

# El rol de jueces y magistrados en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano



SISTEMA  
ACUSATORIO  
Nueva justicia para  
los colombianos



Consejo Superior  
de la Judicatura





SERIE MANUALES  
DE FORMACIÓN

TÉCNICAS DEL PROCESO ORAL  
EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO

El rol de  
**jueces y magistrados**  
en el Sistema Penal  
Acusatorio Colombiano



**CON EL APOYO DE:**



**AGENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS PARA  
EL DESARROLLO INTERNACIONAL, USAID/COLOMBIA.**

Liliana Ayalde, directora de USAID/Colombia.

Tanya Urquieta, directora de la Oficina de Gobernabilidad Democrática.

Ronald Glass, oficial de la Oficina de Gobernabilidad Democrática.

**Documento aprobado por el Consejo Superior de la Judicatura**

Dr. Guillermo Bueno Miranda, presidente.

Dr. Hernando Torres, vicepresidente.

Dr. José Alfredo Escobar Araújo, presidente Sala Administrativa.

**Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla**

Dra. Gladys Virginia Guevara, directora.

**Programa de Fortalecimiento y Acceso a la Justicia de USAID.**

Documento elaborado por CHECCHI AND COMPANY CONSULTING COLOMBIA  
bajo contrato institucional con USAID. No. 514-C-00-01-00113-00

Ian Rose, director del Programa de Fortalecimiento y Acceso a la Justicia de USAID

Grupo de consultores que lo desarrollaron:

TIMOTHY CORNISH - PFYAJ

ANA MONTES CALDERÓN - PFYAJ

FERNANDO JIMÉNEZ MONTES - PFYAJ

*Revisión:*

Delegados de las instituciones que integran la Comisión Interinstitucional para la Implementación del Sistema Acusatorio. Consejo Superior de la Judicatura, Fiscalía General de la Nación, Defensoría del Pueblo, Procuraduría General de la Nación y Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Dr. Alejandro Aponte, consultor: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Red de Formadores Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Claudia Rey, magistrada Tribunal Superior de Armenia. Moraima Caballero, magistrada Tribunal Superior de Cartagena. Cristian Torres, juez Penal de Bogotá. Ricardo Romero, juez Penal de Bucaramanga.

Michael McCullough, subdirector del Programa de Fortalecimiento y Acceso a la Justicia de USAID

*Diagramación*

Carlos Alberto Gómez Rojas

*Ilustración*

Urazán.

*Impresión*

Ingeniería Gráfica

Todos los derechos reservados © USAID / Programa de Fortalecimiento y Acceso a la Justicia

Primera edición

República de Colombia, Bogotá, septiembre de 2005

ISBN 958-33-8249-3

Todos los derechos reservados. Apartes de los textos pueden reproducirse citando la fuente.  
Su reproducción total o parcial debe ser autorizada por USAID. Distribución gratuita.  
Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan los puntos de vista de USAID.  
www.pfyaj.com. e-mail: info@pfyaj.com

# CONTENIDO

## Unidades Temáticas

**Presentación 5**

**Preliminar: El nuevo paradigma del juez penal colombiano 7**

**I. El rol del juez en el Sistema Acusatorio y en el nuevo  
Código de Procedimiento Penal colombiano 17**

1. Objetivos 19

2. La actuación procesal y el nuevo rol del juez 20

**II. El rol del juez de control de garantías en las audiencias preliminares 27**

1. Objetivos 29

2. Naturaleza de la actuación 30

3. Escenarios de actuación 31

4. Estructura básica de las audiencias preliminares 32

**III. Régimen probatorio y rol del juez 49**

1. Objetivos 51

2. Reglas de incorporación de la prueba 52

3. Objeciones u oposiciones 72

4. Situaciones especiales 76

#### **IV. El rol del juez en la etapa de juzgamiento 81**

1. Objetivos 83
2. Naturaleza del juicio oral 84
3. Audiencia de formulación de la acusación 85
4. Audiencia preparatoria 87
5. Declaración inicial 91
6. Interrogatorio y contrainterrogatorio 96
7. Argumentos de conclusión 101
8. Audiencia de incidente de reparación integral 102

#### **V. Sentencia y rol del juez 105**

1. Objetivos 107
2. Sentido del fallo 108
3. La sentencia y su motivación 111
4. Aspectos prácticos de la motivación de la sentencia 116

#### **Apéndice 119**

1. Reglas para la dirección del juicio oral 121
2. Reglas para el control del juicio oral 124
3. Casos referidos 127

## PRESENTACIÓN

Continuando con su compromiso pedagógico, la Comisión Interinstitucional para la Implementación del Sistema Acusatorio entrega un nuevo trabajo dirigido específicamente a magistrados y jueces de la República, con el cual espera contribuir en su proceso de formación en las técnicas del proceso oral acusatorio.

Este módulo toma como punto de partida el actual régimen procesal penal colombiano, el Acto Legislativo No. 03 de 2002, el nuevo Código Procesal Penal (Ley 906 de 2004) y las pautas universales del juicio oral, público y contradictorio en un esquema acusatorio. Se prevén escenarios y problemas, y se incorporan casos prácticos dirigidos a su solución.

Bajo este nuevo esquema, al juez penal se le pide cambiar su actitud frente al proceso de juzgamiento. Esto a su vez requiere que asuma un nuevo juego de conocimientos, habilidades y destrezas, que le permitan ejecutar el papel de juzgador imparcial en un ámbito ceñido por la controversia entre las partes, la intermediación de la prueba, la publicidad, la continuidad, la concentración y la eficiencia, y donde la única actividad probatoria ocurre en el juicio oral y público.

Para que estos factores asuman su justa dimensión, el juez controlará y dirigirá eficazmente la actuación procesal, sujeto a las instancias jurisdiccionales superiores. Estas instancias superiores también tienen que interiorizar las necesidades del nuevo esquema procesal, principalmente la autoridad del juez sobre las partes, en el sentido de que es él quien aplica las reglas, para que los posibles excesos y divagaciones de las partes no lleguen a frustrar los principios y fines del proceso.

Con la promulgación de la reciente reforma constitucional y ante la entrada en vigencia del nuevo sistema acusatorio, a buena hora se presenta este módulo instruccional para jueces, que está elaborado para ser utilizado de manera complementaria con los otros instrumentos pedagógicos construidos por las diferentes instancias institucionales, con el efectivo apoyo técnico y financiero de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID).

Para un mejor uso de este manual, se incluyen dos casos hipotéticos que son referenciados en el cuerpo de este trabajo, con los cuales se construyen ejemplos de cada una de las técnicas que competen al juez en su rol, motivo por el cual se recomienda su lectura previa.





---

**PRELIMINAR**  
**EL NUEVO PARADIGMA**  
**DEL JUEZ PENAL COLOMBIANO**





## PRELIMINAR

### El nuevo paradigma del juez penal colombiano

Carlos Eduardo Mejía Escobar<sup>2</sup>

*“Si se produce una disputa, esto significa que las emociones y pasiones más constructivas que podrían ayudar, en principio, a superarla (reverencia, amor, devoción a una causa común, etcétera) se han revelado incapaces de resolver el problema. . . Sólo hay dos soluciones; una es el uso de la emoción, y en última instancia de la violencia, y la otra es el uso de la razón, de la imparcialidad, del compromiso razonable”<sup>1</sup>.*

La imparcialidad es, a no dudarlo, el elemento característico de la existencia del Estado y ha sido a través de los tiempos el eje sobre el que han girado sus diferentes etapas evolutivas, ya sea que se hayan impuesto de manera violenta o se hayan logrado de modo pacífico, hasta llegar al modelo actual más aceptado en occidente: el democrático; y dentro de él a sus diversas formas, algunas más avanzadas que otras, pero todas, en general, informadas por el principio de imparcialidad de los diversos órganos que desarrollan la función pública, a los que se impone el imperativo de dar a todos el mismo trato dentro de lo que Max Weber califica como “el dominio de un espíritu de impersonalidad formalista: ‘*sine ira et studio*’, sin odio, ni pasión, y por tanto sin afecto ni entusiasmo”<sup>3</sup>.

La mayoría de los estados modernos - la República de Colombia entre ellos - han encontrado o han querido encontrar en la ley el referente en el que se expresa la igualdad general a la que a su vez se ajusta el comportamiento de la administración pública, de modo que a todos debe prodigárseles el mismo trato frente a la ley. La Constitución colombiana así lo reconoce expresamente en el artículo 13 al señalar que “todos nacen libres e iguales ante la ley<sup>4</sup> (...)” y lo desarrolla al disponer que la función pública debe estar detallada en la ley o el reglamento (artículo 122), que los servidores públicos tienen la obligación de “servir al Estado y a la comunidad” (artículo 123) en los términos de la Constitución, la ley y el reglamento, y que la función administrativa “está al servicio de los intereses generales” y se desarrolla con fundamento en los principios de: “igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad” (artículo 209).

La administración de Justicia - como función pública - no es ajena a esos principios, éstos se expresan en ella de manera general en la misma forma que para los demás órganos de la administración. La variación viene después y se presenta en relación con aquellos que de forma específica desempeñan la función: los jueces, a quienes se les impone la regla de sometimiento exclusivo al imperio de la ley (artículo 230) en sus providencias, dotándolos de esa manera de autonomía, pues la independencia ya le viene reconocida al órgano desde el artículo 228.

1 Karl R. Popper. “La sociedad abierta y sus enemigos”.

2 Exmagistrado de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia y miembro de la Comisión Redactora Constitucional de la reforma penal que estableció el sistema acusatorio en Colombia.

3 Max Weber. “Economía y sociedad”.

4 “Por su parte, la imparcialidad se predica del derecho de igualdad de todas las personas ante la ley (Art. 13 C.P.), garantía de la cual deben gozar todos los ciudadanos frente a quien administra justicia. Se trata de un asunto no sólo de índole moral y ética, en el que la honestidad y la honorabilidad del juez son presupuestos necesarios para que la sociedad confíe en los encargados de definir la responsabilidad de las personas y la vigencia de sus derechos, sino también de responsabilidad judicial. El logro de estos cometidos requiere que tanto los jueces como los demás profesionales del derecho se comprometan en los ideales y el valor de la justicia, para lo cual no basta el simple conocimiento de la ley y del procedimiento, sino que es indispensable el demostrar en todas las actuaciones judiciales los valores de la rectitud, la honestidad y la moralidad. Corte Constitucional. Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

Ahora bien, dado que los jueces de la República<sup>5</sup> son por definición los servidores públicos encargados de administrar justicia (artículo 116 de la Constitución) y que su función no se ejerce sino a petición de parte y a través de providencias que se adoptan dentro de trámites debida y previamente regulados, denominados procesos, es entonces necesario complemento del ejercicio de esta función el concepto del “debido proceso”, también de naturaleza constitucional (artículo 29), de modo que es en la combinación de éste y aquellos preceptos donde se patentizan las caracterizaciones de la función judicial y especialmente la de su imparcialidad, porque “en los contextos judicial o burocrático (...) lo que restringe la decisión al máximo es el requisito de seguir una regla. Decir que la regla se debe seguir imparcialmente es decir, simplemente, que se debe seguir fielmente. Para ser más preciso, equivale a decir que no hay que apartarse de la regla, tal y como está concretamente formulada, manifestando parcialidad”<sup>6</sup>.

A partir de esa enunciación general puede responderse la pregunta de ¿cuál es el papel del juez en un sistema acusatorio? y concretamente ¿cuál es el papel del juez colombiano en el recientemente establecido sistema acusatorio nacional? Para entregar la primera respuesta debe partirse de conocer cuáles son las características que delimitan un sistema penal como acusatorio, definición en la que puede hallarse consenso alrededor de una propuesta que considere como tal a uno que distinga claramente el órgano de indagación, investigación y acusación del encargado de juzgar<sup>7</sup>, y estime a éste últi-

mo como simple, aunque también fundamentalmente, cortapisa del poder de investigación. En tal escenario el rol del juez es: evitar el desbordamiento del poder controlado y garantizar los principios básicos que en una democracia occidental se suponen implícitos o se hallan expresos en su Carta Política.

Ahora bien, esa misma respuesta dada respecto del juez nacional en el sistema acusatorio colombiano, debe partir, *ab initio*, de las premisas atrás establecidas con apoyo en la Constitución Nacional: de su autonomía e independencia; de su deber de imparcialidad como servidor público; y del desarrollo de su labor con sujeción estricta a las reglas del debido proceso.

En ese orden de ideas, la definición del papel que debe cumplir el juez colombiano debe necesariamente partir del acto legislativo 03 de 2002<sup>8</sup> que contempla un nuevo sistema penal que expresamente nomina como acusatorio y lo caracteriza por la celebración de un juicio público, oral, con inmediatez de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías. Debe continuar con el Código de Procedimiento Penal adoptado por la Ley 906 de 2004 que es una de las normas “pertinentes para adoptar el nuevo sistema”, cuerpo normativo donde se establece el nuevo “debido proceso penal”. Y, finalmente, debe incluir el modelo de Estado pues a partir de la Constitución de 1991 el centro de gravedad del funcionamiento del poder público se desplaza hacia el control por vía jurisdiccional, concepción que es fácilmente advertible

5 Se usa la expresión jueces en el sentido amplio de jueces y Magistrados, de Tribunal y de Cortes.

6 Brian Barry. “La justicia como imparcialidad”.

7 La doctrina en general tiende a caracterizar como más o menos acusatorios los sistemas penales, dependiendo de la mayor o menor potestad investigativa que en cada uno se le otorgue a los jueces, calificándose como inquisitivos, es decir, como menos acusatorios a todos aquellos que otorguen mayores poderes investigativos al juez. Así por ejemplo, el sistema inglés es puramente acusatorio «hasta el momento en que el jurado se pronuncia sobre la culpabilidad, pero después, la imposición de la pena —el sentencing— corresponde solamente al Juez, basándose en los informes que le han sido remitidos. Por otra parte, mientras el sistema francés es más bien inquisitivo, como el sistema belga, durante toda la fase preparatoria, en la fase de la vista oral reencuentra una dimensión de oralidad que lo aproxima a los sistemas acusatorios». Asociación de Investigadores Penales Europeos e Instituto de Derecho Comparado de París, dirección de Mireille Delmas-Marty “Procesos Penales de Europa”. Editorial Edijus.

8 Diario Oficial 45.040; 20/12/2002

en el escenario de la acción de tutela, perceptible en los poderes de la jurisdicción constitucional en cabeza de la cual está la Corte Constitucional y notable en las diversas acciones públicas y populares cuyas competencias se atribuyen complementariamente a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En esa perspectiva no puede pasarse por alto que la combinación de todos esos preceptos, los nuevos y los antiguos, incluidos los de la Constitución, modificados por el Acto Legislativo 03 de 2002, conforman un escenario distinto que impone otras maneras de interpretar los principios, garantías e institutos procesales para lograr la construcción del sistema acusatorio que ahora rige, pues tal como lo reconoció la Corte Constitucional aun manteniéndose inalterables algunos textos legales, puede imponerse su reinterpretación si el entorno jurídico de su aplicación ha variado:

“En efecto, los contenidos normativos de los artículos 321 del anterior Código de Procedimiento Penal y 323 del actual son textualmente iguales. No obstante, el contexto normativo que los rodea es diferente. Mientras que el primero hacía parte de una codificación procesal penal que en materia de derechos de defensa y debido proceso no llegaba hasta el punto de garantizar su ejercicio, incluso con anterioridad a la vinculación formal de los sujetos procesales al proceso, el segundo se encuentra contenido en un contexto normativo diferente, la Ley 600 de 2000 y los fallos constitucionales sobre la materia. Tal circunstancia, aunque no cambia el significado del texto normativo acusado, puesto que no se ha pasado a un sistema penal acusatorio ni se modifi-

có la prohibición de acceder a las diligencias antes de que se rinda versión preliminar, sí es relevante desde el punto de vista de los referentes constitucionales para efectuar el juicio constitucional como se verá posteriormente”<sup>9</sup>.

En esta misma línea de pensamiento es importante entonces anotar que si bien se acepta que la Constitución no definía expresamente, ni define ahora, de manera concreta cómo deben mantener los jueces su imparcialidad, es lo cierto que a partir del Acto Legislativo 03 de 2002 han quedado ciertos principios implícitos que circunscriben la actuación de los jueces a un ámbito determinado, marcando de esa manera un límite (competencia) que termina por definir el concepto de la función y consecuentemente exteriorizando un modo específico de imparcialidad.

a) Los jueces sólo pueden actuar a petición de parte:

La acción penal se ubica en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, en cuyo ejercicio es su deber *solicitar* al juez de control de garantías las medidas necesarias para: i) asegurar la comparecencia de los imputados; ii) la conservación de la prueba; y, iii) la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. Es decir, que ninguna actuación en el proceso penal puede hacerla el juez sin que medie petición de la Fiscalía como parte (artículo 2 del Acto Legislativo).

Aun en los actos de investigación que revistan carácter de urgencia –captura en flagrancia, registros, allanamientos, interceptaciones, etcétera– la Fiscalía debe *solicitar* el control de legalidad posterior. Ninguna regla autoriza al juez que aun estando enterado,

9 Corte Constitucional. Sentencia C-096 del 11 de febrero de 2003. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

por cualquier medio de la realización de ese tipo de diligencias pueda asumir su conocimiento oficiosamente. Ni siquiera en los casos de afectación de la libertad personal se le permite tal forma de actuación, en esos eventos la petición debe provenir del directamente afectado, por sí o por interpuesta persona (artículo 30 de la Constitución).

El “juicio público, oral, con intermediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías”<sup>10</sup> no puede iniciarse sino a solicitud de la Fiscalía, lo que realiza mediante la presentación del escrito de acusación.

a) Los jueces que conozcan de un asunto en ejercicio de la función de control de garantías, no pueden, en ningún caso, ser de conocimiento del mismo.

b) Al juez debe presentarse la petición de preclusión.

c) Ante el juez se solicita el control de legalidad de la aplicación del principio de oportunidad.

d) El Acto Legislativo define que el objeto de la reforma constitucional es la creación de un sistema acusatorio (artículo 4º transitorio).

Es obvio entonces que la Constitución siempre ha garantizado la imparcialidad de los jueces, pero modificada aquella con el propósito específico de crear un sistema acusatorio con las características básicas atrás detalladas. También resulta claro que la forma de lograr esa misma imparcialidad es ahora diferente porque se obtiene a partir de la definición implícita del juez como tercero ajeno al conflicto que sólo

acude a su solución en cuanto sea convocado por las partes involucradas en el mismo. De esa manera se le impide cualquier iniciativa en el conocimiento del asunto y se le otorgan mayormente poderes negativos, esto es de control, no de acción. Excluye, rechaza, invalida.

Y el marco constitucional referido, incide naturalmente - porque así tiene que ser - en la reglamentación legal de los institutos procesales que desarrollan el sistema acusatorio que viene estructurado desde la norma superior. En tal consideración, el mayor protagonismo que desde la Carta de 1991 se les otorga a los jueces de la República se ve ahora reforzado dentro del ámbito penal. Hoy por hoy, es uno de los más importantes escenarios de solución de conflictos en el país, donde al juez, primero que todo, se le libera de enormes responsabilidades hasta ahora compartidas con otros y, a continuación, se le regresa su función clásica de dador de derechos o, mejor aún, de solucionador neutral de conflictos.

En esa óptica las dos funciones básicas que el nuevo sistema establece para los jueces –de control de garantías y de conocimiento- se deben ejercer conforme a esa función clásica pero agregando el deber de protección de los derechos fundamentales que es connatural al ejercicio de la función judicial. Y todo ello al mismo tiempo que se les ha liberado del peso extraordinario que significaba la responsabilidad política de la impunidad. Esa es ahora una carga básicamente trasladada a hombros de la Fiscalía, institución que comparte con todos los organismos de policía judicial y con los poderes políticos la formulación de la política criminal del Estado, que es una expresión particular de la política social.

---

<sup>10</sup> Numeral 4º. Artículo 2º del Acto Legislativo.

De lo expuesto hasta aquí surgen las primeras conclusiones sobre el rol que debe cumplir el juez en el sistema acusatorio nacional: es un servidor público convocado por las partes para resolver un conflicto que los enfrenta en cuya solución debe atender a las pretensiones de cada una para definirlo estableciendo “con objetividad la verdad y la justicia”<sup>11</sup>.

Esta primera respuesta aproximada al interrogante central, atrás planteado, es el pilar para edificar una más elaborada sobre la tarea que incumbe al juez en el nuevo escenario procesal penal, pues pone de presente todos los elementos que integran las nuevas responsabilidades de ese funcionario.

Anotábamos atrás que la respuesta a la pregunta sobre el alcance de la función judicial en el ámbito penal se debía construir sobre la base de la caracterización constitucional de ella en combinación con las reglas constitucionales y legales del debido proceso, afirmación que ahora puesta en perspectiva frente a la regla de imparcialidad que se adopta como principio rector en el Código (artículo 5) permite adicionar una nueva conclusión: la de que el juez sólo puede establecer la verdad y la justicia “con objetividad”. De donde surge que es necesario definir, conforme a la estructura del sistema acusatorio, qué es lo objetivo<sup>12</sup>.

Para la construcción de ese concepto es necesario integrar el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal que impone a los jueces de la República la veda permanente de “decretar la práctica de pruebas de oficio”. Al adoptarse tan radical fórmula el legislador en ejercicio de su libertad de configuración definió de manera ine-

quívoca la construcción de la relación de correspondencia entre el juez con la verdad y la justicia, para determinar cuándo esas conclusiones son objetivas y cuándo no. Y, evidentemente, lo son cuando él haga esas deducciones a partir de los fundamentos probatorios presentados por las partes en respaldo de sus pretensiones o de las alegaciones jurídicas realizadas para sustentarlas. O dicho de otra manera, la verdad es objetiva en tanto el juez no asuma ninguna pretensión, es decir, en tanto no se involucre en el conflicto, sino que se mantenga por encima de él para realizar su tarea, que no es otra que solucionarlo.

Los referentes de lo objetivo no pueden ser sino las pretensiones de los sujetos llamados a intervenir y los medios de prueba y evidencias que ellos aporten. Si el juez asume como opción una hipótesis propia y encauza el juzgamiento hacia allá, “subjetiviza” la verdad y la justicia hacia sus propias orientaciones y desvirtúa aquello que le plantean las partes. Además, termina interfiriendo en las investigaciones hechas por esas partes o desplazando el eje del juicio hacia sus propias conjeturas.

De esa manera, la regla de prohibir, que es lo mismo que no permitir, a los jueces decretar y practicar pruebas de oficio, no sólo interesa a la función propia de los jueces de la República sino que trasciende a la estructura misma del sistema para constituirse en uno de sus elementos definitorios básicos se carácter adversarial.

Dado que el juez -de garantías o de conocimiento- carece tanto de competencia como de cualquier facultad oficiosa en materia de pruebas, sus decisiones no pueden fundarse desde el punto de vista probatorio sino en las que soli-

11 Artículo 5° del Código de Procedimiento Penal.

12 El tema de la imparcialidad se discutió en la Comisión Constitucional Redactora con posturas que iban desde atribuirle al juez la facultad de practicar pruebas de oficio, hasta la de negársela radicalmente, imponiéndose finalmente como mayoritaria esta última, explicada por el Fiscal General como más conveniente que “en lugar de involucrar al juez, fortalecer el papel del Ministerio Público como representante de la sociedad”. Confrontar Actas 004, 005 y 006.



citen las partes. De modo que la responsabilidad del resultado del juzgamiento atañe exclusivamente a las partes involucradas en el conflicto, mientras se resuelva dentro del marco de las garantías fundamentales.

Ahora, la persecución de la criminalidad es responsabilidad exclusiva de la Fiscalía: como al juez le está vedada la capacidad oficiosa en materia probatoria, no puede reclamársele ninguna vinculación a la lucha contra el crimen. Investigar, recaudar evidencia suficiente, solicitar exitosamente medidas de aseguramiento, acusar y obtener sentencias condenatorias es carga que la Constitución y la Ley defieren a la Fiscalía<sup>13</sup>. Los jueces no tienen capacidad, ni deber de complementariedad frente a los actos procesales de esa institución. Su único deber es ahora el de protección de los derechos fundamentales.

El referente de la eficiencia es para la Fiscalía General de la Nación la disminución del delito y su castigo oportuno. El del juez es la protección de los derechos de las personas en los procesos que juzga.

La función del juez en el nuevo sistema es entonces, como se dijo al inicio, juzgar; y para que se dedique a ella exclusivamente se le libera de cualquier responsabilidad dentro del debate, se le deja libre del conflicto como única manera para que pueda actuar conforme a la primigenia razón de su origen histórico, esto es, como un tercero imparcial, ajeno al enfrentamiento que convoca su presencia.

Paradójicamente en esa supuesta “limitación” se expresa el poder del juez actual y se define su rol en el Sistema Acusatorio. Estar ajeno al conflicto le exige ejercer, en la mayoría de las veces, un control negativo de los

actos de las partes y, especialmente, de los actos de investigación, pues a la manera de los Tribunales Constitucionales en los juicios de exequibilidad, su deber-poder es preponderantemente excluyente, de control, de manera que básicamente tiene respecto de los elementos cognoscitivos la facultad de excluir todos aquellos que no se hayan recaudado conforme a las reglas de rito que en cada caso concreto define el Código o que en su obtención se haya vulnerado o puesto en peligro de serlo, algún derecho fundamental.

Finalmente debe responderse una pregunta implícita, que se genera más en el peso de la tradición del juez colombiano que en la racionalidad de su nueva dimensión constitucional y legal. ¿Cómo se administra justicia sin intervenir en el problema jurídico? Y la respuesta es de perogrullo, precisamente lo que hace justa la decisión es el hecho de que el juez esté ajeno al conflicto, pues esa es la única forma de resolverlo “objetivamente”. Si se le permitiera al juez involucrarse en él, la definición sería subjetiva, pues necesariamente terminaría asumiendo alguna de las pretensiones de las partes o, peor aún, construyendo su propia pretensión, en desmedro de los enfrentados ante él.

El Código de Procedimiento Penal delinea muy bien esos aspectos al, por ejemplo, reglamentar las funciones del juez de control de garantías y establecer su impedimento automático para ser juez de conocimiento cuando ha ejercido aquella función en el mismo asunto. La radicalidad de la causal se explica precisamente en la preservación de la imparcialidad absoluta del servidor público. Y no es un asunto de talante personal, sino que el sistema asume, como elemento esencial de su engranaje, que el conocimiento previo

---

13 “corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal”. Inciso 2º, artículo 7º Ley 906 de 2004.



del funcionario sobre el asunto objeto de debate lo ha hecho intervenir en el conflicto y por tanto le ha hecho perder la condición necesaria para juzgar: la de ser un tercero ajeno al conflicto.

Y ese es precisamente el papel que el juez colombiano debe asumir dentro del sistema acusatorio nacional. El de desempeñarse como servidor público que administra justicia de manera imparcial, expresando esa imparcialidad en su no injerencia en el conflicto que debe resolver, manteniéndose por encima de él para determinar con objetividad la verdad y la justicia, conceptos que no pueden concluirse en perjuicio de ninguno de los derechos fundamentales que garantiza la Constitución Política.

Las dificultades de asumir el cambio de paradigmas que el nuevo sistema implica no son pocas y el mis-

mo deja varios cabos sueltos en torno a la interpretación de muchas normas e institutos procesales cuya novedad es general y que han de ser resueltas por cada juez dentro de su ámbito de autonomía, pero eso sí teniendo como criterio interpretativo la naturaleza acusatoria del sistema, su definición adversarial, la prohibición expresa de decretar y practicar pruebas de oficio, y los principios y garantías constitucionales con la precisión y alcance que los fines esenciales de un modelo de Estado definido como social de derecho imponen.

De modo que aunque el papel del juez puede estimarse teóricamente con distintas tonalidades, es lo cierto que su sitio en el nuevo sistema debe ser conquistado y construido por ellos conforme a las herramientas constitucionales y legales a su disposición.



# PRIMERA UNIDAD

## EL ROL DEL JUEZ EN EL SISTEMA ACUSATORIO Y EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO



### SUMARIO

1. Objetivos.
2. La actuación procesal y el nuevo rol del juez.



# **1. OBJETIVOS**

## **1.1. Objetivo general**

- Que el juez reconozca los principales elementos normativos y prácticos de su nuevo papel como garante de los derechos fundamentales de las personas sometidas al sistema penal, director del debate probatorio y fallador imparcial.

## **1.2. Objetivos específicos**

- Que el juez identifique de manera general las diferentes etapas procesales en que debe ejercer su nuevo rol como garante de derechos y director de la actuación procesal.
- Que el juez dimensione los límites de su poder de dirección y control de la actuación procesal.

## 2. LA ACTUACIÓN PROCESAL Y EL NUEVO ROL DEL JUEZ

En el nuevo orden procesal el juez asume una gama de responsabilidades que pueden ser resumidas así:

- Revisar que las actuaciones de las autoridades sean legales y que, en la medida que afecten los derechos fundamentales de los imputados, sean fundamentadas y debidamente respaldadas. (Art. 250 Constitución Política).
- Revisar que los preacuerdos entre fiscal y defensor sean legales.
- Velar porque las partes tengan igualdad de oportunidades, en todas las etapas. (Art. 4 C.P.P.).
- Excluir la prueba ilícita, salvo las excepciones legales. (Arts. 23 y 455 C.P.P.).
- Asegurar que se realice en forma efectiva el proceso de descubrimiento de la prueba, como cuestión de debido proceso y derecho fundamental del acusado. (Art. 337 C.P.P.).
- Controlar eficazmente la gestión de las partes en el juicio, especialmente en los interrogatorios y contra interrogatorios, para asegurar la espontaneidad y veracidad de los testigos. (Art. 392 C.P.P.).
- Controlar la incorporación de la prueba al juicio, mediante la eficaz realización de las audiencias preliminares y preparatorias, y la pronta resolución de las oposiciones.
- Asegurar la conducencia y legalidad de la prueba en todo momento.
- Garantizar el decoro en las actuaciones orales, en un ámbito de dignidad y respeto, tomando en cuenta al público, a los medios y a las partes.
- Resolver y dictar sentencia únicamente con base

en la prueba incorporada y practicada en el juicio por las partes, de acuerdo con las reglas de cada prueba y el derecho.

El juez preside todas las audiencias, desde la investigación hasta el juicio oral. El juez de conocimiento debe tener en cuenta que los documentos, el descubrimiento y las aseveraciones de las partes acerca de los medios de convicción, así como la proyección de la actividad probatoria que pueda tener lugar en el juicio, son meras expresiones de lo que piensan las partes o lo que dijo en algún momento algún testigo. Carecen por completo de valor probatorio, siendo asuntos preliminares, muchas veces de mero trámite. El juez no va acumulando “pruebas” a lo largo del proceso de forma desconcentrada y escrita.

Debido a la naturaleza acusatoria del nuevo sistema (Art. 4 Acto Legislativo N° 03 de 2002), es preciso examinar los principales componentes de la responsabilidad del juez en las etapas previas y en el juicio:

### 2.1. En la investigación

Asegura el respeto a las garantías fundamentales de las personas investigadas. El juez vela por el cumplimiento de los requisitos constitucionales y universales acerca de la justificación de la restricción o afectación de derechos fundamentales. En este tópico, por ejemplo, la reforma constitucional colombiana<sup>14</sup> y el nuevo estatuto procesal penal<sup>15</sup> establecen que los allanamientos y otras diligencias especiales deben estar autorizadas por el fiscal, pero con posterior control del juez (de garantías en cuanto a la diligencia, y de conocimiento en cuanto a la admisión).

14 Art. 2° Acto Legislativo No. 03 de 2002.

15 Código de Procedimiento Penal. Art. 237.

El juez tendrá entonces la última palabra acerca de la legalidad de la diligencia y, por lo tanto, se requiere de él un perfecto conocimiento acerca de los límites y requisitos legales y constitucionales del actuar de las autoridades. Debe ejecutar en audiencia una indagación completa acerca de la fundamentación y realización de la diligencia. En esta audiencia debe haber controversia, en el caso de que esté presente la defensa. Ante su ausencia, podrá entablarse la controversia en la audiencia preparatoria<sup>16</sup>.

Los mismos procedimientos de control posterior se aplican en el caso de los allanamientos<sup>17</sup>, la validez de los medios de prueba así recopilados depende de la audiencia de control posterior y la validación del juez. Otras diligencias se realizarán sólo con autorización del juez, entre ellas las que involucran una invasión corporal, muestras de sangre, grafo-técnicas, captura, etc.

Frecuentemente el juez dirige y controla audiencias preliminares complejas, donde además de controlar la legalidad de las capturas realizadas en flagrancia, también es garante de la comunicación formal que hace la Fiscalía al imputado sobre la investigación que se adelanta contra él<sup>18</sup>, y resuelve sobre imposición de medidas de aseguramiento<sup>19</sup> y cautelares<sup>20</sup> contra el imputado.

El juez, como órgano de control imparcial sobre las autoridades de la investigación, no tiene la misión de frustrar la diligencias legítimas ni proteger a las personas de las consecuencias de sus hechos punibles, sino la de asegurar respeto al debido proceso y a las

normas de protección de los derechos ciudadanos. La transparencia y eventual publicidad de todo el quehacer del juez en esta etapa es factor que debe impulsarlo a la excelencia.

Ahora bien, las audiencias preliminares son actuaciones por medio de las cuales se ventilan asuntos diferentes a la culpabilidad, incluyendo el poner a disposición del juez de garantías los elementos materiales hallados durante la investigación, para su control de legalidad, la práctica de la prueba anticipada y la adopción de medidas de protección de víctimas y testigos, entre otras. Desde este momento va tomando forma el juicio ya que el juez debe decidir sobre la legalidad de la actuación, en dónde se recogieron medios materiales o de prueba, mediante los allanamientos, registros, interceptaciones etc., y sobre la práctica de pruebas anticipadas. Además el juez entra al ámbito de la seguridad de los testigos y víctimas.

Aquí comienza la materialización de los principios acusatorios, ya que la función del juez es velar por la legalidad y la igualdad de la actuación, asegurando la participación de la defensa en la medida que sea permitida o requerida. Esto es clave para el éxito del juicio y para evitar posteriores nulidades.

Ante las solicitudes para la práctica de la prueba anticipada, el juez debe ser especialmente acucioso en la consideración de tales solicitudes, para no permitir que el proceso se vuelva nuevamente escriturista mediante la masiva incorporación de pruebas anticipadas, como pasó en su momento en otros países<sup>21</sup>.

16 Código de Procedimiento Penal. Art. 155, inc. 2°.

17 Código de Procedimiento Penal. Art. 232.

18 Código de Procedimiento Penal. Arts. 286-294.

19 Código de Procedimiento Penal. Arts. 306-320.

20 Código de Procedimiento Penal. Arts. 92-101.

21 Fue el caso de Guatemala después de la reforma de 1994, donde las partes y los jueces llegaron a considerar prácticamente toda investigación como "prueba anticipada".

## 2.2. En las audiencias previas al juicio oral

La audiencia de formulación de la acusación significa la consideración de la acusación en el marco formal. Se ha omitido la adopción de algún mecanismo de filtro que tenga que ver con la suficiencia de los medios de convicción, más allá de la reexaminación del documento de la acusación. Sin embargo, es importante que el juez considere el contenido de este documento<sup>22</sup> para efectos de cerciorarse no sólo en cuanto a los requisitos formales, su competencia, sino también que los hechos alegados constituyan un delito, para así evitar un juicio que resultaría inocuo.

Durante esta audiencia el juez debe ordenar el descubrimiento de la prueba<sup>23</sup>. El descubrimiento es la obligación de las partes, especialmente de la Fiscalía, de compartir todos los elementos probatorios con la otra parte. La responsabilidad del juez es asegurar que esto se realice de forma efectiva. Considerándolo desde la perspectiva del debido proceso es la mejor forma para que el acusado tenga conocimiento completo de la acusación y que la defensa sea efectivamente garantizada. Así, el juez debe velar por su cumplimiento y ser también estricto en la aplicación de sanciones para la parte que incumpla. En este punto es preciso recordar que la defensa no está obligada a descubrir sino lo que hará valer en juicio, mientras que la Fiscalía debe descubrir todo.

La audiencia preparatoria es significativa desde la perspectiva de la realización del juicio. Es aquí donde el juez de conocimiento comienza a ejercer el control debido y esencial sobre las gestiones de las partes, la incorporación de la prueba al juicio y las reglas a imponer para el deba-

te, de tal manera que éste sea nivelado y haya igualdad de armas tanto para la defensa como para la Fiscalía.

Otra responsabilidad a la altura de la audiencia preparatoria, es que las solicitudes de exclusión de la prueba ilícita sean presentadas<sup>24</sup>. Para conocer a fondo el fundamento de la solicitud el juez podrá requerir, en alguna medida, la presentación de un elemento material o de información que tenga un testigo y su controversia acerca de los hechos que producen el cuestionamiento. Así el juez puede tener el panorama completo sobre el cual basará su decisión.

En esta instancia, el juez también debe considerar las solicitudes de las partes acerca de pruebas impertinentes, inútiles, repetitivas o que sirven solamente para probar hechos notorios. Si hay controversia acerca del contenido del testimonio o prueba cuestionada, hay que escucharla, o sea, que el testigo o declarante tendrá que someterse a un interrogatorio a manera de “oferta de prueba” para que el juez decida.

Las estipulaciones probatorias también se consideran en esta audiencia<sup>25</sup>. Aquí el juez escucha solicitudes de las partes que han acordado no entrar en controversia sustancial sobre determinados hechos o circunstancias y las autoriza para incorporar esos acuerdos en la audiencia del juicio oral, con el fin de darles publicidad y valorarlos con el resto de las pruebas practicadas en juicio.

Frente a la eventualidad de un proceso de “consenso”, o de preacuerdos y negociaciones entre fiscal e imputado, el papel del juez es sumamente limitado, ya que los preacuerdos lo obligan, salvo que ellos desconozcan o

22 Código de Procedimiento Penal. Art. 337.

23 Código de Procedimiento Penal. Arts. 344-347.

24 Código de Procedimiento Penal. Art. 359.

25 Código de Procedimiento Penal. Art. 356, Par.



quebranten las garantías fundamentales o comprometan la presunción de inocencia (Art. 327 C.P.P.).

El control ético que el juez debe ejercer sobre las partes, le obliga a informar al superior jerárquico del Fiscal, en caso de preacuerdos cuestionables o violatorios de las directivas de la Fiscalía General.

Además, es crucial que el juez, en la audiencia de presentación del preacuerdo, tome todas las medidas necesarias para asegurar que la participación del imputado haya sido con plena conciencia, con conocimiento de sus derechos y obligaciones, libre de coacción u otros factores que impliquen que no fue voluntaria y que él comprende las consecuencias, incluyendo la efectiva renuncia de su derecho a un juicio oral y público con todo lo que ello implica. Para estos efectos el juez tiene la responsabilidad de indagar al imputado públicamente acerca de tales factores, fomentando así la transparencia y la imagen positiva de la justicia en el país.

Con el principio de oportunidad<sup>26</sup> se ejerce un poder cuasi-discrecional del fiscal que el juez de garantías debe controlar. Esta intervención es clave y las actuaciones del juez al respecto se deben revestir de gran seriedad, ya que el único freno a posibles irregularidades o mal uso de este instrumento de política criminal es él. Por tanto, el juez debe requerir la explicación completa y fundamentada del fiscal, antes de decidir sobre su aprobación.

Este control y la potestad del Ministerio Público y de la víctima de controvertir la prueba aducida por la Fiscalía para sustentar su decisión, son de gran importancia para asegurar la transparencia del proceso. El juez es la figura clave en su materialización.

### 2.3. En la audiencia del juicio oral

El éxito del proceso de juzgamiento oral acusatorio depende de una sinergia fundamental entre las partes y el juzgador, en la cual el juez debe actuar de forma imparcial y resolver el caso sólo con base en las pruebas ofrecidas y practicadas por las partes, así como también regular las actividades de ellas y decidir, como presupuesto a su incorporación, la conducencia y legalidad de la prueba ofrecida y después, en el acto culminante de su quehacer, valorarla en conjunto mediante procesos mentales rigurosos, para finalmente fallar.

El juez tiene poderes suficientes para controlar la gestión de las partes, evitar excesos, conductas inapropiadas que perjudican la marcha ordenada y conducente del juicio (Arts. 139 y 143 del C.P.P.). De lo contrario el juicio se convierte en un combate sin reglas entre las partes, que poco tendría que ver con la búsqueda de la verdad.

Por lo tanto, si bien la actuación de los fiscales y defensores tiene como punto de partida el don de “convencimiento” y preparación previa, la del juez parte de un concepto de “poder” y de “resolución”. El juez no tiene que manejar las técnicas (aunque sí tiene que conocerlas) que aplicarán las partes en el juicio, sino comprender su valor dentro de un nuevo contexto de juzgamiento con intermediación, controversia y continuidad, donde él es el receptor natural del producto de las labores de las partes y en donde tiene la muy noble y delicada labor de definir, con base en esto, la verdad del caso.

Para esto debe poseer, además, la facultad (y el deber) de controlar las actividades de las partes, el público, la

26 Código de Procedimiento Penal. Arts. 321-330.

prensa y el acusado, con fines de asegurar el decoro, respeto y eficiencia del proceso. En las tradiciones procesales acusatorias, la natural tendencia de las partes a incurrir en excesos, el escándalo que puede desatar el drama del juicio y las emociones que pueden impulsar a los sujetos procesales al desbordamiento, exigen que la figura central del rito tenga en sus manos el poder de control<sup>27</sup>. (Art. 143 C.P.P.)

En los sistemas anglosajones, la doctrina de “poderes inherentes al juez” le permite imponer sanciones fuertes que llegan hasta la privación de la libertad de los infractores. Esto lo hace a través del concepto de desacato, que es la conducta impropia de las partes procesales o el público y que incluye obstaculizar, obstruir o desviar el proceso, e irrespetar a la justicia o al juez. Este poder de aplicación sumaria e inmediata se considera necesario para el manejo del juicio dentro de un marco aceptable. El juez tiene el poder inherente de sanción para cualquier desacato con fines de proteger los derechos del acusado y los intereses del público, asegurando que la administración de justicia no sea impedida.

Generalmente cuando la actividad proscrita ocurre en presencia del juez, o en sus inmediaciones, el control es inmediato. Para fines de efectividad y eficiencia, la mayoría de las infracciones al orden del juicio pueden ser sancionadas por el mismo juez que las percibe o las sufre, aunque éste tiene la opción de llamar a actuar a otro juez<sup>28</sup>.

El nuevo Código de Procedimiento Penal (Art. 143) dota al juez de amplios poderes de sanción para una gama muy amplia de conductas y establece un procedimiento básico para su imposición. Estos poderes y debe-

res del juez tienen por objeto garantizar un juicio imparcial. Además de la descripción de categorías generales de conductas sancionables, se le concede al juez la discreción de imponer o no las sanciones, después de conceder al infractor una oportunidad de explicarse. Las sanciones son de inmediata ejecución, previa solicitud de reconsideración de la sanción, sin que contra ella proceda recurso alguno.

### 2.3.1 Aspectos de control y orden

En Colombia, el juez además del poder de sancionar, tiene el deber de asegurar el orden y decoro del proceso (Art. 143 C.P.P.). Para evitar al máximo las oportunidades que puedan dar lugar a la imposición del poder sancionatorio del juez, podrían tenerse en cuenta las siguientes observaciones a manera de recomendación, sin pretensiones doctrinales:

- Antes de iniciar el juicio, probablemente durante la audiencia preparatoria, el juez debe considerar la formulación de mínimas reglas para el juicio. Estas pueden consistir en llamamientos de atención acerca de discusiones indebidas entre las partes, duración de alegatos, proscripción de alegatos inconducentes, impuntualidad de asistencia, conducta del acusado y los testigos, naturaleza y pertinencia de las oposiciones, y otros incidentes o situaciones previsibles no definidos normativamente.
- Al abrir las sesiones públicas, el juez directamente o a través del personal de seguridad, debe amonestar al público presente y a los medios de comunicación acerca de la necesidad de mantener el decoro, y proscribir cualquier actividad que tienda a afectar el juicio negativamente. Si el proceso ha atraído la especial atención de los medios, el

27 Ver “American Bar Association Standards Relating to the Function of the Trial Judge”, std. 7.1 ABA 1971

28 Para una discusión de estos aspectos ver “Contempt of Court” Paul A Freund en Handbook for Judges, 1975

juez deberá establecer con ellos reglas mínimas de conducta, con el fin de garantizar el orden y el decoro, sin que esto obre en contra de los intereses de la sociedad en cuanto a transparencia y publicidad del proceso<sup>29</sup>.

- En el caso de imposición de alguna sanción, el juez debe anunciar su intención y notificar al sujeto acerca de las violaciones. El sujeto debe ser oído antes de la imposición de la sanción. Para efectos de guardar la continuidad del juicio<sup>30</sup> el juez puede postergar la imposición de la sanción hasta que este termine.

La llegada a la escena nacional de procesos verdaderamente orales y públicos, con concentración y contradicción pública de la prueba, abre otro aspecto a considerar: el rol de los medios de comunicación en el juicio.

Los medios deben jugar un papel importante en la materialización de las bondades del juicio oral y público, pues son los principales diseminadores de la transparencia y la publicidad, con la cual la sociedad se mantenga informada del quehacer de las autoridades judiciales y de la administración de justicia. Hay ciertas situaciones en donde el deber del juez le obliga a tomar medidas de prevención en aras, no de impedir el acceso de los medios y del público, sino más bien de evitar que él o su propia imparcialidad se vean afectados negativamente.

Cuando no hay que proteger un jurado de conceptos, opiniones o prejuicios acerca del caso, la problemática gira alrededor de los siguientes temas:

- Mantener el orden y evitar distracciones dentro de la sala de audiencias.

- Evitar interferencias del juicio desde fuera de la sala, a través de faltas de respeto u obstaculización activa o pasiva.
- Proteger contra la manipulación de los medios por las partes, con fines de afectar el proceso de juzgamiento.
- Evitar la mala fe o temeridad de cualquier parte tendiente a frustrar el actuar procesal.
- Contener la insistencia de presentar pruebas manifiestamente inconducentes o impertinentes.
- Promover el debido respeto y la desobediencia a las decisiones judiciales.
- Evitar comportamientos contrarios a la solemnidad del actuar procesal.

### **2.3.2 Garantía en la igualdad de oportunidades de las partes**

En relación con la importancia de la defensa en la realización del principio de contradicción y confrontación, a menudo se observa que las tradiciones garantistas tienen su mayor desarrollo en aquellos momentos en los cuales se afirma el derecho de los acusados, económicamente marginados, a los servicios de un defensor público de manera efectiva. Dicha aseveración incorpora tácitamente el reconocimiento de una de las verdades de las reformas que han implementado la oralidad dentro de un marco no solamente acusatorio sino contradictorio, en el cual debe brillar el equilibrio. Al respecto citamos el argumento oral de Abe Fortas ante la Corte Suprema de los EE.UU., el 15 de enero de 1963, en el caso *Gideon vs. Wainwright*<sup>31</sup>:

“Yo creo que la forma correcta de ver este asunto, si se puede plasmarlo así, es que un tribunal, cualquier

29 Código de Procedimiento Penal. Art. 366.

30 Código de Procedimiento Penal. Art. 143.

31 372 U.S. 335 (1963)

tribunal penal, no está legalmente constituido - y esto se ha dicho en algunos de sus fallos – de acuerdo con nuestro sistema adversarial, hasta tanto haya un juez, un fiscal y un defensor. Sin esto, cómo es posible que un país civilizado presuma que se está realizando un juicio justo, de acuerdo con nuestro sistema adversarial de justicia, lo cual quiere decir que el fiscal pone sus mejores esfuerzos, dentro de un marco de justicia, honor y decencia, para presentar su caso en nombre del Estado, y que el defensor haría lo mejor que pueda con el fin de presentar la mejor defensa posible a favor del acusado, y de esta pugna saldrá la verdad. Este es nuestro concepto. . .”

En el nuevo proceso penal al juez le incumbe asegurar este aspecto para que se den las condiciones de juzgamiento que pretende establecer la reforma. Hay que estar claro en que el juez no puede asumir el papel del defensor, pero sí asegurar su adecuada preparación mediante las resoluciones y actuaciones del caso, es decir, velar para que haya igualdad de oportunidades para las partes y que la defensa sea no sólo presente sino también efectiva.

En cuanto al deber de las partes de informar u “orientar” al juez o tribunal, uno de los aspectos de la reforma procesal penal a nivel regional que no ha sido aún adecuadamente definido, es el de la actitud tradicional del juez frente a las partes sobre que éstas le tienen poco o nada que decir en cuanto al marco jurídico dentro del cual se debe tramitar determinado proceso o juicio.

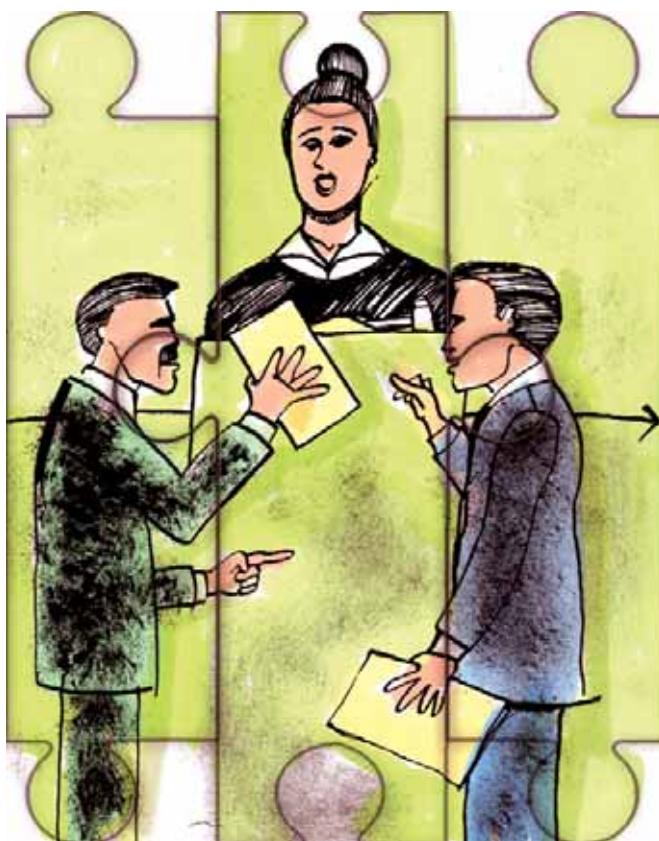
Esta actitud se manifiesta en la renuencia del juez a recibir y considerar los productos de la investigación jurídica

que las partes hayan hecho. Tal reacción se podría considerar en cierto sentido como un resabio sutil de la tradición inquisitiva, donde el juez conoce y participa de la actividad investigativa y probatoria mediante el sumario y las posteriores etapas procesales y, por tanto, maneja el entorno fáctico de sus procesos. En cambio, en el sistema acusatorio adversarial, las partes producen y definen el entorno fáctico el cual deben subsumir dentro de su teoría jurídica en un ejercicio permanente denominado “la teoría del caso”. Como consecuencia ellas, al momento de iniciar el juicio, tienen un concepto y dominio propio que el juez no tiene y parte de su tarea es convencer al juez acerca de las inferencias que éste debe sacar de las pruebas incorporadas al juicio, así como también de las consecuencias jurídicas de las mismas.

Esta última tarea incumbe al aspecto adversarial tan destacado en las reformas, e implica un deber de las partes de “ilustración” al juez. De los respectivos argumentos y fundamentos de las partes, el juez sacará sus conclusiones. Esto requiere del juez cierta humildad para que reconozca el valor de esta manifestación del principio contradictorio. Debe aceptar y reconocer que es esencial escuchar y ponderar las posiciones de las partes, lo cual no implica que se debe adscribir necesariamente a alguna de ellas, simplemente que sus respectivas visiones acerca de cualquier punto controvertido presentan opciones a veces válidas, que él a lo mejor, por virtud de su posición de imparcialidad, no hubiera percatado sin el insumo adversarial de las partes. De acuerdo a esta nueva realidad, el proceso de argumentación oral asume una dimensión de importancia incalculable en los juicios.

# SEGUNDA UNIDAD

## EL ROL DE JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS EN LAS AUDIENCIAS PRELIMINARES



### SUMARIO

1. Objetivos.
2. Naturaleza de la actuación.
3. Escenarios de actuación.
4. Estructura básica de las audiencias preliminares.



# 1. OBJETIVOS

## 1.1. Objetivo general

- Que el juez identifique su rol de verdadero *juez constitucional*, responsable de verificar el respeto y garantizar la protección de las garantías fundamentales de las personas investigadas, frente a los actos limitatorios de esos derechos en cabeza de la Fiscalía General de la Nación y sus organismos auxiliares.

## 1.2. Objetivos específicos

- Que el juez reconozca su obligación de ponderar intereses legítimos contrapuestos: la protección del imputado frente a la perturbación de sus derechos fundamentales y garantías esenciales, y el logro de los fines del Estado de perseguir y sancionar el delito.
- Que el juez dimensione los escenarios procesales en que debe desarrollar su función de control de garantías, y los ubique en el contexto de su función específica.
- Que el juez identifique las características propias de cada audiencia preliminar y desarrolle destrezas y habilidades para dirigirlas y controlarlas.



## 2. NATURALEZA DE LA ACTUACIÓN

La razón fundamental de la presencia del juez de control de garantías en la actuación penal es la necesidad de resolver eficazmente todos los conflictos que se presentan entre las partes e intervinientes en la fase de la investigación. Estos conflictos se traban principalmente en el marco de las afectaciones de derechos fundamentales solicitadas por la Fiscalía. Tales restricciones pueden hacerse necesarias en eventos relacionados con medidas que “aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas”<sup>32</sup>.

En este marco, la función del juez de control de garantías es proteger a la persona investigada contra la perturbación indebida e ilegal de cualquiera de sus derechos fundamentales, perturbación que puede acaecer en virtud de capturas, registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones, tal como lo establece el artículo 250, numerales 1 y 2 de la Constitución Política.

En el marco de su poder decisorio, el juez de garantías debe ponderar intereses legítimos contrapuestos, por un lado la garantía del debido proceso para la persona investigada, y de otro, la efectividad en la aplicación de la ley penal afincada en el Estado por medio de la administración de justicia penal. Decidir cual interés tiene más peso y dar alcance a una norma a favor de cualquiera de los intereses en juego, es la disyuntiva que el juez de garantías debe resolver aplicando los criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección, a la luz del artículo 27 del C.P.P.

En términos generales, las afectaciones de derechos fundamentales dentro del curso de una indagación o inves-

tigación penal deben ser ordenadas por un juez de control de garantías de manera previa. No obstante, con base en las facultades, algunas de carácter judicial y otras propias de la actividad investigativa que la Constitución Nacional<sup>33</sup> ha reservado para la Fiscalía, este control se realiza posteriormente dentro de un término de 36 horas, contadas en algunos casos, a partir de la orden que haya dado la Fiscalía y otras a partir del momento en que se cumplió el objeto de la orden.

La actuación del juez de garantías no es oficiosa sino rogada, lo que quiere decir que las audiencias que dirige se llevan a cabo por requerimiento de una de las partes o del Ministerio Público. Corresponde al requirente presentar al juez el fundamento fáctico y jurídico de la petición con los medios cognoscitivos que la sustentan. Para resolver la petición, el juez debe examinar no sólo la legalidad de la actuación, sino el respeto a los derechos fundamentales y a las garantías esenciales. En esta materia la Corte Constitucional, al declarar la inexecutable de la expresión “al solo efecto de su validez” contenida en el numeral 2° del artículo 250 de la C.N., expresó:

*...la prueba no sólo se encuentra condicionada al cumplimiento de los requisitos de carácter formal para su aducción, ...sino además al cumplimiento de requisitos materiales que exigen que la prueba sea obtenida con pleno respeto de normas procesales y sustanciales de todo rango, examen inherente al control de garantías...*<sup>34</sup>

Cuando se trate de autorizaciones o control posterior de diligencias de carácter investigativo, el juez no debe evaluar la necesidad u oportunidad de la práctica de la

32 C.N., Art. 250, num. 1°.

33 C.N., Art. 250, nums. 1 y 2

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



diligencia para el éxito de la investigación, sino la pertinencia y el fundamento fáctico y jurídico para afectar el derecho fundamental y si ya se hizo, si en la diligencia se respetaron los derechos fundamentales y garantías constitucionales. La decisión del juez en sentido negativo no tiene ejecutoria material sino formal. Por tanto, si el fundamento fáctico ha variado<sup>35</sup>, se puede acudir de nuevo ante el mismo juez u otro juez de control de garantías a formular la petición. El examen que hace el juez de garantías es sobre la legalidad de la actuación y no sobre la admisibilidad o no del medio de prueba, ya que esto lo define el juez de conocimiento en la audiencia preparatoria.

### 3. ESCENARIOS DE ACTUACIÓN

El juez de control de garantías debe actuar en varios momentos durante la fase de investigación: para autorizar previamente alguna diligencia de la Fiscalía que pretenda limitar algún derecho fundamental; para examinar la legalidad formal y material de actuaciones de la Fiscalía en ejercicio de sus poderes en la investigación; y para decidir peticiones de las partes en actuaciones de trámite que deben realizarse para cumplir con ciertos requisitos de la actuación procesal.

El control previo de garantías lo realiza a través de audiencias preliminares donde decide sobre: a) orden de captura del imputado (Art. 297 C.P.P.); b) obtención de muestras que involucran al imputado cuando éste se niega a proporcionarlas (Art. 249 C.P.P.\*); y c) procedi-

mientos en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales (prácticas de reconocimiento y exámenes físicos\*\*) (Art. 250 C.P.P.); inspección corporal (Art. 247 C.P.P.); y registro personal (Art. 248 C.P.P.).

El control de garantías posterior lo realiza a través de audiencias preliminares, casi siempre públicas<sup>36</sup>; donde decide sobre la legalidad de: a) captura hecha en fragancia<sup>37</sup> (Arts. 300 y 301 C.P.P.); b) diligencias de registro y allanamiento (Arts. 219 y 237 C.C.P.); c) interceptaciones de comunicaciones (Arts. 235 y 237 C.P.P.); d) procedimientos de recuperación de información dejada al utilizar medios tecnológicos -internet- (Arts. 236 y 237 C.P.P.); e) medidas cautelares sobre bienes susceptibles de comiso y solicitud de suspensión del poder dispositivo sobre los bienes (Art. 84 C.P.P.); f) vigilancia y seguimiento de personas (Art. 239 C.P.P.); g) vigilancia de cosas (Art. 240 C.P.P.); h) análisis e infiltración de organizaciones criminales (Art. 241 C.P.P.); actuación de agentes encubiertos (Art. 242 C.P.P.); entrega vigilada (Art. 243 C.P.P.); i) búsqueda selectiva en bases de datos (Art. 244 C.P.P.); y j) exámenes de ADN que involucren al indiciado o imputado (Art. 245 C.P.P.).

Las actuaciones de trámite del juez de garantías se desarrollan en las audiencias de: a) formulación de la imputación<sup>38</sup> (Arts. 154-6, 286 y 294 C.P.P.); b) solicitud e imposición de medida de aseguramiento (Arts. 154-4, 306 y 320 C.P.P.); c) solicitud e imposición de medidas cautelares reales (Arts. 92 y 154-5 C.P.P.); d) solicitud de revocatoria o sustitución de la medida de aseguramiento (Arts.

35 Código de Procedimiento Penal. Art. 310.

36 El principio de publicidad no se predica de las audiencias de control de garantías de registro y allanamientos, cuando éstas se realizan antes de la formulación de la imputación (Art. 237 Par. C.P.P.).

37 Sentencia Corte Constitucional C-591/05. La Fiscalía puede dejar en libertad sólo por causas objetivas, es decir si no procede medida de detención por razón del tipo de delito o de la pena. Sentencia C-730 de 2005. La Corte Constitucional declaró inexecutable la norma que le permitía a la Fiscalía capturar sin orden judicial.

38 En esta audiencia el juez puede declarar en contumacia al indiciado cuando, habiendo sido citado debidamente, éste y su defensor, sin justa causa se abstuvieron de comparecer. En tal caso, el juez le designa un defensor público, en cuya presencia se formula la imputación (Art. 291 C.P.P.). Cuando el fiscal no haya logrado ubicar a la persona contra la cual quiere formular imputación o contra la cual va a solicitar la imposición de una medida de aseguramiento, debe proceder conforme a lo dispuesto en el artículo 127 del C.P.P., a efectos de que el juez de garantías, instalado en audiencia preliminar, lo declare persona ausente. Sentencia C-591/05.

\* En términos de la sentencia C-822/05 Corte Constitucional.

\*\* En términos de la sentencia C-822/05 Corte Constitucional

314 y 318 C.P.P.); e) aplicación del principio de oportunidad (Arts. 154-7 y 327 C.P.P.); f) prueba anticipada (Arts. 154-2, 284 y 285 C.P.P.); y j) solicitud y adopción de medidas necesarias para proteger a víctimas y testigos (Arts. 154-3 y 342 C.P.P.).

## 4. ESTRUCTURA BÁSICA DE LAS AUDIENCIAS PRELIMINARES

### 4.1. Orden de Captura (Arts. 297 y 298 C.P.P.)

- **Objeto de la audiencia.** Solicitar orden para la captura del indiciado, imputado o acusado.
- **Iniciativa para su realización o requirente.** Fiscalía General de la Nación. Por vía de excepción, en casos de urgencia en donde no pueda intervenir inmediatamente la Fiscalía, la puede solicitar la policía judicial<sup>39</sup>.
- **Fundamento jurídico para su requerimiento.** Que para el delito por el que se pide la captura proceda la detención preventiva en términos del artículo 313 del C.P.P.
- **Fundamento fáctico para su requerimiento.** Que el fiscal demuestre que, como producto de la investigación, tiene motivos fundados para inferir que la persona ha participado en la conducta investigada y concurra al menos una de las causales descritas en el artículo 300-1 y 2 del C.P.P.
- **Plazo Máximo.** Capturada la persona será puesta a disposición del juez de control de garantías en un

plazo no mayor a treinta y seis (36) horas, para que efectúe la audiencia de control de garantías.

- **Participantes de la audiencia.** Obligatorio el fiscal y facultativo el Ministerio Público.
- **Momento en que se puede solicitar.** Durante la indagación, la investigación o el juicio.
- **Desarrollo de la audiencia.** Recibida la solicitud en la secretaría, el juez fija fecha y hora para su realización y cita a la parte requirente e informa al Ministerio Público. Llegado el día y la hora e instalada la audiencia, el juez de garantías concede la palabra al requirente para que dé el fundamento jurídico y fáctico de la petición y le presente los elementos materiales probatorios, informes u otros medios cognoscitivos que fundamenten la petición. El juez y/o el fiscal pueden interrogar a los investigadores, testigos, peritos o a quien sea la fuente de la información, de acuerdo con el momento preprocesal o procesal.
- **Decisión.** Si el juez encuentra fundamento para ordenar la captura accede a la petición. Negará la petición si el delito no tiene medida de detención preventiva o los medios de prueba no dan fundamento para determinar o inferir la participación del indiciado, imputado o acusado en la conducta delictiva.
- **Efectos de la decisión.** Si es positiva, expedición inmediata de la orden de captura con una vigencia de seis meses. Se debe enviar por el juzgado a la Fiscalía y a la policía judicial para su cumplimiento. Si es negativa podrá requerirse nuevamente cuando los medios cognoscitivos den el fundamento para ello.

<sup>39</sup> Art. 246 C.P.P.

- **Formalidad de la decisión.** Orden escrita con los motivos de la captura, el nombre o los datos que permitan individualizar al indiciado o inculgado, número de radicación de la indagación o investigación, nombre del fiscal que dirige la investigación y denominación del juzgado que la emite.
- **Recursos.** No proceden recursos.

#### 4.2. Obtención de muestras que involucren al imputado *(Art. 249 C.P.P.)*

- **Objeto de la audiencia.** Solicitar obtención de muestras que involucren al imputado, cuando éste se niega a proporcionarlas. Las muestras pueden ser fluidos corporales, voz, grafismos, impresión dental, pisadas, etc.
- **Iniciativa para su realización o requirente.** Fiscal que dirige la investigación. Excepcionalmente la puede solicitar la policía judicial con informe inmediato al fiscal.
- **Fundamento jurídico para su requerimiento.** Resulta necesario para los fines de la investigación.
- **Fundamento fáctico para su requerimiento.** Existen motivos fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos, para creer que en el cuerpo del imputado existen elementos materiales probatorios o evidencia física necesarios para la investigación.
- **Participantes de la audiencia.** Obligatorio el fiscal y el defensor. Facultativo el Ministerio Público.
- **Momento en que se puede solicitar.** Durante la investigación.
- **Desarrollo de la audiencia.** Recibida la solicitud en la secretaría, el juez fijará fecha y hora para su realización, citará a las partes obligatorias e informará al Ministerio Público. Llegado el día y la hora e instalada la audiencia, el juez de garantías concede la palabra al requirente para que exponga el fundamento jurídico y fáctico de la petición y presente los elementos materiales probatorios, informes u otros medios cognoscitivos que la sustenten. El fundamento consiste en la necesidad de la toma de la muestra para el éxito de la investigación, de acuerdo con la naturaleza de la conducta y el hecho de que el imputado se ha negado a suministrarla voluntariamente. Si se encuentra presente la defensa, el juez le concederá la palabra para que se pronuncie sobre la petición.
- **Decisión.** Si el juez encuentra fundamentada la petición, expedirá en forma inmediata la orden a la policía judicial para la obtención de las muestras para el examen, siguiendo los procedimientos establecidos en artículo 249 del C.P.P. y garantizando la presencia del defensor en la diligencia. Ver sentencia C-822 de 2005 Magistrado Ponente Dr. Manual Cepeda, que declaró exequible el artículo 247 del CPP. Inspección Corporal en forma condicionada, indicando: Que requiere orden del juez si el imputado no accede voluntariamente a suministrar la muestra. El juez deberá determinar si la medida es pertinente, idónea, necesaria y proporcional, según las condiciones particulares de cada caso. . . Si después de dada la autorización por el juez de garantías el imputado se niega a permitir dicha inspección por las mismas circunstancias que ya fueron conocidas y tenidas en cuenta por el juez, las autoridades pueden proseguir con la diligencia aún en contra de la voluntad del imputado respetando los principios que rigen para garantizar su dignidad humana. Si se niega por circunstancias ex-

traordinarias que no fueron tenidas en cuenta por el juez al conferir la autorización, debe presentarse de nuevo al juez de control de garantías para que defina cómo debe llevarse a cabo la práctica de la inspección corporal o para que la niegue si a ello hubiere lugar.

- **Recursos.** No proceden.

### 4.3. Obtención de muestras de lesionados o víctimas de agresiones sexuales (Art. 250 C.P.P.)

- **Objeto de la audiencia.** Solicitar autorización para intervenir en el cuerpo de lesionados o víctimas de agresiones sexuales a efectos de obtener muestras para posterior examen, cuando ellos se niegan a proporcionarlas.
- **Iniciativa para su realización o requirente.** Fiscal o defensa.
- **Fundamento jurídico para su requerimiento.** Se requiere para los fines de la investigación, bajo la condición de que la víctima o su representante legal se hayan negado a proporcionar la muestra a pesar de que se les haya explicado su necesidad y las consecuencias de no obtenerla para los fines de la investigación. Constancia escrita de la negativa de la víctima a proporcionar la muestra a pesar de haberle explicado la trascendencia de la misma.
- **Fundamento fáctico para su requerimiento.** Medio de prueba que establezca la calidad de víctima del hecho relacionado con la libertad sexual, integridad corporal o un delito en donde la evidencia física se encuentra en el cuerpo de la víctima.

- **Participantes de la audiencia.** Obligatorio el fiscal. Facultativos la defensa, el Ministerio Público y la víctima.
- **Momento en que se puede solicitar.** Durante la indagación o la investigación.
- **Desarrollo de la audiencia.** Recibida la solicitud en la secretaría, el juez fija fecha y hora para su realización. Llegado el día y la hora e instalada la audiencia el juez de garantías concede la palabra al fiscal para que exponga el fundamento jurídico y fáctico de la petición y le presente los elementos materiales probatorios, informes u otros medios cognoscitivos que la sustenten. Este fundamento consistirá en la necesidad de la toma de la muestra para los fines de la investigación, de acuerdo con la naturaleza de la conducta y el hecho de que la víctima se ha negado a suministrarla voluntariamente. Si se encuentra presente la defensa, la víctima o su representante legal, el juez le concederá la palabra para que se pronuncie sobre la petición.
- **Decisión.** Si establece la necesidad de la toma de la muestra para los fines de la investigación, el juez emite en forma inmediata la orden determinando las condiciones en que deberá hacerse la intervención corporal, en el Instituto de Medicina Legal o en establecimiento de salud. Ver sentencia C-822 de 2005 Magistrado Ponente, Dr. Manuel Cepeda, que declaró exequible el artículo 249 del CPP, pero aclaró que si la víctima adulta persevera en su negativa a proporcionar la muestra, prevalecerá su voluntad, salvo cuando el juez después de ponderar si la medida es idónea, necesaria y pro-

porcionada concluya que el delito investigado reviste extrema gravedad y dicha medida sea la única forma de obtener una evidencia física para la determinación de la responsabilidad penal del procesado o de su inocencia.

- **Recursos.** No proceden.

#### 4.4. Captura en flagrancia

*(Arts. 300, 301 y 302 C.P.P.)*

- **Objeto de la audiencia.** Solicitar al juez la revisión de la legalidad de la captura del indiciado producida en flagrancia por la Policía o por un ciudadano.

- **Iniciativa para su realización o requirente.** Fiscalía.

- **Fundamento jurídico para su requerimiento.**

Cuando se produzca la captura en flagrancia la Fiscalía deberá acreditar los elementos de la flagrancia y que el delito por el que se procede tiene prevista detención preventiva. (La Corte Constitucional en sentencia C-730 de 2005 declaró inexecutable la frase “y en aquellas en donde la Fiscalía General de la Nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de oportunidad para solicitar el mandato escrito”, del párrafo 3 del artículo 2 del C.P.P., por carecer de claridad y precisión que exige la regulación del ejercicio de una facultad excepcional que restringe la libertad personal y por ende viola el principio de legalidad y los artículos 29 y 250 de la Constitución Política.

- **Fundamento fáctico para su requerimiento.** Medios cognoscitivos, informes, declaraciones de testigos, elementos materiales o cualquier medio a través del cual se puedan establecer los presupuestos de la flagrancia y que el delito tenga señalada pena privativa de la libertad. En caso negativo la Fiscalía debe ordenar la libertad.

- **Participantes de la audiencia.** Obligatorio el fiscal. Facultativos la defensa y el Ministerio Público.

- **Momento en que se puede solicitar.** Dentro de las 36 horas siguientes a la captura.

- **Desarrollo de la audiencia.** Llegado el día y hora fijados el juez concede la palabra a la Fiscalía para que dé el fundamento de la captura. Se debe precisar la fecha y hora de la captura y la autoridad que la realizó.

- **Decisión.** Si el juez encuentra que la solicitud para la celebración de la audiencia de control de garantías se realizó dentro de las 36 horas siguientes a la captura, que el delito investigado tiene detención preventiva, que existen medios cognoscitivos que permiten inferir que existió flagrancia, declarará que en el procedimiento no se afectaron derechos fundamentales<sup>40</sup>. Si alguno de los requisitos anteriores no se cumplió el juez declarará la ilegalidad del procedimiento y ordenará la libertad inmediata del indiciado o imputado.

- **Efectos de la decisión.** Declaración de ilegalidad o no de la captura.

<sup>40</sup> Ante una captura con orden del juez o en caso de flagrancia, el funcionario judicial (juez o fiscal) a cuyas órdenes se encuentre el capturado, tiene la obligación legal de formalizar su reclusión, para lo cual debe remitirlo inmediatamente a la autoridad del establecimiento de reclusión pertinente, para que se le mantenga privado de la libertad, mientras el juez de control de garantías decide si impone o no medida de aseguramiento de detención preventiva.

- **Formalidad de la Decisión.** Acta de la diligencia en la que se declara que el procedimiento estuvo ajustado a la Constitución y la ley, que se respetaron todos los derechos fundamentales y las garantías esenciales del capturado. Si se mantiene la reclusión, oficio suscrito por quien tenga a disposición al capturado, con destino al establecimiento carcelario para que se mantenga recluido. En el mismo deberá expresarse el motivo y la fecha de la captura.
- **Recursos.** No proceden recursos.

#### 4.5. De control de allanamientos

*(Art. 237 C.P.P.)*

- **Objeto de la audiencia.** Solicitar al juez el control de legalidad de la diligencia de allanamiento realizada por la policía judicial.
- **Iniciativa para su realización o requirente.** Fiscalía.
- **Fundamento jurídico para la orden de registro y allanamiento.** El fiscal deberá presentar al juez motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos que haya recaudado, de que la ocurrencia del delito tiene como posible autor o partícipe al propietario, tenedor o morador transitorio; que en el interior del bien se hallaban instrumentos de comisión del delito u objetos producto de él,<sup>41</sup> o que en su interior se encontraba la persona sobre la cual pesaba la orden de captura, caso en el cual deberá demostrar que se procedió por un delito

susceptible de medida de aseguramiento de detención preventiva<sup>42</sup>.

El juez deberá revisar que la orden de allanamiento expedida por el fiscal reunió los requisitos formales de precisión del lugar(es) a registrar y que aquel se llevó a cabo dentro de las horas permitidas, de 6:00 AM a 6:00 PM, y si se hizo después de que existió la justificación para ello.

- **Respaldo probatorio para los motivos fundados.** Los motivos fundados debe respaldarlos el fiscal con medios cognoscitivos que establezcan con verosimilitud la vinculación del bien objeto del allanamiento y registro con el delito investigado, tales como: informe de policía judicial, declaración de testigo o informante, elementos materiales (fotografías, videos, grabaciones, etc.)<sup>43</sup>. Si se basa en la declaración jurada de un informante, el fiscal deberá conocer su identificación y las razones que sustentan su confiabilidad. (La Corte Constitucional declaró, en la sentencia C-673 de 2005, exequible el artículo 221 del C.P.P. bajo el entendido que la reserva de los datos del informante no es oponible al juez de control de garantías). Si el juez lo requiere, el fiscal deberá interrogar en la audiencia al testigo para apreciar su credibilidad y si la defensa asiste, podrá contrainterrogarlo.
- **Participantes de la audiencia.** Obligatorio el Fiscal. Facultativos: la defensa y el imputado, si la diligencia se realizó después de la formulación de la imputación, si se hizo antes no podrán estar presentes<sup>44</sup>. El Ministerio Público podrá participar,

41 Código de Procedimiento Penal. Art. 220.

42 Código de Procedimiento Penal. Art. 219.

43 Código de Procedimiento Penal. Art. 221.

44 Código de Procedimiento Penal. Art. 237 Par.



así como también la policía judicial que realizó la diligencia y los testigos o peritos, por si el juez desea escucharlos.

- **Momento en que se debe solicitar.** Dentro de las 24 horas siguientes a la diligencia de allanamiento.
- **Desarrollo de la audiencia.** Instalada la audiencia en el día y hora, el juez verificará la presencia de las partes, el Ministerio Público y otros intervinientes facultativos, concederá la palabra a la Fiscalía para que entregue el fundamento de la orden que emitió y presente los elementos materiales probatorios, informes o declaraciones que permitan establecerlo. Si el juez lo ordena, se procederá al interrogatorio del investigador, perito o testigo ofrecido. El juez verificará la existencia de la orden y el cumplimiento de los requisitos formales de la misma, así como el acta de la diligencia de allanamiento. El juez concede la palabra a la defensa, si asiste, para que presente, si lo desea, fundamentos en contra de los presentados por la Fiscalía, que conduzcan a la nulidad o ilegalidad de la actuación. Si la defensa se abstiene de intervenir, podrá, en la audiencia preparatoria, hacer la solicitud de exclusión de las evidencias obtenidas en el allanamiento<sup>45</sup>.
- **Decisión.** Si el juez encuentra que la orden se ajustó a la Constitución y la ley; que existieron motivos fundados para restringir el derecho fundamental a la intimidad, respaldados por los medios de investigación pertinentes; y que la diligencia se realizó con respeto de los derechos fundamentales y garantías procesales y dentro de los plazos establecidos en el C.P.P., declarará la legalidad material y formal de la actuación.

Si con la orden o el procedimiento se violó un derecho fundamental, declarará la nulidad absoluta de la actuación, o la ilegalidad, si se incumplió un requisito formal<sup>46</sup>.

- **Efecto de la Decisión.** 1. Validez de la actuación o, 2. nulidad absoluta y por tanto se producirá la exclusión de la actuación procesal, o 3. corrección de los actos irregulares no sancionables con nulidad absoluta. Si se declara la invalidez de la actuación los elementos materiales probatorios o evidencia física no podrán ofrecerse como medio de prueba para practicarse en juicio, sólo podrá utilizarse para fines de impugnación\*. Si se declara la validez de la actuación, ello no significa necesariamente que los elementos materiales probatorios deban ser admitidos para ser practicados en juicio. Es un tema que se debatirá en la audiencia preparatoria.
- **Formalidades de la decisión.** Grabación y acta en donde se consigna la declaración del juez de garantías sobre la orden y el procedimiento.
- **Recursos.** No procede ningún recurso.

### Para otras actuaciones de la Fiscalía

Las siguientes actuaciones de la Fiscalía que tienen por objeto recoger elementos materiales de prueba o información, restringiendo el derecho fundamental a la intimidad de las personas, surten un trámite similar al descrito en el acápite anterior en donde se debe fundamentar los motivos de la Fiscalía para restringir el derecho fundamental a la intimidad:

<sup>45</sup> Código de Procedimiento Penal. Art. 238.

<sup>46</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-581/05.

\* Excepto cuando el fiscal pueda fundamentar ante el juez de la audiencia preparatoria algún evento de los señalados en el Art. 455 del C.P.P.

- Audiencia de control de garantías de una interceptación de comunicaciones. (Art. 235 C.P.P.).
- Audiencia de control de garantías de una recuperación de información dejada al utilizar medios tecnológicos – Internet - (Art. 236 C.P.P.).
- Audiencia de control de garantías de la realización de vigilancia de personas (Art. 239 C.P.P.).

#### 4.6 Vigilancia de cosas (Art. 240 C.P.P.)

Tienen un trámite similar al de las anteriores diligencias con la diferencia de que el medio que se utilice para la vigilancia no puede afectar la expectativa razonable de intimidad del indiciado, imputado o terceras personas.

El control de garantías se ejerce dentro de las 36 horas siguientes a la expedición de la orden, la que puede tener una duración de un año.

#### 4.7. Aplicación de medidas cautelares a bienes susceptibles de comiso, y suspensión del poder dispositivo de los bienes o solicitud para levantar la medida de suspensión del poder dispositivo

(Arts. 84 y 85 C.P.P.)

- **Objeto de la audiencia.** Solicitar al juez la revisión de las diligencias realizadas por la Fiscalía en las que se aplicaron medidas materiales de incautación y ocupación de bienes del indiciado o imputado, que supuestamente provienen o son producto directo o indirecto del delito que se le imputa, o que fueron utilizados en los delitos dolosos como medio o instrumento para la ejecución del mismo, y solicitar al juez que aplique la medida jurídica de suspensión del poder dispositivo sobre esos bienes.

Si esta medida ya fue decretada, cualquiera de las partes puede solicitar el levantamiento de la misma.

- **Iniciativa para su realización o requirente.** Fiscalía General para suspender el poder dispositivo y para levantarlo. La defensa o el Ministerio Público pueden pedir que se levante la medida.

- **Fundamento jurídico para su requerimiento.** Suspender el poder dispositivo de los bienes con el objeto de garantizar su posterior comiso a favor del Estado (Fiscalía General de la Nación).

Solicitar el levantamiento de la medida por cuanto se aplicó sobre bienes que no son del imputado, o se hizo en exceso, o no son productos del delito, etc.

- **Fundamento fáctico para su requerimiento.** Medios cognoscitivos que permitan razonablemente inferir que los bienes o recursos son producto directo o indirecto de un delito doloso y que su valor equivale a dicho producto (no se puede aplicar medidas en exceso), por tanto el fiscal debe cuantificar aunque sea provisionalmente el valor de este producto del delito. O medios cognoscitivos que permitan inferir que los bienes han sido utilizados o están destinados a ser utilizados como medio o instrumento del delito, o son el objeto material del mismo.

- **Participantes de la audiencia.** Obligatorio, el fiscal. Facultativo, el Ministerio Público. Si la audiencia es para solicitar el levantamiento de la medida es obligatorio el requirente (fiscal o defensor) y si lo solicita la defensa también tiene que ser citada la Fiscalía.



- **Momento en que se puede solicitar.** En la audiencia de formulación de la imputación o con posterioridad a ella. Dentro de las 36 horas después de la diligencia de ocupación o incautación.
- **Desarrollo de la audiencia.** Instalada la audiencia, el juez concederá la palabra al fiscal para que presente el fundamento de la solicitud y los medios cognoscitivos que la sustentan\*. Si está presente la defensa, podrá solicitar que no se atienda la petición si puede establecer que los bienes no son producto o estaban destinados a actividades ilícitas o que su monto excede el valor del producto del delito.

Si la solicitud es para que se levante la medida, el requirente deberá entregar el fundamento para ello, sea que el bien no es producto del delito o no fue utilizado para el mismo o que la suspensión del poder dispositivo se hizo en exceso o que los bienes no pertenecen al imputado. En este evento, la petición tiene que formularla quien tiene interés legítimo en la pretensión.

- **Decisión.** 1. Suspensión del poder dispositivo de los bienes incautados u ocupados o su negativa si la medida no es procedente. 2. Levantamiento de la medida de suspensión del poder dispositivo o negativa.
- **Efecto de la decisión.** Suspender el poder dispositivo de los bienes del imputado. Si la petición es para levantarla, la aceptación o no por parte del juez.
- **Formalidades de la decisión.** Oficio ordenando a la autoridad competente la suspensión del poder dispositivo de los bienes o, en el segundo evento, levantando la medida.
- **Recursos.** Apelación en efecto devolutivo.

#### 4.8. Actuaciones de agentes encubiertos en infiltración y penetración de organizaciones criminales y de entregas vigiladas (Art. 241, 242 y 243 C.P.P.)

- **Objeto de la audiencia.** Solicitar el control de garantías de la orden de la Fiscalía de penetrar o infiltrar una organización criminal a través de agentes encubiertos, sea de la policía judicial o particulares.
- **Iniciativa para su realización o requirente.** Fiscalía.
- **Fundamento jurídico para su requerimiento.** El indiciado o imputado está desarrollando una actividad criminal y es necesario para el éxito de la investigación la penetración o infiltración de la organización para obtener los medios de prueba o medios de conocimiento para su procesamiento.

Requiere la aprobación del Director Nacional o Seccional de Fiscalía con la descripción de las actividades extra penales que puede realizar el agente encubierto.

En el caso de la entrega vigilada, se requiere establecer que el indiciado o imputado está interviniendo en el transporte de armas, explosivos, municiones, moneda falsa, drogas ilegales o está llevando a cabo una actividad criminal continua.

- **Fundamento fáctico para su requerimiento.** Existencia de informe que contiene el análisis de la organización criminal y que determina la necesidad de la infiltración o penetración de la mis-

\* Si se está en la etapa del juzgamiento y la medida se hace necesaria, el Fiscal hará la solicitud al Juez de garantías, aportando los medios de prueba pertinentes para fundamentar su petición.

ma a través de agentes encubiertos para obtener los medios de prueba de las actividades realizadas por sus integrantes. Este informe debe estar respaldado por medios materiales, evidencia física, análisis de inteligencia o cualquier medio cognoscitivo que dé cuenta de la existencia de la organización, su estructura, agresividad de sus integrantes y puntos débiles.

Para la entrega vigilada, existencia del informe que da cuenta de la actividad del transporte, la vigilancia que se hizo y la entrega que se realizó.

- **Participantes de la audiencia.** Obligatorio, el fiscal. Facultativo, el Ministerio Público.
- **Momento en que se puede solicitar.** Según lo establece el C.P.P., dentro de las 36 horas siguientes a la terminación de la operación encubierta que puede durar máximo un año, prorrogable en forma justificada por otro año más. No obstante, existen calificadas opiniones en el sentido de que el control del juez de garantías en esta materia debe ser previo y no posterior ya que la actuación de la Fiscalía afectará derechos fundamentales y su realización sin autorización previa del juez no fue incluida en el Art. 250 de la Constitución Política, numerales 2 y 3. Así no se haya obtenido ningún resultado de la operación encubierta, se debe realizar la audiencia de control de garantías dentro de las 36 horas siguientes a la cancelación de la misma.
- **Desarrollo de la audiencia.** Instalada la audiencia el juez concederá la palabra a la Fiscalía para que presente el fundamento de la decisión y los medios cognoscitivos que respaldaron la necesidad de la misma para el éxito de la investigación.

- **Decisión.** Si el juez encuentra que existió motivo para permitir la operación de penetración o infiltración o la entrega vigilada y que en la misma el agente encubierto no sembró la idea de la comisión de la actividad delictiva, declarará la validez de la actuación. En caso contrario, si hubo violación de derechos fundamentales o garantías esenciales en la orden o en el desarrollo de la diligencia, declarará la nulidad de la actuación.
- **Efecto de la Decisión.** Validez de la operación y posibilidad de utilizar los elementos materiales y los medios de conocimiento en el juicio, si son admitidos en la audiencia preparatoria o declaratoria de invalidez de la actuación y nulidad de pleno derecho de los medios de prueba recaudados.
- **Formalidades de la decisión.** Acta de la audiencia que contiene la declaración del juez respecto del control de garantías de la orden y la actuación.
- **Recursos.** No procede recurso.

#### 4.9. Formulación de la imputación

*(Art. 286 C.P.P.)*

- **Objeto de la audiencia.** 1. Comunicar a la persona la calidad de imputado por existir elementos probatorios, evidencia física o información de la cual se puede inferir razonablemente que es autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga. 2. Dar a conocer al imputado los hechos sobre los cuales está siendo investigado. 3. Permitir a la defensa preparar de modo eficaz su actividad preprocesal y procesal, 4. Determinar el inicio del tiempo para que la Fiscalía realice un preacuerdo, formule acusación o preclusión. 5. Interrumpir la

prescripción de la acción penal. 6. Permitir al imputado que manifieste si acepta o se allana a la imputación a cambio de obtener rebajas automáticas de penas.

- **Iniciativa para su realización o requirente.** Fiscalía. Eventualmente esta diligencia podrá ser solicitada por la defensa si se tiene conocimiento de indagaciones en contra de una persona con afectación de derechos como el de intimidad, buen nombre, no estar sub-júdice un tiempo indefinido. Se podrá requerir que la Fiscalía se pronuncie sobre la afectación de estos derechos o sobre la formulación de la imputación.
- **Fundamento jurídico para su requerimiento.** La existencia de una conducta delictiva, la identificación o individualización del posible autor o partícipe o que la captura sea por orden judicial o en flagrancia del indiciado.
- **Fundamento fáctico para su requerimiento.** Existencia de medios cognoscitivos (elementos materiales, informes, entrevistas) que permiten inferir razonablemente que la persona es autor o partícipe de la conducta delictiva. En caso de la defensa, que la persona ha sido objeto de indagaciones por un tiempo indefinido y se haya visto afectado su derecho fundamental a no estar sub-júdice en forma indefinida. Pacto de San José.
- **Participantes de la audiencia.** Obligatorio, el fiscal y el defensor. Facultativo, el imputado y el Ministerio Público. El fiscal al requerir la audiencia debe suministrar al juez los datos para citación del imputado. Si habiendo sido debidamente citado no comparece, sin que exista justificación para ello, la audiencia se pue-

de llevar a cabo sólo con presencia de su abogado y si éste tampoco comparece se hará con un defensor público que se le designe en esta audiencia.

Si el fiscal no pudo ubicar a quien debe formularse la imputación, deberá previamente solicitar al juez que lo declare persona ausente. Para ello deberá fundamentar la medida adjuntando los elementos de conocimiento que demuestren que ha agotado mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes. Verificado esto por el juez, lo declarará persona ausente y le designará defensor público. A partir de esta declaración, se podrá formular imputación y con su defensor se llevarán a cabo todas las actuaciones en donde deba actuar obligatoriamente y se surtirán todas las comunicaciones y notificaciones al imputado. (Art.127. C.P.P.)

La Corte Constitucional en sentencia C-591/05, determinó que el juzgamiento en ausencia es excepcional, pues el imputado y acusado debe estar presente en todas las etapas del juicio. Así mismo, señaló que el Estado tiene la carga de localizar al imputado a fin de asegurar su presencia en el juicio y, en la circunstancia de que agotados todos los medios a su alcance ello no sea posible, puede adelantarse el proceso en su ausencia, sin que ello quiera decir que no se persista en esa búsqueda en todas las etapas procesales. Corresponde al juez efectuar en cada caso y etapa una ponderación de la suficiencia y razonabilidad de las diligencias adelantadas con tal fin.

- **Momento en que se puede solicitar.** Cuando la persona ha sido capturada o cuando se ha establecido la existencia de la conducta delictiva e identificado o por lo menos individualizado al presunto autor o partícipe de la misma.

- **Desarrollo de la audiencia.** Recibida la solicitud, el juez fijará en forma inmediata el día y hora para la realización de la audiencia y citará a las partes e intervinientes que deban concurrir. Llegado el día y hora fijado por el juez para la realización de la audiencia, instalada la misma y verificada la presencia de las partes (fiscal y defensor como mínimo). Si no hay defensor el juez procederá a designar uno de la lista que debe proporcionar el Sistema Nacional de Defensoría Pública. El juez concederá la palabra al requirente para que formule la imputación o haga la solicitud para que se proceda en tal sentido. Si el requirente es el fiscal, éste procederá a individualizar en forma concreta al imputado con su nombre, datos de identificación, domicilio en donde se llevarán a cabo las citaciones. En seguida el fiscal relacionará los hechos jurídicamente relevantes sobre los cuales se adelantará la investigación. Podrá el fiscal proponer al imputado que se allane a la imputación y así obtener rebaja de pena desde una tercera parte hasta la mitad de la que le sea imponible. El juez deberá verificar que el imputado entendió claramente los hechos que constituyen la imputación fáctica, para ello lo interrogará al respecto. Igualmente, concederá la palabra a la defensa para que pueda ejercer la controversia de la imputación, sin que ello signifique contradicción probatoria o exigencia de medios probatorios, evidencia física o información que posea la Fiscalía, sino argumentos en contra de la fundamentación de la Fiscalía, o que solicite precisión sobre los hechos penalmente relevantes que contiene la imputación (Ej. Se trata de un hecho querellable y ésta no se formuló o no se cumplió el requisito de procedibilidad que es la conciliación, no está debidamente individualizado el imputado, los hechos no constituyen una conducta delictiva). En

esta audiencia el imputado podrá aceptar la imputación, en cuyo caso el escrito de acusación y el acta de la audiencia en dónde se llevó a cabo la renuncia al juicio, enviadas al juez de conocimiento servirán de base para convocar a audiencia de individualización de la pena.

En la misma diligencia la Fiscalía podrá solicitar al juez la medida de aseguramiento que proceda para lo cual deberá entregar el fundamento jurídico y fáctico.

- **Decisión.** 1. Declaración de haberse formulado imputación. 2. Declaración de aceptación de la imputación (si se produjo). 3. Declaratoria de contumacia si habiendo sido citado no concurre el imputado y su abogado. 4. Designación de defensor público si no concurre el de confianza. 5. Prohibición de enajenar bienes sujetos a registro.
- **Efecto de la decisión.** Vinculación formal del imputado a la investigación e inicio de términos para formulación de acusación, preclusión o cualquier otra decisión conclusiva de la investigación como criterio de oportunidad.
- **Formalidades de la decisión.** Acta que consigna los datos de la persona contra la cual se formula imputación con indicación de la fecha en que se hizo y las demás manifestaciones o aceptaciones que se hayan hecho.
- **Recursos.** No procede recurso, salvo que en la misma se haya resuelto sobre medida de aseguramiento, evento en el cual procede el recurso de apelación respecto de ésta.

#### 4.10. Solicitud, modificación, revocatoria de medida de aseguramiento

(Art. 306 C.P.P.)

Aunque normalmente las solicitudes respecto de la libertad, se tramitarán en distintas audiencias porque la primera es presupuesto básico de las otras, por depender del mismo fundamento se incluyen en esta misma estructura.

- **Objeto de la audiencia.** Solicitar al juez que decrete medida de aseguramiento en contra del imputado. Si ya se ha producido esto, solicitar su revocatoria, modificación o sustitución.
- **Iniciativa para su realización o requirente.** Para la solicitud, el fiscal; para la sustitución o revocatoria, el defensor o el fiscal.
- **Fundamento jurídico para su requerimiento.** Razonabilidad de la inferencia sobre que el imputado es autor o partícipe de la conducta delictiva y que la medida es necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia, que constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima, o que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia. Si la medida de aseguramiento que se solicita es la detención preventiva, se debe adicionalmente demostrar que se trata de un delito de competencia de los jueces del circuito especializado o un delito investigable de oficio que tiene señalada como pena mínima más de cuatro años o, tiene relación con los derecho de autor.

Para solicitar la revocatoria, el fundamento es que ya no se hace necesaria la medida de aseguramiento por cuanto han variado las circunstancias que permitieron

inferir que el imputado iba a obstruir la acción de la justicia, que constituye un peligro para la sociedad o la víctima, que no comparecerá al proceso o, no cumplirá la sentencia. Otro fundamento es el cumplimiento de la pena, la preclusión de la investigación o la absolución, o que se haya aplicado un criterio de oportunidad, hayan transcurridos 30 días de la formulación de la imputación y no se haya formulado acusación o preclusión (salvo extensión), o hayan transcurrido 50 días desde la fecha en que la Fiscalía presentó la acusación y no se ha iniciado la audiencia de juzgamiento. Para solicitar la sustitución se debe demostrar la existencia de cualquiera de las causales establecidas en el C.P.P. para que proceda (Art. 314).

- **Fundamento fáctico para su requerimiento.** Medios cognoscitivos: elementos probatorios, evidencia física auténtica o información que permitan inferir razonablemente la autoría o participación del imputado en los hechos investigados y que la medida es necesaria de acuerdo con la causal invocada para solicitarla.

Si lo que se busca es la revocatoria de la medida, los medios cognoscitivos deben permitir inferir que el peligro de fuga y la obstaculización para la seguridad de la sociedad o de la víctima han desaparecido.

- **Participantes de la audiencia.** Obligatorio, el fiscal y el defensor. Facultativo, el Ministerio Público. Si el requirente de la revocatoria o sustitución es el defensor, su presencia es obligatoria para su sustentación.
- **Momento en que se puede solicitar.** A partir de la formulación de la imputación cuando se dé el presupuesto exigido en la ley.

- **Desarrollo de la audiencia.** El juez, una vez que ha verificado la presencia de las partes esenciales para su desarrollo, concederá la palabra al requirente para que fundamente la petición con la presentación de los medios cognoscitivos, los cuales deben ser sólo suficientes para establecer la razonabilidad y necesidad de la medida, y la inferencia de la causal que invoca. En esta audiencia se permitirá la controversia pertinente sobre los fundamentos fácticos y jurídicos y los medios cognoscitivos que los respaldan.

- **Decisión.** 1. Imposición inmediata de medida de aseguramiento indicando el nombre de la persona, el delito, y si es privativa de la libertad o no. En este último evento las condiciones que se imponen para su cumplimiento. 2. Revocatoria o sustitución de la medida, si esta fue la petición.

La decisión será negativa si el requirente no estableció el motivo fundado para aplicar la medida, la razonabilidad o necesidad de la misma.

- **Efecto de la Decisión.** Proferimiento inmediato de la orden e informe del juez a la Fiscalía General de la Nación y al DAS, dentro de los cinco días siguientes sobre el proferimiento. En el segundo evento, modificación, revocatoria o sustitución de la medida de aseguramiento.
- **Formalidades de la decisión.** Oficio proferiendo la medida.
- **Recursos.** De la negativa o decreto procede el recurso de apelación en efecto devolutivo. De la decisión de solicitud de revocatoria o sustitución no procede recurso alguno.

#### 4.11. Medidas cautelares reales.

*(Art. 92 C.P.P.)*

- **Objeto de la audiencia.** Solicitar al juez la imposición de medidas cautelares reales necesarias para garantizar la reparación integral.
- **Iniciativa para su realización o requirente.** Fiscalía General, víctima, Ministerio Público, cuando la víctima sea un menor de edad o un incapaz y no se actúe a través de su representante legal.
- **Fundamento jurídico para su requerimiento.** Necesidad de garantizar la reparación integral.
- **Fundamento fáctico para su requerimiento.** Medios cognoscitivos que permitan razonablemente inferir que el imputado está traspasando o tiene motivos para traspasar u ocultar sus bienes.
- **Participantes de la audiencia.** Obligatorio, el fiscal o la víctima si es la solicitante. Facultativo, el Ministerio Público, salvo que sea el requirente.
- **Momento en que se puede solicitar.** En la audiencia de formulación de la imputación o con posterioridad a ella.
- **Desarrollo de la audiencia.** Instalada la audiencia, el juez concederá la palabra al fiscal para que presente el fundamento de la solicitud y los medios de investigación o cognoscitivos que la sustentan\*. La víctima deberá acreditar sumariamente su condición de tal, la naturaleza del daño y la cuantía de su pretensión.

\* Si se está en la etapa de juzgamiento y la medida se hace necesaria, la solicitud se hará al juez de garantías, aportando los medios de prueba pertinentes para fundamentar la petición.



- **Decisión.** Embargo o secuestro de los bienes del imputado o acusado.
- **Efecto de la decisión.** Sacar del comercio los bienes del imputado o acusado. Suspender el poder dispositivo de los bienes.
- **Formalidades de la decisión.** Oficio ordenando a la autoridad competente el embargo o secuestro de los bienes. Prohibición de enajenar bienes sujetos a registro durante los seis meses siguientes a la formulación de la imputación.
- **Recursos.** Apelación en efecto devolutivo.

#### 4.12. Aplicación del criterio de oportunidad

*(Art. 327 C.P.P.)*

- **Objeto de la audiencia.** Solicitar al juez que revise la legalidad material y formal de la decisión de la Fiscalía de aplicar el criterio de oportunidad, cuando con ésta se extinga la acción penal (renuncia a la persecución penal).
  - **Iniciativa para su realización o requirente.** Fiscalía General.
  - **Fundamento jurídico para su requerimiento.** Existencia de una de las causales establecidas en el C.P.P.<sup>47</sup> y que su aplicación se hace con sujeción a la política criminal del Estado de acuerdo con el Plan de Política Criminal que debe desarrollarse en la reglamentación que expida el Fiscal General de la Nación.
  - **Fundamento fáctico para su requerimiento.** Me-
- **Participantes de la audiencia.** Obligatorio, el fiscal y el imputado o su defensor. Facultativo, el Ministerio Público.
  - **Momento en que se puede solicitar.** Después de la formulación de la imputación. Si se solicita y aplica la suspensión condicional del procedimiento durante la audiencia de formulación de la acusación, el juez de conocimiento deberá declararlo en esta audiencia ya que ello impide que pueda citar a la siguiente audiencia que es la preparatoria.
  - **Desarrollo de la audiencia.** Instalada la audiencia y verificada la presencia del fiscal y del imputado y/o su defensor, el juez concederá la palabra al fiscal para que fundamente la decisión de la Fiscalía de aplicar el principio de oportunidad. El fiscal deberá establecer cuál fue el caso o causal aplicada, su sujeción al reglamento de la Fiscalía y por qué corresponde con la política criminal del Estado. Igualmente, deberá establecer que para su aplicación se tuvieron en cuenta los intereses de la víctima y que ésta fue oída.
  - **Decisión.** Aprobación de la aplicación del principio de oportunidad o negativa, sólo si viola un derecho fundamental o una garantía esencial, no desarrolla la política criminal del Estado, o hubo en su aplicación fraude o colusión.
  - **Efecto de la Decisión.** Extinción de la acción penal.

dios cognoscitivos que sustenten la medida.

<sup>47</sup> La Corte Constitucional en sentencia C-673 de 2005 declaró inexecutable el numeral 16 del artículo 324 del C.P.P. por ser vago e indeterminado.

- **Formalidades de la decisión.** Resolución validando la aplicación del principio de oportunidad.
- **Recursos.** No procede recurso.

#### 4.13. Prueba anticipada *(Art. 284 C.P.P.)*

- **Objeto de la audiencia.** Durante la investigación solicitar al juez de garantías la práctica anticipada de una prueba que se piensa hacer valer en juicio por cuanto existen circunstancias que permiten razonablemente prever que ésta no podrá practicarse en juicio y así evitar la pérdida o alteración del medio de prueba. Si se solicita durante el juzgamiento, en la audiencia de formulación de acusación o preparatoria, será practicada por el juez de control de garantías, pero en este evento quien la solicita deberá informar al juez de conocimiento.
- **Iniciativa para su realización o requirente.** La Fiscalía, la defensa o el Ministerio Público, en este caso, sólo en los asuntos en que ejerce funciones de policía judicial.
- **Fundamento jurídico para su requerimiento.** Existen motivos fundados para creer que el declarante no podrá presentarse al juicio por estar gravemente enfermo, debe necesariamente ausentarse o cualquier otra circunstancia de similar entidad, existen motivos fundados para suponer la pérdida o alteración del medio de prueba. Adicionalmente debe establecerse que el medio de conocimiento es imprescindible para desarrollar la teoría del caso de la parte requirente y que es irreproducible o no podrá sustituirse por otro medio.
- **Fundamento fáctico para su requerimiento.** Elementos de prueba como: dictámenes médicos, informes, amenazas, etc. que permitan inferir razonablemente que el declarante no estará disponible al momento del juicio oral o que el medio de prueba puede ser alterado o puede desaparecer.
- **Participantes de la audiencia.** Obligatorio el fiscal, el acusado, el defensor y el declarante. Facultativo, el Ministerio Público (salvo que sea el requirente) y la víctima.
- **Momento en que se puede solicitar.** Durante la investigación a partir de la formulación de la imputación o durante la fase de juzgamiento, en la audiencia de formulación de la acusación o en la audiencia preparatoria.
- **Desarrollo de la audiencia.** El juez de garantías, instalará la audiencia, verificará la presencia de todas las partes, hará entrar el testigo de los hechos o acreditación, le tomará el juramento de ley y le concederá el turno al requirente de la prueba para que llame e interroge a su testigo. Terminado el interrogatorio concederá la palabra a la otra parte para que si lo desea formule el contrainterrogatorio. El juez preguntará al requirente si desea hacer un redirecto y posteriormente a la contraparte si desea hacer un re-contrainterrogatorio. Finalizado el interrogatorio y contrainterrogatorio el juez dará por terminada la audiencia preliminar de prueba anticipada. Si se trata de practicar prueba anticipada con varios testigos, el juez primero permitirá que la Fiscalía presente toda su prueba y posteriormente lo haga la defensa.



- **Decisión.** 1. Admisibilidad de la práctica de la prueba anticipada y práctica de la prueba anticipada con citación previa de todos los que deben intervenir. 2. Negativa por no existir los presuntos legales y poder practicarse la prueba en la audiencia del juicio oral.
- **Efecto de la decisión.** Si es positiva, la práctica de la prueba anticipada y su posterior ofrecimiento e introducción por la parte que la solicitó, ya sea mediante reproducción a través de un medio técnico o mediante lectura de la transcripción. Si es negativa, el declarante deberá presentarse en el juicio. A pesar de que la prueba no se practica durante el desarrollo del debate oral, no se considera como prueba de referencia. Si se niega, la parte solicitante puede acudir, por una sola vez, ante otro juez de control de garantías para que reconsidere la decisión.
- **Formalidades de la decisión.** Grabación de la audiencia de prueba anticipada y conservación de la misma con las medidas que disponga el juez.
- **Recursos.** Ordinarios contra la decisión de practicarla y reconsideración ante otro juez si es negativa la decisión.



# TERCERA UNIDAD

## RÉGIMEN PROBATORIO Y ROL DEL JUEZ



### SUMARIO

1. Objetivos.
2. Reglas de incorporación de la prueba.
3. Objeciones u oposiciones.
4. Situaciones especiales.



# 1. OBJETIVOS

## 1.1. Objetivo general

- Que el juez reconozca su rol constitucional de árbitro en el proceso de ofrecimiento, rechazo y admisibilidad de medios de prueba, identificando las normas que regulan dicho proceso y los problemas que se presentan frente a las pretensiones probatorias de las partes.

## 1.2. Objetivos específicos

- Que el juez reconozca su deber de decidir sobre la culpabilidad del acusado con base en material probatorio legal, pertinente, relevante, confiable y, en general, aquel que no perjudique su proceso de decisión justa y legal.
- Que el juez identifique las reglas que le posibilitan ejercer un debido control de la actividad probatoria en el juicio, a través de la resolución adecuada de las oposiciones planteadas por las partes.
- Que el juez conozca situaciones especiales que se presentan a la hora de la incorporación de la prueba en el juicio, e identifique las reglas a aplicar para su resolución.

## 2. REGLAS DE INCORPORACIÓN DE LA PRUEBA

### 2.1. Generalidades

En los sistemas procesales en donde predomina el juicio oral han ido creciendo, a los largo de los siglos, cuerpos de reglas que definen las condiciones para la incorporación de prueba al proceso. Se ha dicho que, en gran parte, estas reglas responden a la necesidad de proteger de material probatorio perjudicial o inconducente a los jurados legos<sup>48</sup>. En los sistemas donde no hay jurado, pero sí juicio oral, estas reglas no son tan rigurosas pero siempre existen. La exclusión de la prueba ilícita, impertinente, inconducente, repetitiva, de “oídas” y mucho más, se considera oportuna aun en un juicio sin jurados. En los sistemas donde el jurado popular es lo usual, en un reducido número de juicios en derecho (es decir, sin jurado popular), estas reglas tampoco se aplican con la misma rigurosidad. Es usual que el juez admita pruebas que hubiera rechazado si el juicio fuese ante jurado.

En Colombia, donde el juez está obligado a redactar una sentencia fundamentada, se ve muy fácilmente el peso que le debe adscribir a cada pieza probatoria.

En juicios sin jurado popular son frecuentes las siguientes reglas de prueba:

- Las que prohíben la violación de relaciones de confianza por el vínculo de consaguinidad entre cónyuges, o las que tienen que ver con el secreto profesional (privilegios).
- Las que tienen que ver con la conducencia y pertinencia de la prueba.

- Las que tienen que ver con la confiabilidad de la prueba, por ejemplo, la prohibición del testigo de “oídas”, indirecto o de referencia.
- Las que tienen que ver con la autenticidad del medio de prueba.
- Las que tienen que ver con el orden y control del juicio, las repetitivas, abundantes, superfluas, etc.
- Las que excluyen la prueba ilegal.

### 2.2. Prueba conducente y pertinente

El concepto básico que unifica a todo el desempeño probatorio es la conducencia de la prueba o su “relevancia”. La comprensión del término en su sentido jurídico es imprescindible para que la doctrina sea aplicada por el juez en juicio. Aunque nos es fácil pensar en la conducencia en términos sencillos -que debe conducir a comprobar algún hecho de relevancia<sup>49</sup>- su esencia goza de más sutileza, porque connota la relación probatoria entre la prueba y la propuesta fáctica a la cual se dirige. Este es, su *valor probatorio*. El concepto de conducencia no fue introducido como tal en el nuevo Código de Procedimiento Penal, sin embargo, el **artículo 376** de la misma obra, al establecer casos de excepción a la admisibilidad de la prueba pertinente, describió varias situaciones relacionadas con el *valor probatorio* del medio de prueba, cuando:

- Existe peligro de que cause grave perjuicio indebido.
- Hay probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o exhiba escaso valor probatorio.
- Que sea injustamente dilatorio del procedimiento.

La propuesta fáctica probada por el medio debe tener al-

<sup>48</sup> Thayer A Preliminary Treatise on Evidence, 1898, Citado en Lilly, An Introduction to the Law of Evidence, 2nd Ed, West Publishing 1978.

<sup>49</sup> Ver por ejemplo, el Auto de diciembre 2 de 1988. Mag. Ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas, Jurisprudencia y Doctrina Tomo XVIII, No 206, febrero de 1989, Ed, Legis, pag. 108

guna pertinencia jurídica, es decir, debe ser algo que esté vinculado con un elemento del tipo penal. Debe ser, en otras palabras, *pertinente*<sup>50</sup>.

Si logramos por ejemplo comprobar que María Vives estaba tomando Aguardiente Néctar el día del hurto del cual está acusada, hemos logrado demostrar que ella probablemente estaba, en alguna medida, bajo la influencia de alcohol cuando cometió el hecho. Pero esta condición, estar posiblemente embriagada, no es pertinente respecto al hurto y por tanto, aunque es prueba de un hecho, no es conducente y se debe eliminar del proceso. No es deseable que se incorpore, no sólo por su carácter inconducente formal, sino también porque no queremos elevar la posibilidad de que un juez que reprueba tal conducta pierda su imparcialidad y condene sin prueba directa suficiente. Esto sería lo perjudicial de la prueba mencionada.

La *pertinencia* del medio de prueba está normada suficientemente en el nuevo Código de Procedimiento Penal<sup>51</sup>, que ha descrito claramente cuatro formas *pertinentes* de probar los hechos o circunstancias relativas a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, a través de:

- Prueba directa;
- Prueba circunstancial, indiciaria o indirecta;
- Prueba que sirve para hacer más o menos probable uno de los hechos o circunstancias;
- Prueba que se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito.

Hay otra categoría de escenarios específicos que ameritan atención: las pruebas que tienen que ver con la conducta previa del acusado, su carácter, su reputación y

sus “hábitos”. Si, por ejemplo, la Fiscalía intenta probar que María Vives ha hurtado en distintas ocasiones en el pasado, por medio de la incorporación al juicio de testimonios de varias personas, ¿esto es relevante para probar que actuó de esta manera en este caso? Hay buenos argumentos que sustentan tal propuesta, ya que la prueba de estos hechos aparentemente tiende a inferir que podría haber cometido el hurto alegado por la Fiscalía. Sin embargo, el riesgo es que el juzgador puede dar un peso excesivo a estos “indicios” y condenar a la acusada por hechos anteriores o porque está convencido de que es una “mala persona”.

La excepción a la exclusión de este tipo de prueba sería cuando hay prueba que vincula al presente delito con un curso habitual o rutinario de conducta. Tomando como ejemplo nuestro caso, María Vives, si el fiscal intenta introducir una prueba de que María había hurtado en diversas ocasiones a pacientes semiconscientes, ¿sería esto admisible? Probablemente, porque ya no estamos hablando en términos generales de que es una “mala persona”, sino que existen indicios de un plan o curso de conducta rutinaria de comisión repetida del mismo delito utilizando los mismos métodos. Además, tal prueba puede servir para hacer *más probable* que María Vives cometió el hurto bajo esas circunstancias.

¿El acusado tiene derecho a ofrecer pruebas positivas de su buen carácter? Generalmente sí, si se dirige a un elemento jurídico. En el caso de María Vives, su probidad, por ejemplo. Pero lo hará a riesgo de exponerse al contra interrogatorio del fiscal, donde incidentes específicos serán investigados y revelados.

De todas maneras a este tipo de prueba, que es indicia-

50 Ignacio Jesús García Valencia, Las Pruebas en el Proceso Penal, pag. 88 y 91, Tercera Edición Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez, Medellín, 2002. Revela la diferencia, un poco artificial, entre conducencia y pertinencia.

51 Código de Procedimiento Penal. Art. 375.

ria, debería generalmente de adscribirse poco peso, ya que las pruebas directas son las convincentes.

¿Puede el acusado presentar indicios del carácter de la víctima? Si es pertinente, es decir, si tiende a hacer más probable un hecho que guarda relación con la acusación<sup>52</sup>. Por ejemplo, si María Vives intenta introducir prueba de que la víctima de su supuesto hurto robó los elementos que ella a su vez está acusada de robar, aunque es conducente a probar que la víctima es también ladrón, no es pertinente a la acusación de Vives, ya que es ella y no su víctima quien es acusada de hurto (a no ser que se presente para establecer motivos de José Felino para mentir). En cambio, si ofrece prueba de que Clarita Estrella es rencorosa y que ha proferido acusaciones falsas en contra de otras personas<sup>53</sup> (combinado con prueba de expresiones de rencor o desacuerdos contra María), se puede admitir.

### 2.3. Opiniones, conjeturas y especulaciones

El norte de la actividad probatoria es la incorporación de la mejor prueba posible, la que acredita los hechos, es creíble y de fuentes idóneas. El rol de las partes es acopiar y presentar esta prueba y el rol del juez es valorarla y decidir qué versión va a aceptar, la del fiscal o la del defensor. Es precisamente por esto que no se debe interesar mucho en las meras opiniones, conjeturas o especulaciones de los testigos.

El juzgador muchas veces debe resolver con base en la prueba indiciaria, en vez de la directa. Esto por las conclusiones que él puede sacar, infiriendo la existencia de un hecho, de la prueba de otro hecho relacionado pero

no directo. El hecho de que la responsabilidad del juzgador sea realizar este proceso analítico con base en la totalidad de la prueba, es por lo que no es conveniente ni oportuno que los testigos rindan opiniones o saquen inferencias; esta es tarea exclusiva del juzgador. El papel del testigo es revelar los hechos acerca de los cuales él tiene conocimiento directo. El juez o el jurado hacen lo demás<sup>54</sup>.

Esto está muy bien como propuesta teórica, pero en la práctica surgen las dudas. Por ejemplo, si es de interés el estado emocional o mental del acusado, ¿es admisible que el testigo declare que notó que estaba enojado? ¿O que un chofer se “veía fatigado o borracho” inmediatamente antes de un choque fatal? Asumiendo que el testigo estaba en una situación en donde razonablemente podía haber notado estas reacciones, la respuesta es sí, sujeto al contrainterrogatorio. En términos generales, si el testigo forma su impresión oportunamente después de percibir el evento y si la opinión está racionalmente basada en sus percepciones y le ayuda a entender su testimonio o un hecho controvertido, se puede admitir.

De acuerdo a tal concepto, el que presentó al testigo está en la obligación de asentar estos presupuestos antes de la incorporación de la opinión. Si no se sientan los presupuestos de la opinión, ésta no será admisible, no tendrá ningún valor probatorio y estará ya en el marco de la mera especulación, lo cual no es conducente y puede ser perjudicial.

Hay otro tipo de “opinión” que generalmente es admitida: la del perito, de la cual se hablará más adelante.

52 Código de Procedimiento Penal. Art. 375.

53 Código de Procedimiento Penal. Art. 403-5.

54 Lilley, Op. Cit. Pag. 105



Técnicamente, los ingredientes de un interrogatorio para establecer los presupuestos que permitirían que un testigo no experto pueda rendir una opinión son:

- Que el testigo estaba en una posición desde la cual podía observar los hechos relevantes.
- Que el testigo sí observó los hechos.
- Que el testigo pudo observar o asimilar suficientemente como para poder formular una opinión.
- El testigo declara en forma de opinión acerca de lo observado o asimilado.

Por ejemplo, en el caso Vives, el testigo Clarita Estrella, ¿puede formular una opinión acerca de la actitud de la acusada cuando sale del portón de la sala de urgencias con los efectos de la víctima en brazos? Probablemente, si el fundamento está debidamente establecido:

**Fiscal:** ¿Dónde estaba usted a las 11:00 de la noche del 20 de julio del 2002?

**Testigo:** Estuve en el parqueadero del Hospital, cerca de la puerta de entrada de la Sala de Urgencias.

**Fiscal:** ¿Hacia dónde miraba?

**Testigo:** Hacia la puerta de entrada.

**Fiscal:** ¿Qué hacía?

**Testigo:** Estaba saliendo de mi turno.

**Fiscal:** ¿A qué distancia estaba de la puerta?

**Testigo:** Como a 20 metros.

**Fiscal:** ¿Cómo estaban las condiciones de luz a esa hora?

**Testigo:** Pues eran lo suficiente buenas como para ver con claridad las personas saliendo por la puerta.

**Fiscal:** ¿Hasta sus caras?

**Testigo:** Más o menos, pero sus cuerpos y acciones se podían ver.

**Fiscal:** ¿Vio salir a algún conocido?

**Testigo:** Sí, a María Vives.

**Fiscal:** ¿Qué estaba haciendo ella cuando usted la vio?

**Testigo:** Pues estaba como agachada y portaba un portapapeles y otro objeto. Miró de lado a lado.

**Fiscal:** Con base en lo observado por usted ¿cómo caracteriza su actitud?

**Testigo:** Como furtiva o clandestina.

Las opiniones que así se pueden incorporar incluyen, entre otras, velocidad, actitud, estado de ánimo, dimensiones aproximadas, etc. Claro está que el juzgador tiene que sopesar todas las circunstancias acerca del fundamento u oportunidad de observación, para decidir qué valor asignar a una opinión así rendida.

## 2.4. Capacidad de testigos

Acerca de los testigos hay innumerables circunstancias (en adición a las protecciones mencionadas en otra sección, brindadas al secreto profesional y a los grados de consanguinidad y/o afinidad civil) bajo las cuales el juez no debe permitir que declaren<sup>55</sup>. Ocurren cuando el testigo carece de la capacidad de percibir, recordar o describir los hechos o cuando se puede considerar que carece de la capacidad de comprender la obligación de declarar de forma verídica. Estas situaciones generalmente tienen que ver con la extrema juventud del testigo o su estado mental, especialmente cuando sufre de una enfermedad mental. El nuevo Código de Procedimiento Penal no trae norma expresa sobre estos dos aspectos relacionados con la capacidad de los testigos para declarar en el proceso penal. Sin embargo, el numeral 2° del artículo 403, se refiere al primero de ellos, admitiendo la posibilidad de impugnar la credibilidad del testigo cuando éste no tiene capacidad para percibir, recordar o comunicar cualquier asunto sobre la declaración.

El testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir (Art. 402 C.P.P.).

## 2.5. Prueba de referencia

La prueba de referencia es uno de los conceptos más difíciles bajo el nuevo Código de Procedimiento Penal, pero su comprensión es fundamental para el buen manejo de un juicio oral. Para entender la ley en cuanto a la prueba de referencia, hay que entender la política detrás de su exclusión.

Uno de los conceptos fundamentales del nuevo sistema es que si alguien quiere decir algo relacionado con los hechos materia del debate, debe estar en el juicio contando al juzgador de viva voz su dicho. De esta forma se cumple con dos propósitos claves del sistema acusatorio: que el juez tenga oportunidad de evaluar en persona su dicho para determinar qué tan creíble es, y que la parte contra la cual se ofrece el testimonio tenga la oportunidad de contrainterrogar al testigo, demostrando posiblemente que sus aseveraciones no son confiables, que está mintiendo o está equivocado.

Pero, ¿qué pasa si las aseveraciones de un testigo se ofrecen de forma diferente al testimonio en vivo del mismo testigo? Por ejemplo, en el caso de María Vives, supongamos que viene el investigador Malaespina para testificar, y dice que Clarita Estrella le dijo que vio a María Vives cometer el delito. Aquí hay un problema especial, porque aunque la defensa puede contrainterrogar al investigador Malaespina (tratando de exponer falta de confiabilidad en cuanto al hecho supuesto de que la señorita Estrella le dijo que vio a la acusada cometer el delito), la defensa no tendrá oportunidad de contrainterrogar a Clarita Estrella. En este caso no se cumple con estos dos propósitos claves ya mencionados: el juez no tendrá oportunidad de valorar en persona el testimonio de Clarita Estrella para determinar que tan creíble es, su nivel de certeza, sinceridad, tranquilidad, etc.; no tendrá oportunidad tampoco de observar qué tan firme es su versión del acontecimiento, frente a las preguntas de las partes; y la defensa no tendrá oportunidad de contrainterrogar a Clarita Estrella para demostrar posiblemente que sus aseveraciones no son confiables, que está mintiendo o está equivocada. Puede que Clarita Estrella sea

<sup>55</sup> En un sentido más amplio, a todo testigo se le pone a prueba sobre su conocimiento personal de los hechos.

casi ciega, o que le haya guardado rencor a María Vives desde hace mucho, o que sólo observara durante medio segundo a gran distancia, etc. Estas cosas serían de alto interés para el juez, pero si no viene Clarita Estrella a testificar, ¿cómo sabrá de ellas el juez?

El juez siempre debe estar atento a las siguientes situaciones. Primero: que un testigo empiece a decir cosas tales como: “ella me dijo que...”, “el doctor me contó que...”, “el agente me suspiró que...”, “mi mamá me escribió que...”, ya que lo que están por decir puede contener aseveraciones y no hay manera de evaluar ni contrainterrogar a los declarantes ausentes. Segundo: cuando un documento se ofrece e introduce como prueba a través de un testigo, que puede ser quien elaboró el documento, el juez debe analizar muy bien las pretensiones u oposiciones de las partes en cuanto a que el documento puede contener aseveraciones de personas a las cuales no es posible contrainterrogar puede suceder también que la parte que introduce el documento no interroga al testigo sobre otras aseveraciones consignadas en él, impidiendo a la parte contra la cual se ofrece la prueba, contrainterrogar sobre esos puntos. Una grabación puede ofrecerse o incorporarse como prueba e igualmente puede contener aseveraciones que no hay manera de evaluar, ni se puede contrainterrogar a una grabación.

El concepto más preciso de lo que es *prueba de referencia*, está dado por tres elementos de su definición:

- Una aseveración,
- hecha fuera del contexto del juicio,
- para demostrar la verdad de dicha aseveración.

Tomaremos los elementos de prueba de referencia, punto por punto:

#### Una aseveración

Si partimos de que el juez debe preocuparse porque no entren mentiras o errores a través de declaraciones no sujetas a evaluación en vivo ni a contrainterrogatorio, sólo puede ser prueba de referencia una declaración que es *aseveración*. Aseveraciones son afirmaciones asertivas relacionadas con los hechos del debate, por ejemplo: “el semáforo estaba en verde”, “él es buena persona”, “la vi allí”, “lo maté”, “se llama María”, “ella viajará a Cali”. No son aseveraciones expresiones como “vete”, “hola”, “¿por qué?”, “envíe esto al laboratorio”, “manos arriba”.

#### Hecha fuera del contexto del juicio

Es admisible, desde luego, que un testigo haga una aseveración en juicio, con base en lo que él mismo conoce. Lo que no se permite es que el mismo testigo repita aseveraciones hechas anteriormente fuera del debate, bien sea las de otra persona, o las de él mismo. En cuanto a aseveraciones de otra persona, la razón es obvia: no queremos que entre al juicio una aseveración de una tercera persona, si no vendrá a testificar en vivo y exponerse a la evaluación del juez y al contrainterrogatorio. Y en cuanto a aseveraciones hechas anteriormente por el mismo testigo, aplica una lógica parecida. No nos interesa que la Clarita Estrella testifique en juicio que hace seis meses ella dijo que hace un año había visto a María Vives en el parqueadero. Lo único que nos interesa es que ella testifique acerca de lo que conoce (que hace un año, observó a María Vives en el parqueadero), no lo que ha dicho anteriormente al respecto.

### Para demostrar la verdad de dicha aseveración.

Como ya se ha dicho, nos preocupamos de que entren mentiras o errores no sujetos a evaluación en vivo del juez, y no sujetos al contrainterrogatorio. Por lo tanto, sólo puede ser prueba de referencia una declaración que es aseveración. ¿Qué pasa, entonces, si una aseveración se repite en juicio, pero no para decir que la aseveración es cierta, sino para otro fin? No será entonces prueba de referencia. La razón es que si la aseveración en cuestión realmente no se ofrece para afirmar o negar algo, la credibilidad del declarante no está en juego, y por lo tanto, no tiene que testificar y exponerse a la evaluación de credibilidad y al contrainterrogatorio.

Esto se ve más claro en casos de impugnación con declaraciones anteriores<sup>56</sup>. Volviendo al ejemplo referencial, supongamos que viene el investigador Malaespina para testificar y dice que Clarita Estrella dijo que vio a María Vives cometer el delito. Si la Fiscalía tratara de ofrecer esto para demostrar la verdad de la aseveración, o sea, para demostrar que María Vives cometió el delito, no se podría admitir. Pero cambiando los hechos, supongamos que Clarita Estrella testifica en su interrogatorio –asombrando a la Fiscalía– que no vio a María Vives en el parqueadero. Ahora la Fiscalía sí puede llamar a testificar a Malaespina para que refiera que Clarita Estrella le dijo que vio a María Vives en el parqueadero. Esto porque ya no se está ofreciendo la aseveración de Clarita Estrella para demostrar la verdad de la misma aseveración (que vio a María Vives en el parqueadero), sino por otra razón: para demostrar que ella anteriormente dijo otra cosa, y que por lo tanto su testimonio de que no había visto a María en el interrogatorio no es confiable.

Esta prohibición de prueba de referencia aplica para el contexto testimonial (en donde un testigo repite una aseveración de otra persona), el contexto documental (en donde un documento ofrece una aseveración), y el contexto mixto (en donde un testimonio repite una aseveración en un documento, o viceversa).

Pueden haber múltiples *niveles* de aseveraciones. Sólo si cada *nivel* es admisible, se puede admitir el medio de prueba. Por ejemplo, si Clarita Estrella declarara que “cinco segundos antes de su muerte, Felino me dijo que María le había confesado haber cometido el hurto”. Aquí hay tres *niveles* de aseveraciones: el de Clarita Estrella (“Felino me dijo que...”); el de Felino (“María me confesó...”); y el de María Vives (“yo cometí el hurto”).

La primera aseveración, de Clarita Estrella, acerca de lo que supuestamente le contó Felino, no es problemática, porque el testigo está presente. La segunda constituye prueba de referencia, ya que se trae al juicio para probar la veracidad de la afirmación “María me confesó” y no hay oportunidad de valoración directa del juez ni de contrainterrogatorio de la otra parte afectada. Sin embargo, en virtud de lo dispuesto en el literal d) del artículo 438 del C.P.P., podría ser admitida tal declaración que contiene una aseveración, ya que la persona que la profirió ha fallecido. La tercera aseveración se trata de una declaración denominada *contra intereses* emitida por la acusada fuera del juicio, por tanto se trata de prueba de referencia inadmisibles, así la acusada se encuentre presente en el juicio, decida rendir testimonio sobre la aseveración y pueda ser contrainterrogada por la Fiscalía. No existe en el C.P.P. excepción alguna que permita que las *declaraciones contra intereses* puedan ser admitidas.

<sup>56</sup> Código de Procedimiento Penal. Art. 440.

Malaespina testifica por ejemplo: “Cuando traté de hablar con María Vives, me dijo que la dejara en paz”. No es prueba de referencia, porque lo que dice María no es aseveración, no es cuestión de mentira o error.

Clarita Estrella testifica: “Vi una nota que escribió el doctor Puentes, diciendo que María se había portado de manera rara ese día”. Sí es prueba de referencia, porque es aseveración (que María se había portado de manera rara ese día), hecha fuera del tribunal (en el hospital, supuestamente por el Dr. Puentes), y se está ofreciendo para la verdad de la misma aseveración (o sea, para demostrar que María se había portado de manera rara ese día).

El fiscal propone para admisión una grabación del celador, en donde dice que observó a María en el parqueadero. Sí es prueba de referencia, porque es aseveración (que él vio a María en el parqueadero), hecha fuera del tribunal (en la entrevista con la Fiscalía y la defensa), y se está ofreciendo para la verdad de la misma aseveración (o sea, para demostrar que María estuvo en el parqueadero).

A Clarita Estrella, después de testificar que ella estaba a sólo dos metros de María en el parqueadero, la defensa le pregunta si antes había dicho en su entrevista que estaba a diez metros. No es prueba de referencia, porque no se está ofreciendo para la verdad de la misma (que ella estaba a diez metros de la persona en el parqueadero), sino para demostrar que ella antes había dicho otra cosa y por lo tanto no es creíble.

Testifica el administrador del hospital que unos días después del hurto, se encontró con María, y ella le dijo “lo siento mucho”. Sí es prueba de referencia, porque es aseveración (que María lamenta algo), hecha fuera del

tribunal (donde se encontró el administrador con ella), y se está ofreciendo para la verdad de la misma aseveración (o sea, para demostrar que María lamenta algo).

El artículo 438 del C.P.P. acepta las siguientes excepciones a la regla de exclusión de la prueba de referencia:

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

Como podemos ver, el tema de testimonio de oídas o prueba de referencia es complejo. En el juicio le incumbe al juez controlar su admisión de acuerdo con las reglas de excepción y oportunidad de contradicción. El proceso adversarial de presentación de las dos verdades de las partes requiere que el juzgador tenga todos los elementos posibles para poder valorar las pruebas adecuadamente en un marco completo de justicia.

## **2.6. La prueba pericial**

Las mismas reglas que se aplican en general al testimonio de oídas se aplican también a la prueba pericial, en el sentido de que el dictamen o informe escrito no será incorporado en el juicio sin el testimonio del perito, quien tiene que comparecer y someterse al interrogatorio y contrainterrogatorio. El informe, sin la presencia del autor, es testimonio de oídas.

En el nuevo sistema penal colombiano desaparece el

dictamen pericial como tal. Los informes de los peritos se tienen que descubrir, a la otra parte por lo menos cinco días antes de la audiencia del juicio oral. Se requiere el informe solamente para que las partes conozcan las bases de las opiniones vertidas por el perito, informe que no será incorporado en juicio como prueba, si no comparece el perito a declarar (Art. 415 C.P.P.).

“Decretar” el peritaje ya no es función jurisdiccional, sino simplemente un aspecto más de la investigación de las partes, quienes ordenan los peritajes, salvo que el juez nombre un perito para determinar la admisibilidad de algún medio de prueba. La parte que lo propone debe establecer las calificaciones y el juez admitir o no su informe en la audiencia preparatoria<sup>57</sup>. Admitirlo no quiere decir que es prueba. Esto no puede suceder hasta tanto el perito comparezca en juicio, no simplemente a ratificarlo, sino para someterse al interrogatorio y al contrainterrogatorio.

El juez valora la idoneidad del perito, en primer lugar, cuando examina su informe a la altura de la audiencia preparatoria, con base en los certificados que tienen que acompañar al mismo informe. ¿El informe está avalando al perito? No, porque se requiere que la parte proponente lo examine en el juicio sobre sus antecedentes (calificaciones), dejándole al juez una segunda oportunidad para el rechazo de la prueba. Una interpretación alterna de esta previsión es que ya el presupuesto de idoneidad está resuelto por vía de las certificaciones entregadas en la audiencia preparatoria y este requisito (u oportunidad) es simplemente para asegurar que el juez tenga el más completo panorama posible bajo el cual pueda valorar la prueba.

Una vez admitido el informe, sujeto siempre a la comparecencia del testigo en el juicio, la prueba está efectivamente en camino a la incorporación (lo único que puede frustrar este escenario es la no comparecencia).

De todas maneras, sea en la audiencia preparatoria o en el juicio oral, el juez tiene la responsabilidad de avalar la idoneidad del perito para efectos de admisión de la prueba. Si no se convence al juez acerca de la idoneidad por los medios contemplados y en las etapas especificadas, no se admite la prueba. Si se logra, de todas maneras el juez siempre tiene la responsabilidad adicional de valorar el peso de la prueba tomando en cuenta, entre otros factores, la idoneidad del perito.

Técnicamente se establece la idoneidad del perito con las siguientes medidas<sup>58</sup>:

- El perito posee títulos legalmente reconocidos en su campo (médicos, ingenieros, abogados, contadores públicos, agrimensores, etc.).
- El perito posee reconocido entendimiento en la respectiva ciencia, técnica o arte, aunque no tenga título. Factores a considerar son los siguientes:
  - \* Tiene formación profesional especializada en su campo (balísticos, grafólogos).
  - \* Está certificado por algún organismo oficial o profesional en su campo.
  - \* Ha ejercido como tal durante un tiempo considerable.
  - \* Ha sido docente en su campo.
  - \* Ha publicado artículos, textos o tratados en su campo.
  - \* Es integrante de asociaciones profesionales que

57 Código de Procedimiento Penal. Art. 413.

58 Código de Procedimiento Penal. Arts. 408 y 417.



tienen que ver con su campo.

- \* Ha declarado en otros juicios y ha sido reconocido como perito para tales efectos.

Para aumentar la credibilidad del perito, una técnica sugerida a los litigantes es incluir en los certificados e interrogatorios todo lo que indica idoneidad y excelencia profesional. El juez dentro de sus facultades puede controlar esto, sobre todo cuando siente que es superfluo o excesivo, o sea, cuando ya está convencido de la idoneidad y no requiere más.

### **2.6.1. Interrogatorio del perito**

Un aspecto importante de la prueba pericial, muchas veces ignorado en los regímenes procesales latinoamericanos, es que el dictamen del perito es, en todo caso, una opinión de una persona con conocimientos especializados que le permiten rendirlo. Por tanto, es sujeto a valoración con base en análisis crítico (sana crítica), al cual se debe someter cualquier prueba. El hecho de que el testigo pericial está revestido de criterios científicos, muchas veces impresionantes, le da un impacto sumamente fuerte y hasta abrumador a su testimonio, lo cual puede conducir a su peligrosa aceptación absoluta, pues los peritos y su ciencia son falibles y sujetos a la alteración. La ciencia forense no es exacta y las pruebas periciales están sujetas a muchos presupuestos que pueden afectar su validez y confiabilidad.

El juzgador se enfrenta al dilema de a qué testimonio debe darle credibilidad y qué inferencias debe sacar del medio de prueba. Esto puede ser especialmente difícil cuando se trata de la prueba pericial, en muchos casos porque tiene que saber cuáles son los hechos presumi-

dos sobre los que el perito hace sus conclusiones y cuáles conclusiones o inferencias del perito se deberían aceptar como válidas.

Hay dos aspectos importantes sobre los que el Código de Procedimiento Penal en su artículo 417 ordena debe ser interrogado el perito:

#### *La base fáctica para la opinión de perito*

El interrogatorio del proponente del peritaje, sea fiscal o defensor, tiene que establecer los hechos presumidos sobre los cuales están basadas las conclusiones del perito. Por ejemplo, en el caso de Pastrana, el perito ha concluido que la víctima fue muerta por un tiro que no fue a quemarropa, porque no observó tatuaje de pólvora alrededor de la herida. Mas sin embargo, si resulta que examinó el cadáver desvestido y no examinó la ropa que llevaba puesta a la hora de la muerte, su inferencia o conclusión puede ser equivocada, ya que la presencia de pólvora en la ropa podría llevarle a otra conclusión, la que corroboraría la versión del único testigo del hecho.

La “regla” aquí es que el interrogador debe asentar las bases para la conclusión del perito, no solamente para que tenga credibilidad técnica, sino para que el juez tenga el juego completo de información necesaria para evitar sacar una inferencia errónea y como consecuencia equivocarse al resolver el caso.

#### *La base técnica de la opinión del perito*

Para el mayor entendimiento del juez, es siempre indicado que el perito le explique las técnicas y ciencias utilizadas. Si ninguna de las partes indaga satisfactoriamente acerca de estos factores y hay duda, vacío o confusión, el juez debe interrogar:

## 2.6.2. Contrainterrogatorio del perito

Aquí se aplican algunas reglas especiales dirigidas a que el contrainterrogatorio sea efectivo, como medida de sacar a la luz posibles defectos o errores en las conclusiones del perito. Como bien se entiende en Colombia, la finalidad del contrainterrogatorio del perito es refutar, en todo o en parte, lo que ha informado (Art. 418 C.P.P.). Por tanto es conveniente que el juez permita la utilización de una amplia gama de preguntas y técnicas. Algunas de estas son:

- Preguntas dirigidas a la base fáctica sobre la cual la conclusión está basada, en caso de no haberse hecho a satisfacción del juez.
- Plasmar variantes hipotéticas a la base fáctica que posiblemente cambiarían la opinión o conclusión del perito (por ejemplo, “asumiendo que hubiera examinado la camisa que vestía el occiso y encontrado residuos de pólvora, tendría que cambiar su conclusión, ¿no es cierto?”)<sup>59</sup>.
- El perito está sujeto a las mismas pruebas de credibilidad que otros testigos. Demostrar prejuicio puede ser un factor importante. Este es el caso del perito que está recibiendo honorarios substanciales para su testimonio o el que trabaja a diario con el fiscal del caso y tiene amistad con éste. De igual manera, si hay otros casos en donde el perito haya mentido o se haya equivocado, esto puede ser factor en la valoración de su testimonio.
- La utilización de tratados científicos que contradicen al testigo o demuestran que no aplicó bien la técnica científica, son útiles para revelar trabajo flojo y negligente.

- Demostrarle al juez que la prueba ofrecida no es aceptable científicamente. Esto se hace en el contrainterrogatorio enseñando al perito artículos, tratados y críticas de la prueba, preguntándole acerca de los mismos o bien llamando a otro a declarar acerca de dichos factores posteriormente.

## El alcance de la prueba pericial

Siendo tan impactante y convincente la prueba pericial como hemos anotado arriba, es normal que se prohíba que se refiera directamente a la finalidad de la controversia, es decir, que opine directamente de la imputabilidad del acusado, si tuvo o no el requisito del dolo que es elemento de algunos delitos<sup>60</sup>.

El artículo 421 del C.P.P. prohíbe este tipo de opinión, proscribiendo que el perito declare acerca de la imputabilidad o inimputabilidad.

## 2.7. Incorporación de pruebas físicas

### 2.7.1. Aspectos generales

Las evidencias tangibles o físicas deben proveer al juez el conocimiento o comprensión que no tenía antes de recibirlas y examinarlas. En otras palabras, deben ayudarle a resolver alguna controversia dentro del proceso. Deben ser conducentes y pertinentes.

Hay dos tipos de prueba física: la material y la demostrativa. Ejemplos de la primera serían los objetos físicos en sí, relacionados directamente con los hechos, por ejemplo la pistola del caso Pastrana, o los efectos su-

<sup>59</sup> En este caso no es especulación o conjetura. El perito, por su pericia especial puede y debe sacar inferencias que otros testigos no pueden hacer. Se puede decir que el perito siempre puede “opinar”.

<sup>60</sup> Eje. Regla Federal de Evidencia USA 704(b), Art. 421 C.P.P. colombiano).



puestamente hurtados en el caso Vives. Ejemplos de la segunda categoría serían los croquis, mapas, diagramas, fotografías y representaciones gráficas.

En la primera categoría, el que solicita su incorporación debe demostrar su pertinencia y autenticidad. Los elementos 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 (Art. 277 C.P.P.). Como presupuesto o fundamento para su incorporación, también hay que demostrar su pertinencia pero, además, hay que demostrar su autenticidad. Si es un objeto único que el testigo puede reconocer por alguna característica especial, por ejemplo una pieza de joyería hecha a mano con señas únicas, a lo mejor no hay problema, pero si es algo común que comparte las mismas características de miles de otros, digamos un machete o un bulto de marihuana, hay que demostrar su origen y su procedencia por medio de la cadena de custodia.

En la segunda categoría se debe demostrar, por medio de uno o más testigos, que la evidencia física tiene algún propósito en el proceso, que ayuda a resolver o explicar la prueba y que es una adecuada representación de lo que se pretende mostrar, por ejemplo, pedir que un testigo haga un diagrama de la escena representando con marcas la posición de personas u objetos, le puede ayudar al juez a entender mejor su testimonio<sup>61</sup>.

### **2.7.2. Cadena de custodia**

El problema con las pruebas físicas que son conducentes por su relación directa con algún hecho pertinente, es que cuando carecen de características que los hacen

inconfundibles al testigo, no podemos estar seguros que es el mismo objeto, o que no haya sido alterado a tal grado que ya no es el mismo. En sendas situaciones la prueba no es pertinente y por tanto el juez está obligado a rechazarla. El problema se resuelve para el juez por medio del establecimiento de la cadena de custodia. Ésta, en juicio, se demuestra mediante la declaración de cada custodio del elemento a partir de su decomiso o registro. Debe eliminarse la posibilidad de que el elemento haya sido alterado, de forma tal que su pertinencia haya sido destruida, o que no es el mismo objeto original<sup>62</sup>. Ser estricto en exigir una cadena de custodia refuerza la obligación de las autoridades de establecer criterios y procedimientos adecuados para asegurar la conservación y autenticidad de las evidencias físicas. La cadena de custodia se debe aplicar teniendo en cuenta los factores de identidad, estado original, condiciones de recolección, preservación, embalaje y envío; lugares y fechas de permanencia y los cambios que cada custodio haya realizado (Art. 254 C.P.P.).

¿Hasta qué grado de perfección debe llegar la cadena de custodia para que el juez esté satisfecho? En Estados Unidos, donde tuvo su desarrollo temprano el requisito, el estándar es una “certeza razonable”<sup>63</sup>. Otra manera de expresar el requisito es que la cadena debe ser tal que “le hace improbable que el objeto original haya sido cambiado por otro o haya sido contaminado o alterado”.

### **2.7.3. Incorporación de documentos**

La incorporación de documentos requiere de algunas reglas para asegurar su autenticidad y procedencia. Además, para efectos de conducencia, con-

61 Código de Procedimiento Penal. Art. 423.

62 Un efecto secundario saludable es reducir pero no eliminar la posibilidad de falsificación.

63 *Eisentrager v. State*, 79 Nev. 38, 378 P2d 526 (1963).

troversia y justicia, deben de estar sujetos a la prohibición general en contra del testimonio de oídas. De tal manera que un informe policial no debe entrar como prueba sobre todo si contiene declaraciones de terceros acerca de eventos que no percibió personalmente el declarante, podrá usarse para efectos de refrescar la memoria o de impugnación del testigo (versiones inconsistentes).

De acuerdo con el artículo 424 del C.P.P., en términos generales el concepto de “documento” debe incluir:

- Documentos escritos por cualquier medio.
- Grabaciones hechas por cualquier medio.
- Filmaciones realizadas por cualquier medio.
- Fotografías y otros medios tales como rayos x, etc.
- Cualquier otro documento.

Los pasos prácticos para la incorporación de los documentos son los siguientes:

**La autenticación.** Demostrar que proviene de la fuente u origen representado por la parte que solicita su incorporación, es presupuesto necesario para la misma. Este paso consiste en que alguna persona con conocimiento dé información acerca del origen o autoría del documento para demostrar que es auténtico. Además, en caso de duda, algún testigo debería declarar acerca de su pertinencia. El presupuesto de autenticidad se puede ver como una manifestación de la pertinencia; un documento se debe vincular a su fuente para que sea pertinente. Una carta donde una persona admite haber matado a otra no es pertinente, salvo que el acusado acepte que la escribió. Se sugiere que, cuando se trata de un documento escrito, este fundamento de autenticidad sea requisito previo a su incorporación.

### **Para documentos escritos (Art. 426 C.P.P.).**

- La declaración de una persona que presencié la redacción y firma de un documento que puedan llevar a identificarlo como tal incluyendo dónde, cuándo, cómo, las personas presentes, y qué pasó durante su redacción.
- Reconocimiento de la parte contra la cual se aduce.
- La declaración de una persona familiarizada con la letra del autor. Específicamente el proponente debe mostrar por medio de su interrogatorio del testigo, que éste reconoce la letra del autor en el documento, que es familiar con la letra del autor y que existe una base adecuada para esta familiaridad como para convencer al juez.
- La declaración de un perito grafólogo. En este caso el proponente de la incorporación debe demostrar, por medio del interrogatorio del perito, que las muestras de comparación son auténticas, que se califique al perito como idóneo, que el perito haya comparado las muestras contra el documento y concluya que la misma persona que hizo las muestras escribió o firmó el documento.

### **Documentos rutinarios reflejando las actividades comerciales o de alguna organización**

Documentos tradicionales:

- El testigo tiene conocimiento personal del sistema de control de documentos de la empresa u organización.
- El testigo recuperó dicho documento del sistema.
- El testigo identifica al documento como el mismo.
- El testigo puede describir la base sobre la cual reconoce el documento.

## Documentos electrónicos

El proponente tiene que demostrar mediante testigos:

- Que la empresa u organización utiliza computadores.
- Que su computador es confiable.
- Que la organización tiene un sistema de entrada y control de documentos electrónicos.
- Que el sistema ha incorporado controles para identificar y remediar errores que pueden dañar o alterar documentos almacenados.
- Que el computador está en buen estado de funcionamiento.
- Que el testigo recuperó el documento del computador, estando éste en buen estado de funcionamiento.
- Que lo reconoce como el mismo que recuperó.
- Que el testigo fundamenta la razón por la cual reconoce el documento.
- Que explique su significado, en caso de códigos o símbolos.

## Presunción de autenticidad de documentos

Existen algunos documentos que gozan de presunción legal de autenticidad<sup>64</sup>, mediante la cual no es necesario establecer la misma en juicio:

- Documentos manuscritos, mecanografiados, impresos, firmados o producidos por cualquier otro procedimiento, sobre los cuales se tiene conocimiento cierto de la persona que lo elaboró.
- Documentos o instrumentos públicos.
- Documentos judicial o notarialmente reconocidos.
- Provenientes del extranjero debidamente apostillados.

- Moneda de curso legal, sellos, efectos oficiales, títulos valores, etiquetas comerciales.
- Documentos privados sometidos al trámite de presentación personal o de simple autenticación.
- Copias de certificados de registros públicos.
- Publicaciones oficiales, de prensa, revistas especializadas.

## Fotografías

El proponente tiene que demostrar los siguientes elementos mediante testimonio:

- El testigo conoce el objeto o la escena que aparece en la foto.
- El testigo explica su familiaridad con la escena o el objeto.
- El testigo reconoce la escena o el objeto en la foto.
- La foto es una representación “buena” o fidedigna del objeto o la escena.

El mismo proceso se realiza para películas y videos, con la salvedad de que el testigo debería haber estado presente durante la filmación, para poder acertar la no distorsión o alteración de la misma.

## Documentos utilizados en reemplazo de la memoria del testigo

Hay dos situaciones en las cuales se utilizan documentos para reconstruir la memoria de un testigo olvidadizo. En una de ellas<sup>65</sup> (*referencia admisible*) el documento en sí (o su contenido) se incorpora en calidad de prueba en reemplazo del testimonio del testigo. Esto ocurre cuando el testigo ya no tiene ninguna memoria de los hechos

<sup>64</sup> Código de Procedimiento Penal. Art. 425.

<sup>65</sup> La otra es cuando se logra refrescar la memoria mediante referencia a un documento que registró los eventos, o sea, “memoria actual refrescada”. En esta situación no se incorpora el contenido del documento.

acerca de los cuales en algún momento sí tenía conocimiento. Esta situación se podría caracterizar como *registros de pasada memoria*<sup>66</sup>. Si el testigo asentó en forma escrita o electrónica los hechos percibidos en un momento cuando estaban presentes en su memoria, el contenido o el documento mismo se puede incorporar si el testigo, en el momento del juicio, no tiene memoria suficiente como para describir los eventos<sup>67</sup>. El juez debe insistir en los siguientes presupuestos:

- El testigo en algún momento tuvo conocimiento personal de los hechos.
- El testigo registró de forma escrita o electrónica estos hechos cuando todavía estaban presentes con claridad en su memoria. También el juez puede considerar cumplido este presupuesto si un tercero registró los hechos y el testigo verificó su contenido, mientras todavía tenía memoria completa de ellos.
- El testigo puede afirmar que el registro de los hechos es preciso y fiel a lo que percibió, o que era su procedimiento habitual registrar este tipo de hechos.
- En el juicio el testigo demuestra la falta de memoria para describir los hechos adecuadamente.

Si enseñar el documento revive la memoria del testigo, se debe permitir al proponente enseñarle tales documentos anteriores al juicio. Sin embargo, el juez debe cuidar que esto no sirva para reemplazar la memoria defectuosa de manera ilícita o capciosa y, en caso de sospechas razonables, debe interrogar al testigo al respecto, antes de permitir la incorporación del documento, el cual ya se habrá autenticado mediante los testimonios preliminares del testigo.

Otra forma de cuestionar y valorar estas posibilida-

des es en la audiencia preparatoria, en donde el juez puede perfectamente requerir a las partes proveer información acerca de sus intenciones de utilizar tales documentos.

Ya se ha dicho que este procedimiento de reemplazar el testimonio del testigo con un documento puede prestarse para que entren pruebas de referencia ilegales, especulativas, escandalosas o perjudiciales. Por ejemplo, nunca se debe utilizar esto para incorporar el informe policivo. Estos documentos sólo pueden describir los hechos percibidos por el testigo personalmente.

Un ejemplo de este procedimiento sería el siguiente:

**Fiscal:** ¿Cuál es el número de placa de la moto que usted vio frente a la tienda del occiso?

**Testigo:** No lo recuerdo en este momento.

**Fiscal:** ¿Hay algo que le puede ayudar a recordar?

**Testigo:** Anoté el número en un pedacito de papel.

**Fiscal:** Sr. juez, solicito permiso para presentar al testigo este elemento marcado con el # 3 por la Fiscalía (dándole el papel al secretario para estos efectos y después enseñándole al defensor quien debía haber recibido copia en el anexo de descubrimiento).

**Fiscal:** Sr. Muñoz, le estoy entregando lo que se ha designado Fiscalía #3, ¿qué es?

**Testigo:** Es el pedazo de papel que acabo de mencionar.

66 Código de Procedimiento Penal. Art. 438, últ. inc.

67 Código de Procedimiento Penal. Art. 438-a.

**Fiscal:** ¿Cómo sabe?

**Testigo:** Es mi letra. Yo la conozco.

**Fiscal:** Léalo en silencio por favor.

**Testigo:** Sí.

**Fiscal:** Ahora pásemelo.

**Fiscal:** Ya que ha tenido oportunidad de leer el pape-  
lito. ¿Puede recordar el número de placa sin  
recorrir a él?

**Testigo:** Sí, es AT 085.

Si no se hubiera logrado refrescar la memoria del tes-  
tigo se podría haber incorporado el documento en  
reemplazo de ella, ya que los presupuestos se han  
acreditado mediante el testimonio al inicio del inte-  
rrogatorio.

Igual puede suceder cuando se trate de una lista de nú-  
meros, nombres o fechas que por su cantidad son difi-  
ciles de recordar. Ej. El listado de los 50 billetes que mar-  
có el investigador.

## La Exposición

Existe un procedimiento mediante el cual se pueden con-  
servar las declaraciones: la *exposición*<sup>68</sup>. Estas se toman de  
los testigos, previo al juicio, para efectos de posible impug-  
nación en el contrainterrogatorio y, como tal, serían una  
especie de documento para efectos de confrontación de la  
memoria y no sólo para efectos de impugnación. El pro-

cedimiento es hacer la lectura de la exposición en el con-  
trainterrogatorio, no incorporar el documento en sí. Se  
proscribe su uso con carácter de prueba por no haber sido  
practicada con sujeción al contrainterrogatorio.

## 2.8. Impugnación de testigos

La impugnación de los testigos es una actuación del jui-  
cio clave para el juez, ya que busca cuestionar la credi-  
bilidad de los testigos y de la prueba. Es la esencia de la  
realización de la contradicción en las tradiciones orales.  
La prueba testimonial se impugna a través del contrain-  
terrogatorio del testigo, o por medio de la incorporación  
de cualquier otro medio de prueba que tienda a crear  
una duda acerca del testimonio o de la credibilidad del  
testigo (*prueba de refutación*).

Durante el contrainterrogatorio el abogado pretende  
sustraer información que mine la credibilidad del testi-  
go y su dicho, a través de<sup>69</sup>:

- Naturaleza inverosímil o increíble del testimonio.
- Capacidad del testigo para percibir, recordar o co-  
municar cualquier asunto sobre la declaración.
- Existencia de cualquier tipo de prejuicio, interés u  
otro motivo de parcialidad por parte del testigo.
- Manifestaciones anteriores del testigo (a terceros,  
entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas, in-  
terrogatorios ante juez de control de garantías).
- Carácter o patrón de conducta del testigo en cuanto  
a la mendacidad.
- Contradicciones en el contenido de la declaración.

Estos mismos aspectos pueden ser abordados, no a través  
del contrainterrogatorio, sino a través de testigos *de refu-*

68 Código de Procedimiento Penal. Art. 272.

69 Código de Procedimiento Penal. Art. 403.

*tación*, quienes pueden corroborar los temas del contrainterrogatorio, contradecir la versión de los hechos acerca de los cuales ha declarado el testigo, o rendir versiones contradictorias. Este tipo de impugnación debe versar sobre hechos específicos acerca de los cuales ha declarado un testigo. De lo contrario no estaríamos frente a una *prueba de refutación*, sino frente a un medio probatorio propio de la estrategia de parte para el debate. Tal diferencia se revela en el artículo 362 del C.P.P. que establece el orden de presentación de la prueba y entre ellas particularmente la *prueba de refutación*, siendo primero la de la defensa y luego la de la Fiscalía.

La palabra que rige la actividad probatoria durante el juicio es *credibilidad*. Por esta razón resulta pertinente, a efectos de la admisibilidad del tema, el permitir que las partes recurran al contrainterrogatorio o bien a la incorporación de pruebas de refutación, acudiendo en el primer caso a las propias aseveraciones del testigo ya interrogado o a cualquier medio probatorio extrínseco al mismo, en el segundo.

Veamos algunos ejemplos de impugnación de credibilidad a través del contrainterrogatorio:

**Defensor:** Srta. Estrella, ¿no es cierto que tres semanas después de los hechos acerca de los cuales usted acaba de declarar, tuvo una conversación con su cuñado en la casa de él acerca de los mismos?

**C.E:** Sí, es cierto.

**Defensor:** Y en esta conversación ustedes hablaron de las condiciones de luz y lo que usted alcanzó a ver, ¿cierto?

**C.E:** Así es.

**Defensor:** Y en esa conversación ¿usted le dijo a su cuñado que en realidad no podía ver mucho por la lluvia y la pobre iluminación?

**C.E:** Sí.

**Defensor:** ¿Y no es igual de cierto que cuando ocurrió esta conversación, en su memoria los hechos estaban más claros que ahora?

**C.E:** Se supone.

Ahora supongamos que Clara Estrella había rendido una exposición ante notario anterior al juicio.

**Defensor:** Usted ha declarado en este juicio que la iluminación aquella noche estaba adecuada y no tuvo ningún impedimento en cuanto a lo que vio ¿cierto?

**C.E:** Sí, es cierto.

**Defensor:** También es cierto que ha rendido declaración jurada ante notario en mi presencia hace dos meses ¿cierto?

**C.E:** Sí, lo recuerdo.

**Defensor:** Y allí declaró que estaba muy oscuro y lloviendo ¿cierto?

**C.E:** No recuerdo.

**Defensor:** Sr. Juez, pido permiso para que la testigo lea

la exposición, levantada el 16 de octubre de los corrientes.

**Juez:** Preséntela primero al fiscal. ¿Alguna oposición, Sr. Fiscal?

**Fiscal:** Ninguna, Sr. Juez.

**Juez:** Proceda a la lectura.

Este último escenario no sería muy común ya que el efecto de la exposición sería fijar definitivamente la declaración del testigo y evitar cambios. Por esto es una herramienta de dudosa calidad salvo que se haga cuando la memoria del testigo es reciente. Mientras más alejado de la fecha de los hechos, menos valor legítimo tendrá y el juez deberá tomar estas circunstancias en cuenta.

### **Rehabilitación del testigo impugnado (re-directo)**

El juez debe conceder una última oportunidad a la parte proponente, para efectos de rehabilitación de la credibilidad. La rehabilitación es la oportunidad para solicitar una explicación acerca de las contradicciones, ya que ésta le puede ayudar al juez en la valoración del testimonio de forma integral. Un ejemplo sería, siguiendo el testimonio de Clarita Estrella a su fin:

**Fiscal:** ¿Usted estaba mintiendo cuando declaró aquí que podía ver lo que sucedía?

**C.E:** De ninguna manera.

**Fiscal:** Entonces quiere explicar ¿por qué le dijo a su

cuñado que no podía ver muy bien?

**C.E:** Yo simplemente le dije que era oscuro y lluvioso, pero de que podía ver lo que sucedía, lo podía ver.

**Fiscal:** ¿Tiene alguna duda acerca de su declaración en juicio?

**C.E:** Ninguna, pude ver lo que sucedía a pesar de las condiciones.

Una clase de impugnación tiene que ver con los defectos del mismo testigo, factores inherentes en su personalidad que afectan negativamente a su credibilidad como persona, y por ende, a su versión de los hechos. El juez debe ver este tipo de prueba con algo de cautela, ya que el abrir las puertas del juicio a que cada testigo sea sujeto a la impugnación de su carácter por parte de cualquier persona a quien no le gusta el testigo, sería sumergir el proceso en un pantano de morosidad<sup>70</sup>.

Este último tipo de impugnación se debe limitar a lo que se puede sacar mediante el conainterrogatorio, salvo circunstancias excepcionales en donde, por ejemplo, todo gira alrededor de un solo testigo de dudosa probidad. Lo más que puede hacer el juez es permitir testimonios breves acerca de su reputación, sin entrar en detalles.

El fundamento que debe exigir el juez para este tipo de testimonio sería:

- Testigo #2 pertenece a la misma comunidad u organización que testigo #1.
- La relación ha durado largo rato.

<sup>70</sup> Por ejemplo, las Reglas Federales de Evidencia, Num. 608 (b) (b) 1, prohibiendo la utilización de prueba extrínseca para mostrar falta de credibilidad mediante hechos específicos.



- Testigo #1 tiene una reputación negativa en cuanto a la probidad.
- Testigo #2 conoce esta reputación.

Se limita el testimonio a estas aseveraciones. Cualquier testimonio extrínseco acerca de la credibilidad de un testigo, de su carácter o reputación para credibilidad se debería limitar a observaciones generales.

## 2.9. Las pruebas demostrativas

Hasta ahora hemos hablado de pruebas materiales que tienen una relación histórica con los hechos. Ejemplos son: la pistola que se usó para el homicidio, el cheque alterado, los documentos que dan constancia de un peculado, etc. Pero hay una segunda categoría de pruebas materiales: las que no son directamente relacionadas con los hechos, pero que pueden servir para ilustrar el testimonio de algún testigo. Se suele decir que son “apoyos visuales” y su utilización debe ser sujeta solamente a su pertinencia y utilidad. Por tanto su número y características se limitan sólo por la imaginación del proponente y la discrecionalidad del juez. Algunos ejemplos de este tipo de prueba son:

- Armas u objetos similares a los utilizados para cometer el ilícito. Por ejemplo, permitir al testigo demostrar las acciones bélicas del acusado utilizando una pistola similar a la que vio pero nunca apareció, puede servir al juez para entender mejor su testimonio.
- Croquis o diagramas demostrando la escena de los hechos.
- Representaciones gráficas de flujo de caja o de ingresos o eventos similares.

Se llama *demostrativa* esta clase de prueba porque le ayu-

da al testigo a demostrar que quiere decir o que percibió.

Los presupuestos para la admisión de un diagrama o representación gráfica son:

- El diagrama representa algún lugar u objeto.
- El testigo conoce el lugar o el objeto.
- El testigo explica las bases de su conocimiento o familiaridad con lo representado.
- El testigo tiene la opinión de que el diagrama es una representación fidedigna del lugar u objeto.

Un ejemplo de cómo se debe autenticar y admitir un diagrama sería:

**Fiscal:** Sr. Juez, pido permiso para acercarme al testigo y mostrarle la evidencia demostrativa marcada #1 por la Fiscalía.

**Juez:** Adelante, señor fiscal, pero preséntesela primero al defensor.

**Fiscal:** Srta. Estrella, le enseñe un documento, ¿lo reconoce?

**C.E:** Sí, es un diagrama del parqueadero del Hospital donde yo trabajo.

**Fiscal:** ¿Cómo sabe?

**CE:** Tengo muchos años trabajando allí y paso por allí seis días por semana.

**Fiscal:** ¿Qué tan preciso es el documento?

**C.E:** Bueno, no es exacto, pero bastante cerca de lo

que es este lugar y demuestra todos los edificios, luces y demás facetas del lugar bastante bien.

**Fiscal:** Sr. Juez, pedimos la incorporación del elemento material “Fiscalía 1”.

**Juez:** ¿La defensa tiene alguna oposición?

**Defensa:** No, señor Juez

**Juez:** Admitido.

**Fiscal:** Por favor, Srta. Estrella, indique con una X el lugar donde usted estaba cuando vio salir de la Sala de Urgencias a la acusada.

La testigo procede a marcar todas las posiciones de relevancia y objetos para efectos de ilustración, de acuerdo con las solicitudes del fiscal o del defensor, según el caso.

De igual manera, modelos, representaciones gráficas, etc., pueden ser incorporados. La autenticación de estos efectos no requiere del testimonio de la persona que los hizo, cuando el testigo los reconoce y puede afirmar que son una buena semblanza del lugar u objeto.

Hay que distinguir entre la prueba demostrativa, que en todo caso es prueba, y los simples apoyos que pueden utilizar las partes en sus alegatos. Estos últimos son simplemente una extensión de la expresión verbal que, si bien cumple el mismo objetivo, no se incorpora por no ser prueba. Un ejemplo de este último sería cuando el mismo fiscal dibuja en representación gráfica los puntos más importantes que favorecen a su teoría. Esto es su manera de recapitular la

prueba, pero nunca es prueba en sí. Habrá que ser claros también en que no hay nada que impida que un litigante aproveche los elementos materiales y los utilice en sus alegatos.

La admisibilidad de la *prueba demostrativa* se determina por su relación con los hechos del debate (pertinencia), por su utilidad (conducencia) para el esclarecimiento de los mismos, por su capacidad para ilustrar el testimonio de un experto, o por utilidad para explicar mejor otro medio de prueba<sup>71</sup>.

### 2.9.1. La prueba física o material

A diferencia de la demostrativa, la prueba material o prueba física tiene una relación directa con los hechos. Como es el caso con cualquier objeto material<sup>72</sup>, el presupuesto de su incorporación o admisibilidad es la autenticación, la cual se logra en este caso por medio de la identificación del elemento por parte de alguien con conocimiento.

Hay dos métodos de identificación:

- Cuando el objeto tiene señas únicas o en sí es único, se satisface el presupuesto cuando el testigo puede afirmar que ha observado la seña o peculiaridad en algún momento relevante (ej. Al recoger el elemento en la persona del acusado) y que actualmente se acuerda de él y sus particularidades especiales. Esto basta para que el juez pueda considerarlo auténtico. En este caso el presupuesto de admisibilidad se establece con los siguientes elementos:

\* El objeto tiene características únicas.

71 Código de Procedimiento Penal. Art. 423.

72 Código de Procedimiento Penal. Art. 275.

- \* El testigo ha tenido ocasión previa de observar el objeto y la característica especial.
  - \* El testigo identifica el objeto.
  - \* La identificación radica en que el testigo se acuerda de la característica única.
  - \* El testigo afirma que el objeto no ha sido alterado.
- En el caso donde uno de estos presupuestos falta, digamos que el objeto no tiene ninguna característica especial o única, la forma de identificar y autenticar el objeto es mediante la cadena de custodia, de la cual hemos hablado brevemente antes. En términos generales, para establecer el presupuesto de la cadena de custodia se debe demostrar lo siguiente:
    - \* El testigo tomó el objeto en cierto lugar y fecha.
    - \* El testigo conservó el objeto en adecuadas condiciones de seguridad como para que no se alterara. Demuestra por medio de su testimonio que estas condiciones eran tales que es probable que no se haya alterado significativamente.
    - \* El testigo afirma que es el mismo objeto el cual tomó.
    - \* El testigo afirma que se encuentra en las mismas condiciones que cuando llegó a su posesión.

Para establecer adecuadamente la cadena de custodia de algún elemento se tiene que citar a cada persona que tuvo posesión del elemento, ya que cada uno es eslabón en la cadena. En caso de poca duda, el juez puede promover que las partes estipulen acerca de la cadena de custodia, tomando en cuenta que es simplemente la constancia de autenticidad de un elemento material.

Defectos en la cadena no son necesariamente causales de exclusión, siempre y cuando el juez esté razonablemente cierto, basado en los testimonios, de que el elemento es auténtico y no se ha alterado.

## 3. OBJECIONES U OPOSICIONES

### 3.1. Noción

Por su propia naturaleza, la oposición es una herramienta que sirve para proteger la teoría del caso de la parte, frente a las maniobras y estrategias de la contraparte. Desde la perspectiva del juez, las oposiciones sirven de ayuda al control del juicio. La oposición informa al juez y a la otra parte acerca de la prueba o pregunta objetada. Por lo tanto, la parte que se opone debe fundamentar su oposición, o sea, debe explicar al juez el por qué de la oposición, en detalle suficiente para que sea concedida. Vista desde otra perspectiva, es la oportunidad para que sean corregidos los errores por el juez o por la parte infractora. Las oposiciones se usan más frecuentemente con relación a preguntas indebidas que violan las reglas del interrogatorio y del contrainterrogatorio, y son formuladas, tanto por la parte que no está interrogando, como por el Ministerio Público<sup>73</sup>.

Las oposiciones se pueden hacer frente a preguntas inapropiadas en su forma, por ejemplo, cuando son capciosas o sugestivas. También se hacen en cuanto al testimonio que busca incorporar la pregunta objetable, como en el caso de opiniones no admisibles, especulación o testimonio de referencia. Igualmente, se objeta acerca de la respuesta del testigo, a manera de mantenerlo en lo correcto, por ejemplo cuando no

<sup>73</sup> Código de Procedimiento Penal. Art. 395.

responde a la pregunta o cuando va más allá de lo que solicita la pregunta.

El juez debe siempre esperar y escuchar la oposición y, si no es absolutamente claro su fundamento, requerir a la parte que objeta para que fundamente. De la misma forma, salvo que la resolución sea obvia, el juez debe permitir que la parte objetada responda y defienda su línea de interrogación.

Recordemos que el juez actúa como juzgador, como árbitro y como director de la audiencia, en consecuencia, si la parte no se opone oportunamente, el juez, dando aplicación a las reglas del contrainterrogatorio contenidas en el artículo 392 del C.P.P, debe intervenir para no perder el control, para evitar impertinencias, pruebas inconducentes o ilegales y para asegurar que el juicio proceda sin desviaciones ni dilaciones innecesarias. En estos casos el juez para el interrogatorio o contrainterrogatorio le señala al objetado en qué forma está mal o inapropiada su pregunta. Por ejemplo:

**Fiscal:** Clarita, ¿usted vio a la acusada salir del Hospital con movimientos y postura evasiva?

**Juez:** Caballero, por favor, deje que el testigo rinda su propio testimonio, sus preguntas son sugestivas, modifique la forma, por favor.

### 3.2. Clases de oposiciones

Las categorías de oposiciones a la forma de interrogar, a las respuestas y a la prueba solicitada son:

**Pertinencia y conducencia.** Para que el juez resuelva de forma correcta este tipo de oposición, la cual sue-

le ser la más frecuente, debe haber captado la controversia, estudiado y analizado la acusación, escuchado con mucha atención las declaraciones iniciales y las pruebas que hasta el momento se han ventilado. El juez excluirá toda pregunta que no sea pertinente (Art. 392 -e, C.P.P.).

**Capacidad del testigo.** Esta oposición corre en contra de los menores de edad, las personas que padecen de alguna enfermedad mental y de quienes tienen prohibido declarar (secreto profesional, parentesco, etc.).

**No responde a la pregunta.** Esto ocurre cuando el testigo no contesta la pregunta sino divaga sobre otro tema o se vuelve evasivo. El mismo interrogador puede objetar aunque el testigo sea “suyo”, para que el juez instruya al testigo a responder la pregunta.

**Preguntas hipotéticas.** Son las que suponen hechos. Estas se permiten a los peritos para efectos obvios: sustraer las opiniones con base en los hechos probados. Si un abogado hace una pregunta hipotética asumiendo hechos de los cuales no hay prueba, ésta es objetable.

**Asumiendo hechos no probados.** Las que proponen conclusiones acerca de hechos que no fueron tema de prueba, aunque no sean hipotéticas.

**Fiscal:** “Después de que el acusado peleó con la víctima y sonó el tiro...”

**Defensa:** “Oposición, no ha habido ninguna prueba de una pelea. Asume hechos no probados.”

**Juez:** “Con fundamento”.

Las que distorsionan los hechos:

**Fiscal:** Después de la pelea ¿qué hizo el acusado?

**Defensa:** ¡Oposición! La prueba que ha recibido el juzgado es de un forcejeo, no de una pelea, por tanto la pregunta intenta distorsionar la prueba.

**Juez:** Con fundamento.

**Oposiciones a la forma de la pregunta – *las sugestivas*.** Las preguntas sugestivas (excepto en contrainterrogatorio y situaciones especiales) no se deben hacer y son objetables. Estas son las que contienen o sugieren cierta respuesta específica, la que quiere el que interroga. El juez prohibirá toda pregunta sugestiva (*Art. 392-b C.P.P.*).

**Oposiciones a la forma de la pregunta – *Las capciosas*.** Las que implican engaño o fraude. Es decir, las que intentan engañar al testigo y por tanto al juez. El juez prohibirá toda pregunta capciosa (*Art. 392-b C.P.P.*).

**Fiscal:** Después de la pelea entre la víctima y el acusado, ¿qué pasó?

**Defensa:** ¡Oposición!, pregunta capciosa, el testigo dijo que hubo un forcejeo y no una pelea.

**Juez:** Con fundamento.

**Oposiciones a la forma de la pregunta, *las argumentativas*.** En estas el abogado hace lo que está reservado para el alegato final, o el interrogador no quiere aceptar la respuesta y discute con el testigo. Debe oponerse porque su contenido lleva a una inferencia o una

deducción lógica, un argumento para que el testigo simplemente lo confirme o lo rechace.

**Oposiciones a la forma de la pregunta – *múltiple, ambigua o confusa*.** Estas son las que contienen varias preguntas, solicitan más de una respuesta, son tan largas y enredadas que corren el riesgo de confundir al testigo, son imprecisas o ambiguas.

**Fiscal:** ¿Qué hizo la víctima cuando cerró la tienda y qué hizo el acusado?

**Defensa:** ¡Oposición!, no especifica cuándo ni solicita información pertinente.

**Juez:** Con fundamento, sea más preciso, por favor.

**Fiscal:** ¿Qué hizo la víctima al cerrar la puerta de su tienda aquella noche y cuándo fue que entró el acusado?

**Defensa:** ¡Oposición! Pregunta múltiple.

**Juez:** Con fundamento.

**Las repetitivas.** Las que simplemente, de una u otra forma, repiten lo que ya se ha preguntado por el abogado y ha sido contestado. Relacionado con esto es la repetición de la respuesta por parte del interrogador, al recibirla y antes de hacer la pregunta siguiente. Aunque es cuestión de estilo, está de más y el juez lo puede corregir. La otra parte sí puede repetir la pregunta como base o fundamento de algo que quiere revelar.

**Acumulativa, abundante o superflua.** Cuando ya ha habido una abundancia de prueba sobre determinada

controversia, el juez de oficio o por oposición de parte, puede parar o no admitir más preguntas.

**Fuera del marco del interrogatorio.** Esta oposición ocurre cuando el que contrainterroga intenta salir de los temas que se cubrieron en el interrogatorio, o en el re directo se sale de los temas del contrainterrogatorio, o en el recontrainterrogatorio se sale de los temas del re directo. La excepción es cuando indague sobre temas de credibilidad – ver arriba “impugnación de testigos” – . Recuerde que siempre el límite es el tema, no las preguntas.

**La prueba ilícita.** En juicio, si no se ha ventilado anteriormente, y aparece una prueba posiblemente ilícita, la parte afectada debe oponerse. El juez, a tiempo, debe ejercer el control apropiado. “El juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación a las garantías fundamentales” (Art. 360 C.P.P.).

### Oposiciones que no tienen qué ver con la producción de la prueba<sup>74</sup>

- La declaración inicial. Es una versión sucinta de la prueba que va a presentar el expositor. Argumentación acerca del fundamento jurídico o del significado de los hechos, viola la razón de esta actuación. El abogado debe declarar los hechos, no valorarlos.
- La mención de prueba inadmisibles en la declaración inicial. Esto puede incluir:
  - \* Prueba ilegal.
  - \* Pruebas prohibidas, tales como el secreto profes-

sional y las prohibidas por razón de consanguinidad o afinidad.

\* Negociaciones frustradas con fines de una salida alterna.

- La mención de hechos imposibles de probar en la declaración inicial.
- En la declaración inicial no es apropiado que el fiscal hable de la supuesta teoría de la defensa, ya que a la defensa no le incumbe “probar” nada, la carga y el deber de la prueba están con el fiscal.
- En los argumentos de conclusión no es permitido tergiversar, exagerar o inventar pruebas. Si bien en juicio en derecho, no es preocupación proteger a los jurados legos de materia perjudicial, es antiética y desleal este tipo de conductas. El juez no sólo puede sino debe controlarlas.
- De la misma manera es prohibido hacer argumentos jurídicos fraudulentos o de mala fe en cualquier momento.
- Ataques personales en contra de la parte opuesta o el acusado son inapropiados y objetables. Claro está, hacer referencia a la prueba y sacar inferencias es permitido y de eso se trata realmente el argumento de conclusión.
- Apelar a los sentimientos o prejuicios del juez en los alegatos no es ni pertinente ni se debe permitir. El juez fundamentará su sentencia en la prueba y el derecho. Los alegatos que van más allá deben ser controlados, claro, aún con más razón si el juicio es con jurado popular.

74 Thomas A. Mauet, *Fundamentals of Trial Techniques*, 2 ed. Little Brown and Company, Boston, 1988

Ya se ha dicho que los argumentos de conclusión son una ayuda para el juez en sus deliberaciones. Las oposiciones pueden encaminarlas mejor y prevenir excesivas divagaciones irrelevantes por parte de los abogados.

### 3.3. Manejo de las oposiciones por parte del juez

El juez controla la gestión de las partes con tal de asegurar el buen orden y decoro del proceso. Por tanto deben existir reglas mínimas de comportamiento en cuanto a la presentación y fundamentación de las oposiciones. Algunas de estas deben ser:

- Que la parte que presenta la oposición se ponga de pie y declare su oposición, seguida de su fundamentación.
- Que la contraparte a continuación dé su respuesta acerca de por qué la oposición estaría sin fundamento.
- Que el juez resuelva verbalmente.

El juez, en todo caso, debe insistir en que se mantenga el orden, con un solo sujeto procesal hablando a la vez. Las oposiciones manifiestamente inconducentes, hechas con fines de interrumpir, se deben controlar, en caso de insistencia, mediante sanciones por desacato.

## 4. SITUACIONES ESPECIALES

### 4.1. Menores como testigos

Como hemos dicho antes, un testigo menor de edad puede carecer de la capacidad necesaria para declarar. Las áreas grises de estas situaciones las tiene que deter-

minar el juez. Si hay una duda pero no se suma a la convicción de la incapacidad, el juez puede admitir el testimonio no obstante su peso sea menor, es decir, su credibilidad por sufrir la incapacidad mencionada. Si esta incapacidad le lleva al juez a la convicción de que no es capaz absolutamente, no se admite.

Los ingredientes de la capacidad son:

- El menor tiene la capacidad de percibir u observar los hechos.
- El menor tiene la capacidad de recordar los hechos.
- El menor tiene la capacidad de describir o relatar los hechos.
- El menor reconoce y es capaz de entender y aplicar la obligación de decir la verdad.

El que quiere determinar la capacidad de un niño tiene el reto de establecer ante el juez su capacidad mediante un interrogatorio preliminar. Un ejemplo puede ser el siguiente en un caso de homicidio:<sup>75</sup>

- F:** Sr. juez, llamamos a declarar a Juanito Pérez.
- D:** Me opongo. Este niño sólo tiene seis años. No tiene la capacidad para ser testigo.
- J:** Sr. fiscal, proceda a acreditar la capacidad del niño.
- F:** Juanito, ¿cuál es su nombre completo y su dirección?
- J.P:** Juanito Pérez y vivo en la Calle 72 con 109 en Bogotá con mis padres.
- F:** Juanito, ¿usted ve bien?
- J.P:** Sí, no tengo problema, veo rebién.
- F:** ¿Puede oír bien?
- J.P:** !Rebién!
- F:** ¿Cuántos años tiene?

<sup>75</sup> Ejemplo adaptado Evidentiary Foundations, Op. Cit. Pag. 18.



**J.P.:** Cumplí el mes pasado, tengo seis.  
**F:** ¿Cuál es el día de su cumpleaños?  
**J.P.:** El 28 de abril, mi mamá cumple el mismo día.  
**F:** ¿Dónde vive?  
**J.P.:** Cómo ya dije, en la calle 72.  
**F:** ¿Cuánto tiempo ha vivido allí?  
**J.P.:** Toda mi vida.  
**F:** ¿Cuántos hermanos y hermanas tiene?  
**J.P.:** Tengo una hermana.  
**F:** ¿Cómo se llama?  
**J.P.:** Se llama Leonor.  
**F:** ¿Cuántos años tiene ella?  
**J.P.:** Ella es mayor que yo. Tiene 10 años.  
**F:** ¿A qué escuela asiste?  
**J.P.:** A la República de Chile.  
**F:** ¿Cuál es la dirección de su escuela?  
**J.P.:** En la calle 80.  
**F:** ¿Sabe lo qué es una pistola?  
**J.P.:** Si, es una cosa que dispara y que le hace daño a las personas, es mala.  
**F:** ¿Sabe que quiere decir matar?  
**J.P.:** Sí sé, es cuando una persona hace que otro ya no esté.  
**F:** ¿Qué es la verdad?  
**J.P.:** La verdad es lo que realmente pasa. No es un cuento que inventa uno.  
**F:** ¿Qué es una mentira?  
**J.P.:** Es cuando uno no dice la verdad.  
**F:** ¿Sabe qué pasa cuando uno no dice la verdad?  
**J.P.:** Es malo y lo pueden castigar.

Como vemos, el objeto es establecer, mediante un interrogatorio especial, la capacidad del niño de acuerdo con las pautas establecidas arriba. Si es inadecuado el interrogatorio por falta de destreza por parte del abogado, el juez debería considerar si lo suple o no. Si decide hacerlo, lo hace con mucha delicadeza para no perder la imparcialidad.

## 4.2. Personas con capacidad mental disminuida

Básicamente los requisitos para establecer la capacidad de una persona de facultades mentales disminuidas son los mismos que en caso de menores. La persona tiene que gozar de la capacidad de percibir, recordar y describir y tiene que poder reconocer y decir la verdad.

El juez debe estar especialmente renuente a excluir testimonio basado en este tipo de incapacidad y no hacerlo salvo circunstancias extremas.

Si se propone excluir un testigo basado en su condición mental, el juez debe sugerir, a menos que sea evidente la incapacidad, que lo hará sólo bajo testimonio experto, léase psiquiátrico. El fundamento para la exclusión mediante tales testimonios sería:

- El testigo para establecer la incapacidad es psiquiatra calificado.
- El psiquiatra ha examinado al testigo cuya capacidad está cuestionada.
- El testigo tiene ciertos síntomas que le hacen al psiquiatra concluir que sufre de psicosis.
- Esta psicosis interfiere de forma importante en una o más de sus facultades (por ejemplo la percepción o la memoria).

## 4.3. Hechos acordados o estipulaciones

Cuando hay hechos o circunstancias acerca de cuya existencia no hay controversia, el juez debe, en el interés de la economía procesal, promover o aceptar la *estipulación* acerca de los mismos. Se trata de un acuerdo entre las partes para dar por probados hechos sobre los

cuales no existe controversia sustancial, siempre y cuando con las voluntades convencionales no se esté renunciando a derechos constitucionales, por ejemplo, renunciando al derecho que tiene el acusado a que se excluya la evidencia en términos del artículo 23 del C.P.P., que hace parte del debido proceso<sup>76</sup>.

Un ejemplo de cómo proceder es:

- Una de las partes anuncia al juez que ha habido una estipulación.
- El juez indaga a la otra parte si esto es cierto.
- La otra parte lo confirma.
- La parte ponente deslinda y explica la estipulación.
- El juez interroga brevemente a las partes para cerciorarse de que hay perfecta comprensión y acuerdo verdadero acerca de la misma y su alcance. En caso afirmativo la acepta y permite que se incorpore en el juicio. Las partes incorporarán la estipulación en el juicio en el momento que les convenga.

#### **4.4. Memoria actual refrescada**

Suele suceder a menudo que los testigos han ido perdiendo la memoria con el tiempo y cuando llega el momento del juicio no recuerdan bien los hechos acerca de los cuales tenían conocimiento. Ya se ha mencionado el caso en donde la memoria ha desaparecido a tal grado que es permitido sustituir un registro de los hechos, sea escrito o electrónico–magnético, por el testimonio. Aquí consideramos la situación en la cual la memoria del testigo se puede refrescar al enseñarle un documento u objeto. Si, al repasar el documento o examinar el objeto, el testigo puede afirmar que se ha refrescado la memoria, se procede inmediatamente al grueso del inte-

rrogatorio sin más referencia a dicho documento. Los presupuestos para que esto ocurra son:

- Que el testigo declare que no puede recordar algún hecho o evento.
- Que el testigo declare que algún documento u objeto podría refrescar su memoria.
- El proponente del testimonio le enseñe el documento u objeto.
- El testigo lo lee (mentalmente) o examina el objeto.
- El testigo declara que se le ha refrescado la memoria.
- Procede a declarar en interrogatorio.

Para el juez es importante asegurar que el documento u objeto es genuino. Si es necesario, debe intervenir en el procedimiento para indagar acerca de su importancia y procedencia. Igual, a la otra parte se le debe conceder amplia oportunidad en contrainterrogatorio.

#### **4.5. Regla de la mejor evidencia**

Todo documento a ser valorado como prueba tiene que ser el original, excepto (Art. 434 C.P.P.):

- Los documentos públicos.
- Los duplicados auténticos.
- Copias de documentos extraviados o en poder de alguna de las partes o intervinientes.
- Partes pertinentes de documentos voluminosos.
- Cuando las partes estipulen que no es necesario el original.

El razonamiento que históricamente da lugar a esta doctrina se encuentra en el fin de eliminar el riesgo de erradas transcripciones de documentos originales, erradas de-

<sup>76</sup> Código de Procedimiento Penal. Arts 10 y 356.

claraciones acerca del contenido de los documentos originales y la posibilidad de alteración no detectable<sup>77</sup>.

A veces el documento en sí es la prueba única de los hechos, como en el caso de un cheque falso, pero a veces hay alternativas. Tal es el caso, por ejemplo, cuando se trata de constancias o relatos escritos de eventos en los cuales puede haber testigos. Ej. Un matrimonio.

Hoy en día la tecnología ha hecho posible la existencia de duplicados o múltiples originales, como en el caso de la impresión de documentos automatizados.

- Cuando se utiliza un documento para refrescar la memoria. En estos casos el documento no se ofrece como prueba de su contenido. Una oposición a la utilización de una copia será sin fundamento.
- Cuando el documento es constancia de un evento percibido por testigos quienes declaren en juicio. Una objeción alegando que se debe presentar el documento en vez del testimonio sería sin fundamento.

Algunas otras situaciones que pueden ocurrir:

- Cuando el proponente del documento perdió el original. Los presupuestos a establecer antes de que se permita copia son:
  - \* Que el testigo tiene perdido el original.
  - \* Que buscó el original con seriedad y afán.
  - \* Que a pesar de la búsqueda, no pudo encontrar el original.
- Cuando el proponente haya destruido el original sin mala fe. Presupuestos son:

- \* Que el testigo tuvo posesión del documento.
- \* Que el testigo destruyó el documento.
- \* Que la destrucción del documento fue accidental o con buena fe y sin fines de alterar u ocultar pruebas.

- Cuando el original es documento público que no se puede legalmente sacar de su depósito.

- \* Que el documento es público.
- \* Que sería ilegal sustraer el mismo de su lugar de depósito.

- Cuando se ha extraviado o está fuera del alcance del tribunal.

- \* Que un tercero tiene el documento.
- \* Que el tercero reside en un lugar desconocido.
- \* Que el tercero rehúsa entregar el documento.

- Cuando el original está en posesión de una u otra parte.

- \* Que una de las partes tiene el original.
- \* Que esta parte rehúsa entregar el original.

- Copias de documentos voluminosos.

- \* Que el testigo es idóneo para revisar los documentos pertinentes.
- \* Que el testigo ha estudiado el documento pertinente.
- \* Que el testimonio del testigo es un resumen confiable del documento.

<sup>77</sup> Lilley, Op.Cit. p. 529.

#### 4.6. El investigador como testigo

La ley colombiana autoriza la citación de los agentes de policía judicial para rendir testimonio con relación al caso. Esta autorización especial no implica, sin embargo, que tendrá rienda suelta para violar las reglas de la prueba enunciadas en esta unidad. En especial, las restricciones de la prueba de referencia, las opiniones infundadas y aseveraciones de índole personal, la interpretación de las inferencias de las pruebas que son conclusiones que sólo el juez puede formular en su proceso de decisión, etc., no tienen fundamento. El investigador (de la Fiscalía o de la defensa) debe declarar solamente acerca de lo que son sus conocimientos personales acerca de los hechos, no reiterar lo que los testigos le hayan dicho, no lo que él piensa o concluye, ha pasado.

Es importante colocar el testimonio del agente en su

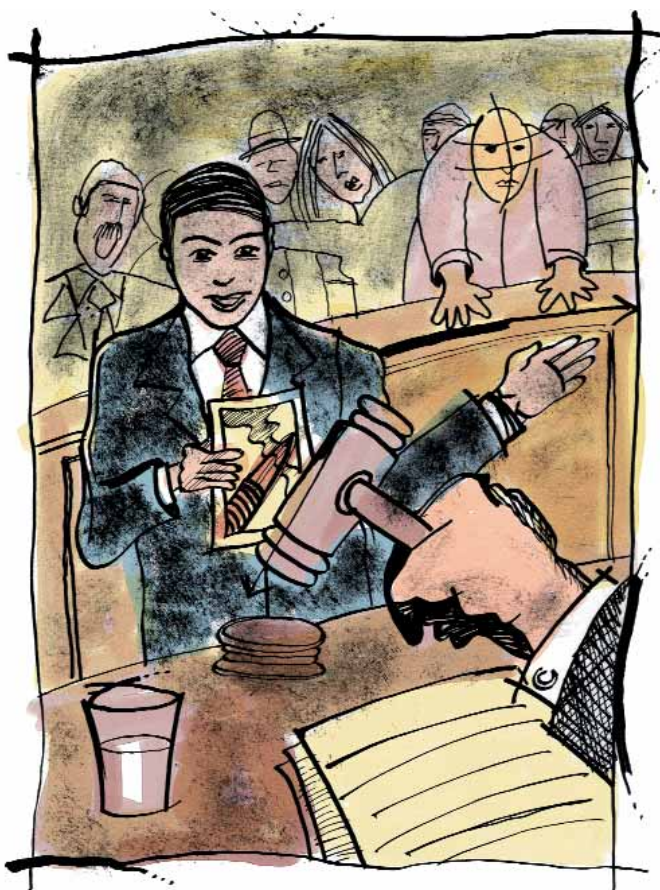
justa dimensión. Él puede traer o no testimonios útiles al juicio en la medida que él haya percibido o presenciado hechos o eventos pertinentes. Algunos ejemplos son:

- Cuando haya recibido confesiones o admisiones de parte del acusado, siempre y cuando el acusado decida declarar como testigo y se utilice para refutar versiones contradictorias.
- Cuando haya registrado pruebas materiales en la escena de los hechos.
- Cuando haya recibido declaraciones contradictorias de los testigos y declara a efecto de impugnación.

No se debe permitir que dé un relato acerca del caso para fines de “contexto” ni nada por el estilo. Para esto están la declaración inicial y la acusación.

# CUARTA UNIDAD

## EL ROL DEL JUEZ EN LA ETAPA DE JUZGAMIENTO



### SUMARIO

1. Objetivos. - 2. Naturaleza del juicio oral. - 3. Audiencia de formulación de la acusación.
4. Audiencia preparatoria. - 5. Declaración inicial. - 6. Interrogatorio y contrainterrogatorio.
7. Alegato de clausura. - 8. Audiencia de incidente de reparación integral.



# 1. OBJETIVOS

## 1.1. Objetivo general

- Que el juez identifique su rol de árbitro frente al debate adversarial acusatorio, afiance su deber de máximo director del juicio oral, y reconozca su misión de fallar conforme a la valoración que haga de la prueba presentada y practicada en su presencia por las partes.

## 1.2. Objetivos específicos

- Que el juez distinga e identifique el papel asignado a él por la constitución y la ley, en el marco de los procesos de reforma jurídica, institucional y política que se han dado en Colombia.
- Que el juez reconozca los escenarios procesales donde debe ejercer su poder de dirección, control y juzgamiento, y las reglas que debe aplicar para garantizar un debate conforme a las normas del Código de Procedimiento Penal y a la dinámica de todo sistema acusatorio.



## 2. NATURALEZA DEL JUICIO ORAL

### 2.1 Antecedentes

Tradicionalmente el proceso penal colombiano se caracterizó por su carácter inquisitivo, eminentemente escrito. Bajo este modelo, las piezas probatorias se incorporaban al proceso mediante los actos del sumario en forma escrita y éste se constituía en la etapa primordial en cuanto a la incorporación de la prueba. Se trataba de un proceso desconcentrado, sin publicidad y sin intermediación, salvo para el juez de instrucción criminal o su subordinado a la hora de la investigación. El formalismo escrito en el trámite de la actuación penal impulsaba a prácticas rituales tales como el “dictado” de los interrogatorios y testimonios sobre una máquina de escribir o un computador, lo cual tendía a impedir la verdadera intermediación de la prueba, su confrontación y su publicidad.

Después de muchos intentos por resquebrajar los fundamentos inquisitivos del proceso penal colombiano, en 1991 se llegó a un modelo intermedio de enjuiciamiento penal, a través de la creación de la Fiscalía General de la Nación, inscrita dentro de un modelo procesal *mixto* que, conservando algunos elementos de los anteriores sistemas inquisitivos, en especial el sumario o instrucción, en el cual no sólo se investiga el caso de la forma tradicional con un juez de instrucción llamado ahora *fiscal*, incorpora la prueba al expediente en forma escrita, sin mayor intermediación ni oportunidad de controversia. En la etapa de juzgamiento se realiza un juicio oral, supuestamente con actividad probatoria. En realidad, los juicios se reducen a la lectura de las pruebas y los alegatos de las partes, con poca actividad probatoria más allá de lo que exista en el expediente.

El Acto Legislativo 03 de 2002 produjo un cambio sustancial en las estructuras del sistema de juzgamiento penal en Colombia. En el marco de principios y normas procesales acusatorias, separó claramente las funciones jurisdicente, requirente y de defensa; concentró la presentación, práctica, formación, controversia y valoración de la prueba en un juicio oral, público, contradictorio, con intermediación de la prueba por parte del juez; y delimitó claramente los actos preparatorios realizados sobre la fuente de prueba en la fase de investigación (con control por parte del juez de garantías), de los actos probatorios relacionados con la culpabilidad de la persona acusada.

El nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) consolidó las nuevas estructuras constitucionales desarrollando los principios acusatorios en un esquema de investigación y juzgamiento acorde con las exigencias internacionales en materia de protección de las garantías procesales y de actuación efectiva en la aplicación de la ley penal en función de los fines del proceso penal moderno<sup>78</sup>.

### 2.2. El juicio oral en el sistema acusatorio colombiano

En el marco de la prevalencia del derecho sustancial, la actuación procesal se desarrolla bajo el respeto a los derechos fundamentales de partes e intervinientes en el proceso penal y sobre la necesidad de lograr la eficacia en la misión estatal de administrar justicia<sup>79</sup>. El juicio oral deviene bajo principios rectores tales como: libertad (Art. 2° C.P.P.), legalidad (Art. 6° C.P.P.), oralidad (Art. 9° C.P.P.), contradicción (Art. 15 C.P.P.), intermediación (Art. 16 C.P.P.), concentración (Art. 17 C.P.P.), publi-

<sup>78</sup> Luis Camilo Osorio Isaza, en Prólogo al nuevo Código de Procedimiento Penal. Corporación Excelencia en la Justicia, Bogotá D.C. septiembre de 2004.

<sup>79</sup> Código de Procedimiento Penal. Art. 10.

dad (Art. 18 C.P.P.) y cláusula de exclusión (Art. 23 C.P.P.), entre otros.

Bajo estos principios, la actuación procesal en el juicio busca, con fundamento en las pruebas practicadas y debatidas allí, que el juez defina si ha adquirido suficiente conocimiento, más allá de duda razonable, para dar como acaecido un delito y afinar la responsabilidad del mismo en el acusado, o por el contrario, no tiene elementos jurídicos, fácticos ni probatorios que le permitan llegar a ese conocimiento<sup>80</sup>.

En nuestro juicio acusatorio ya no hay prueba en el expediente y el juez es expuesto a ella en un ámbito de contradicción adversativo, mediante el interrogatorio y el contrainterrogatorio. Es ayudado en su tarea de valoración y resolución por las intervenciones de las partes, principalmente por medio de sus declaraciones iniciales y de clausura. Tiene que efectuar, al fin del juicio, la ardua labor intelectual de análisis de la prueba y su relación o pertinencia a las normas jurídicas que motivan la acusación. Para que todo funcione, el juez se impone como árbitro y autoridad de control sobre la actuación de las partes.

El juez ya no es el que controla la investigación, es el fiscal con intervención del juez, sólo en la medida que requiere control para determinadas diligencias que afecten derechos fundamentales. El papel del juez no se reduce, más bien se racionaliza en la etapa más importante del proceso: el juicio. Él es la pieza central alrededor de la cual la actuación de las partes gira, ya que todos los esfuerzos se dedican a convencerle de alguna verdad<sup>81</sup>.

Los alegatos de apertura y de cierre, los interrogatorios y contrainterrogatorios, actividades centrales del juicio oral, tienen como propósito la producción ordenada de la prueba para exponérsela al que la recibe y tiene el deber de “decidir” sobre su significado jurídico: el juez. Por tanto, el empeño del juez es asegurar que ésta sea legal y conducente. En adición, debe asegurar que la conducta de las partes y sus pretensiones dentro del juicio obedezcan las exigencias de la economía judicial, la ética y la urbanidad, ya que es el juez la única “autoridad” capaz de asegurar estos elementos tan importantes y transparentes, dentro de una tradición oral donde impere la publicidad.

### 3. AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE LA ACUSACIÓN-ESTRUCTURA BÁSICA

Presentado por parte de la Fiscalía el escrito de acusación<sup>82</sup> ante el juez de conocimiento competente, éste deberá señalar fecha y hora para la realización de la audiencia de formulación de la acusación. Esta audiencia deberá citarse dentro de los (3) tres días siguientes al recibo del escrito de acusación. El término para su realización no está señalado en la ley, por tanto, debe ser fijado por el juez, sin superar cinco días<sup>83</sup>.

**Objeto de la audiencia:** 1. Revisar el cumplimiento de los requisitos formales del escrito de la acusación.<sup>84</sup> 2. Que las partes y el Ministerio Público presenten causales de impedimento, recusación o nulidades (Arts. 339 y 341 C.P.P.). 3. Formulación oral de la acusación (Art. 339 C.P.P.). 4. Determinar la calidad de víctima, y reconocer su representación

80 Código de Procedimiento Penal. Art. 381.

81 Ver Francesco Carnelutti, *Las Miserias del Proceso Penal*, Ed. Temis, Bogotá, 200182. Ver requisitos del escrito de acusación en el Art. 337 C.P.P.

83 Código de Procedimiento Penal. Art. 159.

84 En otros países esta audiencia tiene por objeto que el juez determine, con base en los medios cognoscitivos recogidos durante la investigación, si existe probabilidad de la participación del acusado en la conducta punible y, por tanto, la necesidad de su juzgamiento; en Colombia, este control de garantías que tiene por objeto evitar acusaciones, arbitrarias, injustas, por razones políticas o de índole similar, no quedó consagrado y la revisión sólo es formal.

legal, si se constituye (Art. 340 C.P.P.). 5. Adoptar, si así se solicitan, medidas de protección de víctimas o testigos (Art. 342 C.P.P.). 6. Iniciar el descubrimiento de elementos materiales probatorios, evidencia física o información (Art. 344 C.P.P.). 7. Si la defensa presenta una defensa afirmativa con base en una causal de inimputabilidad deberá descubrir los elementos materiales que la respalden (Art. 344 C.P.P.). 8. Suspender condicionalmente el procedimiento como forma del principio de oportunidad si el acusado lo solicitó y fue aceptado por la Fiscalía (Art. 343 C.P.P.).

- **Iniciativa para su realización o requirente.** El juez debe fijarla una vez que reciba el escrito de acusación por parte de la Fiscalía (Art. 338 C.P.P.).

- **Fundamento jurídico para su requerimiento.** Sanear el procedimiento y garantizar que en la audiencia del juicio oral no se presenten incidentes que suspendan o retrasen el desarrollo del debate oral o atenten contra el principio de concentración. Garantizar que la defensa y el imputado conocen los hechos sobre los cuales versará el juicio y que puedan preparar la defensa conociendo los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información que descubrió, recogió y preparó la Fiscalía.

- **Fundamento fáctico para su requerimiento.** "...cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe"<sup>85</sup>.

- **Participantes de la audiencia.** Obligatorio, el Fiscal y el defensor. Facultativos, el acusado, el Ministerio Público y la víctima. Si el acusado está privado de la liber-

tad debe citarse y si no desea asistir o se muestra re-nuente a su traslado, la audiencia se celebra sin su presencia (Art. 339, Inc. 3° C.P.P.).

- **Momento en que se debe desarrollar.** Dentro de los treinta días después de la formulación de la imputación<sup>86</sup>, contando además tres días para fijación de fecha y hora de la audiencia luego de presentado el escrito de acusación y cinco días para la celebración de la audiencia.

- **Desarrollo de la audiencia.** El juez de conocimiento instalará la audiencia, verificará la presencia de la Fiscalía y la defensa y constatará si está presente otro interviniente y el Ministerio Público. Concederá la palabra en primer lugar a la Fiscalía, luego a la defensa y al Ministerio Público para que se pronuncien sobre la existencia de alguna (s) causal (es) de impedimento, recusación o nulidad, si existieren. La defensa y el Ministerio Público podrán hacer observaciones al escrito de acusación y señalar si se incumplió alguno de los requisitos establecidos en el C.P.P. En este caso, se concederá la palabra a la Fiscalía para que lo aclare, adicione o corrija. Corregida, adicionada o aclarada la acusación, si hubo lugar a ello, el juez concederá la palabra al fiscal para que formule la acusación. Si el Juez acepta alguna causal de impedimento, suspenderá la audiencia y remitirá el escrito al funcionario competente, si prospera la recusación, se enviará el escrito al superior funcional quien deberá resolver de plano, dentro de los tres días siguientes. Si se presenta una nulidad no subsanable el juez la declarará. Si dentro de la audiencia el acusado solicita la suspensión condicional del procedimiento a prueba, el Juez permitirá que dialogue con la Fiscalía para llegar a un acuerdo, determinar las condiciones a cumplir y el tiempo de las mismas. Si la Fiscalía aplica el criterio de oportunidad, el juez así lo decla-

85 Código de Procedimiento Penal. Art. 336.

86 Código de Procedimiento Penal. Art. 175.

rá y quedará suspendida la convocatoria a la audiencia preparatoria por la aplicación futura del principio de oportunidad por renuncia a la acción penal o la reanudación del procedimiento por no cumplimiento de las condiciones impuestas por la Fiscalía. (En este caso el juez no revisa la legalidad de la aplicación del principio de oportunidad ya que no extingue la acción penal sino que suspende el procedimiento una vez se formule la acusación).

- **Decisiones (Art. 343 C.P.P.).** 1. Formulación de la acusación con las correcciones incorporadas, si hubo lugar a ellas y fijación de la fecha, hora y sala o recinto para la celebración de la audiencia preparatoria., orden para completar el descubrimiento si así fue solicitado. 2. Si se presentó un preacuerdo entre las partes, el juez lo aprobará si con el mismo no se han violado derechos fundamentales o garantías esenciales. 3. Si el acusado dentro de la audiencia solicitó a la Fiscalía la suspensión condicional del procedimiento y ésta estuvo de acuerdo y aplicó el criterio de oportunidad, el juez decretará la suspensión del procedimiento, si legalmente corresponde. En este evento, primero debe proceder la formulación de la acusación y luego la aplicación del criterio de oportunidad, porque es precisamente en ese estadio procesal (formulada la acusación) que procede la suspensión del procedimiento a prueba y de no cumplirse las condiciones, la actuación siguiente será la audiencia preparatoria.

- **Efecto de las decisiones.** Fijación del objeto del juicio, aprobación del acuerdo, suspensión condicional del procedimiento y determinación de las condiciones que deberá cumplir el acusado.<sup>87</sup> Si se aprobó un preacuerdo, el juez, previa verificación de que se hizo en forma libre, conciente, voluntaria, con conocimiento e ilustra-

ción, señalará fecha y hora para la realización de la audiencia de lectura de sentencia<sup>88</sup>.

- **Formalidades de la decisión.** Grabación de la audiencia y acta que contenga las decisiones adoptadas.

- **Recursos.** No proceden. Si se presentaron impedimentos, recusaciones o nulidades subirá donde el superior funcional del juez para que resuelva de plano en tres días. Contra la decisión del superior no procede ningún recurso<sup>89</sup>.

## 4. AUDIENCIA PREPARATORIA

### 4.1. Propósitos generales

Esta audiencia es dirigida también por el juez de conocimiento, como etapa de planeación y asentamiento del juicio, para que se proceda de forma justa, expedita y ordenada, desde la perspectiva de la eventual fluidez y coherencia del juicio oral, ya que se debe utilizar para la planeación del mismo. Permite que el juez y las partes lleguen a acuerdos acerca de aspectos preliminares, tales como el orden en que se van a presentar las respectivas pruebas, la identificación de los hechos y aspectos no controvertidos<sup>90</sup> (estipulaciones), las solicitudes de exclusión de pruebas ilegales por cualquier motivo, etc.

La audiencia preparatoria representa la oportunidad para que las partes, principalmente la defensa, rebatan las pretensiones de la Fiscalía de introducir pruebas que pueden ser ilegales. En este caso, el juez excluirá la práctica o aducción de medios de pruebas ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o consigui-

87 Código de Procedimiento Penal. Arts. 325 y 326.

88 Código de Procedimiento Penal. Art. 351, inc. 4°.

89 Código de Procedimiento Penal. Art. 341.

90 Al respecto de este último, un ejemplo común sería la idoneidad de algún perito o la capacidad de un testigo.

do con violación de las Garantías Fundamentales<sup>91</sup>.

De acuerdo con lo anterior y según lo normado en el artículo 356 del C.P.P., el objeto de la audiencia preparatoria es el siguiente:

- Ventilar problemas y deficiencias acerca del procedimiento continuado de descubrimiento<sup>92</sup>. La sanción inmediata por no haber cumplido con el descubrimiento de todo elemento de cargo es su rechazo como prueba en el juicio, salvo que se acredite que su descubrimiento se omitió por causas no imputables a la parte que ofrece el medio probatorio.
- Descubrir los elementos materiales probatorios en poder de la defensa. El juez debe velar para que la defensa no guarde ni oculte algún elemento material de prueba que pretenda hacer valer en el juicio, esto para que el fiscal tenga oportunidad de estudiar cualquier elemento e investigar su procedencia y carácter.
- Enunciar las pruebas de la Fiscalía y la defensa para el juicio. Este procedimiento permite al juez estimar el tiempo necesario para el juicio y, en atención a esto, indagar acerca de los testigos y los estimados de tiempo de cada parte. Por eso es importante que exista algún tipo de constancia acerca de lo dicho, siendo probable que, según la complejidad del entorno probatorio, el juez quiera levantar un acta registrando lo mismo para que sirva de guía en el juicio.
- Que las partes manifiesten si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias<sup>93</sup>, en cuyo caso el acuerdo

debe presentarse en la audiencia de juicio oral, ser introducido durante el debate probatorio y solicitada su admisibilidad ante el juez.

- Oír al acusado en eventual aceptación de cargos, en cuyo caso la sentencia será reducida hasta en la tercera parte la pena a imponer<sup>94</sup>. En este caso el juez debe inquirir al acusado, a la defensa y al fiscal, para cerciorarse de que la aceptación es producto de la propia voluntad del acusado con pleno conocimiento de las consecuencias. Todo esto debe quedar grabado para tener constancia en acta de lo sucedido, tanto para efectos de transparencia, como para dejar constancia contra cualquier impugnación posterior con base en fraude, coacción o falta de conocimiento de las consecuencias de su aceptación. Una forma de verificar esta capacidad, conocimiento, libertad e ilustración, es con preguntas que incluyan, por ejemplo:

- \* La edad, el grado de escolaridad y otras circunstancias que demuestran la capacidad del acusado.
- \* Si consume alguna sustancia o medicamento que le impida entender bien.
- \* Si está recibiendo algún tratamiento psicológico o psiquiátrico.
- \* Si conoce y entiende sus derechos tales como que su inocencia se presume y que para ser condenado la misma debe ser desvirtuada por pruebas de la Fiscalía, que no está obligado a declarar en su contra, que no está obligado a probar su inocencia, que tiene derecho a un juicio y a controvertir la prueba que presente la Fiscalía, etc.
- \* Si conoce los elementos materiales de prueba o

91 Código de Procedimiento Penal. Arts. 23 y 360.

92 "Continuado" en el sentido de que este proceso se viene realizando por parte de la Fiscalía a partir de la audiencia de lectura de la acusación.

93 Código de Procedimiento Penal. Art. 356-4.

94 Código de Procedimiento Penal. Art. 352.

evidencia física y los medios de prueba que se han ofrecido en su contra.

- \* Si su abogado lo ilustró suficientemente acerca de las diferentes opciones que tiene y de las consecuencias de hacer esta declaración o un preacuerdo de culpabilidad.
- \* Su entendimiento acerca de los cargos que pretende aceptar, la sentencia que se impondrá, los derechos a que pretende renunciar, etc.
- \* Si ha habido promesas o amenazas por parte de cualquier persona para que acepte los cargos.
- \* Si efectivamente hay base fáctica y jurídica para sustentar la aceptación de los cargos.

## 4.2. Estructura básica de la audiencia preparatoria

• **Objeto de la audiencia** (Art. 356 C.P.P.): 1. Revisar si el proceso de descubrimiento de prueba por parte de la Fiscalía fue completo y leal. 2. Enunciar las pruebas que cada parte hará valer en el juicio, incluida la prueba anticipada y los elementos materiales probatorios que desean introducir en la audiencia oral de juzgamiento. 3. Que la defensa descubra los elementos materiales probatorios y evidencia física que hará valer en el juicio. 4. Solicitar la exclusión de los medios de conocimiento o prueba que deban ser rechazados de acuerdo con las reglas de prueba. 5. Que las partes hagan las manifestaciones sobre estipulaciones probatorias. 6. Que el acusado manifieste si acepta o no los cargos a efectos de obtener rebaja de pena y se proceda a dictar sentencia, o que las partes manifiesten si hubo un preacuerdo entre ellas.

• **Iniciativa para su realización o requirente.** El juez la fija en la audiencia de formulación de la acusación.

• **Fundamento jurídico para su requerimiento.** Garantizar que el descubrimiento de prueba haya sido completo y en caso contrario, anticipar la no admisibilidad posterior del medio de prueba que contiene la información o puede establecer el hecho. Garantizar que al juicio sólo entre la prueba pertinente y admisible por ser legal y lícita. Garantizar que las partes no recibirán sorpresas en el juicio porque conocen los medios de conocimiento y los elementos materiales probatorios que se presentarán y exhibirán en el juicio oral. Evitar dilaciones injustificadas del proceso, procediendo a dictar sentencia inmediata, si el acusado acepta los cargos formulados en la acusación o si realizó un preacuerdo respecto de estos.

• **Participantes de la audiencia.** Obligatorios, el fiscal y el defensor. Facultativos, el acusado, el Ministerio Público y la víctima.

• **Momento en que se debe desarrollar.** Entre quince y treinta días después de haberse realizado la audiencia de formulación de la acusación.

• **Desarrollo de la audiencia** (Art. 356 C.P.P.). El juez de conocimiento instala la audiencia, verifica la presencia de la Fiscalía y la defensa y constata si está presente otro interviniente y el Ministerio Público. El juez concede la palabra a las partes para que manifiesten si ha quedado completo el procedimiento de descubrimiento de prueba, o señalen algún elemento material o información que conozcan y no se le haya descubierto. Si la defensa formuló algún reparo al descubrimiento se otorga la palabra a la Fiscalía para que controvierta las afirmaciones, si lo solicitado está excluido como material o información que deba descubrirse, o para que entregue lo requerido por la defensa. En seguida, se da la



palabra a la Fiscalía para que haga lo propio. El juez ordena a la defensa que descubra los elementos materiales probatorios y evidencia física que posee y que pretende hacer valer en el juicio oral (la defensa no debe descubrir aquellos elementos probatorios recogidos durante su investigación que incriminen a su cliente, salvo que los piense hacer valer de alguna manera en el juicio oral). Si la defensa ha anunciado que ejercerá una defensa afirmativa el juez exigirá que descubra todos los elementos materiales probatorios e información que posea y que fundamente la misma.

Resuelto lo relativo al descubrimiento, el juez preguntará a las partes si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias y, si así se lo solicitan, podrá decretar un receso hasta de una (1) hora para que las partes discutan el punto.

Acto seguido, el juez le concederá la palabra a la Fiscalía para que enuncie las pruebas que pretende hacer valer en el juicio, enseguida oír a la defensa sobre su solicitud de pruebas.

Si alguna de las partes pretende que se declare la ilegalidad de algún elemento material o evidencia física o un medio de prueba, deberá entregar el fundamento jurídico y fáctico para ello. Hecho esto, el juez concede la palabra a la contraparte para que controvierta los fundamentos dados por quien pretende la exclusión del medio de conocimiento. Si el juez lo requiere, puede interrogar a testigos solamente para clarificar puntos específicos en controversia. Oída a las partes y el Ministerio Público si estuviere presente, el juez se pronunciará sobre las solicitudes de exclusión, indicando, si es así, los motivos por los cuales rechaza

un determinado medio de prueba. Acto seguido, el juez decreta la práctica de las pruebas pertinentes en la audiencia del juicio oral, siempre y cuando hayan sido ofrecidas y no fueron rechazadas.

Según las prescripciones del artículo 362 C.P.P., el juez formaliza el orden en que debe presentarse la prueba, primero la de la Fiscalía y luego la de la defensa.

Resuelto sobre la exclusión o rechazo de los medios de conocimiento o prueba propuestos por las partes y en forma excepcional por el Ministerio Público, si hubo lugar a ello, el juez resuelve sobre la solicitud, si se presenta, para exhibir en esta audiencia los elementos materiales probatorios que ofrecen las partes<sup>95</sup>.

Finalmente, el juez concede la palabra al acusado que manifieste si acepta los cargos formulados en la acusación. En caso positivo, el juez verificará que se trata de una declaración libre, conciente, con conocimiento, debidamente ilustrada y asesorada sobre los derechos y las consecuencias de hacerlo, y si es así, procederá a dictar sentencia reduciendo en una tercera parte la pena a imponer.

Si no hubo aceptación de los cargos, procederá a fijar la fecha, hora y lugar para la audiencia del juicio oral.

• **Decisión.** Sentencia en virtud de la aceptación de los cargos formulados por la Fiscalía. 1. Decretar las pruebas solicitadas y admitidas por el juez. 2. Aceptación de las estipulaciones hechas por las partes para ser introducidas al juicio. 3. Determinación sobre el orden en que se presentará la prueba de la Fiscalía y luego la de la defensa. 4. Fijación de la fecha y la hora para el inicio

95 Código de Procedimiento Penal. Art. 358.



de la audiencia del juicio oral (dentro de los treinta días siguientes).

- **Efecto de la Decisión.** Establecer las reglas que regirán durante el juicio oral en cuanto a práctica de pruebas.
- **Formalidades de la decisión.** Grabación de la audiencia y acta que contenga las decisiones adoptadas.
- **Recursos.** Contra la decisión del juez de inadmitir un medio de conocimiento o prueba proceden los recursos de reposición y el de apelación en el efecto suspensivo.

### 4.3. Situaciones especiales

#### 4.3.1. Exclusión o rechazo de prueba

Durante la audiencia preparatoria el juez decidirá sobre las solicitudes de exclusión de medios de prueba. Se rechazan los medios probatorios que violan alguna regla establecida por la constitución y/o por el Código de Procedimiento Penal. Ejemplos serían, prueba de referencia u “oidas” (Arts. 437 a 441 C.P.P.), pertinencia de alguna prueba (Art. 375 C.P.P.), cadena de custodia (Arts. 254 a 266) o algún problema de autenticidad de algún documento o elemento físico, valor perjudicial excesivo (Art. 376 C.P.P.), etc. Esta audiencia proporciona a las partes la oportunidad de anticipar las oposiciones a la práctica de las pruebas y garantizar que el juicio se realice con la prueba válidamente admitida para su práctica.

La no exclusión de un medio de prueba no significa la valoración positiva del juez para adjudicar un hecho o

una circunstancia, ya que su práctica, incorporación y valoración se dará en el juicio. Esta decisión de rechazo o exclusión permite a las partes ajustar su estrategia y su teoría del caso de conformidad con la realidad de la prueba que se practicará.

El juez debe promover en toda ocasión tales cuestionamientos de parte, teniendo en cuenta la economía procesal y el buen desarrollo del juicio. Las solicitudes de rechazo o exclusión son proferidas por la parte que se opone a la prueba, y el juez falla sobre tal solicitud con toda tranquilidad, ofreciendo a la parte contraria la oportunidad de réplica y fundamentación.

Para tal efecto pueden ser convenientes dos mecanismos:

- Que el proponente haga un ofrecimiento de prueba describiendo de qué se trata, su fuente y propósito, y su contenido, con detalles suficientes como para que el juez tenga elementos de juicio para resolver. En tal caso, es importante que esta presentación verbal sea clara y que el juez la conserve en sus apuntes o mediante acta, para que en el momento de incorporación al juicio se asegure que la prueba es la misma.
- En caso de una prueba complicada o duda acerca de la versión del proponente o el opositor, excepcionalmente el juez debe escuchar la misma o examinar una versión escrita si la hay.

#### 4.3.2. La prueba ilícita e ilegal

La prueba ilícita es la que, siendo pertinente, fue recopilada o descubierta con violación de los derechos

fundamentales y garantías constitucionales (o las pruebas descubiertas o derivadas a raíz de tales pruebas), de tal forma que los derechos del imputado serían vulnerados de ser incorporada y valorada en su contra en el juicio. Prueba ilegal es la recopilada o descubierta con violación de los requisitos legales. Si bien es cierto que el juez de garantías ejerce control sobre algunos aspectos de las etapas previas y de la actuación de la Fiscalía y de la policía judicial, hasta tanto no haya controversia y la entrada al proceso de la defensa, la ilegalidad o ilicitud de la prueba no se vislumbra en todos los casos. En los esquemas adversariales/orales, la defensa, cuyo interés es poner a prueba la teoría del fiscal, puede cuestionar la legalidad o ilicitud de la prueba y poner en evidencia sus defectos. Esto se hace en varias etapas incluyendo en el mismo juicio y el juez tiene una especial encomienda al respecto, ya que es él quien debe respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso.

Es importante recordar, sin embargo, que en el ambiente acusatorio-adversarial son las partes quienes deben elevar estas cuestiones a la consideración del juez. Sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 29 de la Constitución Política.

Cuando a la parte opositora le es evidente la ilegalidad o ilicitud de algún medio probatorio anterior al juicio, lo cuestiona en la audiencia preparatoria mediante la solicitud de exclusión del mismo. Para efectos de notificación y debida preparación, es recomendable que el recurrente haga la solicitud en forma escrita fundamentándola brevemente, previo a la audiencia. Si hay necesidad de citación de testigos o peritos, se debe puntualizar la misma y pedir que sean

citados a la audiencia. Esto permitirá que el proponente, generalmente el fiscal, prepare su respuesta. Además permitirá que se citen a audiencia para efectos de declarar, a los testigos que sean necesarios. Por ejemplo, si se alega alguna falsedad en la fundamentación de algún registro domiciliario sin orden del fiscal, hecho con base en el supuesto consentimiento del imputado. En este caso, ¿cómo se demuestra si hubo o no consentimiento real (versus coacción)? Por la declaración de los que lo recibieron y del que lo dio. Esto garantiza la inmediación y la publicidad, además de cumplir con el principio de contradicción.

De todo esto surge que en la audiencia preparatoria puede darse alguna controversia que no tiene que ver directamente con los fines del juicio, pero que es conveniente resolver anticipadamente.

Al respecto la audiencia podría seguir los siguientes pasos:

- Asegurar la presencia de las partes e intervinientes necesarios para la realización de la diligencia.
- Conceder la palabra a quien solicita la exclusión para que explique su posición.
- Dar la palabra para los mismos efectos a la otra parte y al Ministerio Público.
- Permitir que el solicitante presente la legalidad de sus pruebas mediante el interrogatorio de los testigos.
- Permitir que la otra parte contrainterrogue y que presente sus testigos, los cuales serán contrainterrogados por el solicitante.
- Permitir la argumentación y requerir que las partes fundamenten sus argumentos en la prueba y en el derecho.

#### 4.4. Actas

Aunque toda la audiencia debe grabarse, dada la trascendencia de algunas de las diligencias de la audiencia preparatoria, es conveniente que las decisiones sean consignadas en el acta. Lo obvio son las situaciones que pueden afectar un derecho fundamental o la integridad del juicio, por ejemplo, la exclusión de alguna prueba ilícita o inadmisibles. Pero también las decisiones que orientan el juicio, las estipulaciones y los acuerdos acerca de las pruebas de cada parte. Son útiles tanto para el juez como para las partes posteriormente, sobre todo durante el juicio, cuando de pronto una parte no sigue los lineamientos asentados durante la audiencia.

Un procedimiento útil al respecto es buscar que las partes estén de acuerdo con lo asentado en el acta, mediante la provisión de un borrador solicitando sus observaciones y sugerencias antes de oficializarse aquel.

#### 4.5. La prueba anticipada

(Arts. 284 y 285 C.P.P.)

La prueba anticipada representa una oportunidad excepcional de incorporación de pruebas previamente al juicio, cuando existen circunstancias o “motivos fundados”, que permitan prever:

- Que sobrevendrá la muerte del testigo.
- Su ausencia prolongada y difícilmente evitable.
- Su incapacidad u otra amenaza similar.

Las solicitudes de prueba anticipada se presentan durante la investigación y hasta antes de la instalación de la audiencia de juicio oral, y de ser admitida, el juez de

control de garantías debe citar a las partes, como si fuera un juicio, aplicando las mismas reglas de prueba y del juicio.

El hecho de que las actuaciones del proceso pueden tomar lugar en cualquier sitio idóneo, implica lo obvio: que en caso de un testigo hospitalizado o en otra circunstancia que le imposibilite estar en la sala de juicios, el juez y las partes se deben trasladar a donde esté él, para la realización de procedimiento. Algunas circunstancias que pueden fundamentar la necesidad de practicar una prueba anticipada son:

- La enfermedad o estado físico de algún testigo clave que indique la improbabilidad de que pueda asistir al juicio, porque se puede morir primero o porque no puede tolerar el traslado.
- El inminente traslado hacia el exterior de alguna persona, antes de la probable fecha del juicio.
- El estado de indigencia y desarraigo de alguna persona, quien en el momento se encuentra localizable, pero con poca probabilidad de declarar por estilo de vida o indigencia.
- Un viajero o comerciante que se encuentra temporalmente en el país.
- Un diplomático o personal técnico de alguna embajada, quien puede ser trasladado de un momento para otro.
- Personas no residentes del país.

En el evento en que la circunstancia que motivó la práctica de la prueba anticipada, al momento en que se dé comienzo al juicio oral, no se haya cumplido o haya desaparecido, el juez ordenará la repetición de dicha prueba en el desarrollo del juicio oral (Parágrafo 3° Art. 284 C.P.P.).

## 5. DECLARACIÓN INICIAL

(Art. 371 C.P.P.)

### 5.1. Importancia

Esta actuación, prácticamente la primera de naturaleza “adversarial”<sup>96</sup> al iniciar el juicio, es la primera oportunidad para que el juzgador conozca la posición de las partes en detalle, ya que idealmente es la expresión inicial de su teoría del caso.

El abogado preparado, que haya analizado e investigado adecuadamente su caso, aportará un elemento valioso al proceso de juzgamiento mediante una buena declaración inicial, esto sin perjuicio de que la defensa por razones estratégicas se abstenga. Presenta de manera sintética y adecuada su teoría y cómo la va a probar durante el juicio. En cambio, el que no se prepara, no sólo queda mal, sino que pierde credibilidad con el juez y el jurado (si existe) pierde el tiempo y también los recursos de las instituciones a cargo de la administración de la justicia.

El propósito de esta declaración no es argumentar ni persuadir, sino simplemente declarar los hechos, darle al juzgador una vista coherente de lo que es su posición (lo que él diría, es su “teoría del caso”) y anticipar el orden y contenido de la prueba que va a presentar.

La declaración inicial le sirve al juez como una contextualización que le ayuda a seguir con mayor comprensión la presentación de cada parte. Para las partes es el filtro a través del cual quieren que el juez vea la práctica y valore las pruebas.

Es análogo, en cierto sentido, al ordenamiento lógico y

cronológico de un expediente o de un resumen, pero a viva voz. Cuando no se tiene a mano el expediente tradicional con las principales piezas probatorias es esencial una “inducción” al proceso de juzgamiento, para quien no ha conocido detalles de su marco fáctico.

La declaración inicial debe poner en relieve la controversia al juzgador, cosa que lógicamente el juez querrá saber, ya que al cerrar la etapa de pruebas, después de los alegatos finales, tiene que resolverla.

### 5.2. Utilidad

Para que la declaración inicial sea útil al juez, debe obedecer las siguientes reglas:

- **El abogado debe ser breve y conciso.** El juez debe considerar, al abrir el juicio o durante la audiencia preparatoria, acordar con las partes un tiempo máximo para cada intervención. Posteriormente debe controlar los tiempos estrictamente.
- **No se debe permitir argumentación.** Esto ocurre cuando el discursante intenta adscribir un significado a la prueba anunciada, hacer argumentos jurídicos o especular sobre hechos no probados. Un ejemplo sería la utilización de analogías para explicar la prueba: “es como” o “si fuera”, etc. En esencia, el control de las intervenciones radica en el juez y lo que él considera, tomando en cuenta el propósito útil para su comprensión. Hacer argumentación en la declaración inicial es siempre objetable.
- **Se puede permitir la utilización de apoyos visuales.** La declaración inicial es un mero anuncio

<sup>96</sup> Este término se utiliza para enfatizar uno de los valores más importantes de lo acusatorio: la contradicción como mejor instrumento en la determinación de la verdad.

de lo que la parte cree va a ser la prueba que sustenta su teoría. Es permitido utilizar cualquier apoyo técnico visual, siempre y cuando sea una forma de expresión eficiente y le ayude al juzgador a comprender mejor la ponencia.

- **Controlar los tiempos, conducta y contenidos.** El juez debe saber lo que se requiere y no hay lugar para conductas escandalosas, aseveraciones lesivas a la dignidad de ninguna persona, ni material inconducente (de ahí la proscripción de la argumentación).
- **Mantener la mente abierta.** Debe recordarse que a esta altura del proceso no se tienen elementos de juicio suficientes como para formular una tesis. Estas intervenciones pueden ser muy útiles a manera de trasfondo, pero de igual manera, si las partes no comprenden o se salen del marco, simplemente hacen perder el tiempo del juzgador. Hasta tanto el juez no se retire a deliberar no debe tomar una decisión.

Es recomendable tomar apuntes durante esta fase. Revisar estos apuntes es una manera efectiva de poder seguir el proceso probatorio, entender las posiciones de las partes y mantener el control.

### 5.3. Escenarios de intervención del juez

#### Argumentación impropia

**Fiscal:** La conducta de la acusada no es solamente repugnante sino abusiva, deshonesto y...

**Defensa:** Oposición - Argumentación.

**Juez:** Sr. fiscal, adscribase a las reglas y propósitos de

la declaración inicial y no argumente ni caracterice las pruebas que pretende incorporar.

#### Argumentación jurídica

**Defensor:** Y el Sr. fiscal está muy equivocado cuando dice que este es un hurto calificado, ya que el Profesor Luis Fernando Tocora nos dice en su obra Derecho Penal que ...

**Fiscal:** Oposición - Argumentación.

**Juez:** Sr. defensor, ésta no es la ocasión de presentar argumentos legales. Con fundamento.

#### Exposiciones inconducentes

**Fiscal:** Y cuando yo era niño solía andar por las orillas del caudaloso Río Magdalena en los atardeceres tropicales de aquella época...

**Defensa:** Oposición - Impertinente.

**Juez:** Fundada.

En estos escenarios se presume que ha habido oposición por parte de la contraparte, quien está en su derecho de oponer y objetar la intervención si es inoportuna e inapropiada. Si no se presenta oposición, le incumbe al juez controlar los excesos.

### 5.4. Interrogantes

**¿Qué pasa si al terminar una declaración inicial el panorama queda confuso o provoca incertidumbre?**  
En casos como este, el juez, si se trata de juicio con ju-

rado, no debe intervenir, ya que esto invade la función del mismo. En cambio, si es juicio en derecho, es decir, con juez único o tribunal colegiado (caso Costa Rica o Guatemala), el juez puede pedir claridad sobre puntos específicos ya que las declaraciones iniciales son para ilustrarlo acerca de la teoría del caso de las respectivas partes.

### **¿El Juez puede limitar la actuación de las partes?**

Sí, en los términos mencionados. El derecho a la defensa no incluye la oportunidad de hablar interminablemente en meros alegatos. Tampoco incluye una licencia libre para incurrir en todo tipo de irrelevancias o divagaciones impertinentes. Lo mismo se aplica al fiscal. El tiempo lo debe concertar el juez antes de comenzar las declaraciones, tomando en cuenta la complejidad del caso, la seriedad o gravedad de la acusación, la naturaleza y complejidad de la probable prueba.

### **¿Se debe permitir intervenir a más de un abogado por parte?**

No es conveniente. Durante la audiencia preparatoria o en algún momento oportuno antes de iniciar el juicio, el juez debe fijar las reglas de juego. Entre estas debe figurar la proscripción de intervenciones múltiples.

### **¿Es necesario esperar una oposición antes de actuar?**

Sí, las oposiciones son una ayuda para el juez. No obstante éste ejerce el control necesario para asegurar la regularidad, la economía procesal, la actuación leal y la ética de las partes.

## **6. INTERROGATORIO Y CONTRAINTERROGATORIO**

### **6.1. Aspectos generales**

El Sistema Acusatorio permite interrogatorio directo, contrainterrogatorio, re-directo y re-contra, como mecanismo por excelencia de producción de prueba en el juicio oral. Estas figuras son sujetas a varias reglas para fines de asegurar la espontaneidad del testimonio y su veracidad en función de la oportunidad de contradicción. El juez es el receptor del producto de estas diligencias tan cruciales; pero también es el árbitro, que decide las cuestiones preliminares de conducencia, pertinencia, utilidad, etc.

Siendo esto así, la observación de las reglas que rigen la producción de la prueba mediante sus principales vías (el interrogatorio y el contrainterrogatorio), se debe concentrar en los siguientes factores:

- La legalidad.
- La pertinencia.
- La eficiencia y la economía procesal.
- La igualdad de oportunidades de las partes.

Es usual que los testigos sean preparados por parte del que les cita a declarar. Preparar al testigo en el sentido de familiarizarlo con los temas del interrogatorio, advertirlo acerca de lo que podría ser el contrainterrogatorio, ilustrarlo sobre los procedimientos, los actores y el ambiente físico de la sala de debate, es legítimo y deseable, ya que hará más fluida y eficiente la presentación de su testimonio. Desde luego, si una parte excede las diligencias legítimas de la preparación del testigo, para

efectos de cambiar o distorsionar u ocultar lo que tiene que decir el testigo, es asunto de acción por parte del juez y la justicia.

El control de estos hechos, aparte de sus implicaciones disciplinarias y penales, radica en varios niveles para efectos del juicio:

- Del contrainterrogatorio se espera que salgan a la luz tales eventos o inferencias. El buen litigante siempre intentará indagar sobre las conversaciones que haya tenido el testigo con la parte o su abogado, previo el juicio, y el juez debe permitir un marco razonable para estos efectos, ya que la credibilidad del testigo siempre es tema del contrainterrogatorio. Si el Juez aún tiene inquietudes al respecto, debe continuar la indagación para aclarar el asunto. Un ejemplo sería:

**Defensor:** Doña Clarita, usted ha hablado con el fiscal en preparación para este juicio, ¿verdad?

**CE:** Sí, en varias ocasiones.

**Defensor:** Y él le ha dicho lo que debe declarar, ¿cierto?

**CE:** ¡De ninguna manera! Él me hizo las preguntas que hizo hoy y dijo que debería decir la verdad.

**Defensor:** Ha hablado con el agente del CTI también, ¿no?

**CE:** Sí, en una ocasión.

**Defensor:** ¿Cuándo?

**CE:** Dos meses después de que la vi sacando cosas del Hospital.

**Defensor:** ¿Qué le dijo?

**CE:** Pues me dijo que María es mala persona por lo que había hecho y que había que parar estas cosas o se caía la reputación del Hospital.

La otra forma de control es la denuncia por cualquier medio. En este caso el juez invoca sus responsabilidades de control para poner fin a la conducta mediante la imposición de sanciones, ya que esto sería una clara violación de las responsabilidades de las partes que va al meollo del proceso, la averiguación de la verdad objetiva para poder resolver con base en ella. Es un intento de engaño dirigido al mismo juzgador. En cuanto a procedimiento, son temas que se deben ventilar en la audiencia preparatoria y que se deben elevar según la situación en los primeros momentos de cualquier caso, mediante advertencia por parte del juez. Ejemplo:

**Juez:** Antes de levantar esta audiencia, quiero estar claro con todos que este juez no tolerará ninguna intervención con los testigos, dirigida a intimidar o distorsionar sus testimonios, ¿estamos de acuerdo?

**Fiscal:** Sí, Señor.

**Defensor:** De acuerdo.

El juez sólo intervendrá cuando haya noticias de conducta prohibida, ya que es él quien tiene la responsabilidad de control de la gestión de las partes dentro y fuera del juicio.



## 6.2. El interrogatorio

El interrogatorio es el principal procedimiento mediante el cual se incorpora la prueba al proceso, ya sea directa, indiciaria o documental. Se realiza por el proponente del testigo. Si es prueba de cargo, por el fiscal, y si es de descargo, por el defensor. Se dice que el juez sirve de árbitro en cuanto a la ejecución de esta fase crucial del juicio (y los demás también). Esto es muy cierto cuando hay jurado de por medio, pues tiene que asegurar que las pruebas que les llegan no sean perjudiciales, ilegales, inconducentes o confusas. Pero cuando el juez es el juzgador, debe jugar un rol más activo. Su tarea en este caso es asegurar la conducencia, la legalidad, la necesidad de la prueba, y velar por la agilidad y economía judicial (desde luego sin violar los derechos de las partes). Hay que tener claridad acerca de los fines de esta diligencia: *¡Es para que el juez reciba la información necesaria para decidir!*

Hay algunas reglas de conducta dirigidas a asegurar que lo que aporta el testigo no sea distorsionado. Lo principal (después de que sea pertinente el contenido) es que las preguntas hechas por el interrogador no sean sugestivas, es decir, preguntas que lleven dentro de sí la versión de respuesta que quiere el interrogador. La razón de esto es que el juzgador necesita percibir el conocimiento y los hechos que aportaría el testigo, no lo que piensa o quiere aportar el interrogador. Preguntas sugestivas hechas de mala fe para sacar algún supuesto de hecho que en realidad es falso o cuando menos tergiversado, constituyen deslealtad y quien las hace debe ser sancionado.

La prohibición en contra de las preguntas sugestivas (Art. 392-b C.P.P.) depende, en gran medida, de la percepción del juez.

De todas maneras hay ciertas preguntas sugestivas que el juez, en el interés de avanzar, debe permitir. Algunos ejemplos son:

- Para establecer asuntos preliminares como los particulares del testigo.
- Cuando la memoria del testigo esté agotada, siempre y cuando la pregunta se dirija estrictamente al tema.
- Cuando el testigo sufre de alguna incapacidad como edad avanzada, inteligencia limitada, niñez, etc. En estos casos el juez debe estar especialmente atento para frenar excesos que le quitan al testigo la palabra real.
- Cuando el testigo es hostil. Por ejemplo, cuando un amigo íntimo del acusado está llamado a declarar como testigo de cargo.

De igual manera, las preguntas complejas, las que contienen más de una pregunta, las que son confusas y las repetidas, se deben prohibir.

En cuanto a las situaciones especiales, tales como la incorporación de documentos, memoria refrescada, peritos, etc., estos temas ya fueron tratados en la Unidad 3. En todo caso el juez debe permitir la utilización de cualquier apoyo visual o de audio que sea conducente y tienda a esclarecer los hechos. De ahí que no es cuestión de admisibilidad, sino del valor que el juez le adscribe posteriormente.

### 6.2.1. Escenarios que requieren la intervención del juez

#### Forma de la Pregunta

##### Sugestivas

**Fiscal:** (A su testigo): La acusada estaba vestida de rojo, ¿verdad?

**Defensor:** Usted no tuvo ninguna intención de obtener algún tipo de provecho de los efectos que llevó, ¿cierto?

##### Capciosas (*son las que implican fraude o engaño*<sup>97</sup>)

**Fiscal:** ¿Usted regresó a su hogar después de cometer los hechos?

**Defensor:** Oposición, es capciosa ya que tiende una trampa para mi defendida, aprovechándose de su natural temor al fiscal, asume algo que no se ha probado, que ella cometió, “algún hecho”.

**Juez:** Con fundamento, absténgase de preguntas capciosas.

##### Argumentativas

**Defensor:** Pero ¡es imposible que usted haya podido ver con tanta claridad las acciones que acaba de describir!

**Fiscal:** Oposición, ¿está discutiendo con el testigo!

**Juez:** Con fundamento. Sr. defensor, su función no es discutir con los testigos. Si tiene más preguntas proceda.

### 6.3. El contrainterrogatorio

Este procedimiento ocurre cuando la parte opuesta confronta a un testigo inmediatamente después de ser interrogado. A menudo es el episodio más dramático de los juicios, ya que su propósito elemental es “poner a prueba la verdad”. Los propósitos del contrainterrogador son: sustraer información desfavorable al testigo y desacreditar su testimonio directo.<sup>98</sup>

El contrainterrogatorio es una ayuda muy importante en el proceso de decisión, ya que posibilita al juez valorar y sopesar el testimonio a la luz de todas las circunstancias. ¿Qué tal si, por ejemplo, tomando el caso de María Vives, la testigo Clarita Estrella, la única que vio a la acusada sacar los efectos de la víctima del hospital, también ha peleado con la acusada y guarda rencor en su contra? ¿Tendrían el mismo peso sus declaraciones si no se supiera este factor?

La tarea del juez es asegurar que el contrainterrogatorio no se vuelva un ataque sobre el testigo. Este momento, por su emoción, se presta para excesos de parte de los abogados.

Aparte de controlar la actuación y agresividad de las partes, algunas reglas de sentido común que debe aplicar el juez a esta diligencia son:

- No se debe permitir que el abogado haga una mera repetición del interrogatorio. Si las preguntas ya se hicieron, ya se dan por asentadas y no hay necesidad de repetir las. Salvo que se repita para

97 Manuel Osorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Ed. Heliasta, Buenos Aires 1981.

98 Goldstein and Lane, Goldstein's Trial Technique, Callaghan and Co. Mundelein Ill. 1969

sentar la base de lo que se quiere revelar con el contrainterrogatorio.

- No se debe permitir que el abogado incurra en terreno que no fue tema del interrogatorio directo. El propósito es examinar la veracidad y credibilidad del testimonio y de la persona, no abordar otros temas. Si hay necesidad de ello, el abogado le puede citar de nuevo cuando presente la prueba de su parte o pedir permiso, en cuyo caso ya no es contrainterrogatorio sino interrogatorio y las reglas del interrogatorio se aplican. Hay una salvedad importante: la credibilidad del testigo siempre está en juego y hechos que la afecten siempre son oportunos y permitidos aunque no se haya hablado de ellos durante el interrogatorio directo.
- No se debe permitir que el abogado discuta con el testigo. Las partes tienen que aceptar las respuestas de los testigos, a no ser que haya una declaración previa contradictoria o hechos conocidos o por conocer en el juicio que contradicen otros. En este caso el abogado puede acudir a la refutación utilizando estas declaraciones previas.
- Insultos, ataques personales infundados, groserías, etc., no deben tener lugar nunca en el juicio y proceder de esta manera es faltarle al respeto a la justicia. Constituye desacato.
- Si el juez considera que hay elementos que necesitan más desarrollo, debe hacer preguntas también. Complementarias.

Las preguntas sugestivas son admisibles en el contrainterrogatorio.

### 6.3.1 Escenarios que requieren la intervención del juez

#### Impugnación de declaraciones inconsistentes<sup>99</sup>

¿Si un testigo ha rendido en juicio versiones inconsistentes con su testimonio anterior, es permitido confrontarlo en contrainterrogatorio? Sí, definitivamente. Si las versiones inconsistentes se encuentran en declaraciones anteriores, el procedimiento es mostrárselas y asegurar que las puede identificar, para luego hacérselas leer.

**Defensor:** Usted conoce a Guillermo Malaespina ¿verdad?

**Testigo:** Sí, él me entrevistó y pidió que le dijera lo que sabía de María Vives y lo que había visto aquella noche.

**Defensor:** ¿Esta es su declaración?

**Testigo:** (Después de examinar el documento) Sí.

**Defensor:** Dirija su atención a la segunda página (indica dónde en el documento), ¿usted dijo esto?

**Testigo:** Sí.

**Defensor:** Léalo ahora, por favor.

### 6.4. El re-directo y el re-contrainterrogatorio

Después del contrainterrogatorio se le concede al proponente del testigo la oportunidad de aclarar temas que salieron allí. El Juez debe limitar esta intervención a los puntos estrictamente necesarios y pertinentes y no permitir ningún desborde fuera de dicho marco. El juez puede permitir “re-con-

99 Ver Art. 403, C.P.P.

trainterrogatorio” cuando aún hay necesidad de aclarar algo producido en el re-directo. Se debe recordar que el límite del redirecto son los temas tratados en el contrainterrogatorio y el límite del recontrainterrogatorio son los temas tratados en el redirecto. (Se hace énfasis en que son los temas, no las preguntas, ya que si se abordó un tema, Ej. Identificación se pueden hacer otras preguntas relativas al mismo).

## 7. ARGUMENTOS DE CONCLUSIÓN

*(Arts. 443 y 444 C.P.P.)*

### 7.1. Aspectos esenciales

Los argumentos de conclusión son para el juez la oportunidad de aprovechar, en un escenario adversativo, las perspectivas del fiscal y el defensor. Realizados correctamente pueden ser ayudas importantes en cuanto al análisis de la prueba, su valoración y el marco jurídico de las deliberaciones de juez o del jurado. Las reglas para el argumento de clausura son:

Se debe limitar a la prueba y sus inferencias y a los argumentos jurídicos relacionados.

Previo a los alegatos el juez, en consulta con las partes, debe fijar límites en cuanto al tiempo para cada intervención. Estos límites deben tomar en cuenta la complejidad de la prueba y el derecho aplicable y conceder un espacio adecuado para cada parte. En esta ocasión el juez debe hacer claras sus expectativas acerca de las intervenciones y qué espera de ellos. De forma directa o subliminal, puede dar a entender a las partes el no tolerar conductas y contenidos inapropiados o irrelevantes.

Como en todas las demás intervenciones, cuando hay

más de un fiscal, o más de un defensor por acusado, el juez debe insistir en la intervención de uno solo.

- Se debe generalmente prohibir apelar a la simpatía, igual que a los prejuicios.
- Asuntos del conocimiento personal del discursante se prohíben, ya que esto nunca se incorporó en calidad de prueba durante el proceso y, salvo que sea para propósitos de una analogía, son impertinentes.
- Se debe controlar el lenguaje exageradamente violento o dramático, igual que demostraciones de animadversión en contra de cualquier parte del proceso.
- Si la parte se mueve por toda la sala, hábito que trae el entusiasmo o la inexperiencia, el juez puede requerir que desista, si esto lo distrae.
- Como en todo, es muy útil para posterior ayuda de memoria, tomar buenos apuntes.
- Esta intervención no es una oportunidad para hacer grandes declaraciones al público, a la prensa o a ninguna otra persona o grupo, más que al juzgador. El juez debe ejercer el control adecuado para que el alegato no se convierta en plataforma de “figuración” de algunos abogados.

**Réplica:** La Fiscalía puede replicar a los alegatos de la defensa. En este caso, el juez debe controlar que la réplica se refiere únicamente a los temas tratados por la defensa en su alegato y no una repetición del propio alegato. Si la Fiscalía hizo réplica el juez debe permitir que la defensa pueda hacer lo propio, pero en este caso sólo se puede referir a lo manifestado por la Fiscalía en la ré-

plica y no repetir su alegato. Ni el Ministerio Público ni la víctima tienen derecho a réplica.

## **7.2. Escenarios que requieren la intervención del juez**

### **Una parte excede el tiempo proporcionado por el juez**

En este escenario el juez tiene que balancear las consideraciones de economía procesal contra los derechos de las partes. El poder discrecional del juez implica que debe sopesar la complejidad y gravedad del caso y conceder un espacio prudente bajo las circunstancias. A manera de ejemplo, es prácticamente inconcebible que un argumento de conclusión pueda durar más de dos horas en los casos complicados o graves.

### **Una parte insiste en hablar de hechos que no fueron tema de prueba o tergiversar la prueba incorporada, de forma inaceptable.**

Los alegatos de conclusión son para la ilustración del juzgador. Cuando el abogado incurre en conductas impropias o toca temas no pertinentes, sea con el deseo de engañar o no, es para el juez un deber imponer el orden con o sin oposición de parte. Ej. Cuando el alegato se dedica a atacar a la parte contraria o a la institución y no la prueba, o acusa a la institución de algo que no fue tema de prueba.

### **Una parte acude a los sentimientos, ideas políticas, religiosas o credos del Juez o le pide que se ponga en posición de una de las partes.**

En este caso, sin necesidad de esperar oposición, el juez debe llamar la atención del abogado.

### **Una parte dedica su tiempo a atacar a la otra y no a valorar la prueba.**

En este caso, si no hay oposición, el juez debe llamarle la atención para que se limite al objeto del alegato.

## **8. AUDIENCIA DE INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL**

*(Art. 102 C.P.P.)*

- **Objeto de la audiencia:** 1. Determinar los daños causados con la conducta criminal. 2. Oír la pretensión de reparación integral de la víctima. 3. Promover la conciliación entre las partes. 4. Decidir el incidente determinando la forma y plazo de la reparación integral. 5. Incorporar la decisión a la sentencia que profiera el juez. 6. Resolver sobre medidas cautelares.

- **Iniciativa para su realización o requirente.** La iniciativa debe provenir en primer lugar de la víctima o sus herederos, sucesores o causahabientes; o del Ministerio Público cuando la víctima sea un menor o incapaz sin representación, pero a instancia de la víctima, o del fiscal, siempre y cuando la pretensión de reparación integral no sea sólo económica.

- **Fundamento jurídico para su requerimiento.** Garantizar que se lleve a cabo una reparación integral de los daños causados con la conducta punible, ya sea mediante la aplicación de un programa de justicia restaurativa (conciliación, mediación) o mediante decisión en el incidente de reparación integral.

- **Fundamento fáctico para su requerimiento:** Pretensión concreta en contra del declarado penalmente responsable y propuesta de reparación integral. Pruebas que respalden la existencia del daño y de la pretensión del requirente. El declarado responsable penalmente podrá presentar pruebas para controvertir la calidad de víctima, el pago anterior, la naturaleza del daño y la pretensión reparatoria.

- **Participantes de la audiencia.** Obligatorio, la víctima o el solicitante, si fuera el fiscal o el Ministerio Público. Facultativo, el declarado penalmente responsable, el fiscal, el Ministerio Público, el tercero civilmente responsable y el asegurador (conciliación) si hubo llamamiento en garantía.

- **Momento en que se debe desarrollar.** Dentro de los ocho días siguientes al anuncio del sentido del fallo que declara la responsabilidad penal del acusado. La solicitud caduca dentro de los treinta días siguientes al anuncio del fallo.

- **Desarrollo de la audiencia.** El juez de conocimiento instalará la audiencia, verificará la presencia del requirente (víctima) y constatará si está presente alguna de las partes u otro interviniente. Concederá la palabra en primer lugar a la víctima o incidentante para que formule su pretensión en contra del declarado penalmente responsable y en forma concreta manifieste a qué tipo de reparación integral aspira (económica, una disculpa, una manifestación pública de arrepentimiento, etc.) y enuncie qué pruebas pretende hacer valer. El juez procederá a examinar la pretensión y la rechazará si se comprueba que el incidentante no es víctima o ya se hubieran pagado los perjuicios y la pretensión se limita a estos.

Si el juez admite la pretensión, la pondrá en conocimiento del declarado penalmente responsable y promoverá la realización de una conciliación, dando oportunidad a los intervinientes para que dialoguen. Si se llega a una conciliación el juez dará término al incidente y lo acordado se incorporará a la sentencia. Si no se llega a un acuerdo, el juez suspende la audiencia y convoca para continuar dentro de los ocho (8) días siguientes.

Reiniciada la audiencia el juez invitará nuevamente a

los intervinientes a conciliar y de lograrse un acuerdo concluirá la audiencia y lo acordado se incorporará a la sentencia. Si no hubo conciliación el juez abrirá la práctica de las pruebas ofrecidas por las partes iniciando por las del incidentante y luego las del declarado penalmente responsable. Concluida la práctica de las pruebas, la víctima y el incidentante presentarán los fundamentos de sus pretensiones. Si la víctima o incidentante no comparece se declarará el archivo de la solicitud por desistimiento de la pretensión.

Si quien no comparece es el declarado penalmente responsable, se resolverá con la prueba ofrecida por el incidentante y los presentes. Practicadas las pruebas y los fundamentos, el juez adoptará la decisión en forma inmediata y la incorporará a la sentencia que declara la responsabilidad penal.

- **Decisión.** 1. Rechazo de la pretensión y archivo de la misma. 2. Admisión de la pretensión. 3. Aprobación de la conciliación e incorporación a la sentencia, decisión sobre la pretensión e incorporación a la sentencia, o declaratoria del desistimiento de la pretensión y archivo de la solicitud y condena en costas.

- **Efecto de la decisión.** Pone fin al incidente e incorpora la decisión a la sentencia.

- **Formalidades de la decisión.** Grabación de la audiencia y acta que contenga las decisiones adoptadas e incorporación de la decisión en la sentencia que declara la responsabilidad penal.

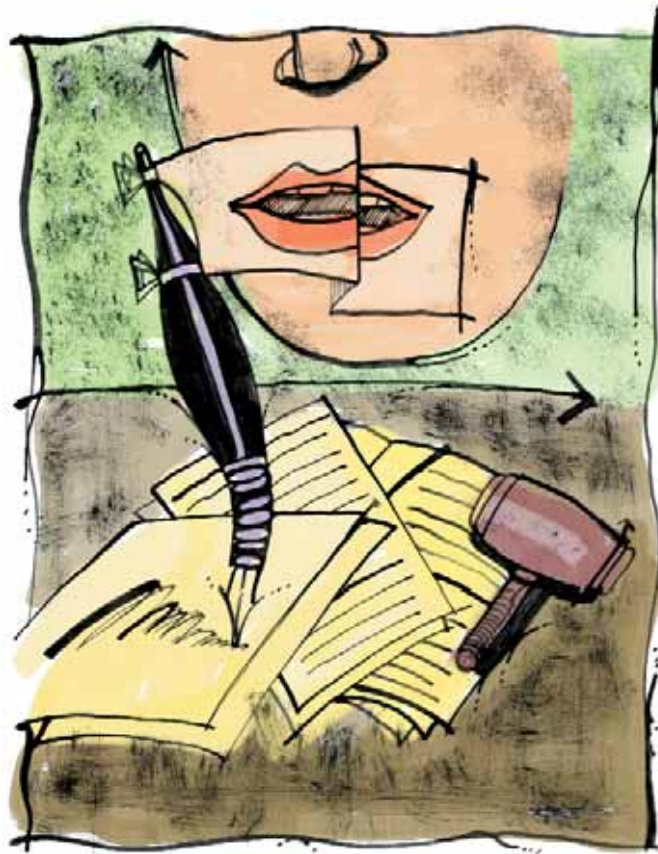
- **Recursos.** Contra la decisión de inadmisión de la pretensión por no reconocerse la condición de víctima procede el recurso de apelación, y contra la decisión que se incorpore a la sentencia igualmente procede el recurso de apelación.





# QUINTA UNIDAD

## SENTENCIA Y ROL DEL JUEZ



### SUMARIO

1. Objetivos.
2. Sentido del fallo.
3. La sentencia y su motivación.
4. Aspectos prácticos de la motivación de la sentencia.



# 1. OBJETIVOS

## 1.1. Objetivo general

- Que el juez reconozca su nuevo rol de fallar al término del juicio oral e identifique los presupuestos teóricos y prácticos para realizar su proceso de decisión y motivación de la sentencia.

## 1.2. Objetivos específicos

- Reconocer la naturaleza de la sentencia en el sistema acusatorio.
- Conocer herramientas clave para realizar el proceso de fundamentación y motivación de la sentencia.
- Descubrir habilidades psicológicas que le ayuden a anunciar el sentido del fallo.

## 2. EL SENTIDO DEL FALLO

### 2.1. Parámetros para su proferimiento

Una vez que los elementos materiales probatorios o las evidencias y los medios de prueba han sido aceptados como prueba en el juicio oral con la posibilidad de ser confrontados por las partes que las presentan, además de escuchar los alegatos de conclusión de la Fiscalía, el Ministerio Público, el representante de la víctima y la defensa, el juzgador debe dar el sentido de su fallo. Se sugiere tener en cuenta los siguientes parámetros legales:

La adecuación de las normas aplicables al caso lo será sólo con respecto a los hechos y circunstancias probadas.

Las pruebas en este caso consisten en las declaraciones bajo juramento de los testigos, independientemente de quién los haya convocado; y todos los medios materiales probatorios y/o evidencias, independientemente de quién los haya producido; además de todos los hechos que pudieran haber sido admitidos o estipulados con autorización del juez.

Las declaraciones, argumentos y, en fin, los alegatos por parte de los abogados, no constituyen prueba en el caso, a menos que sean hechos contenidos en una admisión o estipulación de los hechos. Las estipulaciones, una vez aceptadas por el juez, adquieren la calidad de prueba, es decir, que el hecho se tenga como probado.

Cualquier evidencia, elemento material probatorio y/o prueba cuya oposición haya sido aceptada por el juez de conocimiento, o cuya exclusión haya sido declarada por el juez, debe ser desechada y no puede servir de sustento a la decisión.

La valoración y consideración de las declaraciones (testimonios) no se hacen separadas de quienes las vierten en el juicio oral, ni las demás circunstancias y hechos probados, puesto que es factible que en conjunto se puedan sacar inferencias o conclusiones razonables, justificadas por las reglas de la experiencia, entre otras de la misma naturaleza.

El principio de **presunción de inocencia** se extiende a toda persona, aun quienes son señalados como inculcados, imputados o acusados, hasta ese momento no existe ninguna prueba de la que se desprenda responsabilidad penal y por lo tanto deben ser tratados en tal condición.

Para ser considerado un elemento material probatorio, evidencia o información en apoyo de una acusación y con efectos para desvirtuar la presunción de inocencia a través de una sentencia debidamente ejecutoriada, aquél o aquellos deben haberse constituido en prueba legal y válidamente admitida en juicio oral con la posibilidad de la confrontación por las partes.

Por tanto, la sola presunción de inocencia es suficiente para absolver a un acusado, a menos que el juez logre obtener el conocimiento, más allá de duda razonable, de los hechos y circunstancias materia del juicio y los de responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe (Art. 372 C.P.P.) después de una cuidadosa e imparcial consideración de todas las pruebas del caso.

No es requerido que la Fiscalía pruebe la culpabilidad más allá de toda duda posible. El análisis y la valoración probatoria debe determinar si existe una *duda*. Una **duda razonable** es una duda basada en la razón y el sentido común –la clase de duda que haría a

una persona razonable vacilar en actuar-. Una prueba que está más allá de una duda razonable debe, por lo tanto, ser una prueba de un carácter tan convincente que una persona razonable no vacilaría en confiar y actuar basada en ella en los más importantes de sus propios asuntos.

El juez rechazará argumentos para sostener fallos de responsabilidad penal que se basen en meras sospechas o conjeturas.

La carga procesal de probar que una persona es culpable más allá de una duda razonable, es siempre responsabilidad de la Fiscalía. Esta carga nunca se traslada hacia el acusado; porque la Ley nunca impone al acusado en un caso penal la carga u obligación de llamar a cualquier testigo o de producir cualquier prueba.

Una acusación no es otra cosa que un método formal de acusar a una persona de un delito. No constituye prueba de ningún tipo contra el acusado.

Cuando el acusado se declara "inocente" del o de los cargos contenidos en la acusación o guarda silencio sobre ellos, está advirtiendo que no ha renunciado a la presunción constitucional de inocencia. Esta declaración somete a decisión cada uno de los elementos esenciales del delito, es decir, a la demostración de unos hechos y circunstancias, así como a su adecuación típica, conforme a los señalamientos efectuados en el escrito de acusación y en sus adiciones o aclaraciones, lo que impone que la carga de la prueba, sobre la Fiscalía, deba establecer cada uno de esos elementos, a través de prueba, más allá de duda razonable.

Dentro de las clasificaciones de las pruebas (medio pa-

ra la búsqueda de la verdad) encontramos dos tipos específicos y más comunes; **la prueba directa y la prueba circunstancial.**

*Prueba Directa*, tiene que ver con la declaración bajo juramento cuyo contenido hace referencia a un conocimiento real, directo y de primera mano a través de la observación o la percepción, tal como lo sería un testigo ocular. *Prueba circunstancial* es la prueba que se logra al enlazar un conjunto de hechos y circunstancias que sirven para demostrar la culpabilidad o mantener la presunción de inocencia.

La Ley no hace distinción entre el peso que se debe dar ya sea a la prueba directa o la circunstancial. En efecto, el artículo 373 C.P.P. establece que los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en el Código de Procedimiento o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos.

Tampoco hay un mayor grado de certeza a requerir para una prueba circunstancial que para una directa. Se debe analizar en conjunto y sopesar todas las pruebas del caso. Si el juez, después de evaluarlas, no está convencido de la responsabilidad del acusado o de la ocurrencia del delito más allá de duda razonable, se debe declarar la no culpabilidad.

Un acusado que desea testificar es un testigo competente, por lo tanto a su testimonio no se le debe restar mérito por el simple hecho de que sea el acusado. Sin embargo, al valorar su testimonio, el juez debe considerar el hecho de que el acusado tiene un interés vital en el resultado de este juicio.

El testimonio de un testigo puede ser refutado o impugnado cuando se demuestra que previamente hizo declaraciones que no resultan consistentes con su testimonio actual. Los testimonios contradictorios hechos con antelación se consideran admisibles sólo para impugnar la credibilidad del testigo y no para establecer la verdad de estas declaraciones o en sustitución de la prueba testimonial. Es responsabilidad del juez determinar la credibilidad que le merece el testigo cuyo testimonio ha sido desacreditado, por ello al sopesar el testimonio de cada testigo se debe considerar la credibilidad de cada testigo y el peso que debe dar a su testimonio. Al sopesar el testimonio de cada testigo se debe considerar la relación de éste con la Fiscalía o con el acusado; el interés del testigo, si es que hay algún interés, en el resultado del juicio; su manera de testificar, su franqueza, imparcialidad e inteligencia; y hasta qué punto ha sido corroborado o contradicho, si es que realmente ocurrió, por otra prueba creíble.

Si se cree que un testigo intencionalmente ha jurado en falso ante un hecho material en el caso, el juez puede desechar su testimonio totalmente o en parte, excepto en el caso en que pueda haber sido corroborado por otra evidencia creíble.

El testimonio de un informante que provee evidencia contra un acusado por dinero, o a cambio de no ser castigado, o por ventajas personales o reivindicación, debe ser examinado y sopesado por parte del juez con mayor cuidado que el testimonio de un testigo ordinario. El juez debe determinar si el testimonio del informante ha sido afectado por interés o por prejuicio en contra del acusado.

Si el informante es además un adicto a las drogas, hay razones adicionales para considerar su testimonio con gran cuidado. Un adicto tiene una constante necesidad

de proveerse de drogas y de dinero para mantener su hábito, y además puede tener un temor anormal a ser puesto en prisión, donde su abastecimiento de drogas corre el peligro de ser suspendido. Estas son circunstancias especiales que el juez tendrá en cuenta en el momento de sopesar un testimonio de este tipo. Se puede naturalmente dar al testimonio el peso que se considere apropiado, después de considerar todas las circunstancias relevantes.

Si el juez encuentra que la Fiscalía ha probado cada uno de estos elementos más allá de duda razonable, declarará al acusado culpable del delito del que se le acusa. Si el juez encuentra que la Fiscalía no probó más allá de toda duda cualquiera de los elementos del delito, debe absolver al acusado.

## **2.2. Aspectos psicológicos del proceso de decisión**

El deber del juez es “resolver” una multitud de situaciones, culminando en la decisión final con la resolución acerca de la culpabilidad o no de alguna persona acusada de delinquir. El “producto” del juez es su *decisión* (fallo).

El marco legal hace esta tarea fácil en algunas circunstancias y la experiencia es una ayuda constante; pero estos elementos por sí solos no son suficientes para que la decisión del juez sea buena. Distintos jueces, enfrentando la misma situación, muchas veces llegan a distintas decisiones, o si llegan a las mismas, lo hacen por diversas razones.

Por tanto hay que abandonar el viejo concepto del juez “esclavo de la ley” a favor del concepto del juez razonador y humanista. El juez ni debe ni puede aplicar algún formulario a sus procesos de decisión para así llegar a

una resolución certera. El tomar una buena y justa decisión requiere que el juez analice sus propios valores y percepción de sabiduría, para ver cómo estos pueden afectar sus decisiones.

Para mejorar la calidad de las decisiones y resoluciones del juez podrían tenerse en cuenta ocho pasos, así:

- Paso 1. Extraversión.** Descubrir de qué manera están resolviendo el problema otros jueces.
- Paso 2. Introversión.** Tomar el tiempo necesario para reflexionar sobre el problema.
- Paso 3. Investigar.** Descubrir cuál es la forma tradicional de resolver el problema; investigar reglas, normas y procedimientos aplicables.
- Paso 4. Intuición.** Considerar si hay una manera distinta de resolver el problema, con la cual se lograría mejor la meta.
- Paso 5. Pensando.** Hacer un análisis imparcial y objetivo del problema.
- Paso 6. Sintiendo.** Considerar la situación de las partes. Una resolución tomando en cuenta su situación.
- Paso 7. Resolviendo.** ¡Decidir! Resolver es mucho mejor que no actuar.
- Paso 8. Deliberando.** Mantener la imparcialidad. Deliberar más sobre el problema y así llegar a una mejor resolución.

Estos procesos mentales son universales y aplicables a cualquier tradición de juzgamiento. Sin embargo, en cuanto a las incidencias del juicio oral como única etapa probatoria en donde el juez es la única autoridad, las exigencias de decisión rápida requieren de agilidad y percepción certera en el momento, sobre todo cuando se trata de oposiciones y las demás manifestaciones de “control” que el juez debe ejercer durante el mismo juicio.

### 3. LA SENTENCIA Y SU MOTIVACIÓN

La Constitución de 1991 no se refiere en forma expresa a la obligación del juzgador a motivar sus fallos, lo que sí hacía la constitución de 1886, que en su artículo 163 prescribía: “Toda sentencia debe ser motivada”<sup>100</sup>. Sin embargo, debe entenderse que tal exigencia hace parte del derecho al *debido proceso*, reconocido por el artículo 29 de la Constitución Política, como quiera que la motivación de los fallos se le debe a toda persona que ha sido sometida a un proceso penal, para la garantía efectiva del derecho material a su libertad y el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales.

Lo que sí tiene sustento expreso en el mismo dispositivo constitucional es el derecho del procesado “a *presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra*” y a “*impugnar la sentencia condenatoria*”, siendo éste el acto por excelencia donde se estiman o desestiman las pruebas válidamente admitidas y controvertidas en el juicio oral.<sup>101</sup> La motivación “...*garantiza al ciudadano la existencia de fallos justos y lo protege contra la arbitrariedad de los jueces, puesto que la ausencia de motivación fue en el pasado, y lo es en la actualidad, el boquete abierto para que el*

101 Código de Procedimiento Penal. Artículo 162-4.

100 Artículo 67 del Acto Legislativo No. 1 de 1945.



*juez pueda decidir conforme a su capricho o a sus intereses, conculcando los derechos de las partes procesales y ocasionando grave ofensa a la administración pública*<sup>102</sup>.

Según el artículo 230 de la C.P., “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”. El juez aplica el derecho establecido a cierto caso concreto, con el fin de tutelar la conservación del orden jurídico y el mantenimiento de las condiciones básicas de la vida en sociedad, fundamentando, con base en su facultad jurisdiccional, las razones de hecho y de derecho que dan sentido y aplicabilidad a su fallo. “... *La potestad jurisdiccional está llamada a ejercerse siempre que proceda, con el objeto de asegurar la ejecución de la ley, fijar el sentido de la misma y el alcance de su aplicación, o comprobar si es aplicable a un caso concreto determinado y de qué manera debe ser aplicada al mismo*”<sup>103</sup>.

La motivación de las sentencias penales debe cumplir con precisos requerimientos legales establecidos en el artículo 162 del C.P.P., relacionados, en lo que se refiere a la **responsabilidad penal**, con la “*fundamentación fáctica, probatoria y jurídica con indicación de los motivos de estimación y desestimación de las pruebas válidamente admitidas en el juicio oral*”. A diferencia de lo establecido en el artículo 170 de la ley 600 de 2000<sup>104</sup>, el juez debe centrar su motivación en las proposiciones fácticas que resultaron probadas “*más allá de duda*”<sup>105</sup>, en el caso de la sentencia condenatoria, o en la incolumibilidad de la presunción de inocen-

cia porque no llegó al conocimiento de los hechos, “*del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio*”<sup>106</sup>, en el caso de la sentencia absolutoria.

La motivación de la sentencia debe referirse entonces a las bases probatorias que fundamentan la decisión de fondo. Pero dicho examen probatorio no debe ser ajeno, ni al análisis de las proposiciones fácticas de las partes, ni mucho menos, al elemento jurídico inmerso en toda decisión judicial. Aquí el juez debe expresar las razones por las cuales encuentra o no cumplidas la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. No existe verdadera motivación en una sentencia si ella carece del examen minucioso de estos elementos del injusto, no sólo por el vacío que produce tal circunstancia frente a un eventual examen de segunda instancia, sino porque se compromete la legitimidad del sistema penal frente al ciudadano, ya que éste nunca aceptará la justicia de un fallo condenatorio, por ejemplo, si no entiende que su conducta se encuadró dentro de un tipo penal objetivo, que lesionó o puso efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídico tutelado, y que pudiendo obrar de otro modo y siendo capaz de comprender el hecho, voluntariamente quiso realizarlo.

En el sistema acusatorio, de reciente implantación en Colombia, existen ya decisiones de segunda instancia que marcan el camino para “desechar” las sentencias que no consultan estos elementos jurídicos tan importantes:

102 Sentencia de 18 de abril de 1988, Sala de Casación Penal, CSI.

103 CARRÉ DE MALBERG, R., Teoría General del Estado, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1947, Pg. 637.

104 La parte motiva debe contener un resumen de los hechos investigados (numeral 1), el resumen de la acusación y de los alegatos presentados por los sujetos procesales (numeral 3), el análisis de los alegatos y la valoración jurídica de las pruebas en que ha de fundarse la decisión (numeral 4) y la calificación jurídica de los hechos y de la situación del procesado (numeral 5). La sentencia condenatoria debe fundarse en “prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado” (Art. 232, Ley 600 de 2000).

105 Código de Procedimiento Penal. Art. 381.

106 Idem Supra.

“... no se entiende ahora cómo los fallos pretenden ahorrar las razones para discutir los conceptos, y decirle y explicarle al procesado qué es la tipicidad, qué la antijuridicidad y qué, por fin, la culpabilidad, mostrándole cómo cada concepto de esos, es predicable en su caso y por qué, entonces, es legítima la sanción que se le impondrá.

*El fallo de autos ahorra todas las razones y las explicaciones, haciendo uso de un intuitivismo chocante y exasperante, donde cualquiera profano creyera que se juzga por un monarca - quien no debe dar razones - y no por un juez que debe dar clara cuenta argumentada, razonada y motivada de sus decisiones.*

*Que no haya que explayarse en teorías y sub teorías a la hora de argumentar el fallo, es asunto que se da por descontado; pero de allí a pretender que el nuevo sistema procesal penal obra como la lápida que culmina la obra del entierro, de la dogmática penal —cuya misión de utilidad es indiscutible—, se erige en desaguisado de stirpe mayor, rechazable desde todo punto de vista y sobre el cual la Judicatura debe reflexionar con profundidad”.*<sup>107</sup>

Lo anterior es también aplicable al caso de la motivación de las sentencias condenatorias que se profieren en virtud de una aceptación de cargos o de un preacuerdo. Sin embargo, aquí los elementos del injusto deben analizarse con base en un “mínimo de prueba”<sup>108</sup>, que debe ser imputado a la tipicidad y a la antijuridicidad, ya que la culpabilidad resulta satisfecha con la aceptación de los hechos por parte del acusado.

... Al juzgador le corresponde verificar que la **aceptación de cargos** se hace sobre conducta **típica** y ello comporta no apenas el encuadramiento en la norma, sino además la verificación de la antijuridicidad material de la conducta”.<sup>109</sup>

En lo que se refiere a la motivación del proceso de **individualización de la pena**, el artículo 59 del Código Penal establece que “*toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena*”. En lo cualitativo, basta con que se señale la clase de pena a imponer según la prescripción punitiva del tipo penal y, en el caso de penas sustitutivas o accesorias privativas de otros derechos, deberán acreditarse los supuestos de hecho de las causales establecidas en los artículos 38, 43 y 52 del Código Penal.

Para la determinación cuantitativa de la pena, el juez debe fundamentar<sup>110</sup>:

1. “Los límites mínimos y máximos en los que se ha de mover”<sup>111</sup> el sentenciador, teniendo en cuenta las circunstancias modificadoras de dichos límites<sup>112</sup> y las reglas de aumento o disminución proporcional de la pena establecidas en el artículo 60 del Código Penal.
2. Las razones por las cuales se ubica en un determinado “*ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo*”<sup>113</sup>.

107 Fallo de apelación de febrero 18/2005, Tribunal Superior de Manizales, Sala Penal. Rad. 20050003201.

108 Artículo 327 C.P.P.: “(…) La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados y la Fiscalía, no podrán comprometer la presunción de inocencia y sólo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”.

109 Apartes del fallo de apelación de febrero 28/2005, Tribunal Superior de Manizales, Sala Penal. Rad. 20050000101

110 Ver Sentencia de mayo 27/2004, CSJ, Cas. Penal.

111 Art. 60, Código Penal.

112 Art. 55, 56, 57 y 58. Código Penal.

113 Art. 61, Código Penal.

3. La ponderación que haga sobre “*la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causas que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto*”.<sup>114</sup>
4. La aplicación de circunstancias fácticas, personales o procesales que hayan implicado una *salida alterna* al proceso penal, en términos de preacuerdos y negociaciones, allanamiento a la imputación o aceptación de culpabilidad.

Si bien el sistema de *cuartos* ha reducido el margen de discrecionalidad de que gozaba el juez en legislaciones anteriores, también es cierto que a esto no favorece el carácter omnicompreensivo y poco orientativo de los criterios de individualización de la pena señalados en el inciso 3° del artículo 61 del Código Penal, ya que se deja a la amplia interpretación del juzgador el significado y límites de elementos objetivos (“*mayor o menor gravedad de la conducta*”, “*el daño real o potencial creado*”, *la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad*), de elementos subjetivos relacionados con la culpabilidad (“*la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes*”) y de criterios finalísticos (“*la necesidad de la pena*” y “*la función que ella ha de cumplir en el caso concreto*”).

Al no haber por el momento una puntual reafirmación del alcance de estos parámetros objeto de ponderación por el juzgador, se corre el riesgo de que la individuali-

zación de la pena pueda depender de exigencias de ejemplarización, o venga como respuesta a consideraciones relacionadas con la peligrosidad del acusado y su consecuente alarma social. Sin embargo, vale la pena destacar la intención del legislador de sumar aquí un criterio finalístico que tiene que ver con la necesidad y función de la pena en cada caso concreto, con lo cual se le está exigiendo al juzgador una fundamentación más seria en torno a la “*prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado*”.<sup>115</sup>

En cuanto concierne al criterio de la *prevención general*, éste hace más parte del fundamento de legitimación del ordenamiento penal que del proceso de individualización de la pena, ya que sobre tal finalidad no se puede establecer *a priori* una valoración estática y absoluta que valga en todos y cada uno de los casos sometidos al sistema penal. Sin embargo, existe una aparente contradicción entre la tesis que promueve colocar en primer plano la idea de la prevención general en la fase de ejecución de las penas<sup>116</sup>, con la idea de que “*la prevención general es igualmente apreciable tanto para la determinación judicial de la pena, como para el cumplimiento de la misma, pues se previene no sólo por la imposición de la sanción, sino y sobre todo, desde la certeza la ejemplarización y la motivación negativa que ella genera (efecto disuasivo), así como desde el afianzamiento del orden jurídico (fin de prevención general positiva)*”<sup>117</sup>.

El Código Penal en el inciso 2° del artículo 4° establece que “*la prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de*

114 Idem Supra

115 Art. 4°, Código Penal.

116 Ver sentencia de septiembre 18 de 2001, CSJ, Cas. Penal.

117 Ver sentencia de noviembre 28 de 2001, CSJ, Cas. Penal.

*prisión*”. Esto quiere decir que no pueden ser criterios que influyan en el proceso de determinación o individualización de la pena.<sup>118</sup>

Por su parte, la *retribución justa* si “...*influye en la determinación judicial de la pena, en cuanto es en tal momento en que se define la medida de la retribución y se determina su contenido de justicia, de mano de los principios de razonabilidad y proporcionalidad...*”<sup>119</sup>

El inciso 1° del artículo 447 del C.P.P. hace mención a las “*condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable*”, como aspectos de particular importancia al momento de graduar la pena. Hay aquí entonces dos criterios definidos que deben intervenir en la motivación del proceso de individualización de la pena: las condiciones personales del autor y su conducta precedente.

En primer lugar, podría llegar a discutirse si la consideración de las características personales del autor deben influir o no en la determinación de la pena ya que, si así se hiciera, se permitiría el análisis de la personalidad del autor, circunstancia que no debería ser objeto de ningún juicio de valor. Sin embargo, aun en un derecho penal de acto, sería imposible no considerar determinados aspectos de la personalidad del autor ya que ellos, es indudable, inciden en la realización de su ilícito.

Estas circunstancias deben ser apreciadas por el juzgador al comienzo del proceso de individualización, cuando esté fijando los límites mínimo y máximo

dentro de los cuales se ha de mover, por ejemplo, dándole posible efecto atenuante a “*la influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible*”<sup>120</sup> o a “*la indigencia o falta de ilustración, en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible*”<sup>121</sup>; o efecto agravante a la “*posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio*”.<sup>122</sup>

En síntesis, la situación personal del autor, su nivel de instrucción, su origen social, su estructura familiar, resultan determinantes para poder fundamentar si él pudo ser más prudente, si pudo conocer la anti-juridicidad de su hecho o si, por ejemplo, era capaz de motivarse en la norma y actuar conforme a ese conocimiento.

En segundo lugar, las conductas precedentes del culpable pueden ser parte de la motivación del proceso de individualización de la pena, al estar constituidas por “*antecedentes de todo orden*”, entre los cuales se incluyen los “*antecedentes penales*” cuya ausencia puede generar efectos de menor punibilidad, a la luz del numeral 1° del artículo 55 del Código Penal. Se destaca aquí que los legisladores de la Ley 599 de 2000 y de la Ley 906 de 2004, recogieron en la norma de los artículos 55 -1 y 447 respectivamente, el concepto constitucional de *antecedente* que implica la existencia de una condena judicial definitiva anterior.<sup>123</sup> En vigencia del artículo 64-1 del Código penal de 1980, este concepto “*resultaba ser mucho más amplio, en cuanto sólo implicaba probar que el procesado ha-*

118 Ver sentencia de noviembre 28 de 2001, CSJ, Cas. Penal.

119 Ver sentencia de noviembre 28 de 2001, CSJ, Cas. Penal.

120 Art. 55-4 Código Penal.

121 Art. 55-8 Código Penal.

122 Art. 58-9 Código Penal.

123 C.P. Artículo 248.

*bía cometido conductas socialmente reprochables con anterioridad al hecho juzgado para que la atenuante (buena conducta anterior) fuese descartada”.*<sup>124</sup>

Otro aspecto interesante que trae el nuevo Código de Procedimiento Penal<sup>125</sup> es el relativo a la ampliación de la información sobre condiciones personales y antecedentes penales del culpable. El juez, para efectos de motivar mejor su sentencia, puede *solicitar a cualquier institución, pública o privada, la designación de un experto para que éste, en el término improrrogable de diez (10) días hábiles, responda su petición.* Esto trae la discusión en torno a la manera de demostrar las circunstancias relacionadas con la conducta anterior y los antecedentes del culpable, y en torno a la eventual materialización del principio de contradicción para atacar la aducción y valoración de dichos medios.

Para esto podemos citar jurisprudencia perfectamente aplicable al sistema acusatorio, a pesar de ser anterior a él: *“En cuanto a la forma de demostración, ha de precisarse que la ley no tarifa el medio de prueba. Esto significa que puede hacerse a través de la aportación de los fallos judiciales respectivos, o de cualquier otro medio que permita establecer inequívocamente su existencia, como la confesión, la inspección judicial, la prueba documental distinta de las sentencias (certificaciones), y la testimonial inclusive, aunque lo ideal es que el funcionario judicial acuda a la primera alternativa, en cuanto le permite conocer en detalle lo acontecido, y tener una mejor visión de la personalidad del acusado”.*<sup>126</sup>

El problema está es en si la práctica de dichos medios debe ceñirse estrictamente a las reglas establecidas para el descubrimiento y ofrecimiento de la prueba y para el mismo debate probatorio sobre la responsabilidad penal, o por el contrario, pueden ser valoradas sin tales exigencias, por ejemplo, sin su incorporación a través del órgano de prueba respectivo que la autentica. En todo caso, lo que sí está claro para el juez es que debe garantizar el proceso de ofrecimiento de los medios probatorios y el derecho a que la parte contra la cual se aducen, pueda tener tiempo de prepararse para el contradictorio o la controversia argumentativa.

#### **4. ASPECTOS PRÁCTICOS DE LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA**

La sentencia del juez ya no es la larga exposición fundamentada y circunstanciada que reproduce de forma escrita la recopilación de las pruebas pasadas por el filtro del juez (o su secretario), sino una breve “síntesis de la fundamentación fáctica, probatoria y jurídica”.

Vista de la perspectiva universal analítica de la oralidad, el juez internaliza y analiza las teorías del caso de las partes y toma su decisión, la cual, después se convierte en la sentencia definitiva basada en los hechos demostrados por las pruebas, subsumidos en el marco jurídico.

Aquí es cuando el sentido común y la experiencia del juez se complementan con sus conocimientos jurídicos. Ya que la tendencia en Colombia es la conservación de la figura del “juez único”, no tendrá el beneficio de la

124 Sentencia de febrero 18 de 2004, CSI, Cas. Penal.

125 Código de Procedimiento Penal. Art. 447.

126 Sentencia de febrero 18 de 2004, CSI, Cas. Penal.



colegialidad y por esto es doblemente importante el desarrollo de su capacidad de atención y de tomar buenos apuntes para que, cuando llegue el momento de decisión, pueda analizar correctamente el entorno probatorio y las argumentaciones de las partes. No habrá acceso a un expediente ni tiempo para revisión de la grabación del juicio. Tampoco habrá tiempo ilimitado para determinar el sentido del fallo, ya que éste se debe proferir en un término máximo de dos horas, después de que haya terminado el debate (Art. 445 C.P.P.).

En el anuncio del sentido del fallo, el juez se debe limitar a su sentido esencial, es decir, de declaratoria de responsabilidad penal o no de acuerdo con el delito (s) que le haya solicitado la Fiscalía y los hechos probados, y guardar la fundamentación para la sentencia escrita, para poder ordenarla y organizarla después del debido tiempo de contemplación.

Un ejemplo de fundamentación fáctica para la sentencia puede ser:

- María Vives se desempeñaba como enfermera en la Sala de Urgencias del Hospital La Misericordia de Bogotá D.C. El día 20 de julio de 2002 estaba de turno entre las 9:00 a.m. a 4:00 p.m. y de las 5:00 p.m. a las 12:00 a.m. (14 horas).
- José Felino es un comerciante que fue atendido a raíz de graves heridas sufridas en un accidente de tránsito, en dicha sala de urgencias, el día 20 de julio del 2002, por la acusada, María Vives.
- María Vives se apoderó de los bienes de José Felino el día 20 de julio del 2002, en los recintos del Hospital La Misericordia, a eso de las 9:00 p.m., estando ella de turno, aprovechando de su estado de indefensión, siendo que la víctima se encontraba en un estado de inconciencia.

- Lo hizo con el propósito de obtener provecho para sí misma.

La fundamentación probatoria podría ser:

- Clarita Estrella, una ayudante, compañera de trabajo de la acusada, la vio salir, estando la testigo en posición, sin impedimentos visuales y con buena iluminación, en el parqueadero del hospital a las 12:00 m. más o menos. La vio salir del portal de la sala de urgencias, cargando un portapapeles y un celular en una actitud furtiva y sospechosa y dirigirse a su propio carro, donde intentó depositar estos efectos, que son de José Felino, en el baúl.
- Pedro Vásquez fue el celador del Hospital que estaba de turno aquella noche. Él sorprendió a la acusada en el acto de depositar estos efectos personales en el baúl de su carro y la confrontó. La acusada insistió que estaba cumpliendo con la solicitud de su amigo José Felino.
- José Felino no pidió nunca tal ayuda de la acusada y no la ha conocido nunca, ni es ni ha sido amigo de ella.

La fundamentación jurídica sería:

Por tanto la acusada María Vives es penalmente responsable del delito de Hurto Calificado, en contravención de los artículos 239 y 240 del Código Penal.

Claro está que se incluirían brevemente, según el caso, consideraciones acerca de antijuridicidad, etc., para completar el análisis. Sin embargo, el meollo es el análisis sintético que permite ver con claridad y transparencia la versión que ha adjudicado el juez.





# APÉNDICE



1. Reglas para la dirección del juicio oral.
2. Reglas para el control del juicio oral.
3. Casos referidos.



## 1. REGLAS PARA LA DIRECCIÓN DEL JUICIO ORAL

A título de recomendación, se incluye una relación de reglas para la dirección del juicio.

1. El juzgador anuncia el caso y verifica la presencia de todas las partes: Este es el caso Número \_\_\_\_ de la Fiscalía contra \_\_\_\_\_, conste la presencia del fiscal, el defensor, el Ministerio Público, el acusado, la víctima y/o su apoderado (estos deben identificarse).
2. El juzgador instala el juicio y previene a las partes, al público y a los medios de comunicación acerca de la necesidad de mantener el decoro y abstenerse de cualquier actividad que pueda afectar el buen desarrollo del juicio.
3. El juzgador explica al acusado los derechos que le asisten de guardar silencio y no auto incriminarse ni declarar en contra de su cónyuge o pariente, compañero (a) permanente o parientes dentro de los grados de ley. El juez, igualmente informa al acusado que puede renunciar a este derecho y que si desea declarar, lo hará bajo la gravedad de juramento (sin consecuencias penales).
4. El juzgador concede la palabra al acusado para que informe sin la gravedad del juramento, cómo se declara si culpable o no culpable. Si el acusado reconoce su culpabilidad, el juzgador deberá hacerle preguntas para, verificar que actúa de manera libre, voluntaria, con conocimiento, debidamente informado de las consecuencias de su decisión y si fue asesorado por su defensor. Si la declaración de culpabilidad es producto de un pre- acuerdo con la Fiscalía, preguntará sobre los términos del mismo a la Fiscalía y que exprese la pretensión punitiva. En estos eventos, el juzgador podrá decretar un receso hasta de dos horas para dictar el fallo.
5. Si la declaración fue de no culpabilidad, continúa el juicio.
6. El juzgador ordena al secretario o personal de seguridad que lo auxilia, que haga ingresar a todos los testigos y les toma el juramento y les hace las previsiones de ley (excepción del acusado que lo hará en el momento en que decida declarar\*) y les informa que serán llevados a la sala de testigos y no podrán hacer comentarios sobre el caso. También se puede tomar el juramento a medida que los testigos son llamados para su declaración.
7. El personal de seguridad acompaña a los testigos a la sala de testigos.
8. El juzgador establece o recuerda los tiempos de las intervenciones (en caso de haberse acordado con las partes).
9. El juzgador concede la palabra a la Fiscalía para su declaración inicial.
10. El juzgador pregunta a la defensa si desea hacer una declaración inicial y concede la palabra.
11. El juzgador solicita a la Fiscalía que llame a su primer testigo.
12. Si el juramento fue previo, el juzgador recuerda al testigo que está bajo juramento, en caso contrario, le toma el juramento y le hace las previsiones de ley.
13. El juzgador pregunta el nombre del testigo y sus datos generales y concede palabra al fiscal para que interroge.
14. El juzgador resuelve oposiciones que formulen durante el interrogatorio de acuerdo con las reglas de prueba y principios del proceso.
15. El juzgador pregunta a la defensa si desea contrainterrogar al testigo y controla que las preguntas se relacionen con los temas tratados en el interrogatorio o con temas de credibilidad del testigo.
16. El juzgador resuelve oposiciones al contrainter-

\* Sentencia C-782/05

- gatorio si este se sale de los temas del interrogatorio o de la credibilidad o si afecta alguna de las reglas de prueba.
17. El juzgador pregunta a la Fiscalía si desea hacer un re-directo y le advierte que sólo puede referirse a los temas nuevos traídos en el contra interrogatorio.
  18. Si hubo redirecto, el juzgador pregunta a la Defensa si desea hacer un re- contra interrogatorio y controla que se refiera a los temas del re-directo.
  19. Presentados todos los testigos de la Fiscalía, el juzgador solicita a la defensa que llame a su primer testigo.
  20. Toma o recuerda al testigo que está bajo juramento y pregunta su nombre y datos generales
  21. El juzgador da permiso a la defensa para que realice el interrogatorio
  22. El juzgador pregunta a la Fiscalía si desea contrainterrogar (igual regla del contra de la defensa).
  23. El juzgador pregunta a la defensa si desea hacer redirecto.
  24. El juzgador pregunta a la Fiscalía si desea a hacer re- contrainterrogatorio.
  25. El juzgador no permitirá que los sujetos procesales se acerquen a los testigos o que éstos hagan alguna demostración sin que le soliciten su permiso.
  26. Si alguno de los testigos hace una demostración con su cuerpo o utilizando una ayuda audiovisual o un papelógrafo, el juzgador, si no lo hizo el abogado, describirá lo que realizó el testigo para que quede en la grabación. La mejor práctica es que el mismo testigo describa lo que ha hecho.
  27. Si uno de los sujetos procesales pretende introducir un elemento material de prueba (arma, documento, ropa, etc.) debe hacerlo a través de quien pueda garantizar la autenticidad del mismo o sentar el fundamento de esa autenticidad. La parte solicita permiso al juzgador para introducir el elemento que debe tener previamente marcado con un número de identificación, el juzgador ordena que se lo muestre a la parte contraria y el Ministerio Público, permite que se le presente al testigo y que haga preguntas que fundamenten el conocimiento del mismo (reconoce lo que le acaba de entregar, qué es, cómo lo sabe, coincide con el elemento que usted recogió o recibió, está en el mismo estado) si la parte solicita al juzgador que la admita como medio de prueba. El juzgador pregunta si hay oposición y si la hay que se fundamente y, si no la hay o no admite la oposición, admite la prueba como número \_\_\_\_\_ de la Fiscalía o defensa. Las partes pueden introducir las estipulaciones en el momento que más les convenga. Antes de cerrar la fase probatoria del juicio la parte debe anunciar la estipulación y solicitar permiso para su introducción. El juez pregunta a la otra parte si hay o no oposición, si no la hay, permitirá que se lea. Si se solicita su admisibilidad como prueba preguntará a la otra parte si hay oposición y, si no la hay, el juez la admitirá para ser valorada con el resto del material probatorio por corresponder la estipulación a lo acordado por las partes y no violar derechos o garantías fundamentales.
  28. Una vez realizados todos los interrogatorios de los testigos ofrecidos y los contrainterrogatorios de los mismos, el juzgador debe preguntar a la Fiscalía y a la defensa si tiene ya presentado su caso. En este momento, la defensa puede ofrecer a su cliente como testigo si no lo ha hecho antes y se pueden ofrecer testigos de refutación.
  29. Si la defensa o la Fiscalía solicitan la absolución perentoria, el juzgador se pronunciará sobre ella en forma inmediata. Si accede, el juzgador resolverá sin necesidad de oír los argumentos de las partes.
  30. Si no hubo absolución perentoria, el juzgador concede la palabra a la Fiscalía para que presente sus

argumentos orales de conclusión y les recuerda el tiempo de que disponen.

31. Si la víctima está presente, ha sido reconocida y tiene su representación legal, se le concede la palabra para que si lo desea presente su alegato de conclusión
32. Si el Ministerio Público actuó, el juzgador pregunta a la Procuraduría si desea presentar un alegato de conclusión. En caso positivo, concede la palabra.
33. El juzgador concede palabra a la defensa para que presente argumentos orales de conclusión, si lo considera pertinente.
34. El juzgador pregunta a la Fiscalía si desea controvertir los argumentos de la defensa. Réplica.
35. Si la Fiscalía controvirtió, se le pregunta a la defensa si desea hacer réplica y el juzgador controla que la réplica se refiera sólo a los temas tratados en la controversia de la Fiscalía (réplica) y no es un nuevo argumento.
36. El juzgador declara clausurado el debate y si lo considera necesario, decreta un receso hasta de dos (2) horas para anunciar el sentido de su fallo.
37. El juzgador anuncia el sentido de su fallo, debe pedir a las partes si el fallo fue condenatorio, que le den cri-

terios para la individualización de la pena y cita para sentencia. Si le solicitaron la realización de la audiencia de incidente de reparación integral, la convoca antes de la audiencia de lectura de sentencia.

38. El juzgador concluye el juicio.

Durante todo el juicio el juzgador debe controlar la gestión de las partes e intervinientes y que el comportamiento de éstas y el público se corresponda con el respeto y el decoro y hará sacar de la sala a cualquier persona que falte al mismo o aplicará el desacato a la parte, interviniente o Ministerio Público que reincida en una conducta irregular.

El juzgador debe verificar en todo momento la presencia de las partes y dejar constancia en la grabación y en el acta de ello. Si la audiencia se suspende en cualquier momento, al reiniciar debe dejar de nuevo constancia de que están todas las partes.

El juzgador debe siempre hacer que conste en acta toda expresión no verbal que importa desde el punto de vista del juzgador (demostraciones, exhibiciones) y si hay jurado el momento en que éste entra.

## 2. REGLAS PARA EL CONTROL DEL JUICIO ORAL

Se incluye una relación de reglas para el control del juicio oral <sup>127</sup>.

### PROTOCOLO DE SALAS DE AUDIENCIAS EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

1. Las partes y el Ministerio Público deben ingresar en la sala de audiencia 10 minutos antes de la hora fijada para la audiencia.
2. La dirección de la audiencia corresponde al juez que la preside.
3. La seguridad en la sala de audiencias es responsabilidad de la Policía Nacional.
4. La protección y vigilancia del acusado o condenado corre a cargo del Instituto Nacional y Penitenciario –INPEC- y/o los cuerpos armados de la Policía Nacional que tengan dicha responsabilidad.
5. Ninguna persona puede ingresar armada a las salas de audiencia. La Policía Nacional será responsable de dicho control.
6. En casos de alta peligrosidad, la policía de custodia, los guardianes del Instituto Nacional Carcelario y Penitenciario y los integrantes del Grupo de Operaciones Especiales de la Policía Nacional, cuando se trata de garantizar la salvaguardia y vigilancia de personas detenidas de la libertad a su cargo, podrán ingresar armas a las salas de audiencia, bajo su cuidado y responsabilidad.
7. A las audiencias que por disposición de la ley no sean reservadas podrán asistir todas las personas, y no se podrá denegar el acceso a nadie sin decisión judicial previa.
8. La limitación de la publicidad de las mismas, por motivos de orden público, seguridad nacional o moral pública, por motivos de seguridad o respeto a las víctimas menores de edad, o por motivos de interés de la justicia y las demás que establezca la ley, sólo procederá mediante auto previo y debidamente motivado.
9. Si el número de asistentes supera la capacidad del recinto, el juez coordinador determinará la prelación que considere pertinente, para lo cual podrá tener en cuenta el siguiente orden: las víctimas y sus familiares, los familiares del indiciado, imputado o procesado, los medios de comunicación y el público en general.
10. Las personas con signos evidentes de enfermedad contagiosa o mental, que pudieren perturbar el normal desarrollo de la audiencia pública, excepto que se trate del indiciado, imputado, acusado o condenado, no podrán ingresar o permanecer en la sala de audiencias.
11. No está permitido el ingreso a las salas de audiencias de personas en estado de alicoramamiento, bajo el efecto de estupefacientes o que lleven atuendos o accesorios sugestivos que atenten contra el respeto, la dignidad humana y la solemnidad del acto.
12. Antes de iniciar las audiencias públicas y reservadas, el policía de custodia advertirá a los asistentes e intervinientes el debido decoro y respeto que deben conservar. Para el cabal desarrollo de la audiencia informará lo siguiente:
  - \* Los asistentes e intervinientes deberán obedecer las órdenes impartidas por el juez, ponerse de pie cuando éste ingrese o se retire del recinto y permanecer en el lugar dispuesto para cada uno, salvo que deban desplazarse para interve-

<sup>127</sup> Tomado con base en el Acuerdo No 2785 de 2.004 (Diciembre 23), del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa. Y del Acuerdo 2800 de 2.004 (Diciembre 31), del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa.

- nir en la audiencia.
- \* Los intervinientes sólo podrán hacer uso de la palabra o podrán retirarse de la sala antes de que la audiencia termine, cuando el juez que la dirige lo autorice.
  - \* El público deberá permanecer en silencio, no podrá realizar aspavientos, señas o manifestaciones verbales en la audiencia.
  - \* Durante el curso de las audiencias, los asistentes e intervinientes deberán mantener apagados los radios, teléfonos celulares, beepers y cualquier otro aparato que distraiga la atención o interrumpa el curso de las mismas.
  - \* Está prohibido ingresar alimentos en la sala de audiencias.
  - \* Dentro de las salas de audiencias o en lugares aledaños no se podrá fumar, comer, dormir, hablar, leer o botar basuras en sitios inadecuados.
  - \* Sin perjuicio de la claridad y vehemencia debidas, los intervinientes deberán emplear en sus intervenciones lenguaje, tono de voz y actitud decorosos y respetuosos para con sus interlocutores, los asistentes, los demás intervinientes, el Juez y otras personas que se encuentren en la sala de audiencia.
13. En las audiencias que por disposición de la ley están sometidas a la reserva, el policía de custodia advertirá a los intervinientes que deben guardar la reserva sobre los asuntos relacionados con su función, aun después de haber cesado en el ejercicio del cargo, tal y como lo dispone el artículo 138, numeral 4º, de la Ley 906 de 2004.
  14. El juez realizará las advertencias que considere necesarias para el adecuado desarrollo de la audiencia y, en especial, advertirá a los asistentes y a los intervinientes al inicio de cada sesión, que para hacer respetar las reglas de comportamiento en la Sala de Audiencias puede ejercer los poderes disciplinarios y correccionales atribuidos por el Código de Procedimiento Penal y las demás normas aplicables.
  15. Si los asistentes contravinieren las normas de disciplina en la audiencia, el juez tomará los correctivos necesarios valiéndose para ello del personal de seguridad.
  16. El Centro de Servicios Judiciales asignará las salas a los jueces a quienes los fiscales, la defensa o el Ministerio Público hubieren solicitado audiencia, según la capacidad de cada una, el número de intervinientes y la clase de audiencia.
  17. El Centro de Servicios Judiciales publicará la programación de audiencias a realizarse en la fecha, para lo cual utilizará la tecnología que se hubiere dispuesto para el efecto.
  18. Suspendida o cancelada una audiencia, el secretario del juez a quien le correspondiera celebrar la audiencia informará de inmediato al Centro de Servicios Judiciales para que reasigne la sala.
  19. Al comenzar la audiencia pública, el juez o su secretario debe hacer una presentación del sistema de grabación, haciendo todas las observaciones relacionadas con las condiciones técnicas necesarias para un adecuado uso del equipo, especialmente la referencia a situaciones tales como:
    - \* El señalamiento de objetos o personas en las cuales debe hacerse una explicación verbal.
    - \* Intervenciones para que la persona que habla se desplace sin alejar su voz de cualquier micrófono.



- \* Hábitos o costumbres como mantener las manos delante de la boca mientras se está hablando.
  - \* Ruidos producidos por el movimiento de expedientes, documentos o libros frente al micrófono.
20. En aquellos casos en donde no se utiliza correctamente el sistema de grabación, el juez debe ordenar que se repita la actuación para el registro y reproducción fidedigna de lo actuado.
21. Para efectos del registro pormenorizado de todos los eventos esenciales de la actuación procesal y la referencia exacta de los lugares donde estos eventos fueron grabados, el Secretario del juez que preside la audiencia deberá:
- \* Utilizar los formatos de acta de registro que le sean suministrados por el Centro de Servicios Judiciales.
  - \* Realizar el registro utilizando el hardware y el software dispuestos para tal fin.
  - \* Obtener el nombre completo de cada interviniente y asegurarse que esté escrito en forma correcta.
  - \* Anotar los hechos relevantes y su ubicación numérica en el momento en que ocurren, tales como: exhibición y descripción de elementos materiales probatorios y evidencia física.
  - \* Anotar cuidadosamente cualquier interrupción en el procedimiento debido a una orden del juez o a sucesos extraordinarios que imposibilitan la grabación.
  - \* Realizar los procedimientos técnicos necesarios para generar las actas, la identificación de los registros, las copias de seguridad y las decisiones que conduzcan a trámites posteriores.

### 3. CASOS REFERIDOS

#### 1. CARLOS PATIÑO

##### 1.1. Elementos conocidos

1. Asunto: Homicidio agravado.
2. Occiso: *Andrés Castro*.
3. Procesado: *Carlos Patiño*.
4. Fecha: 20 de julio del año anterior.
5. Lugar: Al interior del Supermercado El Triunfo.
6. Hora: Entre 11 y 11:30 p.m. Cuando cerraban el establecimiento.
7. Móvil: Posible hurto.
8. Causa muerte: Herida producida disparo arma fuego, proyectil recuperado revólver 38 Largo.
9. Autor huye en moto de color rojo placa terminada en 8 según testigo vecino.
10. Procesado tiene una moto de color rojo cuyas placas son AT-089.
11. Según relato de la esposa del occiso, hubo forcejeo y es cuando suena el disparo.
12. Descripción física del posible autor: joven de contextura fuerte, corte cabello estilo militar, aproximadamente 25 años, estatura 1,80 mts, color piel: moreno.
13. Rasgos del imputado: joven de 28 años de edad, estatura 1,84 mts, contextura fuerte, usa bigote, tatuaje del Che Guevara en el brazo izquierdo a la altura del hombro (de aproximadamente 10 cm.), cabello corto de color negro, de tez color trigueño. Alias El cholo.
14. Imputado tiene antecedentes por consumo de estupefacientes.

##### 1.2. Medios de investigación de cargo

1. Informe de captura.
2. Entrevista con la esposa del occiso quien le acompañaba.
3. Entrevista con testigo residenciado frente lugar hechos.
4. Entrevista con una vecina del acusado que oye una conversación.

##### Medios de investigación de descargo

- a) Entrevista con imputado.
- b) Novia del procesado estaba con éste al momento del hecho.
- c) Estaban jugando cartas, con amigos, 2 declaraciones en este sentido -dormido- Otro dice que salió antes de la hora de hechos. El trago se terminó por ello se retiró hacia las 11:00 p.m.
- d) Experticio balístico que descarta distancia disparo según pruebas de cargo- no presenta tatuaje-.

##### 1.3. Entrevista con Carlos Patiño

- Adulto joven
- Edad 28 años
- Estatura 1,84
- Tez trigueña
- Cabello corto negro
- Ojos medianos
- Boca mediana
- Mentón redondo
- Orejas medianas lóbulo adherido
- Señales particulares: usa bigote tiene dibujado un tatuaje del Che Guevara, de 10 cm., a la altura del hombro izquierdo.

- Es basketballista.
- Reside solo en su apartamento ubicado en la autopista norte con calle 100.

Sobre los hechos relata

El día de los hechos había invitado a unos amigos y a mi novia a jugar cartas, llegaron como a las 8 PM *Alfonso Daza* y *Luis Neira*. Mi novia se llama *Janira Salazar*. Con anterioridad compré aguardiente para no tener que salir del apartamento. De hecho nunca salí del apartamento, incluso esa noche mi novia se quedó a dormir conmigo. Esa noche tomé como diez tragos de aguardiente. No tengo armas de fuego y no tuve nada que ver con la muerte del señor *Andrés Castro*. Soy un buen deportista, juego basketball y los fines de semana practico MotoCross en una moto de mi propiedad, de color rojo, de placas AT-089.

#### 1.4. Entrevista con Alfonso Daza

Realizada el día 20 de agosto del año anterior.

Tengo 27 años y soy de profesión taxista. Estudié bachillerato en el colegio Nueva Granada y fui compañero de *Carlos Patiño*. Desde entonces creamos un equipo de basketball, somos como hermanos. El día 20 de julio del año anterior, estuve trabajando en mi taxi, siendo aproximadamente las cuatro de la tarde *Carlos* me llamó por radioteléfono y me invitó a jugar cartas. Esa noche yo llegué a su apartamento como a las 7:30 p.m., tomamos aguardiente hasta que se terminó y yo me quedé dormido como a las 11:00 p.m. Allí estábamos con la novia de *Carlos*, que se llama *Janira Salazar* y con un amigo nuestro de nombre *Luis Neira*. No entiendo por qué se le investiga por ese muerto, si *Carlos* siempre es-

tuvo con nosotros y, además, sería incapaz de matar a alguien. Recuerdo incluso que ese día *Carlos* estaba vestido con el uniforme del equipo y en pantaloneta.

#### 1.5. Entrevista con Luis Neira

Realizada el día 20 de agosto del año anterior.

Tengo 28 años, de profesión comerciante y estudié en el colegio Nueva Granada, donde fui compañero de *Carlos Patiño*. Somos buenos amigos. Él tiene un equipo de basketball que, entiendo, es patrocinado por la Comercializadora Bavaria, que es de propiedad del señor *Milton Salazar*, el papá de *Janira Salazar*, la novia de *Carlos*. Es un buen joven y de buenas costumbres. El día de los hechos, *Carlos* me llamó al celular y me invitó a jugar cartas. Yo llegué a su apartamento y allí se encontraba su novia y *Alfonso Daza*. Estuvimos jugando y tomando aguardiente hasta cuando se terminó. Nos tomamos como dos botellas. Iban a ser las 11 de la noche cuando decidí irme para mi casa. *Carlos* me ofreció llevarme en su moto, pero yo vi que estaba tomado y solicité un taxi. Ellos se quedaron ahí jugando. Me extraña que se esté involucrando a *Carlos* en ese homicidio, pues él siempre estuvo con nosotros y además es incapaz de cometer algo así, incluso él hace presentaciones con el equipo, para recoger fondos para orfanatos, es un buen hombre.

#### 1.5. Entrevista con Janira Salazar

Realizada el día 20 de agosto del año anterior

Tengo 23 años y soy estudiante de comercio exterior en la Universidad Santo Tomás. Mi papá se llama *Milton Salazar* y el dueño de la Comercializadora Bavaria. Co-

nozco a *Carlos Patiño* desde hace 5 años y tengo una relación de noviazgo con él desde hace dos años. Es mi prometido y me voy a casar con él. Estoy embarazada pero él aún no lo sabe. Yo aún vivo en casa de mis padres, pero de vez en cuando me quedo en el apartamento de *Carlos*. En relación con el día de los hechos, estuve compartiendo con él y unos amigos, jugando cartas y tomando aguardiente, estaban allí *Alfonso Daza* y *Luis Neira*. El licor se terminó y *Luis Neira* dijo que se marchaba siendo como las once de la noche. Luego *Alfonso Daza* se quedó dormido sobre un sofá y allí amaneció. Mi novio nunca salió del apartamento, incluso esa tarde había estado jugando basketball y tenía puesto el uniforme. Hubo un momento en que se puso terco, porque quería llevar a *Luis* a su residencia en la moto, pero yo no se lo permití. Luego nos acostamos a dormir. Conozco a la señora *Rebeca López*, es vecina de *Carlos* y con ella hemos tenido problemas, acostumbra a llamar a la policía, incluso por colocar música.

### 1.7. Informe de policía judicial

Bogotá, D. C. 30 de julio del año anterior

Informe de investigación preliminar No. # 282

ASUNTO: Investigación Homicidio Andrés Castro

Al Jefe unidad delitos contra la vida

Referencia: Cuaderno No. 282.

#### Hechos

Ocurridos el día 20 de Julio, siendo las 23:30 horas aproximadamente dentro del supermercado EL Triun-

fo, ubicado en la calle 172 con carrera 50, lugar en el cual fue herido con arma de fuego, un señor de nombre *Andrés Castro*. Éste se disponía a cerrar su negocio, momento en el que ingresó un joven para hurtarse algunas mercancías y el dinero que estaba dentro de la caja registradora. Como el mencionado señor opuso resistencia, fue objeto de lesiones producidas mediante un disparo que finalmente produjo su muerte. Una vez producida la agresión, el joven forzó registradora y se sustrajo la suma de seiscientos cincuenta mil pesos, adicionalmente sacó una botella de aguardiente “NÉCTAR”.

El señor Castro fue llevado de urgencia al Hospital Universitario Simón Bolívar, donde falleció en el curso de una intervención quirúrgica que se le practicó para tratar de salvarle la vida.

#### Diligencias

Al serme reportado el hecho, me dirigí al Supermercado El Triunfo, donde fui atendido por la señora *Gloria Dávila*, quien manifestó ser la esposa del señor *Castro*. Indicó que estaban a punto de cerrar el negocio, es más, que su esposo estaba bajando una reja cuando fue entrado de un empujón por un joven de aproximadamente 25 años, quien con revólver en mano le dijo a su marido que le entregara todo el dinero. Como su esposo trató de calmarlo, éste le disparó en una sola oportunidad y posteriormente con la cacheta del arma golpeó la caja hasta abrirla sacando la suma de seiscientos cincuenta mil pesos que había allí.

Señala la declarante que le causó curiosidad que antes de salir del negocio cogió una botella de aguardiente de marca NÉCTAR. Es la única que ellos venden allí.

En desarrollo de la actividad, además esa misma noche me entrevisté con gente del barrio para saber si alguien había visto algo y allí conversé con un señor de nombre *Carlos Muñoz*, quien tiene una panadería en la esquina de la calle de los hechos, a quien se le hizo curioso que un joven hubiese dejado prendida una moto y lo vio dirigirse al negocio del señor *Castro*, del que lo vio salir cinco minutos después, subiéndose nuevamente a la misma y tomando dirección hacia el sur de la ciudad. Señala que la moto era como de color rojo y grande, de las que desarrollan buena velocidad, su placa terminaba en 8, pero sin señalar sus características. En cuanto al joven era de tez morena, cabello estilo militar, como de 1,80 de estatura, vestía jean y una camiseta de basquetbolista y con tenis como rotos.

Tres días después y mediante una llamada realizada a la línea 900, una señora manifestó que vive en la Autopista del Norte con 100, donde señaló que en un apartamento de abajo continuamente se escuchan peleas entre una pareja. El muchacho es muy violento y se asustó porque agredió a la novia de nombre *Janira Salazar*. Además le impactó que le escuchó hablar de un muerto, pero que él no quería matar, sólo que se asustó.

Al llegar al sitio de los hechos me entrevisté con una mujer de cincuenta años, que se llama *Rebeca López*, quien al principio se notó asustada y pidió que por favor los vecinos de abajo no se dieran cuenta que ella llamó, porque el novio de *Janira* es muy violento y anda con los ojos rojos y todo acelerado como cuando la gente se la pasa consumiendo droga. Señaló que la noche anterior era tal la gritaría y los golpes, que ella bajó para pedirles que dejaran dormir, pero cuando se acercó a la puerta a golpear, escuchó una voz de hombre hablar de un señor que se le había envalentonado, pero que él no lo quería matar.

Ante esta situación, decidí entrevistarme con los residentes en el mencionado apartamento, que es el Número 101. Allí me recibió una muchacha joven de 22 años, que responde al nombre de *Janira Salazar*, quien se extrañó por mi presencia e inmediatamente trató a la vecina del piso de arriba como una “vieja chismosa”, que no los deja vivir en paz. Dijo que vive con su novio. Manifestó que el 20 de julio estuvieron toda la noche jugando cartas con unos amigos con quienes comieron y tomaron unos traguitos. Dice sobre su novio que él tiene un equipo de basketball y su pasión son las motos. En cuanto al consumo de estupefacientes, lo niega. Dijo que lo único que consumen de vez en cuando es el “guarito”. Manifiesta además que su novio se llama *Carlos Patiño*, quien se identifica con CC. No 15.410.140 de Medellín.

Debo destacar que en el sitio encontré mucho desorden y varias botellas de aguardiente vacías, y al ser interrogada la mencionada *Janira* por las mismas, manifestó que esas se las tomaron la noche del 20 de julio.

Al revisar estos datos en la central de información, a *Carlos Patiño* le aparece una condena por porte de estupefacientes y tiene además otro proceso por hurto, pero donde finalmente no fue condenado.

Igualmente me entrevisté horas después con el mencionado señor *Patiño*, quien es de 1.80 de estatura aproximadamente, de unos 28 años de edad, vestía camiseta de basketball, y tenía un tatuaje en uno de sus brazos de una figura del Che Guevara. Directamente le indagué sobre lo referente a lo manifestado sobre un muerto, poniéndose muy nervioso. Al principio no me decía nada, pero finalmente lo negó y señaló que esas son mentiras de la vecina de arriba que es una loca, y que por eso fue que el marido la dejó.

Señala ser propietario de una moto marca Honda de 750 CC. de placas AT-089 de color rojo.

En cuanto a la noche de los hechos, manifestó que estuvo con su novia y unos amigos jugando cartas, no salió de allí para nada y que de eso pueden dar fe, *Alfonso Daza y Luis Neira*, quienes estuvieron jugando con él toda la noche.

Posteriormente me entrevisté con la viuda, a quien le presenté una foto del señor Patiño, auxiliándome de una solicitada a la Registraduría, la cual al mirarla manifestó que coincide con las características de quien mató a su marido.

En estas condiciones solicitó se valore la posibilidad de librar orden de captura en contra del mencionado *Patiño*.

En los anteriores términos dejó rendido el presente informe con destino al Fiscal 23 de vida.

***Guillermo Fonseca. Investigador***

### **1.8. Entrevista con la señora Rebeca López**

En Bogotá, a los 30 días del mes de agosto, el Fiscal 23 de la Unidad de Vida entrevistó a la señora *Rebeca López*. Sobre sus datos de identificación, manifestó llamarse *Rebeca López*, natural de Bogotá, de 52 años de edad, de oficio ama de casa y actualmente separada de *José Fonseca*. Al ser preguntada sobre los hechos materia de la investigación señaló:

“En una mañana de julio, más exactamente el 24 de julio y desesperada porque toda la noche había escu-

chado peleas entre *Carlos Patiño* y su novia *Janira*, me levanté hacia las seis de la mañana para pedirles que se callaran. Yo vivo exactamente en el piso de arriba de ellos, en el apartamento 201. Al bajar y cuando fui a timbrar, escuché una voz de hombre que creo debió ser la de *Carlos*, que decía: “Tuve problemas con ese tipo, pero no quería que se muriera”. Cuando escuché eso, yo ni toqué y me subí corriendo y decidí informar a la Policía”.

“En cuanto a la relación que existe entre *Carlos* y *Janira*, él es un hombre posesivo y cuando toma o fuma marihuana se vuelve violento, y le pega a ella. Yo la verdad estoy desesperada con ese señor porque además yo creo que anda en malos pasos. Para mí el hace algo más que lo del equipo de básquet, y eso lo ve uno con los amigos que trae que todos son del mismo estilo”.

### **1.9. Entrevista con Carlos Muñoz**

A los 26 días del mes de agosto, en Bogotá, el Fiscal 23 de la Unidad de Vida, entrevistó al señor *Carlos Muñoz*. Sobre sus datos de identificación señaló que se llama como ya quedó anotado, natural de Anolaima (Cundinamarca), de profesión panadero. Sobre los hechos manifestó:

“Vivo en la calle 172 # 50-01, y ahí mismo tengo una Panadería, “El bizcocho calentano”, que además es un negocito que me permite por las tardes vender cervicita y empanadas. La noche del 20 de julio me encontraba dentro del mismo ya casi para cerrar, generalmente yo cierro hacia las 10 de la noche, pero como ese día era fiesta, lo mantuve un poco más abierto. Siendo las once de la noche, llegó un muchacho

joven en una moto y se bajó de ella dejándola prendida, la deja al frente de mi negocio pero pasando la calle. A mí me pareció curioso que dejara la moto prendida, y pensé que iba a entrar a la casa de enfrente a sacar algo. Al principio no me pareció extraño, porque allí doña Rosa se ayuda alquilando cuartos y pensé que podía haber alquilado alguno, pero el muchacho siguió derecho y entró a la tienda de don Andrés. Pensé que debía comprar algo rápido y por eso había dejado la moto prendida. A los tres minutos escuché un disparo allá y me asomé por la ventana del negocio y vi que el muchacho con una botella en la mano venía corriendo, se subió a la moto y se fue hacia el sur”.

En cuanto a sus características, me causó curiosidad que tenía camiseta de basquetbolista y a esa hora hace mucho frío para andar uno sin saco. Tenía el pelo corto. No sé nada más.

### **1.10. Entrevista con Gloria Dávila**

Sobre los hechos manifestó:

“Con mi esposo tenemos una pequeña tienda de barrio, “El Triunfo”, en la que vendemos verduras, artículos de aseo, alimentos básicos y algo de trago. Eran más o menos las 11 de la noche y ya íbamos a cerrar, cuando apareció un muchacho en el momento en que Andrés estaba bajando la reja y lo lanzó hacia adentro. Estaba bastante agresivo y nos dijo que si no queríamos morirnos teníamos que darle toda la plata. Andrés le dijo que se tranquilizara, que no nos hiciera nada. En un momento en que afuera ladró un perro el muchacho miró hacia la calle y mi marido trató de quitarle el arma y forcejearon hasta que finalmente

yo escuché el disparo, y él cayó. Ese señor inmediatamente se mandó a la caja registradora y la golpeó con la cacha del arma hasta que la abrió, sacó toda la plata y como sobre la salida hay un estante de aguardiente, cogió una botella y se fue”.

“Yo desesperada trate de auxiliar a Andrés y como no pude levantarlo, llamé a una vecina quien me ayudó a llevarlo al Hospital”.

“Días después vino la policía y me mostró una foto, y era parecido a quien mató a mi marido y yo lo único que quiero es que se haga justicia”.

*Carlos Patiño* fue acusado por la Fiscalía por homicidio agravado y hurto calificado y agravado.

## **2. MARÍA VIVES**

José Felino fue transportado al Hospital La Misericordia de Bogotá para recibir tratamiento de emergencia. Él tuvo un accidente automovilístico y sufrió una herida en su cabeza.

José Felino fue transportado en ambulancia al Hospital y durante el viaje en la ambulancia y mientras se encontraba en el área de la sala de emergencia del hospital perdió el conocimiento varias veces. Después de ser estabilizado por el equipo médico de emergencia, fue transferido a la sección de cuidados intensivos, lugar donde permaneció en coma por 48 horas.

José Felino tenía con él en la ambulancia su teléfono celular y su portafolio. Al ser transportado al área de emergencia del hospital en la ambulancia, parecía murmu-



rar algo a la enfermera de turno, Barbita Rincón, algo de cuidarle su teléfono celular y sus portafolios. La enfermera no respondió a su solicitud.

La ayudante que completó su admisión en el Hospital, María Vives, pensó que escuchó esta petición pero ahora no está segura. Ella ha admitido que cuando los costeños le hablan ella no entiende por completo lo hablado.

María está segura que durante la noche en que José Felino fue admitido en el área de emergencia del hospital, después de anotar su nombre y domicilio, José le pidió que cuidara sus portafolios y el teléfono celular. María recuerda que José le dijo: “Guárdalo querida y yo te recompensaré”, María le contestó, “Bueno”. Después de esto, José se desmayó y estuvo en coma las siguientes 48 horas.

No existe área en la sala de emergencia para guardar el portafolio ni otra propiedad personal de la víctima. Esa noche dice María que decide llevar el portafolio y el teléfono celular a su carro, el cual se encontraba en el estacionamiento del hospital y guardar allí los elementos temporalmente hasta que ella encontrara un lugar seguro.

Efectivamente, después de completar la documentación para admitir a José Felino al Hospital, María se retira de su lugar de trabajo y acude a su carro. En el estacionamiento un guardia de seguridad del hospital, Pedro Vásquez, la observa poner el teléfono y los portafolios en el baúl de su carro. Pedro la detiene y le pregunta: ¿Por qué te has alejado de tu puesto y qué guardaste en el baúl de tu carro? María, con temor de perder su trabajo, le explicó que ella guardaba por un

tiempo cosas que le pertenecían a un amigo. El guardia le dijo que ella estaba violando las directrices del hospital. María le dijo, “Me lo pidió José, mi amigo, que yo personalmente cuidara de su propiedad y eso es lo que yo hacía”, “no me importa si es violación a las directrices del hospital”.

En ese momento Pedro llamó al CTI de la Fiscalía. El investigador, Guillermo Malaespina, investigó el caso. Él encontró un testigo, Clarita Estrella, una enfermera que estaba en el estacionamiento y se disponía a irse para su casa después de haber completado un turno de 14 horas. Clarita estaba muy cansada pero ella dijo haber observado a María abrazando un portafolio y mirando a su alrededor como si temiera de ser observada. Ella dijo que pensó que María le pareció sospechosa.

El investigador Malaespina también entrevistó a Barbita Rincón y ella le dijo no recordar comentarios lúcidos de José al ella estar con él en la ambulancia y en emergencias. El investigador examinó las formas de admisión de José Felino y determinó que María no apuntó en la forma que José tuviera teléfono celular y portafolios, cuando se le hizo llegar al área de emergencia del hospital.

José no estaba accesible para ser entrevistado por el agente durante la investigación, porque se encontraba en coma. Cuando el investigador Malaespina abrió el portafolio que se encontraba en el baúl del carro de María, éste contenía \$50.000 en efectivo y joyas robadas de la joyería “El Oro Fino”.

Una vez recuperado de sus heridas, José Felino originalmente le dice al investigador Malaespina no re-

cordar la conversación sobre protección de su propiedad. Más tarde durante la entrevista cambió su dicho. Es más, ahora dice no haber dado a nadie permiso para tocar su portafolio y su teléfono celular. Él dice haber dicho a todos de su deseo de tener su portafolio y teléfono celular con él en el hospital. También dice no saber nada del dinero y joyas encontradas en el portafolio. Él reclama que alguna persona

debe haber guardado el dinero y las joyas en el portafolio al él encontrarse inconsciente.

Estos hechos son los únicos que constan en las diligencias de investigación.

La Fiscalía acusó a María Vives por hurto calificado y agravado.



