁰.

Tampoco puede desecharse la clasificación realizada por la doctrina que divide los medios de prueba en directos e indirectos. En los primeros se produce la percepción directa del juzgador de los hechos que se pretenden demostrar, como ocurre en relación con la llamada inspección judicial. En tanto que en los segundos existe una reproducción de hechos anteriores, a cargo de terceros como la declaración de testigos, los dictámenes judiciales, así como la prueba documental.

En tales condiciones, nos encontramos en frente de un medio de prueba indirecto, como quiera que el conocimiento no llega de manera directa o se produce por la percepción directa del funcionario judicial sino que en su presencia se realiza una reproducción de hechos anteriores e irrepetibles, que por tratarse de hechos objetivos, a diferencia de la prueba testimonial no requiere necesariamente para su valoración que se conozca la ciencia de la razón del dicho del testigo en presencia del juez, pues con relación a este medio de prueba, su valoración requiere de un análisis integral del testimonio

³¹⁹ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso n.º 32868. M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. Aprobado Acta No. 73. Bogotá, D. C., diez de marzo de dos mil diez.

³²⁰ Cfr. COLOMBIA, C.S.J. Proceso Nro. 33420. M.P. Dr. Yesid Ramírez Bastidas. Aprobado Acta N° 152. Bogotá, D. C., doce (12) de mayo de dos mil diez (2010).

y del testigo; del testimonio entendido como manifestación o afirmación de una cosa y del manifestante como persona que asevera sobre esa cosa³²¹.

Como se sabe la valoración de la prueba testifical demanda del observador ese estudio bifronte, del cual depende su merecimiento y fuerza demostrativa. Por ello, el funcionario judicial debe sopesar diversos factores referentes a la naturaleza del objeto percibido, el sentido a través del cual el sujeto aprehendió el hecho, las circunstancias de tiempo, modo y lugar que llevaron a la percepción, así como la personalidad del atestante, la forma como vierte su narración, las palabras que utiliza y aún sus expresiones corporales o demás singularidades que se adviertan.

En el caso de la prueba documental, su merecimiento y fuerza demostrativa depende de situaciones diferentes – requisitos intrínsecos y extrínsecos – y por lo tanto, la presencia del declarante en el juicio es en calidad de testigo de acreditación, para demostrar la autenticidad de los documentos en aquellos eventos en que ello sea necesario, por lo que no puede el testigo de acreditación suplir los juicios de valor que le corresponde asumir al juez basado en la sana crítica como método de apreciación racional de las pruebas.

Por tanto, no existirá fractura alguna al principio de inmediación, si dicho conocimiento no se produce a través de la lectura y se permite que se haga por los propios sentidos no sólo del funcionario judicial sino de los interesados; pues se insiste, lo importante para que se materialice el principio de la inmediación es que se le permita al juez percibir de su fuente directa las pruebas y las alegaciones de las partes³²² y que el fundamento del principio de oralidad no es la lecturabilidad, sino que el Juez debe basar su convicción sólo en aquello de lo que se haya hablado en el juicio oral³²³.

³²¹ “Una justificada preferencia por la oralidad se hallaría, en el período probatorio, en la necesidad y, a la vez, exigencia de que el órgano jurisdiccional haya asistido a la práctica de las pruebas, fundándose para formar su convicción en la impresión inmediata recibida de los distintos medios probatorios, y no en referencias ajenas, potenciándose su contacto directo. La oralidad ha de aplicarse, principalmente, en la práctica de las pruebas personales, lo que supone la inmediación del órgano jurisdiccional con las personas que las practican. (Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. De la inmediación, la publicidad y la lengua oficial (artículos 137 a 144 LEC).Cristina Alonso Salgado. Facultad de Derecho Universidad de Santiago de Compostela .Barcelona, Enero 2010. Indret 1/2010).

³²² Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-205/11.

³²³ Cfr. VOLK, Klaus. El principio de la oralidad en el proceso penal. www.juridicas.unam.mx

Así también lo ha determinado la Jurisprudencia patria, advirtiendo que el proceso penal no puede estar sujeto exclusivamente al cumplimiento de las ritualidades que lo caracterizan, pues de la mal entendida rigidez de unos preceptos podría derivarse, de manera abrupta e injustificada, la conculcación de valores superiores del Estado social de derecho, que brinda garantías fundamentales a todos los sujetos procesales, sumado a que el juez debe disponer de medios técnicos fidedignos, ágiles e idóneos para el registro y reproducción de lo actuado³²⁴, pues, se repite, no puede desconocerse que *“el legislador habilita la posibilidad de que la inmediación del juez no se limite únicamente a la práctica de pruebas en su presencia, sino que es posible acudir a medios técnicos de registro y reproducción idóneos y garantes del principio, cuando circunstancias excepcionales así lo requieran”*³²⁵

Ello también encuentra fundamento en la misma legislación Colombiana que contempla el derecho a la segunda instancia y en estas condiciones adviértase que se impone concluir que el principio de oralidad se modula y no opera de manera plena³²⁶, pues el superior no puede ni siquiera repetir las pruebas testimoniales, ni practicar otras nuevas y debe apoyar su decisión en el examen de los registros del juicio.

Que no decir de la manera como se ha concebido la investigación preliminar a cargo de la Fiscalía, que no sólo es reservada sino que pudiera decirse escrita y secreta, pues se reciben entrevistas, interrogatorios, se levantan actas de inspecciones a lugares, se reciben informes periciales, se incautan documentos, evidencias físicas, elementos materiales, informaciones, etc., en donde la defensa no tiene casi ninguna posibilidad de influir en el curso y en los resultados de las investigaciones.

³²⁴ Cfr. COLOMBIA, Arts. 9° y 146 L. 906 de 2004.

³²⁵ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, enero 30 de 2008 (rad. 27192), M. P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

³²⁶ Aunque para algunos en estos casos el principio de inmediación se flexibiliza (Cfr. URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. El Sistema Probatorio Del Juicio Oral. Módulo de Aprendizaje Autodirigido. Plan de Formación de la Rama Judicial 2009. Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa. Págs. 107 – 108).

Ello igualmente se patenta en las aceptaciones de cargos y negociaciones, preacuerdos, pruebas anticipadas y fundamentalmente en las estipulaciones en donde es obligación del Juez estarse a lo que estipulen las partes³²⁷.

Y aquí es necesario traer un fundamento de la cotidianidad, o para decirlo más impasiblemente, de la realidad en las que nos movemos los funcionarios judiciales y los abogados litigantes.

Es obvio que los funcionarios del Estado tienen deberes que cumplir, pero lo que no puede perderse de vista es que esos “funcionarios” no son máquinas a las cuales pueda programarse para que, en cualquier circunstancia, es decir, ciegamente, cumplan sus obligaciones, olvidando que también son seres humanos y que como tales no sólo estamos sujetos a la posibilidad de error, sino a situaciones ajenas a nuestra voluntad que dificultan al extremo el cumplimiento oportuno o adecuado de nuestras funciones.

Así entonces, la posibilidad de exigir el cumplimiento de determinadas formalidades a quienes intervienen en un proceso penal³²⁸, no puede mirarse en abstracto desde la perspectiva puramente fría de la ley, sino que también han de tenerse en cuenta las condiciones materiales en que se desarrollan los juicios³²⁹ y que posibilitan o dificultan, en mayor o menor medida, el cumplimiento de sus mandatos^{330 331}.

³²⁷ “...dentro del sistema de enjuiciamiento con tendencia acusatoria consagrado en la Ley 906 de 2004, el legislador previó que en algunos eventos los intervinientes podían renunciar a la actividad probatoria sobre determinados hechos o sus circunstancias, sustentado en un acuerdo o pacto, por cuanto que éstos no serán objeto de controversia en el juicio, motivo por el cual el juzgador debe darlos por ciertos en los precisos términos pactados entre aquellos, como claro desarrollo de los postulados de eficiencia y celeridad propios de dicho modelo, a menos que advierta una violación de un derecho fundamental...” (Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No 28212. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés. Aprobado acta N° 193. Bogotá, D. C., diez (10) de octubre de dos mil siete (2007).

³²⁸ Artículo 431 C.P.P.- Empleo de los documentos en el juicio. Los documentos escritos serán leídos y exhibidos de modo que todos los intervinientes en la audiencia del juicio oral y público puedan conocer su forma y contenido. Los demás documentos serán exhibidos y proyectados por cualquier medio, para que sean conocidos por los intervinientes mencionados. Cuando se requiera, el experto respectivo lo explicará. Este podrá ser interrogado y contrainterrogado como un perito.

³²⁹ “Las prescripciones normativas para la regulación del curso procesal se deducen básicamente de los principios de economía y comunicación, cuya meta principal consiste, por una parte, en ordenar el proceso evitando el trabajo superfluo y estableciendo las necesarias secuencias de la acción en una serie práctica...”. (Cfr. MUÑOZ CONDE,

No en vano se dice por algunos que en la política criminal como en la actividad legislativa tiene lugar un proceder intuitivo, basado fundamentalmente en un tratamiento teórico y jurisprudencial^{332 333}, abandonando la realidad social que se pretende regular y sobre la cual se va a incidir.

Ya lo hemos advertido, en la mayoría de los procesos por delitos contra la administración pública – peculado, celebración indebida de contratos, etc -, son especializados, voluminosos y conformados especialmente por abundante prueba documental, la cual debe ser incorporada como fundamento necesario de la teoría del caso bien de la Fiscalía o de la defensa, la cual debe analizarse y tenerse en cuenta por el Juez, pues de lo que se trata no es de ejecutar una labor eminentemente mecánica, sino de dispensar justicia.

Sólo una revisión a conciencia de los medios de prueba incorporados, en estos casos, en especial, la prueba documental, puede llevar al Juez a tener certeza acerca de la decisión a adoptar. Este aspecto no puede hacerse a un lado, ya que como seres humanos a los servidores judiciales no se les puede exigir un rendimiento que exceda sus naturales capacidades o aptitudes,

Francisco -Winfried Hassemer. Introducción a la criminología y al derecho penal. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia – España. 1989. Págs. 123 – 124).

³³⁰ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C-774 del 25 de julio de 2002.

³³¹ “La valoración de la prueba, en tanto tarea de determinar la eficacia o ineficacia convictiva, no depende en realidad de la forma escrita u oral del proceso en que se realiza...Sucede que la incidencia de los principios de concentración e intermediación propios de los procesos por audiencias, permite una mejor individualización de cada medio probatorio y a la vez, de su inserción en el conjunto, posibilitando una más fácil apreciación global de la prueba reunida por el Juez directamente, que no se halla dispersa y cuya incorporación ha vivenciado el decisor...”(Cfr. SIMÓN, Luis María. La prueba entre la oralidad y la escritura. Artículo consultado en la internet).

³³² Cfr. SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme. ¿Cómo se elabora una propuesta de lege ferenda?. Reflexiones sobre la formulación de los preceptos jurídico-penales. Primera parte: Tipicidad. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2.a Época, Nro. 16 (2005), pág.81.

³³³ “En todo caso, una ley superaría el control de constitucionalidad si se comprueba que «en su elaboración se ha producido una adecuada participación ciudadana» y «se han averiguado cuáles sean las opiniones sociales» (racionalidad ética); si se verifica que «se han realizado los correspondientes estudios previos sobre la realidad social a incidir, los objetivos a perseguir, los medios de que se dispone y las posibles consecuencias de la decisión legislativa» (racionalidad teleológica y pragmática); y si se observa su «coherencia con el resto del ordenamiento jurídico» (racionalidad lógico-formal)” (Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Diez Ripollés, José Luís. La racionalidad de las leyes penales, Madrid (Trotta) 2003, 205 pp. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2.a Época, Nro. 16 (2005), págs. 379-390.

sobre todo si no se olvida que administrar justicia penal es un labor compleja en la que los asuntos no pueden decidirse de cualquier manera, dado que ello puede conducir, en muchas ocasiones, a lamentables errores judiciales.

La práctica así lo ha demostrado, es decir, que no solamente las partes han debido dar lectura por semanas e incluso meses los documentos ante el Juez, sino que ante la necesidad de éste estar cierto acerca de los hechos y de los fundamentos de derecho que ellos incorporan, es común y permanente ver que los jueces para adoptar sus decisiones suspenden las diligencias por encima del término de las dos horas permitidos para anunciar el sentido del fallo o decidir sobre las medidas de aseguramiento.

Muestra de ello son los desarrollos jurisprudenciales acerca de la justa causa³³⁴ con relación a la prolongación de los términos procesales³³⁵; lo que finalmente termina atentando en contra de los principios de pronta justicia, eficacia y celeridad en las actuaciones procesales.

Precisamente una de las ventajas de los procesos por audiencias o del método de la oralidad, es que facilita la determinación de manera más clara del tema de prueba y del objeto del proceso; es decir, cuáles son las cuestiones a resolver y cuál el objeto de prueba. Es decir, qué hechos han de ser probados.

Por tanto ello se constituye además en una imposición a las partes de la carga de la argumentación concreta y detallada de los hechos y fundamentos de derecho que interesen al proceso, lo que permitirá un mejor control por parte del Juez.

Esta delimitación del tema de prueba y del objeto del proceso es más característica del sistema de la oralidad que de los procesos escritos, lo que conlleva a una mayor eficiencia, pues se evita que al proceso se alleguen medios probatorios ajenos al objeto litigioso, a que se hagan lecturas farragosas e innecesarias y concentrando los esfuerzos de las partes y del

³³⁴ Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso Nro. 34669. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. Aprobado Acta No. 260. Bogotá D.C., dieciocho (18) de agosto de 2010.

³³⁵ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional en Sentencia C -1198-08 de 4 de diciembre de 2008, Magistrado Ponente Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

operador jurídico sólo en la incorporación y asunción de todo aquello que resulte útil para la ilustración de los hechos relevantes para la decisión.

Pero tampoco podría decirse que ciertos medios de prueba, por su naturaleza, son más fáciles de producir y valorar en ciertos procesos que en otros, como los documentos en los procesos escritos, y los medios personales – prueba testimonial - en los orales.

Lo importante en uno u otro sistema es garantizar la inmediación en su incorporación, la que indudablemente no depende de las técnicas o habilidades de lectura – lecturabilidad -, sino de la manera como el operador judicial entre en contacto con el insumo probatorio y con las alegaciones de las partes.

Por otra parte, la vigencia del principio de oralidad y su consecuente de inmediación tal y como lo hemos argumentado antes, se mantienen cuando la incorporación de la prueba documental se realiza a través del sistema de audiencias y de modo indelegable ante el Juez que dicta posteriormente la sentencia; quien previamente escuchará de propia voz de los interesados las argumentaciones en torno a la existencia de los hechos con base en las pruebas incorporadas y los fundamentos de derecho que los soportan.

Y esa argumentación con respecto a la existencia de los hechos y de los fundamentos de derecho en que se apoyan, de ninguna manera puede hacerse depender de la lectura de los documentos sino del principio de la oralidad y su consecuente de la inmediación; es decir, de la manera como el interesado lleva mediante el ejercicio de la palabra hablada ante el Juez los hechos y conclusiones que se desprenden del contenido de esos documentos y de los argumentos jurídicos que se soportan en ese contenido documental.

Así entonces, la valoración de la prueba, en tanto tarea de determinar la eficacia o ineficacia demostrativa, no depende en ningún caso de la forma escrita u oral del proceso en que se realiza.

Pero en el caso de los principios de concentración e inmediación, debe advertirse que son más propios de los procesos por audiencias, pues permiten una mejor individualización de cada medio probatorio posibilitan una más fácil apreciación del universo de prueba, incorporada en presencia del

Juez directamente, de modo que cuando llega el momento final de valoración en la sentencia, ya cuenta con razones suficientes que fue adquiriendo de manera gradual a medida que se incorporaban en su presencia y él asumía los medios probatorios.

En la misma línea de pensamiento, dígase que ello de manera indudable contribuirá a que los funcionarios judiciales cumplan con su deber de precisar con mayor rigor las razones de orden fáctico y jurídico que sustentan su decisión, de manera que sean plenamente entendibles por sus destinatarios, que eviten las argumentaciones contradictorias o excluyentes y que posibiliten a los interesados – acusados, unidades de defensa, víctimas, Ministerio Público, etc. - conocer su verdadero sentido.

“La sana crítica se identifica con los ejercicios de verificabilidad del conocimiento hacia la aprehensión de la verdad, proceso en el que los jueces deberán ser respetuosos de las máximas generales de experiencia, leyes de la lógica, la ciencia y criterios técnicos y científicos de apreciación de pruebas en particular, que al ser correctamente aplicados permiten efectuar inferencias acertadas, llegar a conclusiones y otorgar credibilidad a los distintos medios de convicción habida razón de la verosimilitud de los mismos”³³⁶.

Así mismo acuden en nuestro auxilio para soportar tal tesis, la libertad de configuración del legislador y sus límites en materia procesal, de la cual goza constitucionalmente el legislador, - numeral 2º del artículo 150 del Estatuto Superior -, lo cual lo habilita con amplio margen de configuración, para regular los procedimientos, las etapas, los términos, los efectos, determinar la naturaleza de actuaciones judiciales, eliminar etapas procesales, requerir la intervención estatal o particular en el curso de las actuaciones judiciales, imponer cargas procesales o establecer plazos para el ejercicio del derecho de acceso a la administración de justicia y demás aspectos de las instituciones procesales en general y que mientras el legislador, no ignore, obstruya o contraríe las garantías básicas previstas por la Constitución, goza de discreción para establecer las formas propias de cada juicio, entendidas éstas como ‘el conjunto de reglas señaladas en la ley que, según la

³³⁶ Cfr. COLOMBIA, C.S.J. Proceso Nro. 33420. M.P. Dr. Yesid Ramírez Bastidas. Aprobado Acta N° 152. Bogotá, D. C., doce (12) de mayo de dos mil diez (2010).

naturaleza del proceso, determinan los trámites que deben surtirse ante las diversas instancias judiciales o administrativas³³⁷.

De allí que, como se apuntara en la sentencia C-227 de 2009, la doctrina constitucional haya considerado que la competencia normativa del legislador resulta acorde con el estatuto superior, siempre y cuando tenga en cuenta los siguientes aspectos: “i) que atienda los principios y fines del Estado tales como la justicia y la igualdad entre otros; ii) que vele por la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos que en el caso procesal (...) puede implicar derechos como el debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia (artículos 13, 29 y 229 C.P.); iii) que obre conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la definición de las formas y iv) que permita la realización material de los derechos y del principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formas (artículo 228 C.P.)”.

Un tal entendimiento es legítimo, útil y necesario, por lo que se aviene como razonable, vale decir, admisible y válido desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales y finalidades que lo justifican -acceder al valor justicia-.

La Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, estimó necesario precisar que en el deber de buscar la verdad en el actual esquema, el desarrollo del juicio oral no se puede supeditar, exclusivamente, al cumplimiento de las ritualidades que lo conforman porque el proceso penal no es un trámite de formas, ni un fin en sí mismo considerado. Por lo tanto, en aras de no suprimir la eficacia del debate, se debe examinar en cada caso concreto si se alcanzan a trastocar los principios reguladores de la fase del juicio y, por consiguiente, las garantías fundamentales de los sujetos procesales³³⁸.

De la misma forma merece resaltarse el más amplio entendimiento del concepto de prueba válida para efectos de la emisión de la sentencia,

³³⁷ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-830/02. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araujo Rentería. Bogotá, D.C., ocho (8) de octubre de dos mil dos (2002).

³³⁸ Cfr. COLOMBIA, C.S.J. Sala de Casación Penal. Sentencia Enero 30 de 2008. M.P. Dr. Augusto J. Ibáñez. Proceso No 27192.

acuñado por la C.S.J. Sala de Casación Penal³³⁹, en el entendido de que la esencia del proceso constitucional – penal es acceder al valor justicia, porque se trata de un proceso de búsqueda de la verdad que tiene por finalidad hacer prevalecer el derecho sustancial sobre el derecho formal, pues se trata de hacer justicia material en cada caso³⁴⁰. Y ello a partir de la diferenciación de los conceptos de incorporación, controversia y apreciación de la prueba al juicio oral y público, solo exigiendo que su aducción al proceso penal se haga respetando los principios rectores y las garantías procesales y constitucionales³⁴¹ y que su apreciación se regula de conformidad con los criterios establecidos en la ley para cada prueba legalmente establecida, porque de principio “Toda prueba pertinente es admisible...” (Artículo 376 ib.) y apreciable (art. 380 ib.) según los criterios establecidos en el respectivo capítulo.

Todo ello en el entendido que ninguno de los principios y bienes que se articulan dentro del proceso penal son absolutos, siempre y cuando el legislador respete unos contenidos constitucionales mínimos.

Así como tampoco son absolutos en el proceso penal, los significados de las normas constitucionales que los contemplan, ni los principios y reglas que la

³³⁹ Cfr. COLOMBIA, C.S.J. Sala de Casación Penal. Sentencia Nov. 8 de 2007. Magistrado Ponente: Alfredo Gómez Quintero. Proceso No 26411.

³⁴⁰ Cfr. COLOMBIA, Salvamento de voto a sentencia C 396 de 2007. Fallo que declaró exequible el artículo 361 de la Ley 906 de 2004 (Mg. Nilson Pinilla Pinilla)

³⁴¹ Téngase en cuenta en este caso, la admisibilidad de la prueba de referencia en algunos casos considerados como “evento similar” a los previstos en el literal b) del artículo 438 como la desaparición voluntaria del declarante o su falta de localización. En estos casos la declaración ha de ser incorporada a través del testimonio del funcionario o investigador que la recaudó, con el traslado respectivo de la petición para que las demás partes e intervinientes se pronuncien y pueda ejercer su derecho de contradicción. (Cfr. COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 36023. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero. Aprobado Acta. No.343. Bogotá D.C., Sent. Septiembre veintiuno (21) de dos mil once (2011).

En similares términos parece aceptarlo la legislación Española “Sin embargo, la misma jurisprudencia ha establecido que es posible valorar, previa lectura en el juicio oral en los términos del art. 730 Lecr, el acta que documenta las declaraciones de un testigo en el sumario, si éste ha muerto, si ha desaparecido o si se encuentra fuera de la jurisdicción del Tribunal y éste no puede lograr su presencia. Estos supuestos podrían ser completados por un cuarto que tuviera en cuenta las situaciones de imposibilidad de comparecer de un testigo enfermo gravemente, cuya presencia sólo sería posible en un tiempo largo e incierto”. (Cfr. BACIGALUPO, Enrique. La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios. Primera edición: febrero 1994. Ad-hoc S.R.L. Dirección Editorial Dr. Rubén Villela. Buenos Aires, República Argentina. Pág. 65)

jurisprudencia constitucional ha reconocido en ellas.³⁴² “De modo que aunque necesariamente se presentarán conflictos, la forma de resolver los problemas jurídicos concretos o abstractos en que ello se manifieste, tenderá a no servirse de nociones materiales, esencialistas y totalizantes, sino más bien de métodos de ponderación³⁴³ ...”

Una regulación normativa en tal sentido, no excedería el poder de configuración del legislador y por el contrario apuntaría a materializar los principios y fines del Estado, propendería por la primacía del derecho sustancial sobre las formas (artículo 228 C.P.), por una justicia imparcial y respetaría los principio de legalidad, igualdad de las partes en el proceso (art. 13 CP.), igualdad de armas, debido proceso, derecho de defensa y el derecho de acceso a la administración de justicia (artículos 13, 29 y 229 C.P.).

El sistema procesal penal colombiano es de tendencia acusatoria, pero no se ha concebido como una fórmula inalterable frente a la cual el legislador pierde poder de configuración para convertirse en un mero reglamentador del modelo arquetípico inserto en la Constitución.

En este mismo sentido, el debido proceso no se encuentra rígidamente predeterminado y debe estar dirigido a alcanzar la justicia formal y sobre todo material, buscar la verdad, procurar la prevalencia del derecho sustancial, así como la defensa y protección efectiva de los derechos del procesado y de las víctimas. Es decir, lo que está absolutamente protegido por la Constitución es el derecho a la prueba³⁴⁴ no el derecho a las formas.

³⁴² Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-059 de febrero 3 de 2010, M. P. Humberto Sierra Porto.

³⁴³ Sobre el particular la doctrina en español es cada vez más rica. Así en BERNAL, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, en especial, la segunda parte del libro, titulada: Los criterios alternativos al principio de proporcionalidad. pp. 251-489; LOPERA MESA, Gloria. Principio de proporcionalidad y ley penal: Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006. PÉREZ, Tomás de Domingo. “Neoconstitucionalismo, justicia y principio de proporcionalidad”. En: Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos. N°. 56 (2007), p. 245-280; También CARBONELL, Miguel. (comp.). El principio de proporcionalidad. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008; BEDOYA, César Augusto. Control de garantías y principio de proporcionalidad. Bogotá, ed. Diké, 2007.

³⁴⁴ “El derecho a la prueba posee un contenido mínimo que, en su configuración legal debe ser respetado. Este contenido mínimo se reduce a que los tribunales admitan, practiquen y valoren todas aquellas pruebas pertinentes, útiles y lícitas (límites intrínsecos) solicitadas

Por ello resulta razonable que sea el legislador el que diseñe el esquema procesal que considera adecuado para la búsqueda de la verdad, pues “el principio de oralidad no se erige en fundamento o base del proceso, sino en efecto o simple arte instrumental”, ya que para la doctrina ni la oralidad ni la escritura por sí solas resuelven la problemática técnica con que tiene que enfrentarse el legislador al construir el proceso, existiendo innegables razones de orden sociológico y práctico que llevan a pronunciarse por la utilización conjunta de ambas³⁴⁵.

Tal y como lo reclama PICO I JUNOY³⁴⁶, “en el debate procesal lo verdaderamente relevante no es buscar el origen histórico de una determinada institución, esto es, cuál es el régimen político en el que ha surgido, sino analizar si dicha institución es o no válida para lograr la mejor justicia sin sacrificar ninguna garantía procesal”. Agregando que “no debe buscarse el garantismo sin tener en cuenta la función que cumple el proceso, ni tampoco la eficacia olvidándose las garantías constitucionales del proceso. El garantismo exacerbado puede originar la ineficacia del proceso, y la eficacia extrema puede propiciar la vulneración de las garantías básicas de la actividad del juez - con su deber de imparcialidad - y de las partes - con sus derechos a la defensa -. Por ello, el debate garantismo-eficacia no debe plantearse en términos de prevalencia de uno sobre otro, sino de compatibilidad, esto es, debe buscarse la máxima eficacia del proceso respetando las garantías procesales del juez y de las partes.”

por la parte, siempre que respeten los requisitos legales de proposición (límites extrínsecos genéricos), y se adecúen a los concretos requisitos de cada medio probatorio (límites extrínsecos específicos). (Cfr. PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil Español. Biblioteca jurídica virtual. Unam. México. www.juridicas.unam.mx)

³⁴⁵ HERNÁNDEZ AGUILAR, Álvaro: Proceso civil y oralidad en Costa Rica. Revista Sistemas Judiciales, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, INECIP”. Agosto 2004.

³⁴⁶ Cfr. PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado. Ponencia presentada al “Congreso Internacional de Derecho Procesal” celebrado en Lima del 29 al 31 de octubre de 2003, y publicada en Derecho Procesal Civil. Congreso Internacional, Lima, 2003, pp. 55-66; también en la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, 2004, núm. 4, pp. 253-270. Y en su versión italiana cfr. Il diritto processuale tra garantismo ed efficacia: un dibattito mal impostato, en “Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia”, T. I, edit. Giuffrè, Milano, 2005, pp. 213 a 230.

Las nuevas corrientes del pensamiento penal propugnan porque el legislador al momento de hacer las leyes no sólo sustantivas sino las procedimentales, debe acudir a un axioma dinámico de la política criminal³⁴⁷, que, hasta la promulgación o vigencia de la norma, se encuentra en un constante proceso de cambio; pues a pesar de estar interesado en la etiología del crimen, sin embargo, también está interesado en las posibles formas de responder frente al delito y en los efectos que producen los diferentes modelos de control social, especialmente, el penal.

Así entonces, sin abandonar los criterios y fines ínsitos en la política criminal³⁴⁸, tiene que acudir a la realidad social para justificar socialmente una determinada medida penal, ya que “La pretensión de resolver problemas prácticos exige conocer el contexto social donde se va aplicar la norma penal”, pues muchas veces la dogmática y el garantismo, conllevan a ignorar con frecuencia ciertas realidades sociales, haciendo que éstos se vean sobrepasados por la realidad social.

Por tanto, se propugna porque las decisiones político criminales se sustenten en la previa posesión de la información sobre la realidad social y en la auto-consciente decisión tomada en base a esa información – principio de correspondencia -. “Ahora bien, una ley penal no sólo puede fracasar porque no se cumplan sus objetivos preventivos (una medida inocua a efectos preventivos), sino también porque puede generar otros efectos indeseados o agravar los que pretendía resolver. En este último punto, debemos recordar que la política criminal no sólo se ocupa de proteger

³⁴⁷ Cfr. FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel. La legitimación social de las leyes penales: límites y ámbito de aplicación. Revista de derecho penal y criminología, 3.a Época, n.o 5 (2011), pág. 201.

³⁴⁸ “...Jescheck la define como “una disciplina que se ocupa de la pregunta acerca de cómo dirigir al derecho penal para poder cumplir de la mejor forma posible su misión de proteger a la sociedad. La política criminal se fija en las causas del delito, intenta comprobar la eficacia de las sanciones empleadas por el Derecho Penal, pondera los límites de hasta dónde puede el legislador extender el derecho penal para coartar lo menos posible el ámbito de libertad de los ciudadanos, discute cómo pueden configurarse correctamente los elementos de los tipos penales para corresponder a la realidad del delito y comprueba si el Derecho Penal material se halla configurado de tal forma que pueda ser verificado y realizado en el proceso penal...”(Cfr. GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. Fundamentos teórico Constitucionales del nuevo proceso penal. Ediciones nueva Jurídica. Bogotá. 2007. Pág. 144).

Con respecto a la definición de política criminal también pueden consultarse, COLOMBIA, Corte Constitucional Sentencias C 873 /2003; C 646 de 2001 y C 504 de 1993.

penalmente a la sociedad, sino también proteger a ésta del derecho penal.
349«

³⁴⁹ Cfr. FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel. La legitimación social de las leyes penales: límites y ámbito de aplicación. Revista de derecho penal y criminología, 3.a Época, Nro. 5 (2011), pág. 204.

CONCLUSIONES

La actual configuración del proceso penal en materia de Juzgamiento de delitos de corrupción administrativa no es eficaz.

No es aceptable la lentitud con que se vienen tramitando estos juicios orales, favorecida por erradas e incomprensibles interpretaciones de normas procesales, instituidas por el contrario, para dar eficiencia, eficacia y celeridad a las actuaciones judiciales.

Ello indudablemente atenta en contra del derecho a un juicio rápido y sin dilaciones, no sólo porque suponen vistas públicas muy complicadas a causa de muchos fenómenos como el transcurso del tiempo, sino también el de la gigantesca documentación que se involucra en la mayoría de los casos.

A ello se el incorrecto y mal entendimiento del concepto de oralidad incorporado a nuestro proceso penal.

En estas condiciones, parece es obvio concluir que los legisladores pensaron que la realización de juicios por delitos de corrupción administrativa, tenía la misma dinámica y complejidad que los hurtos, lesiones y homicidios en donde es de primordial importancia la prueba testimonial.

No sólo los ciudadanos sino también los operadores jurídicos del sistema penal, divisamos desconcertados cómo un juicio oral en estos casos puede durar varios años con cierta facilidad.

Vemos también cómo se practican y allegan al juicio en una lectura interminable e incomprensible, miles y miles de folios y documentos que luego tienen que volver a ser leídos de manera personal por parte del juez

para poder fundamentar una decisión correcta, produciéndose así unas incomprensibles reiteraciones y una duplicidad de actuaciones que debieran ser evitadas y no entienden por qué no se hacen.

Se trata de los procesos conocidos en el argot jurídico y popular como “emblemáticos”, o de “connotación nacional”; es decir, de aquellos que además de complejos y voluminosos, involucran a personajes de la esfera política o administrativa y que son bastante mediáticos y espectaculares en momentos puntuales, pero en los que la lentitud e ineficacia de los mismos destaca para cualquier observador y terminan siendo remplazados por otros más actuales.

Ello nos llevaría a concluir que el proceso penal actual, en la forma en que se viene realizando, es en absoluto ineficiente para abarcar el enjuiciamiento de los procesos de alta complejidad en corrupción administrativa; por cuanto el inconveniente significativo en estos procesos es que las estructuras procesales tal y como están concebidas se desbordan por completo.

Así es un hecho notorio, pues así lo registran a diario la prensa hablada y escrita – procesos Alcalde de Bogotá -Samuel Moreno-, Agro ingreso seguro – Andrés Felipe Arias , carrusel de la salud, etc. - que en los juicios adelantados por delitos en contra de la administración pública, la cantidad y el número de prueba documental que debe incorporarse al juicio oral, público, concentrado y contradictorio, sobrepasa cualquier previsión y perspectiva que se haya tenido en ese sentido por parte del legislador y que de manera indudable termina lesionando esos caros principios de igualdad, contradicción, oralidad, inmediación, concentración, publicidad, celeridad, buena fe y lealtad procesal instituidos en favor de todos los ciudadanos.

Como en toda creación humana, el proceso penal lo es, han de tenerse muy presentes la existencia de esos tropiezos y disfunciones que de no superarse adecuadamente, pueden acarrear un rechazo social e institucional para todo un sistema concebido de manera fundamental para ser eficiente.

Podría argumentarse que la dificultad radica meramente en asuntos de competencias funcionales, es decir, en el modo y la forma en que asumen su trabajo no sólo los Fiscales y defensores sino también los Jueces de conocimiento.

Pero ello no es exclusivamente así. La configuración general del proceso penal, por sí misma, tiene también una parte importante de responsabilidad en esta situación, como vamos a ver a continuación.

Y a pesar de que el legislador, en su exposición de motivos, insistió en que la parte importante del proceso era el juicio oral, contradictorio, concentrado y público, lo que conllevaba a una mayor agilidad y eficiencia en los procesos, a la aplicación de la justicia premial que conduciría a que un número reducido de procesos llegaran a la etapa del juicio, pues la mayoría deberían culminar precozmente en razón de la aplicación del principio de oportunidad o de los allanamientos, preacuerdos y negociaciones entre el imputado y su defensor con la Fiscalía General de la Nación, todos los operadores del sistema con muy contadas excepciones no transformaron a su vez sus usos forenses.

Uno de los más protuberantes obstáculos que se ha venido presentando en estos casos de corrupción administrativa, es el de un mal e incorrecto entendimiento del principio de oralidad, pues lo han venido confundiendo con la lecturabilidad, es decir con la obligatoria, farragosa e inacabable lectura de infinidad de documentos en las audiencias de juicio oral, que finalmente han terminado por cumplir con unas finalidades totalmente contrarias a los

fundamentos de su incorporación a nuestro sistema, lesionando el principio de oralidad y afectando el principio de inmediación tan estrechamente vinculados uno con otro.

Por tanto, oralidad no puede ser entendida como se viene haciendo, como la simple utilización de la expresión verbal, de la palabra hablada, sino de la aplicación de un modo y de una forma estructurada de llevar adelante el proceso que tiene unas características propias y de ahí el calificativo que se le da de sistema procesal.

Por ello debe hablarse del proceso penal como algo menos formal, más concentrado y más dinámico a partir de su construcción a través de audiencias concentradas e ininterrumpidas que conllevan a que sean más rápidos, ágiles y menos complicados los trámites, que se desarrollan y desenvuelven a través de la argumentación y confrontación dialéctica de los adversarios en el escenario natural del debate que es el juicio, que posibilitan la toma de decisiones inmediatamente culminen las alegaciones con base en lo escuchado en el juicio.

Por ello, es necesario vislumbrar y proponer la adopción de ajustes normativos y pronunciamientos jurisprudenciales de los órganos de cierre de la jurisdicción, tendientes al reforzamiento del nuevo modelo de enjuiciamiento criminal adoptado en Colombia, que vigoricen y enruten ese malentendido principio de oralidad y de contera refuercen el estricto y profundo respeto por los principios antes referidos.

En este sentido, en lo atinente a la incorporación de la prueba documental en el juicio oral, alzaprimando y vigorizando otros principios como el de contradicción y de defensa, se le debe permitir al interesado – Fiscalía o Defensa – la incorporación pura y simple de la prueba documental al juicio,

reforzando la posibilidad de someter tales documentos a la respectiva contradicción mediante el ejercicio del derecho de defensa y no exigir su incorporación a través de la lectura completa de miles de folios como se viene haciendo y como quedo normativizado en la nueva legislación.

Ello se refuerza con el antelado y obligado descubrimiento probatorio que ha debido hacerse a la parte contraria antes de la audiencia del juicio oral, cuya transgresión o defectuosa realización conlleva consecuencias adversas al sujeto procesal que ha debido cumplir con esta carga, y también, el cómo se ha dejado sentado, distinto entendimiento del derecho de defensa y su ejercicio por acusados y defensores, a quienes se les exige un conocimiento completo y constante del asunto controvertido.

Por ejemplo, podría plantearse como reforma legislativa, que los documentos una vez formulada la respectiva acusación queden a disposición de las partes en un plazo concreto en el despacho del juez de conocimiento (por ejemplo 10 días), sin perjuicio que atendidas la complejidad y volumen del asunto se habilite un único término adicional por el Juez, vencido el cual ya no será dable solicitar más prorrogas o aplazamientos.

A esto podría sumarse la utilización de las herramientas de la tecnología, en el sentido que podría conjugarse con la incorporación de las evidencias físicas, elementos materiales probatorios e información legalmente obtenida, mediante documentos digitales o en video, etc., y su ingreso o subida a páginas WEB debidamente establecidas para el efecto.

De hecho, podríamos aseverar que hoy en día lo que es concluyentemente público es lo que asoma incrustado en el ciberespacio. No es posible

imaginar mayores posibilidades de publicidad y de agilidad, eficiencia y efectividad.

Adviértase que en legislaciones como la Alemana hay una limitación legal a los principios de oralidad e inmediatez, facultando para que algunos aspectos preparatorios del juicio se hagan por escrito y se acepta incluso que no se de lectura a los documentos durante el juicio.

Es suficiente que Jueces y Fiscales aseguren haber leído los documentos y que se les dé la posibilidad a los demás intervinientes de leerlos. Es un procedimiento de auto lectura y de este modo queda evacuada la prueba documental.

Si alguien considera que deben leerse los documentos está en la obligación de demostrar que la lectura en público tiene mayor valor probatorio que la auto lectura, lo cual se da en muy excepcionales casos.

Desde este punto de vista, la lectura se convierte en una fórmula sin ningún valor cognoscitivo, es decir en una mera formalidad; pues la lectura por sí misma no otorga ningún derecho a determinado medio de prueba ni consagra determinadas reglas probatorias.

Y ello adquiere mayor contundencia y validez en los casos en que esa misma prueba documental, requiere de la valoración de un perito contable, como suele ser muy frecuente en los delitos de corrupción.

En estas condiciones si todos los sujetos procesales y también los jueces de conocimiento han examinado la prueba documental que se pretende incorporar al juicio, se fijan más fácilmente los hechos y se limita el debate y

la resolución de los puntos dudosos, puestos de manifiesto por las partes con antelación en ese proceso de auto lectura.

Ello de contera ayudaría a que el debate se realizara con mucha mayor concreción, pues es posible incluso para las partes advertirlos en la audiencia preparatoria y fijar claramente esos puntos de debate y el juicio oral sobrevendría muchísimo más útil reduciéndose drásticamente en su duración.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. Derechos Fundamentales y Estado Constitucional democrático”. Ed. Trotta. Madrid. 2003.

ALEXY, Robert. “Derechos individuales y bienes colectivos”, en *El concepto y la validez del derecho*, SEÑA, J.M. (trad), 2ª. ed., Gedisa, Barcelona, 1997.

AMBOS, Kai. “Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible”. Polít. crim., N°5, 2008, A6-5.

APONTE, Alejandro. Manual para el Juez de Control de Garantías en el sistema acusatorio Penal. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla “. Bogotá. 2004.

ARMENTA DEU, Teresa. Lecciones de Derecho Procesal Penal. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004.

ATIENZA, Manuel. Derecho y argumentación. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2005.

BACIGALUPO, Enrique. La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios. Primera edición: febrero 1994. Ad-hoc S.R.L. Dirección Editorial Dr. Rubén Villela. Buenos Aires, República Argentina.

BARBOSA CASTILLO, Gerardo. Estructura del Proceso. Estado actual de la justicia en Colombia, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

BARBOSA CASTILLO, Gerardo - GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Bienes jurídicos y derechos fundamentales. Sobre un concepto de bien jurídico para Colombia. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1996.

BAYTELMAN A, Andrés, y DUCE J, Mauricio, Litigación penal juicio oral y prueba. Lima, INCIPP, 2005.

BAZZANI MONTOYA, Darío. Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. “La terminación anticipada del proceso por consenso y el principio de oportunidad “. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2004.

BECCARIA, Cesare. De los delitos y de las penas. Temis. Bogotá. 1990.

BEDOYA, César Augusto. Control de garantías y principio de proporcionalidad. Bogotá, ed. Diké, 2007.

BERNAL, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, en especial, la segunda parte del libro, titulada: Los criterios alternativos al principio de proporcionalidad.

BINDER, Alberto M. Tensiones Político-Criminales En El Proceso Penal. Ponencia presentada en el XXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, realizado en Bogotá, 5 al 7 de Septiembre del 2007, organizado por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

BINDER, Alberto. La reforma de la justicia penal: entre el corto y el largo plazo. Revista Sistemas Judiciales, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, INECIP". Revista Nro. 3. Agosto 2002.

BONORINO, Pablo Raúl y PEÑA AYAZO, Jairo Iván. Filosofía del Derecho. Consejo Superior de la Judicatura. 2008.

CALAMANDREI, Piero. Instituciones de Derecho Procesal Civil, T. I, Buenos Aires, Lib. El Foro, 1996.

CARBONELL, Miguel. (comp.). El principio de proporcionalidad. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

CARDOSO ISAZA, Jorge. Pruebas judiciales. Jurídicas Wilches. 5 edición. Bogotá. 1985.

CARO CORIA, Dino Carlos. La enseñanza de la dogmática penal como conditio sine qua non para el éxito de la oralidad. Trabajo presentado el 16.5.10, al término del Curso Base sobre Instrumentos para la Implementación de un Sistema Penal Acusatorio, del VII Programa Interamericano de Formación de Capacitadores para la Reforma Procesal Penal 2010, organizado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA).

CHIESSA APONTE, Ernesto L. Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y estados Unidos. Editorial Forum. Volumen II. Bogotá. 1995.

CHIOVENDA, Giuseppe (1940), Instituciones de Derecho Procesal Civil, III, Madrid.

COLOMBIA, Acto Legislativo 237 de 2002 – Cámara (Actual Acto Legislativo 02 de 2003). Gaceta del Congreso # 134 del 26 de abril de 2002.

COLOMBIA, “Artículo 361 C.P.P. “Prohibición de pruebas de oficio. En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio.”

COLOMBIA, Art. 9 ley 599 de 2000 (Código Penal Colombiano).

COLOMBIA, Arts. 9° y 146 L. 906 de 2004.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Salvamento de voto. Sentencia C-319/96. MM. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA, Sentencia No 5 del 10 de febrero de 1983, MP Manuel Gaona Cruz, reiterado, por las sentencias del 10 de mayo de 1983 y del 7 de marzo de 1985.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sent. C-586/92. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia No. T-406/92. M.P. Dr. Ciro Angarita Barón.

COLOMBIA, Sentencia No. T-422/92. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-426 de junio 24 de 1992. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-150/1993.

COLOMBIA, Sent. T-158/93. M.P. DR. Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia No. C-106/94. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo. También puede consultarse Sentencia No. C-395/94.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia No. C-038/95. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Ello se reiteró en Sentencia C 370 de mayo 14 / 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sent. C-244/96. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sent. T-039, Feb. 5/96. M.P. Dr. Exp. T-55257, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sent. T-361, Agosto. 5/97. Exp. T-130694, M.P: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-100/98 Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sent. T-416, Agosto. 12/98, Exp. T-160646. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero).

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sent. T-504, Sept. 10/98. Exp. T-176879. M.P: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C-559 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero. También puede consultarse Sentencia C-739/00. M.P. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-609 del 13 de noviembre de 1999.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia No. T – 001 – 1999. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C -1270 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C-774 de 2001. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-1064/01 Magistrados Ponentes: Drs. Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C - 1104 de 2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia SU 062 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

COLOMBIA, Corte Constitucional, SU - 1300, Diciembre 6/2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Salvamento de voto a sentencia C 396 de 2007. Fallo que declaró exequible el artículo 361 de la Ley 906 de 2004. M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sent. T – 1306 de dic. 6/ 2001 M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-228 de abril 3 de 2002. MM.PP. Manuel José Cepeda Espinosa, Eduardo Montealegre Lynett.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-578/02. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C-774 del 25 de julio de 2002.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-830/02. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araujo Rentería. Bogotá, D.C., ocho (8) de octubre de dos mil dos (2002).

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-836 de 2002. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sent. SU-159/02. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-873 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

COLOMBIA, Corte Constitucional Sentencias C 873 /2003; C 646 de 2001 y C 504 de 1993.

COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C-1092 de 2003, M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-554/03. M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá D. C., diez (10) de julio de dos mil tres (2003).

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-039 de 2004.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia. C-1091 de 2003.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-237 A de 2003.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia. C-899 de 2003.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia. C-798 de 2003.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia. C-318 de 2003.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia. C-204 de 2003.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia. C-426 de 2002.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-316 de 2002.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia. C-1104 de 2001.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia, C-1717 de 2000.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia, C-1512 de 2000.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia, C-803 de 2000.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia, C-596 de 2000.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia, C-591 de 2000.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia, C-384 de 2000.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia, C-742 de 1999.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia, C-680 de 1998.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia, C-346 de 1997.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia. C-005 de 1996.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sent. C-591 Jun. 9/2005. M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-822 de 2005, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-1154 de 2005.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-1194/05. Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sent. C 210 de 2007. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-336/07. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-396 de 2007. Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sent. C - 713 de 2008. Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá, D.C., quince (15) de julio de dos mil ocho (2008).

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 26 de enero de 2006, radicación 23706.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 30 de marzo de 2006, rad. Núm. 24468.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 28511 del 28 de nov. de 2007.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 26/9/07, rad. Núm. 27946.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 26/09/2007, rad. Núm. 28274.

COLOMBIA, Corte Constitucional en Sentencia C -1198-08 de 4 de diciembre de 2008, Magistrado Ponente Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-227 de 2009. M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

COLOMBIA, Corte Constitucional Sentencia C-762 de 2009.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-070 de 2009.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-069 de 2009.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-025 de 2009.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-920 de 2008.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-879 de 2008.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-815 de 2008.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-806 de 2008.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-059 de febrero 3 de 2010, M. P. Humberto Sierra Porto.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-144/10. Magistrado Ponente: Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-124/11. M.P. Dr. Luís Ernesto Vargas. Bogotá, D.C., primero (01) de marzo de dos mil once (2011).

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-203/11, Expediente D-8237.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sent. C 543 de 2011. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá, D.C., seis (6) de julio de dos mil once (2011).

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-205/11.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-334 de 2012.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P. Nicolás Bechara Simancas. Expediente No. 5664, del 20 de noviembre de 2000.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. M.P. Alfredo Gómez Quintero. Rad. No. 34235 del 28 de septiembre de 2001.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia 19249 de abril 16 de 2002. M.P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote. Aprobado Acta N° 42. Bogotá, D.C., dieciséis de abril de dos mil dos).

COLOMBIA, C.S.J. Sala de Casación Penal. Sent. Agosto 8 / 2002. M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

COLOMBIA, C.S.J. Sala de Casación Penal. Sent 16 de abril de 1998, MM.PP: Drs. Jorge Aníbal Gómez Gallego y Carlos Eduardo Mejía Escobar

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sent. Agosto 29 / 2002. M.P. Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso No 24468. Magistrado Ponente. Dr. Edgar Lombana Trujillo. Aprobado Acta No.028. Bogotá D. C., treinta (30) de marzo de dos mil seis (2006).

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sent. Sep. 7/2006, Rad. 21529, M.P. Dr. Javier Zapata Ortiz.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No 25007. M.P. Dr. Alfredo Gómez Quintero. Aprobado Acta No. 97. Bogotá, D.C., trece (13) de septiembre de dos mil seis (2006).

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 9 de noviembre de 2006, Rad. 25.738.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No 26618. Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de enero de dos mil siete (2007). M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No 22873. M.P: Dr. Javier Zapata Ortíz. Aprobado Acta No.025.Bogotá D.C., veintiuno (21) de febrero de dos mil siete (2007).

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 13.758 de 18 de julio de 2001.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 13.704 del 23 de mayo de 2001.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 13.198 de 25 de abril de 2001.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 11.612 del 8 de octubre de 1999.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 14.252 del 27 de febrero de 2003.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No 25920. Bogotá D. C., veintiuno (21) de febrero de dos mil siete (2007). Magistrado Ponente Javier Zapata Ortiz. Aprobado Acta No. 25.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 25007 del 13 de septiembre de 2006.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 26128 del 11 de marzo de 2007.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 28212 del 10 de octubre de 2007.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 28656 del 28 de noviembre de 2007.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No 26310. Bogotá, D.C., dieciséis de mayo de dos mil siete. Magistrado Ponente: Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. Aprobado Acta N° 73.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de casación de 11 de julio de 2007. Radicación 26827.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Sent. 1 de agosto de 2007. M.P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca. Proceso No 27707.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No 27336.MM.PP. Augusto J. Ibáñez Guzmán. Jorge Luís Quintero Milanés. Aprobado: Acta No.175. Bogotá, D. C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil siete (2007).

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No 28212. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés. Aprobado acta N° 193. Bogotá, D. C., diez (10) de octubre de dos mil siete (2007).

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No 20026. Magistrado Ponente. Julio Enrique Socha Salamanca. Aprobado Acta No.200 .Bogotá, D. C., diecisiete (17) de octubre de dos mil siete (2007).

COLOMBIA, C.S.J. Sala de Casación Penal. Sentencia Nov. 8 de 2007. Magistrado Ponente: Alfredo Gómez Quintero. Proceso No 26411.

COLOMBIA, C.S.J. Sala de Casación Penal. Autos de 3 de octubre y noviembre 14 de 2007, radicación 28386 y 28669.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sent. 6 de abril de 2006. M.P. Dr. Edgar Lombana Trujillo. Proceso No 24096.

COLOMBIA, C.S.J. Sala de Casación Penal. Sentencia Enero 30 de 2008. M.P. Dr. Augusto J. Ibáñez. Proceso No 27192.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No 27477. Aprobado Acta No. 52. Magistrado Ponente: Dr. Augusto J. Ibáñez Guzmán. Bogotá, D. C., seis de marzo de dos mil ocho.

COLOMBIA, C.S.J. Sala de Casación Penal. Sent. 23 abril de 2008. M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. Proceso No 29118.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No 29416. M.P. Dr. Yesid Ramírez Bastidas. Aprobado Acta No 98. Bogotá, D. C., abril 23 de dos mil ocho.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Auto* del 23 de abril de 2008, Rad. 29416.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso No 28847. Magistrado Ponente: Jorge Luíz Quintero Milanés. Bogotá. D. C., doce (12) de mayo de dos mil ocho (2008).

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso Nro. 26831. M.P. Dra. María del Rosario González de Lemos. Aprobado Acta N°. 119. Bogotá D.C., mayo quince (15) de dos mil ocho (2008).

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Sent. Sept. 30 de 2008. MM.PP.: Drs. Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca. Rad. 30503.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No 30243. M.P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca. Aprobado Acta No.312. Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil ocho (2008).

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No 31049. Bogotá, D. C., veintiséis (26) de enero de dos mil nueve (2009). M.P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca. Aprobado Acta No.16.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 4 de febrero de 2009, radicado 29415. Magistrado Ponente: Julio Enrique Socha Salamanca. Aprobado Acta N° 27.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 30598. M.P. María del Rosario González de Lemos, 19 de febrero de 2009.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No 30727. M.P. Dr. Yesid Ramírez Bastidas. Aprobado Acta N° 080. Bogotá, D. C., marzo diecisiete (17) de dos mil nueve (2009).

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sala de decisión en Tutela. Magistrado Ponente. Dr. Alfredo Gómez Quintero.

Aprobado Acta No. 85. Bogotá, D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil nueve (2009). Rad. Impugnación 40850.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Proceso No 31073.M.P. Dr. Augusto J. Ibáñez Guzmán. Aprobado acta N° 191.Bogotá, D.C., primero (1) de julio de dos mil nueve (2009).

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 19 de agosto de 2009, radicado 31950.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso n° 32556. M.P. Dr. Augusto J. Ibáñez Guzmán. Aprobado acta N° 7. Bogotá, D.C., veinte (20) de enero de 2010).

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. Sent. Catorce (14) de noviembre de dos mil doce (2012). M.P. Dr. Luis Guillermo Salazar Otero. Aprobado Acta No. 417.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso Nro. 32863. Magistrada Ponente: María del Rosario González de Lemos. Aprobado Acta No. 031.Bogotá D.C., febrero tres (3) de dos mil diez (2010).

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso Nro. 32868. M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. Aprobado Acta No. 73.Bogotá, D. C., diez de marzo de dos mil diez.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 32829. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. 17 de marzo de 2010.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso n.° 32730. M.P. Dr. Yesid Ramírez Bastidas. Aprobado Acta N° 089. Bogotá, D. C. Marzo veinticuatro (24) de dos mil diez (2010).

COLOMBIA, C.S.J. Proceso Nro. 33420. M.P. Dr. Yesid Ramírez Bastidas. Aprobado Acta N° 152. Bogotá, D. C., doce (12) de mayo de dos mil diez (2010).

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso N° 33997. M.P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca. Aprobado Acta No. 248. Bogotá D.C., cuatro (04) de agosto de dos mil diez (2010).

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 30 de marzo de 2006. Rad. 24468.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 34258. Augusto J. Ibáñez Guzmán. Aprobado acta Nro. 256. Bogotá, D.C., diez (10) de agosto de dos mil diez (2010).

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso Nro. 34669. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. Aprobado Acta No. 260. Bogotá D.C., dieciocho (18) de agosto de 2010.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso Nro. 34392. M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. Aprobado Acta No. 267. Bogotá, D.C., veinticinco de agosto de dos mil diez.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso Nro. 35432. M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. Aprobado acta No. 396. Bogotá, D.C., primero de diciembre de dos mil diez.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso Nro. 33157. M.P. Dr. Alfredo Gómez Quintero. Aprobado Acta No. 413. Bogotá, D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil diez (2010).

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 33989. M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán. Aprobado acta Nro. 411. Bogotá, D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil diez (2010).

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso Nro. 34434. M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. Aprobado Acta No. 411. Bogotá, D.C., nueve de diciembre de dos mil diez.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso Nro. 34339. M.P. Dr. Jorge Luis Quintero Milanés. Aprobado acta N° 019. Bogotá, D. C., veintiséis (26) de enero de dos mil once (2011).

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso Nro. 35173. M.P. Dra. María del Rosario González de Lemos. Aprobado acta Nro. 078. Bogotá, D. C., nueve (9) de marzo de dos mil once (2011).

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 34779. M.P. Dr. Fernando Alberto Castro Caballero. Aprobado Acta No.260. Bogotá D.C., veintisiete (27) de julio de dos mil once (2011).

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 32136. Sentencia 21 de septiembre de 2011. M.P. Dra. María del Rosario González de Lemos.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 36023. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero. Aprobado Acta. No.343. Bogotá D.C., Sent. Septiembre veintiuno (21) de dos mil once (2011).

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. Rad. 36844 del 19 de octubre de 2011.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 37298. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, 30 de noviembre de 2011.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso n° 37596. M.P. Dr. José Luís Barceló Camacho. Aprobado acta N° 434. Bogotá, D. C., siete (7) de diciembre de 2011).

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 38020. Magistrado Ponente. Dr. José Luis Barceló Camacho. Aprobado acta N° 139. Bogotá, D. C., dieciocho (18) de abril de 2012.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad.38187. M.P: Dr. Julio Enrique Socha Salamanca. Aprobado Acta No. 271. Bogotá, D.

C., veinticuatro (24) de julio de dos mil doce (2012). Ver también, Rad. Nro. 34.339 del 26 de enero de 2011.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto Única instancia. Rad. 36784. Sept. 17 de 2012.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. M.P. Dr. Luis Guillermo Salazar Otero. Aprobado Acta No. 417. Bogotá, D.C., catorce (14) de noviembre de dos mil doce (2012)

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. M.P. Dr. Gustavo Enrique Malo Fernández. Aprobado Acta No. 458. Radicación 38512. Bogotá, D.C., doce (12) de diciembre de dos mil doce (2012).

COLOMBIA, C.S.J. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. Proceso No 27337.

COLOMBIA, H.T.S. de Bogotá. Sala penal. Auto del 3 abril de 2009. M.P. Carlos Tamayo Medina.

COLOMBIA, H.T.S. de Manizales - Caldas -, Sala Penal de Decisión. Auto de enero 27 / 2005. Rad.- 2005-0001-01. M.P. Dr. Mario Montes Giraldo.

COLOMBIA, H.T.S. de Manizales - Caldas -, Sala Penal de Decisión. Auto 2005-00032-01 de Febrero 18 / 2005. M.P. Dr. José Fernando Reyes Cuartas.

COLOMBIA, H.T.S. de Manizales - Caldas -, Sala Penal de Decisión. Auto 2005-0002-01 de Febrero 17 / 2005. M.P. Dr. José Fernando Reyes Cuartas.

COLOMBIA, Manual de Procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano.

CRESPO, Eduardo Demetrio. Prevención General e Individualización judicial de la pena. Ediciones Universidad de Salamanca – España. 1999.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la prueba judicial. Tomo I. Buenos Aires. Victor P. de Zavalía. Editor. 1970.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Buenos Aires, 1988.

DWORKIN, Hart. La decisión judicial. Ed. Siglo del Hombre Editores. Universidad de los Andes. Bogotá. 2005. El Debate.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Concepto y límites del Derecho penal. Temis. Segunda edición. Bogotá. 1994.

FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel. La legitimación social de las leyes penales: límites y ámbito de aplicación. Revista de derecho penal y criminología, 3.a Época, n.o 5 (2011).

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantías. La ley del más débil. Ed. Trotta. Madrid. 1999.

FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos. Aproximación al estudio del principio de oportunidad. Editorial Ibáñez. Bogotá. 2006.

GARCÍA CAVERO, Percy. “La teoría del delito en el nuevo proceso penal”. En: Revista Jurídica del Perú N° 100, junio 2009.

GARCÍA FIGUEROA, A., “La Teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo” en CARBONELL, M. (edit.), *Neoconstitucionalismo*, trotta, Madrid, 2003.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, Los Hechos en el Derecho, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1999.

GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. Tratado de derecho penal. Tomo II. Editorial Doctrina y ley. Bogotá. 2001.

GONZÁLEZ, Jorge. Revista Neurología Red Salud UC Chile.

GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador. El concepto del delito en el nuevo Código penal. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 2003.

GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. Fundamentos teórico Constitucionales del nuevo proceso penal. Ediciones nueva Jurídica. Bogotá. 2007.

HART, Herbert. *El concepto de derecho*, Genaro Carrió (trad.), Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1963.

HERNÁNDEZ AGUILAR, Álvaro: Proceso civil y oralidad en Costa Rica. Revista Sistemas Judiciales, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, INECIP”. Agosto 2004.

HIRSCH, Gunter. Oralidad e intermediación del proceso. Tensión entre parámetros constitucionales y los aspectos de la economía procesal en le procedimiento judicial. www.juridicas.unam.mx

LOPERA MESA, Gloria. Principio de proporcionalidad y ley penal: Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de derecho procesal civil Colombiano. Editorial ABC. Tomo I. Bogotá. 1991.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. La circunstancia atenuante de dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento. Revista de Derecho Penal y Criminología, 3.a Época, Nro. 6 (2011).

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. El contenido de la prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. J.M. Bosch Editor. Barcelona - España. 1999.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La Mínima Actividad probatoria en el proceso penal. Edit. KM Bosch, Barcelona, 1.997.

MUÑOZ CONDE, Francisco - Hassemer Winfried. Introducción a la criminología y al derecho penal. Edit. Tirant Lo Blanch. Valencia – España. 1989.

NOVOA VELÁSQUEZ, Néstor Armando. Fiscalía General de la Nación. Revista Huellas Nro. 72 – julio 2011.

PALOMO VÉLEZ, Diego I. Y ahora, Tras la Experiencia Procesal Penal ¿La Oralidad al Proceso Civil? Algunas Claves y Criterios a Seguir. Revista Ius et Praxis Año 10 N° 2: 225 - 265, 2004).

PALOMO VÉLEZ, Diego I. Y ahora, Tras la Experiencia Procesal Penal ¿La Oralidad al Proceso Civil?. Algunas Claves y Criterios a Seguir. Revista Ius et Praxis Año 10 N° 2: 225 - 265, 2004).

PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Décima Séptima Edición. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Bogotá, D.C., 2009.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. La garantía en el Estado Constitucional de Derecho. Ed. Trotta. Madrid. 1997.

PÉREZ, Tomás de Domingo. “Neoconstitucionalismo, justicia y principio de proporcionalidad”. En: Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos. N°. 56 (2007).

PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil Español. Biblioteca jurídica virtual. Unam. México.

PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado. Ponencia presentada al “Congreso Internacional de Derecho Procesal” celebrado en Lima del 29 al 31 de octubre de 2003, y publicada en *Derecho Procesal Civil. Congreso Internacional, Lima, 2003*, pp. 55-66; también en la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, 2004, núm. 4, pp. 253-270. Y en su versión italiana cfr. Il diritto processuale tra garantismo ed efficacia: un dibattito mal impostato, en “Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia”, T. I, edit. Giuffrè, Milano, 2005.

PRIETO SANCHÍS, I., “El juicio de ponderación constitucional”, en CARBONELL, M. (Coord.), *el principio de proporcionalidad en el estado constitucional*, Primera edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

PRIETO SANCHIS, I., “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, en PRIETO SANCHÍS, L., *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra editores, Lima, 2007.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. La Tipicidad. Temis. Bogotá. 1981.

ROCHA ALVIRA, Antonio. De la prueba en Derecho. Ediciones Lerner. Bogotá. 1967.

SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme. ¿Cómo se elabora una propuesta de lege ferenda?. Reflexiones sobre la formulación de los preceptos jurídico-penales. Primera parte: Tipicidad. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2.a Época, Nro. 16 (2005).

SERRANO, José Luís. Validez y vigencia. Editorial Trotta. Madrid. 1999.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Diez Ripollés José Luís. La racionalidad de las leyes penales, Madrid (Trotta) 2003, 205 pp. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2.a Época, Nro. 16 (2005).

SIMÓN, Luis María. La prueba entre la oralidad y la escritura. Artículo consultado en la internet.

SUAU MOREY, Jaime. Inmediación y apelación en el proceso penal. Editorial Bosch.2010. Barcelona. España.

TOCORA, Fernando. Principios Penales Sustantivos. Temis. Bogotá. 2002.

URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. El Sistema Probatorio Del Juicio Oral. Módulo de Aprendizaje Autodirigido. Plan de Formación de la Rama Judicial 2009. Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa.

VALENCIA RESTREPO, Hernán. Nomoárquica, Principialística jurídica o principios Generales del Derecho. Temis. Bogotá. 1999.

VILLALBA BERNIE, Pablo Darío. La oralidad como eje para la reforma del proceso civil. Tomado de internet.

VOLK, Klaus. El principio de la oralidad en el proceso penal.
www.juridicas.unam.mx.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*, Gascón, M., (trad), con epílogo de G. Peces Barba, Trotta, Madrid, 1995.