

**LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN LA ETAPA DE JUICIO
ORAL ANTE EL CAMBIO DE JUEZ EN EL SISTEMA PENAL
ACUSATORIO DE COLOMBIA PUEDE AFECTAR LOS
PRINCIPIOS DE INMEDIACIÓN Y CONCENTRACIÓ**

**MAURICIO ZAPATA SÁNCHEZ
GUSTAVO ANDRÉS CAMPO**

**UNIDAD CENTRAL DEL VALLE DEL CAUCA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y HUMANÍSTICAS
PROGRAMA DE DERECHO
2011**

CONTENIDO

	Pág.
1. Introducción	1
2. Principios del Procedimiento Probatorio Penal	4
3. Sistema Penal Inquisitivo	9
4. Sistema Penal Acusatorio	15
5. El Papel de la Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio	22
6. El Papel del Juez de Conocimiento en el Recaudo, Práctica y Apreciación de Pruebas en el Sistema Penal Acusatorio	29
7. Medios de Prueba	37

8.	Apreciación de la Prueba en Procesos Penales	40
9.	El Cambio de Juez en el Proceso Penal y la Afectación a los Principio de Inmediación y Concentración de la Prueba	47
10.	Conclusiones	56
10.	Bibliografía	58

INTRODUCCIÓN

Para iniciar el presente estudio, es necesario retomar los antecedentes legales, doctrinarios y jurisprudenciales en lo inherente a la definición de medios de prueba, así como su apreciación y los diferentes estadios en los que ha transcurrido el mecanismo que por excelencia debemos prestar más atención todos los abogados del País, pues de como se aprecie una prueba depende la libertad o privación de la libertad de uno o cualquiera de los ciudadanos.

Debe anotarse que el escenario en el que se abordará el tema, busca que el lector pueda adentrarse en el cambio de sistema de procedimiento penal, la forma como se presentan las pruebas en la actualidad y quiénes las pueden recepcionar y por supuesto detallar los principios del sistema probatorio penal, lo cual permitirá demostrar la posible vulneración al derecho al debido proceso del implicado en la comisión de un delito penal.

A efectos de brindar mayor claridad sobre los temas ha abordar se tendrá en cuenta la actualidad jurisprudencial sobre el cambio de Juez de Conocimiento en desarrollo del juicio oral, lo que de paso irá otorgando mayores elementos para encausar la presente monografía.

Como es de conocimiento de todo abogado, la certeza de las decisiones judiciales se apoya en los elementos materiales probatorios verificables y verificados y por ello, nos adentraremos al estudio de los principios probatorios y la importancia de que en los fallos judiciales penales los mismos sean tenidos en cuenta, pues en caso contrario se está ante una violación del debido proceso, tal y como se demostrará en el transcurso de cada tema a tratar.

Todo lo anterior debido a que la valoración y apreciación de la prueba ha sido un tema de investigación durante mucho tiempo, sobre el particular es preciso mencionar que el sistema probatorio y en especial la apreciación probatoria dieron un giro importante después de proferirse nuestra Constitución Política, al cambiarse el modelo de la tarifa legal y hacer ingreso al escenario jurídico los principios de la libre apreciación de la prueba, la sana crítica, la apreciación conjunta de las pruebas, el principio de inmediación y concentración entre otros principios que al aplicarlos el Juez hace que se garantice el debido proceso, el derecho a la defensa y el principio de inocencia.

Preocupa a este grupo de estudio y debido a ello es el punto de partida de la investigación, que los principios rectores del nuevo proceso penal colombiano se vean afectados y

menguados en situaciones que, dadas las circunstancias ineludibles de la realidad judicial, se suscitan con frecuencia y que pueden llegar a desnaturalizar el proceso como fue concebido originalmente.

PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO PROBATORIO PENAL

A efectos de recordar el significado de la palabra principio, a continuación se citará su concepto de acuerdo a lo expuesto por el Diccionario de la Real Academia Española, que indica:

"PRINCIPIO: *Cualquiera de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empieza a estudiar las ciencias o las artes".*

A su vez, desde la antigua Grecia, Aristóteles¹ daba un gran valor a la concepción de Principio exponiendo dentro de sus escritos, que: "...el principio es el punto de partida de la cosa...como el principio de la línea, del viaje...".

De otra parte, en lo referente a principios en el sistema probatorio, dejó sentado el Doctor **GUSTAVO MORALES MARÍN**²: *"(...) En sentido complementario se debe entender que los principios del sistema probatorio penal constituyen idea rectora o regla fundamental en la subordinación y la coordinación de sus elementos..."*.

¹ Aristóteles, Metafísica, Editorial, Porrúa, S.A., México, 1973. Páginas 75 y 76

² Morales Marín Gustavo, Prueba Penal y Apreciación Técnico Científica, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., Bogotá, 2003, Página 161.

Definido como está el concepto de principio, a continuación se citarán los principios relevantes en el presente estudio, a efectos de conocer finalmente la forma en que se vulnera o puede llegar a vulnerarse cada uno de ellos.

*INMEDIACIÓN: "En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas. Sin embargo, en las circunstancias excepcionalmente previstas en este código, podrá tenerse como prueba la producida o incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el juez de control de garantías o ante el juez de conocimiento, según el caso."*³

Descrito normativamente el principio de inmediación, es preciso citar algunos apartes de los recientes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia⁴, así:

"(...) nótese que mientras en el nuevo procedimiento la inmediación y actualidad de la prueba es la regla, en los anteriores la permanencia de la prueba es la regla y la inmediación y actualidad es apenas una posibilidad, entre

³ Ley 906 de 2004, Artículo 16 - Diario Oficial No. 45657, 31 de Agosto de 2004.

⁴ Corte Suprema de Justicia Sala de casación Penal. Proceso 31150. M.P. Dr. AUGUSTO J.

otras diferencias (...)".

De igual forma en otra sentencia la Corte Suprema de Justicia⁵, sobre el principio de inmediación, indicó:

*"(...) En concreto, atendiendo a los principios de **inmediación y concentración**, en donde se centra el aspecto fundamental de este pronunciamiento, es deber del juez tener contacto directo con los medios de prueba y con los sujetos procesales que participan en el contradictorio, sin alteración alguna, sin interferencia, desde su propia fuente. Por ello y para que la inmediación sea efectiva, se hace necesario que el debate sea concentrado y que no se prolongue para que la memoria no se pierda en el tiempo. El debate puede agotar todas las sesiones consecutivas que sean necesarias, pero no se debe suspender por un periodo muy largo, pues de otra manera, parámetros de valoración como los propuestos en la Ley 906 de 2004 en sus artículos 404 y 420, no se verían cumplidos, si se tiene en cuenta que la polémica, tanto jurídica como probatoria del juicio, se debe desarrollar ante el juez de conocimiento, en un lapso breve.*

*Desde esta perspectiva resulta lógico pensar que si la **inmediación** comporta la percepción directa del juez sobre*

IBÁÑEZ GUZMÁN, del 12 de mayo de 2009

⁵ Corte Suprema de Justicia Sala de casación Penal. Proceso 27192. M.P. Dr. AUGUSTO J.

las pruebas y los alegatos de las partes y la **concentración** implica la valoración del acervo probatorio en un lapso temporal que no puede ser prolongado, tales parámetros se verían afectados si en determinado momento del debate el juez que instaló la audiencia pública debe ser reemplazado por otro.

Por tanto, los principios de **inmediación y concentración**, inspiradores de un sistema con una estructura y finalidades claramente determinadas, solo cobran sentido a través de la participación activa, ineludible y permanente del funcionario de conocimiento...".

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

Es claro que bajo la óptica del principio de concentración, la prueba debe hacerse en lo posible en una sola audiencia, con

la excepción que el Juez que dirija la audiencia, pueda suspenderla por un término hasta de treinta (30) días.

APRECIACIÓN RACIONAL DE LAS PRUEBAS: *"Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.*

*El funcionario judicial expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba"*⁶

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: *"Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.*

En consecuencia, corresponde al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado.

En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria.

*Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda."*⁷

⁶ Código de Procedimiento Penal de 1991, Artículo 254. Editorial Leyer, Bogotá 1992.

⁷Ley 906 de 2004, Artículo 7 - Diario Oficial No. 45657, 31 de Agosto de 2004.

SISTEMA PENAL INQUISITIVO

La historia del proceso penal inquisitivo, se enmarca en la evolución múltiple de su normatividad. Debe mencionarse que de acuerdo a lo expuesto por la doctrina el sistema inquisitivo se remonta a la época de la inquisición en el que el papel de la iglesia para condenar a los pensadores de los siglos XIV al XVII, estaba en florecimiento. Sobre el particular debe mencionarse que durante los primeros años de la inquisición, no existió unanimidad en la forma en que debía llevarse el proceso, ni en la etapa de investigación, ni en la de juzgamiento, ni en la de condena. Sin embargo con el pasar de los años fueron creados manuales inquisitoriales, entre los que se destaca el Excommuicamos de Gregorio IX, escrito en 1231.

Así pues tenemos, que el sistema inquisitivo tiene sus bases en el derecho romano, en las monarquías absolutistas de la edad media y en la persecución de la iglesia a las herejías.

A efectos de una mayor ilustración sobre lo sucedido en la edad media en el que hacía su ingreso el sistema inquisitivo, es necesario citar lo expuesto en la obra el Psicoanálisis del

Crímen⁸, cuando dice: "(...) *En la edad media, se tenía la idea de que la administración de justicia entre los hombres estaba dirigida por la mano de Dios, quien decidía cuál de las partes tenía la razón en un proceso civil o criminal. Los "juicios de Dios", según opinión de Ladislao Thot, "tenían por objeto la revelación de la justicia divina y la investigación de la justicia humana". Historia de las antiguas instituciones de derecho penal (Arqueología criminal), la Plata, Talleres de impresiones Oficiales, 1940, Pagina 151. Con frecuencia se acudía al fuego y al agua. En la prueba del fuego se hacía coger al sospechoso un hierro al rojo vivo y el que se quemara o no, determinaba que fuera inocente o culpable; en el caso del agua el procesado era obligado a meter sus manos al agua hirviente. En ambos casos introducía sus manos en un saco y al cabo de tres días se comprobaba si había o no quemaduras. THEODOR REIK alude al juicio del pan como otro de los elementos utilizados para esta clase de pruebas: el acusado debía tragar un gran trozo de pan sin masticarlo: si se atragantaba era culpable, y si no, inocente (...)*".

De lo anterior se desprende cómo en el sistema inquisitivo el principio de presunción de inocencia se desconocía y por tanto se partía de la concepción de que todos los que se llevaban a juicio eran culpables.

⁸ Psicoanálisis del crimen, Buenos Aires, Editorial Paidós, 1965, Pagina 179, nota 5.

Luego de conocer la historia del sistema inquisitivo se hace necesario desarrollar su concepto, de acuerdo a lo expuesto por los doctrinantes y sobre el particular citar al Dr. VÁSQUEZ ROSSI⁹, quien expuso: "*(...) la inquisición se dirigía fundamentalmente a la averiguación sobre la personalidad y conductas de quienes infringían los preceptos y al castigo de la desobediencia (...) El proceso inquisitivo se basa entonces, en una idea maniquea: El bien, los valores, pertenecen al Estado. El mal está en los individuos, que han infringido, de cualquier modo, los mandatos soberanos (...)*".

Conforme a lo expuesto por el Maestro VÁSQUEZ, es preciso mencionar que el Sistema Inquisitivo tiene como fundamento un claro derecho penal de autor, mas no de acto, persiguiendo no un delito propiamente dicho, sino a un pecador en sí mismo.

En el caso específico de nuestro País observamos cómo antes de hacer presencia en el escenario jurídico la Ley 906 de 2004, predominó el Sistema Inquisitivo, en cuanto a la persecución del delito, ya que la Fiscalía hace parte de la Rama Jurisdiccional del Poder Público y tenía facultades jurisdiccionales en el proceso, al punto que no sólo participaba en él desde su inicio y hasta el final, sino que también se convertía en Juez dentro del mismo, pues tenía que resolver asuntos de fondo siendo esta función, la expresión misma de

⁹ VÁSQUEZ ROSSI, JORGE. Derecho Procesal Penal Tomo I, Paginas 203-204

la jurisdicción, especialmente cuando tomaba decisiones que afectaban derechos fundamentales, como la libertad y el derecho a la defensa entre otros.

Por lo expuesto, es claro que una de las debilidades manifiestas del Sistema Inquisitivo Penal, para hechos delictivos hasta la entrada en vigencia del sistema acusatorio, era que el papel de la Fiscalía se confunde entre Acusador y Juez, dado que al final de su investigación, debía en caso de encontrar probados hechos delictuales proferir resolución de acusación, pues recuérdese además que el cuerpo técnico C.T.I., y la misma Fiscalía tenían la función de recopilar pruebas, lo que de cierta forma confundía la función de los Fiscales entre Juez y Parte.

De otra parte debemos recordar que en el sistema inquisitivo todo el proceso era por escrito, lo que hacía que observáramos procesos que se rigen por dicho sistema de más de quinientos folios, haciendo la tarea de funcionarios y abogados más tediosa y redundando en el anquilosamiento de los procesos.

Igualmente indicar, que el Sistema Inquisitivo, parte de la concepción de la necesidad que tiene el Estado de legitimarse ante el pueblo a través de la persecución del delito, es así como los medios de iniciar el proceso se limitan al ejercicio de

la Acción Penal que tiene el Estado a su cargo. Por ello en dicho sistema penal, el Estado Colombiano a través del Fiscal y sus delegados iniciaba la investigación de los delitos, ejerciendo ante sí mismos la Acción Penal.

Es preciso mencionar, que de la mano con el sistema inquisitivo se encontró por muchos años vigente el sistema de la tarifa legal para la valoración de las pruebas, tema que se abordará más adelante.

Para concluir, uno de los riesgos palmarios del proceso inquisitivo, en punto de los derechos fundamentales del procesado tales como su libertad, el debido proceso y la defensa, es que la Fiscalía, siendo el órgano dedicado constitucionalmente a la persecución del delito y sus autores y con la imperante tarea de acusar a quienes trasgreden el ordenamiento represor, tuviera además la función de decidir en cierta etapa del proceso penal, *-estamos hablando de la instrucción-*, sobre aspectos tan delicados como la imposición de medidas de aseguramiento entre otros asuntos. Ello era posible, dado que en las dos etapas iniciales del proceso – *investigación previa e instrucción-* el Fiscal se consideraba el director del mismo, tanto así que no había intervención de jueces sino hasta que se calificaba el sumario con resolución de acusación.

Pero lo verdaderamente preocupante es lo que nos lleva a plantearnos la siguiente pregunta: ¿cómo puede un funcionario ser objetivo para privar a un ciudadano de su libertad, cuando simultáneamente tiene a su cargo el deber de acusarle?

La Fiscalía tiene objetivos claramente definidos que la convierten en sujeto procesal y que le restan parcialidad a su juicio, al igual que ocurre con la defensa. Por ello, decisiones de tal trascendencia deben estar limitadas al arbitrio de aquellos funcionarios que no juegan el rol de parte en el proceso y por tanto pueden aplicar su criterio jurídico de forma objetiva y garantizando los derechos de todos los intervinientes.

SISTEMA PENAL ACUSATORIO

Es pertinente mencionar que con la expedición de la Constitución Política de Colombia de 1991, se trató de implementar el Sistema Acusatorio, pero se continuó con la idea del sistema inquisitivo al expedirse el Decreto 2700 de 1991. Aunque con la creación Constitucional de la Fiscalía se tuvo a esta honorable entidad como ente de investigación y también de Juez, pues como se dijo anteriormente debía dirigir las etapas de investigación previa e instrucción, que podía terminar con resolución de acusación en caso de observar el fiscal pruebas de que la persona hubiese cometido un delito.

Sin embargo, el legislador mediante la aprobación del Acto Legislativo 03 de 2002 que modificó los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Política, lo que hizo fue variar la estructura básica del proceso penal colombiano, pasando del Sistema Penal Inquisitivo al Sistema Penal Acusatorio, lo que a la postre se perfeccionó con la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004.

A efectos de dar mayor ilustración frente al tema del sistema acusatorio penal, se citará la Sentencia C-801 de 2005¹⁰, que

¹⁰ Sentencia C-801 de 2005, Corte Constitucional - Sala Plena. Expediente D-5576, Bogotá 2 de Agosto de 2005. M.P. Dr. **JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO**.

indica:

"(...) Por medio del Acto Legislativo 03 de 2002 se modificaron los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Política y se lo hizo para variar la estructura básica del proceso penal colombiano. En virtud de esa reforma que, como lo indicó esta Corporación en la Sentencia C-591-05, debe contextualizarse en el marco de la Constitución Política y del bloque de constitucionalidad, la estructura de acusación y juzgamiento se aproximó a los sistemas de tendencia acusatoria.

Estos sistemas están caracterizados, entre otras cosas, por la distribución de las funciones de investigación y acusación, por una parte, de la de juzgamiento, por otra; por la concentración de las facultades investigativas en la Fiscalía General y de las judiciales en los jueces y tribunales; por la reserva judicial para las afectaciones de los derechos fundamentales de los ciudadanos a que hay lugar con ocasión del proceso penal; por la legitimación democrática del proceso penal a través de instituciones como la elección popular de fiscales y jueces o la participación del gran jurado y del jurado popular; por la racionalización de la selectividad del sistema penal a través del principio de oportunidad y por la promoción de un juzgamiento público-y oral.

La aproximación del proceso penal colombiano a los sistemas

acusatorios, no obstante, no implica, en manera alguna, su identificación absoluta con otro modelo específico del derecho procesal comparado pues, como ya lo precisó la Corte en la aludida Sentencia C-591-05, se trata de un sistema procesal que si bien se nutre de instituciones propias de otros sistemas, también cuenta con elementos particulares que terminan por dotarlo de una identidad propia. Así ocurre, por ejemplo, con las facultades excepcionales que se le otorgan a la Fiscalía General para tomar medidas restrictivas de derechos fundamentales, aunque, desde luego, sometidas a control judicial; con la intervención de la víctima y del Ministerio Público; con la ausencia de control judicial sobre la acusación y con la no intervención del jurado popular, que, no obstante haber sido previsto por el Acto Legislativo en razón de la modificación introducida al artículo 116 superior, no fue desarrollado por el legislador penal (...)".

Definido jurisprudencialmente el antecedente histórico a la aparición del sistema acusatorio, el cual nace sin lugar a dudas con el acto legislativo 03 de 2002 y se perfecciona en parte con la expedición de la Ley 906 de 2004, y la concepción jurisprudencial del mismo, se hace necesario observar el desarrollo que surge con la expedición de la Ley 906 de 2004 especialmente el artículo 10¹¹, hace necesaria la entrada en escena de este sistema, al expresar:

"Artículo 10. *Actuación procesal. La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia. En ella los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial.*

Para alcanzar esos efectos serán de obligatorio cumplimiento los procedimientos orales, la utilización de los medios técnicos pertinentes que los viabilicen y los términos fijados por la ley o el funcionario para cada actuación.

El juez dispondrá de amplias facultades en la forma prevista en este código para sancionar por desacato a las partes, testigos, peritos y demás intervinientes que afecten con su comportamiento el orden y la marcha de los procedimientos.

El juez podrá autorizar los acuerdos o estipulaciones a que lleguen las partes y que versen sobre aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva, sin que implique renuncia de los derechos constitucionales.

El juez de control de garantías y el de conocimiento estarán en la obligación de corregir los actos irregulares no sancionables con nulidad, respetando siempre los derechos y garantías de los intervinientes."

De otra parte doctrinariamente se ha expuesto, que en el

¹¹ Ley 906 de 2004, Artículo 7 - Diario Oficial No. 45657, 31 de Agosto de 2004

nuevo sistema acusatorio el papel del Juez es fundamental, para dar celeridad al proceso, toda vez, que son los directores del proceso, los moderadores de las audiencias públicas y los garantes de los derechos y libertades de los ciudadanos colombianos. Sobre el particular el Doctor JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAUJO, en exposición ante los jueces de la República, publicado en la página Web de la Fiscalía General de la Nación, expuso:

"(...) Nuestro antiguo sistema de justicia penal, adolecía de un problema recurrente, que consistía en una absurda tendencia a prolongar excesivamente los procesos. Esto se explicaba, en muchos casos, por la concepción tradicional propia del sistema inquisitivo y por el excesivo formalismo. En este sentido, los jueces del nuevo sistema acusatorio, cuentan con un potencial muy grande y tienen importantes funciones, tanto más cuanto que además poseen los instrumentos necesarios para hacer del proceso una herramienta mucho más ágil y accesible a los ciudadanos, quienes deberán variar positivamente la percepción del funcionamiento de nuestra justicia y de nuestra democracia.

Actualmente, el juez penal, para preservar su imparcialidad, está obligado a abstenerse de intervenir oficiosamente en materia probatoria. A diferencia de los anteriores estatutos procesales penales, la nueva legislación preceptúa de manera

categorica que "En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio." (Art 361 C.P.P). En apariencia, el concepto normativo de verdad que desarrolló la ley 906 de 2004, nuevo Código de Procedimiento Penal es una verdad formal, radicalmente adscrita al principio dispositivo.

Si como hemos sostenido anteriormente, el concepto de verdad que se acoge es un concepto formal, en materia probatoria al Juez le corresponde, en primer lugar, desde la perspectiva del debido proceso, exigir el cumplimiento riguroso de las reglas que atañen al descubrimiento de las pruebas y la exclusión de pruebas ilícitas y, en segundo lugar, desde la perspectiva del derecho de defensa, garantizar al imputado adecuadas oportunidades de contradicción (...)".

Conforme a lo antes expuesto, es claro que con el sistema acusatorio lo que busca el Estado Colombiano, es que se de aplicación al principio de celeridad en los procesos penales, pues los mismos con el sistema anterior, hacían que los despachos judiciales se encontraran congestionados, al punto que al Gobierno no le quedó de otra que nombrar jueces de descongestión, sin embargo, a la fecha aún es evidente, la falta de salas de audiencias dotadas conforme a los requerimientos técnicos en algunas zonas del País y en la gran mayoría aún sólo se cuenta con el sistema de audio funcionando, faltando el sistema de video, lo que hace, se

reitera y se tratará de demostrar más adelante, que se dificulte en algunos casos que el Juez de conocimiento conozca las condiciones psicológicas y demás que hacen que un testigo se torne sospechoso. Lo anterior, sin contar otras deficiencias que se espera el Gobierno Central, trate de subsanar a efectos de que el sistema penal acusatorio llene las expectativas que se le generaron a la comunidad, a efectos de evitar las congestiones en los despachos judiciales, en las cárceles del País, entre otras dificultades que se presentaban con el Sistema Inquisitivo.

EL PAPEL DE LA FISCALÍA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

A efectos de tener certeza jurídica del papel del Fiscal en el proceso acusatorio, se hace necesario citar los preceptos legales sobre la materia, en especial lo regulado por la Ley 906 de 2004¹², así:

***"Artículo 15.** Contradicción...Para garantizar plenamente este derecho, en el caso de formular acusación la Fiscalía General de la Nación deberá, por conducto del juez de conocimiento, suministrar todos los elementos probatorios e informes de que tenga noticia, incluidos los que sean favorables al procesado.*

(...)

***Artículo 66.** Titularidad y obligatoriedad. El Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, está obligado a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, de oficio o que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o cualquier otro medio, salvo las excepciones contempladas en la Constitución Política y en este código.*

No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para aplicar el principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez de control de garantías".

De lo expuesto en la norma, se tiene que la Fiscalía tiene funciones distintas a las otorgadas antes de entrar en vigencia la Ley 906 de 2004, pues ya se trata de una entidad encargada de la investigación, para lo cual debe recolectar elementos materiales de prueba y realizar la persecución penal. A su vez, es importante resaltar lo expuesto por la Honorable Corte Constitucional, en la Sentencia C-1194 de 2005¹³, sobre el asunto bajo estudio, en el que señala lo siguiente:

"(...) Por ello, al haberse transformado su objeto institucional y al habersele dado a la Fiscalía la función de actuar eminentemente como ente de acusación, se entiende que el organismo público no esté obligado a recaudar evidencias que pudieran liberar de responsabilidad penal al imputado. La investigación adelantada por la Fiscalía se enfoca primordialmente a desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al individuo objeto de investigación, lo que no significa

¹² Ley 906 de 2004, Artículos 15 y 66 - Diario Oficial No. 45657,31 de Agosto de 2004.

¹³ Sentencia C-1194 de 2005, Corte Constitucional - Sala Plena. Expediente D-5727, Bogotá 22

que, de hallarse evidencia que resulte favorable a los intereses del mismo, esta deba ser puesta a disposición de la defensa. En suma, mientras el sistema procesal penal derogado obliga al ente de investigación a recaudar pruebas favorables al procesado, el segundo lo obliga a ponerlas a disposición de la defensa en caso de encontrarlas, lo cual significa un evidente y sensible cambio en el énfasis de dicho compromiso. De igual manera, el nuevo sistema impone a la defensa una actitud diligente en la recolección de los elementos de convicción a su alcance, pues ante el decaimiento del deber de recolección de pruebas exculpatorias a cargo de la Fiscalía, fruto de la índole adversativa del proceso penal, la defensa está en el deber de recaudar por cuenta propia el material probatorio de descargo. El nuevo modelo supera de este modo la presencia pasiva del procesado penal, comprometiéndolo con la investigación de lo que le resulte favorable... Ahora bien, de acuerdo con el artículo 250 de la Constitución Política, modificado por el acto legislativo 03 de 2002, la Fiscalía General de la Nación es el organismo oficial encargado de promover el proceso penal desde la indagación hasta el juicio. La investigación es la sucesión de actos que se despliegan con el fin de recaudar los elementos de convicción requeridos para que, en el juicio, el juez de conocimiento someta a valoración las pruebas y determine, en su neutralidad, el grado de responsabilidad del

procesado.

Concretamente, la investigación de los hechos que revisten características delictuales se inicia desde el momento en que la Fiscalía tiene conocimiento de la noticia criminis, hecho que puede ser comunicado a ese organismo por denuncia, querrela, petición especial, o cualquier otro medio idóneo.

La Fiscalía, en una primera fase de indagaciones, determina la ocurrencia de los hechos y delimita los aspectos generales del presunto ilícito. Dado que los acontecimientos fácticos no siempre son fácilmente verificables y que las circunstancias que los determinan pueden hacer confusa la identificación de su ilicitud, el fin de la indagación a cargo de la Fiscalía, y de las autoridades de policía judicial, es definir los contornos jurídicos del suceso que va a ser objeto de investigación y juicio. La fase de indagación es reservada y se caracteriza por una alta incertidumbre probatoria, despejada apenas por los datos que arroja la noticia criminis...".

Del análisis de la sentencia citada, se tiene que la Fiscalía es una entidad que se dedica a la investigación de los hechos delictuales puestos en su conocimiento, por lo que puede practicar pruebas para esclarecer los hechos y presentarse en la etapa de juicio oral como ente acusador.

A efectos de concretar las funciones que dentro del sistema

acusatorio actual le atañen a la Fiscalía, es pertinente citar el artículo 114 de la Ley 906¹⁴ de 2004:

"Artículo 114. Atribuciones. *La Fiscalía General de la Nación, para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, tiene las siguientes atribuciones:*

- 1. Investigar y acusar a los presuntos responsables de haber cometido un delito.*
- 2.. Aplicar el principio de oportunidad en los términos y condiciones definidos por este código.*
- 3. Ordenar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones, y poner a disposición del juez de control de garantías los elementos recogidos, para su control de legalidad dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.*
- 4. Asegurar los elementos materiales probatorios y evidencia física, garantizando su cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción.*
- 5. Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente ejerce su cuerpo técnico de investigación, la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.*
- 6. Velar por la protección de las víctimas, testigos y peritos que la Fiscalía pretenda presentar.*

La protección de los testigos y peritos que pretenda presentar la defensa será a cargo de la Defensoría del Pueblo, la de

¹⁴ Ley 906 de 2004, Artículo 114 - Diario Oficial No. 45657, 31 de Agosto de 2004

jurados y jueces, del Consejo Superior de la Judicatura.

7. Ordenar capturas, de manera excepcional y en los casos previstos en este código, y poner a la persona capturada a disposición del juez de control de garantías, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

8. Solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas.

9. Presentar la acusación ante el juez de conocimiento para dar inicio al juicio oral.

10. Solicitar ante el juez del conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando no hubiere merito para acusar.

11. Intervenir en la etapa del juicio en los términos de este código.

12. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia de las víctimas, el restablecimiento del derecho y la reparación integral de los efectos del injusto.

13. Interponer y sustentar los recursos ordinarios y extraordinarios y la acción de revisión en los eventos establecidos por este código.

14. Solicitar nulidades cuando a ello hubiere lugar.

15. Las demás que le asigne la ley.

Parágrafo. Adicionado por el art. 10. Ley 1142 de 2007. así:

Parágrafo. El Fiscal General de la Nación o el Fiscal

Delegado, según el caso, podrá actuar con el apoyo de otro Fiscal Delegado de cualquier categoría, tanto para la investigación como para la intervención en las audiencias preliminares o de juicio. Esta misma facultad podrá aplicarse en el ejercicio de la defensa."

Conforme a lo antes expuesto, el papel de la Fiscalía en el sistema penal acusatorio, es el de investigar y acusar a los presuntos responsables de delitos, dirigir y coordinar las funciones de policía judicial, realizar allanamientos, custodiar los elementos probatorios, practicar pruebas, poner a las personas capturadas a disposición del juez de control de garantías dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes de su captura, entre otras, que en últimas hacen que el sistema acusatorio sea dinámico y garantista, pues puede ocurrir que el Juez de Control de Garantías defina que la captura realizada es ilegal.

EL PAPEL DEL JUEZ DE CONOCIMIENTO EN EL RECAUDO, PRÁCTICA Y APRECIACIÓN DE PRUEBAS EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

Inicialmente es preciso indicar, que el Juez de conocimiento, también surge con la expedición de la Ley 906 de 2004 y a efectos de observar sus funciones y responsabilidades, a continuación se citará lo expuesto por el Dr. **JOSE ALFREDO ESCOBAR ARAUJO**, en su exposición "*El Roll del Nuevo Juez Penal*", publicado en el año 2005 en la página Web de la Fiscalía. Sobre el particular, expuso:

"(...) Los jueces llamados de conocimiento son los responsables de determinar en un fallo, la culpabilidad o inocencia del indiciado, teniendo en cuenta exclusivamente las pruebas presentadas o practicadas en el mismo juicio por la Defensa y la Fiscalía...la tercera etapa corresponde al juicio oral, en el cual se practican las pruebas previamente decretadas por el Juez y se exponen los alegatos de los sujetos procesales. Una vez culminadas las tres etapas anteriores, salvo que se haya dado lugar a alguna forma de terminación anticipada, el Juez procede a dictar sentencia (...)".

Teniendo en cuenta la definición doctrinaria, es preciso retomar

lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal¹⁵, quien sobre el particular ha expresado:

*"(...) el juez de conocimiento es quien dirige el debate probatorio entre las partes y define la responsabilidad penal del acusado, con total garantía del debido proceso penal. Su **permanencia** hasta finalizar el debate y dictar el fallo correspondiente, es consecuencia lógica del respeto a los principios que se vienen examinando. Tanto así, que el inciso 3° del artículo 454 insiste en la permanencia física de funcionario que controla el debate al punto que, en caso de suspensión de la audiencia de juicio- oral, la misma se debe repetir cuando dicho término incida en la memoria de lo sucedido, en los resultados de las pruebas practicadas, así se trate del mismo juez que ha tenido contacto directo con los medios de prueba, pues lo esencial es que mantenga invariable el conocimiento pleno del juicio, indispensable en la formación de su concepto acerca de lo ocurrido en esa fase del proceso. De otra manera se afectaría la estructura del nuevo modelo procesal penal y se distorsionaría el rol que debe cumplir el juez y, de contera, se desconocerían garantías fundamentales como el debido proceso y el derecho a la defensa (...)"*

Definido el concepto de Juez de Conocimiento doctrinaria y

¹⁵ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Proceso 27192. MP. Dr. AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN, aprobado mediante acta No. 013 del 30 de enero de 2008.

jurisprudencialmente, en el entendido de que éste es quien dirige el debate probatorio entre las partes y define la culpabilidad o inocencia del indiciado, es capital resaltar que el escenario o audiencia en la que las partes practican y contradicen las pruebas, no es otra que la del juicio oral, momento en el que además sucede la valoración por parte del juez que por imperativo de la Ley 906 de 2004 debe estar presenciando directamente tal práctica en un espacio de tiempo que no puede ni debe ser demasiado prolongado y de igual manera es estricto que sea el mismo funcionario quien dicte el fallo.

Hechas las anteriores aclaraciones, es necesario realizar un acercamiento a lo probatorio, para lo cual debemos citar la Ley 906¹⁶, que en su artículo 344, define una de las funciones más importantes del Juez de Conocimiento, así:

"Artículo 344. Inicio del descubrimiento. Dentro de la audiencia de formulación de acusación se cumplirá lo relacionado con el descubrimiento de la prueba. A este respecto la defensa podrá solicitar al juez de conocimiento que ordene a la Fiscalía, o a quien corresponda, el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento, y

¹⁶ Ley 906 de 2004, Artículos 344 - Diario Oficial No. 45657, 31 de Agosto de 2004.

el juez ordenará, si es pertinente, descubrir, exhibir o entregar copia según se solicite, con un plazo máximo de tres (3) días para su cumplimiento.

La Fiscalía, a su vez, podrá pedir al juez que ordene a la defensa entregarle copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio. Así mismo cuando la defensa piense hacer uso de la inimputabilidad en cualquiera de sus variantes entregará a la Fiscalía los exámenes periciales que le hubieren sido practicados al acusado.

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

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

Por todo lo expuesto, existe plena claridad que el Juez de conocimiento es quien dirige el debate probatorio, sin embargo acepta la nueva normativa (Ley 906 de 2004), que a la audiencia de juzgamiento ingresen pruebas que no fueron

descubiertas e incluso solicitadas ni decretadas en los estadios procesales oportunos, decisión que el juez deberá tomar bajo circunstancias de ponderación que en su momento conllevarán un análisis profundo de la situación y del derecho de defensa, y en todo caso, de la igualdad entre las partes del proceso penal.

A manera de ejemplo se puede citar el último inciso del artículo 357 del Código de Procedimiento Penal y el cual preceptúa lo siguiente: “(...) Excepcionalmente, agotadas las solicitudes probatorias de las partes, si el Ministerio público tuviere conocimiento de la existencia de una prueba no pedida por estas que pudiere tener esencial influencia en los resultados del juicio, solicitará su práctica.”

El régimen probatorio dista de una especialidad del derecho a la otra, es así como vemos variaciones en la materia si tratamos un asunto de carácter civil, uno administrativo, uno laboral o uno penal. En tratándose de este último vimos cambios significativos entre el sistema procesal de la ley 600 de 2000 y el que introdujo la 906 del año 2004, diferencias que en parte pueden definirse si echamos un vistazo a los principios de inmediación y concentración probatoria.

Estos principios presuponen un cambio de modelo en la estructura del proceso, pues a diferencia de lo que se permitía en la ley anterior, ahora las pruebas sólo son practicadas

mientras dure la audiencia de juicio oral, en presencia del Juez de Conocimiento y en espacios de tiempo que no deben ser prolongados. Las viejas normas que facultaban al Fiscal como director del proceso en dos de sus etapas para decretar y practicar pruebas de oficio que luego debían ser valoradas por un Juez que nunca estuvo presente, fueron abolidas por novedosas formas procesales que dieron paso a un sistema más justo y equitativo, de corte adversarial y que propugna por la igualdad de armas entre las partes del proceso –*entiéndase Fiscalía y defensa*–.

Es por lo anterior que ya no podemos hablar de pruebas practicadas por la Fiscalía, ni pensarse, salvo circunstancias excepcionales, que puedan aquéllas practicarse en una audiencia diferente a la del juicio oral, por lo que los medios de prueba recolectados por el Fiscal durante toda la investigación únicamente alcanzan la virtualidad de simples elementos materiales de prueba, evidencia física o información legalmente obtenida, pero no podrá ser tenida en cuenta y en sede de juzgar la responsabilidad de quienes son llamados a responder por un ilícito, sino hasta que toman el carácter de verdaderas pruebas practicadas ante los ojos del juez de conocimiento.

Es también nuevo el concepto de “descubrimiento probatorio”, concepto que supone un deber de las partes y por lealtad procesal, de dar a conocer anticipadamente a la contraria los elementos de prueba con que cuenta y que pretende hacer

valer en el juicio oral, de modo que sea viable la preparación de una estrategia defensiva y la consecuente contradicción.

Si pudiéramos hacer una enunciación de los momentos que vive la prueba en este procedimiento podríamos describirlos de la siguiente forma: (i) descubrimiento, (ii) solicitud, (iii) decreto, (iv) práctica, y (v) valoración. Es importante definir estos momentos para entender mejor el punto álgido de nuestro trabajo investigativo y sobre todo, que es en la valoración donde se presenta el busilis aunque los demás sean fundamentales e imposibles de desligar en la materia de estudio.

El juez de conocimiento debe velar porque en lo posible se descubra por completo el material probatorio al interior de la audiencia de formulación de acusación así como lo dispone el artículo 344, pero también debe ejercer la dirección adecuada de la audiencia preparatoria para que el proceso de solicitud y práctica se ajuste a legalidad y en consonancia con los principios rectores del proceso penal.

Es la audiencia preparatoria el escenario natural para la solicitud, decreto y oposición a las pruebas de una y otra parte, y por contera, donde tienen lugar alegaciones en sede de exclusiones, rechazos o inadmisibilidades que puedan surgir. Lo importante a señalar es que terminada esta audiencia ya

debe estar claro cuáles son las pruebas que se practicarán en el juicio oral, sin que sea posible salvo el caso señalado en el artículo 344, que se introduzcan pruebas que no fueron decretadas en la audiencia preparatoria. Lo que sí es posible es que la parte en su momento, desista de la práctica de alguna o varias de las pruebas que fueron decretadas.

En cuanto al juicio oral podemos señalar tres momentos fundamentales, cuales son la presentación de la teoría del caso, la práctica de las pruebas y la presentación de alegaciones de conclusión. Es aquí y en ninguna otra etapa del proceso donde toman vida los principios de Inmediación y concentración probatoria, pues se hace imperativo que el funcionario judicial que funge como Juez de Conocimiento sea el mismo durante todo el desarrollo del juicio y hasta dictar el fallo, como también, que el término en el que se celebre la audiencia de juicio no sea tan extenso como para influir en la memoria del servidor por alterar su percepción de las pruebas.

Es deber del Juez dirigir esta audiencia que podría decirse, es la de más importancia en el contexto procesal, así como presenciar **la práctica de las pruebas y valorarlas**. El conocimiento que este juez tenga de los hechos y la forma como se logró probar es de tanta relevancia que incluso teniendo ya la dirección del proceso, es el Juez de Garantías a quien corresponde decidir sobre otros aspectos como libertades

o medidas cautelares, con el fin de evitar a toda costa la contaminación del funcionario rector.

Por ello, la forma en que las pruebas llegan a la psique del Juez de conocimiento es un tema que preocupó al legislador y lo motivó, bajo las formas de la Ley 906 de 2004, a considerar imperantes los principios de Inmediación y Contradicción.

MEDIOS DE PRUEBA

Como quiera que el código de procedimiento civil es la fuente de los demás procedimientos judiciales, se hace necesario remitirnos a dicha normatividad, a efectos de conocer los medios de prueba legalmente reconocidos en la legislación colombiana:

"Artículo 175. Medios de prueba. Sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

*El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio.".*¹⁷

Debe resaltarse que para la legislación penal, además de aceptarse la mayoría de estos medios de prueba con excepción del indicio, existe otro que a continuación se describe, de acuerdo con la Ley 906²¹ :

"Artículo 437. Se considera como prueba de referencia toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada

para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio.”

Según este medio probatorio, sólo en casos particulares que menciona el artículo 438 como la pérdida de la memoria sobre los hechos, cuando el testigo es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar, cuando padece una grave enfermedad que le impide declarar o cuando ha fallecido, es posible que por referencia, un tercero lleve su versión al juicio oral aunque él mismo no sea quien tuvo el conocimiento directo de los hechos.

Se tiene entonces como medios de pruebas en el entendido de la nueva normatividad procesal penal lo siguientes: (i) el testimonio, (ii) la prueba pericial, (iii) la prueba documental, (iv) la inspección, y (v) la prueba de referencia. Adicionalmente, el artículo 382 de la ley 906 enuncia como **medios de conocimiento** los elementos materiales probatorios, las evidencias físicas o cualquier otro medio técnico o científico que no viole el ordenamiento jurídico.

No obstante lo anterior, existe una situación particular en la

¹⁷ Decreto 1400 de 1970, Artículo 175- diario oficial No. 33150 de septiembre 21 de 1970.

manera como son practicadas las pruebas en el juicio oral y de acuerdo a principios como la contradicción y la defensa. A pesar de ser los documentos medios de prueba, no se concibe bajo los preceptos de la nueva normatividad que lleguen directamente al conocimiento del Juez, pues de esta manera sería sumamente difícil teniendo en cuenta el rito de la audiencia, contradecir su contenido o autenticidad. Para que los documentos hagan parte del acervo probatorio es necesario que sean introducidos a través de quien puede dar fe de su contenido en razón de sus funciones o del conocimiento de los hechos, de modo que no es posible simplemente presentar a la mesa del Juez un dictamen de medicina legal para que sea tenido como prueba, sino que será directamente el perito, que en este caso es el médico legista que lo suscribió, quien será interrogado por la parte que lo solicitó a fin de que acredite el documento y eventualmente, conainterrogado por el otro sujeto procesal que podrá objetarlo en ese mismo momento.

Es por ello que la forma de valorar las pruebas varía significativamente en la Ley 906 de 2004, pues el juez tiene la oportunidad de apreciar hasta los documentos desde la óptica de quien lo suscribió, dándole vida realmente a las pruebas y apreciando aspectos que de otra manera se haría imposible como la seguridad con la que un perito rindió un peritaje.

APRECIACIÓN DE LA PRUEBA EN PROCESOS PENALES

La valoración y apreciación de la prueba ha sido un tema de investigación durante mucho tiempo, sobre el particular es preciso mencionar que la apreciación probatoria dio un giro importante después de proferirse nuestra Constitución Política, al cambiarse el modelo de la tarifa legal y hacer ingreso al escenario jurídico los principios de la libre apreciación de la prueba, la sana crítica, la apreciación conjunta de las pruebas, y en legislaciones posteriores el principio de inmediación y concentración entre otros principios que al aplicarlos el Juez hace que se garantice el debido proceso, el derecho a la defensa y el principio de inocencia.

Es pertinente recopilar lo referente al sistema de tarifa legal de las pruebas, sobre el cual el Doctor Gustavo Morales Marín¹⁸, ha expuesto: *"(...) Dentro de este sistema es la ley la que determina la finalidad de la actividad probatoria consistente en la obtención de la certeza legal. En consecuencia, se establece que dicha certeza se logra mediante la prueba completa o mediante la suma de dos o más pruebas incompletas (...) En desarrollo de este sistema es también el legislador el que fija, anticipadamente, el valor o fuerza probatoria de cada uno de los*

¹⁸ **Morales Marín Gustavo**, Prueba Penal y Apreciación Técnico Científica, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., Bogotá, 2003, Páginas 92 y 93.

*medios de prueba, indicando cuáles constituyen prueba plena o completa y cuales integran la prueba semiplena o incompleta de un hecho (...) Es de anotar que en nuestro país con la expedición del Decreto 409 de 1971 "Código de Procedimiento Penal de 1971", se adoptó el sistema de la tarifa legal regulando lo referente a la prueba plena y prueba incompleta, por lo que es preciso citar los artículos 217 y 218 del decreto mencionado, así: "art. 217 **prueba plena**.-Es prueba plena o completa la reconocida por la ley como bastante para que el juzgador declare la existencia de un hecho". "art. 218. **prueba incompleta**.-**Dos** o más pruebas incompletas son prueba plena si los hechos que las constituyen están probados plenamente y su coexistencia no es posible sin la del hecho que trata de probarse".*

De lo anterior se desprende que el sistema de tarifa legal tuvo su vigencia cuando aún en Colombia no se había proferido la Constitución Política de 1991, pues tal como se clarifica con la anterior cita el Decreto que regulaba el procedimiento penal de 1971, era tajante en mencionar cuándo la prueba era plena y cuándo incompleta, casi nos atrevemos a mencionar que en dicho procedimiento, primaba lo formal sobre lo sustancial.

De otra parte, surge con la Constitución de 1991, el nuevo sistema de apreciación de prueba el de la "libre apreciación de

las pruebas" o en voces del Doctor MORALES MARÍN¹⁹ "*libre y racional convicción*" y expone dicho autor: "(...) la libertad de medios de prueba es un derecho inherente al sistema aludido, cuya finalidad es el hallazgo de la verdad material (...)".

De igual manera, es preciso citar algunos apartes de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal²⁰ de fecha doce (12) de mayo de 2009, en el que sobre el tema de la libre apreciación de las pruebas, se expone:

"(...) Consecuente con esta afirmación, surge obligatoria la remisión a los procedimientos contenidos en el Decreto 2700 de 1991 y en la Ley 600 de 2000 que, como se sabe, distan en aspectos sustantivos de los estándares probatorios exigidos en la Ley 906 de 2004. Para el examen propuesto, nótese que mientras en el nuevo procedimiento la inmediación y actualidad de la prueba es la regla, en los anteriores la permanencia de la prueba es la regla y la inmediación y actualidad es apenas una posibilidad, entre otras diferencias...En el contexto del Decreto 2700 de 1991, la confesión es un medio de prueba y su apreciación se realiza siguiendo los parámetros de la sana crítica y las reglas del testimonio. Además, consagra la libertad probatoria.

¹⁹ Morales Marín Gustavo, Prueba Penal y Apreciación Técnico Científica, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., Bogotá, 2003, Página 104

²⁰ Corte Suprema de Justicia Sala de casación Penal. Proceso 31150. M.P. Dr. AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN, del 12 de mayo de 2009.

Obsérvese:

Artículo 253. Libertad probatoria. Los elementos constitutivos del hecho punible, la responsabilidad del imputado y la naturaleza y cuantía de los perjuicios, podrán demostrarse con cualquier medio probatorio, a menos que la ley exija prueba especial y respetando siempre los derechos fundamentales...**Artículo 254. Apreciación de las pruebas.**

Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica...El funcionario judicial expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba. Similares son las previsiones consagradas en la Ley 600 de 2000:

Artículo 237. Libertad probatoria. Los elementos constitutivos de la conducta punible, la responsabilidad del procesado, las causales de agravación y atenuación punitiva, las que excluyen la responsabilidad, la naturaleza y cuantía de los perjuicios, podrán demostrarse con cualquier medio probatorio, a menos que la ley exija prueba especial, respetando siempre los derechos fundamentales...**Artículo 238. Apreciación de las pruebas.** Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica...El funcionario judicial expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada

*prueba...**Artículo 282.** Criterios para la apreciación. Para apreciar cualquier clase de confesión v determinar su mérito probatorio, el funcionario judicial tendrá en cuenta las reglas de la sana crítica v los criterios para apreciar el testimonio” (subraya la Sala).*

En relación con el juicio de legalidad material, es decir, sobre su idoneidad demostrativa, deberá determinarse su mérito probatorio conforme a las reglas de la sana crítica, examinando su pertinencia, eficacia, profundidad y todos los criterios para apreciar el testimonio...Por manera que, si la confesión supera los juicios de legalidad material y formal, es idónea para probar los hechos que contiene el relato.

8. Es bueno subrayar que el proceso de valoración de la prueba es el método a través del cual se evalúan los distintos elementos de convicción válidamente incorporados al proceso para tomar una decisión sobre los hechos. Es una operación mental que comporta el análisis razonado de los elementos de convicción, sujeto a ciertas reglas que lo organizan. Entre los sistemas tradicionales de valoración de la prueba, el nuestro adopta el de la sana crítica, que se caracteriza por la ausencia de reglas abstractas de valoración probatoria y exige una decisión sustentada en los elementos de convicción y la consecuente motivación sobre su mérito probatorio, conforme a las leyes de la ciencia, los principios de la lógica y las reglas

de la experiencia. Es claro, entonces, que cuando el funcionario de control de garantías reclama que la confesión esté asistida de otros medios de prueba, estatuye una carga adicional que se opone no sólo a los preceptos legales que conforman la Ley de Justicia y Paz, sino al contexto político, histórico y axiológico que subyace a la misma, donde la valoración de los contenidos del relato, será el resultado de los mecanismos racionales y las facultades analíticas del juzgador.

No se trata, como sucede en el sistema de prueba legal o prueba tasada - propio del sistema inquisitivo -, de un método rígido, utilizado para asignar un valor legalmente determinado a cada clase de medio probatorio. Se trata, por el contrario, de un método que no predetermina el valor de convicción de las distintas piezas probatorias, sino que establece pautas generales, propias del correcto razonamiento humano, aplicables a todo elemento probatorio.

Las reglas de la sana crítica permiten examinar, de manera individual, cada confesión, testimonio o cualquier elemento de prueba, para que sea el funcionario judicial quien realice un juicio sobre la credibilidad, confiabilidad y valor probatorio, según sus particulares características.

En esta consideración individualizada el funcionario debe atender al contenido del elemento de prueba en sí, y confrontarlo también con el resto del contexto histórico, tanto

personal, como del grupo armado del cual hizo parte el desmovilizado que aspira a obtener los beneficios de la Ley de Justicia y Paz (...)".

De acuerdo a lo expuesto, el sistema probatorio que rige en la actualidad en nuestro País es el de la libre valoración de la prueba, en el que elementos como el de la sana crítica que como lo dice la Corte Suprema de Justicia en la sentencia citada *"se caracteriza por la ausencia de reglas abstractas de valoración probatoria y exige una decisión sustentada en los elementos de convicción y la consecuente motivación sobre su mérito probatorio, conforme a las leyes de la ciencia, los principios de la lógica y las reglas de la experiencia"*, garantizan que la verdad, la justicia y la confiabilidad afloren en cada proceso, en el que la observancia de cada elemento de prueba que es valorado en conjunto permite que el Juez llegue a la certeza de si se cometió un delito o no y si se actuó en grado de culpa, dolo o preterintención.

EL CAMBIO DE JUEZ EN EL PROCESO PENAL Y LA AFECTACIÓN A LOS PRINCIPIOS DE INMEDIACIÓN Y CONCENTRACIÓN DE LA PRUEBA.

Antes que nada es importante referir que con respecto al problema de la afectación a los principios de inmediación y concentración probatoria, la Corte Suprema de Justicia se pronunció en sentencia del 30 de enero de 2008²¹, en la cual expresó:

"(...) 4.3. No obstante lo anterior, la Corte considera necesario hacer las siguientes precisiones:

La estrecha vinculación de los principios señalados con la fase del juicio oral garantizan que la filosofía del sistema penal acusatorio pueda producir los resultados pretendidos por el legislador, que introdujo cambios importantes, como la oralidad, norma rectora de referencia de la actividad probatoria, consagrada en el artículo 9º, según el cual "La actuación procesal será oral y en su realización se utilizarán los medios técnicos disponibles que permitan imprimirle mayor agilidad y fidelidad, sin perjuicio de conservar registro de lo acontecido. A estos efectos se dejará constancia de la actuación".

En esas condiciones, la inmediación que se exige del juez va

²¹Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Proceso 27192. M.P. Dr. AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN, aprobado mediante acta No. 013 del 30 de enero de 2008.

de la mano del uso de la tecnología, porque en desarrollo de ese principio, el artículo 146 del Código de Procedimiento Penal determina que para el registro de la actuación "se dispondrá del empleo de los medios técnicos idóneos para el registro y reproducción fidedignos de lo actuado", de acuerdo con las reglas que allí se establecen. Así, el legislador habilita la posibilidad de que la inmediación del juez no se limite únicamente a la práctica de pruebas en su presencia, sino que es posible acudir a medios técnicos de registro y reproducción idóneos y garantes del principio, cuando circunstancias excepcionales así lo requieran. Véase como el numeral 4° de la norma en comento ordena que "el juicio oral deberá registrarse íntegramente, por cualquier medio de audio-video, o en su defecto audio, que asegure fidelidad. El registro del juicio servirá únicamente para probar lo ocurrido en el juicio oral, para efectos del recurso de apelación". De esa manera, el nuevo sistema faculta a los funcionarios de segunda instancia y a la Sala de Casación Penal, a obtener el conocimiento del juicio a través de los medios técnicos, en aras de dirimir los aspectos que sean materia de impugnación, sin que la valoración probatoria que les corresponda se afecte por no haber presenciado la práctica de las pruebas de manera directa.

Así, la oralidad convertida en principio, la inmediación y la concentración, no presentan ruptura. Y no existe ruptura cuando, además, son asegurados por el empleo de medios técnicos que permiten la fidelidad de lo acontecido en los

diversos pasos procesales. Medios que, sin asomo de lesión, permiten en segunda instancia y en sede de Casación su examen y valoración.

(...)

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

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

De la sentencia citada, es claro que para la Corte Suprema de

Justicia - Sala de Casación Penal, en algunos eventos puede ocurrir que el cambio de Juez de conocimiento durante el desarrollo del juicio oral rompa el principio de inmediación y concentración y que "(...) *se debe examinar en cada caso concreto si una incorrección, en punto de cambios en la persona del juzgador, alcanza a trastocar los principios reguladores de la fase del juicio y, por consiguiente, las garantías fundamentales de los sujetos procesales (...)*", por lo cual el objeto del presente estudio está plenamente justificado.

Debe precisarse que en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, se revisó un aspecto similar al del presente estudio, indicando al respecto la Corte Suprema²², que:

*"(...) Desde esa perspectiva, la Sala advierte que en esta oportunidad los principios de **concentración e inmediación** no se vieron afectados por el cambio de juez en el debate probatorio, como tampoco las garantías fundamentales de los sentenciados, dado que el relato del **SI JAIME E. VILLOTA DÍAZ**, quien declaró ante la Juez que instaló la audiencia, **MARÍA WBALDINA BENÍTEZ SARMIENTO**, posteriormente reemplazada por el doctor **ORLANDO ALFONSO RODRÍGUEZ**, no fue tenido en cuenta en el fallo ni como fundamento de la sentencia y, por tanto, no generó*

²² Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Proceso 27192. M.P. Dr. AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN, aprobado mediante acta No. 013 del 30 de enero de 2008.

irregularidad de carácter sustancial constitutiva de nulidad (...)".

Deja entrever el anterior pronunciamiento, que para la Corte es fundamental y en punto de estimar si se vulneran o no los principios probatorios que venimos estudiando, que las pruebas más importantes y sobre las que gravita la sentencia deben haber sido presenciadas por el Juez fallador.

No obstante lo anterior, al aplicar los instrumentos de nuestra investigación, como las entrevistas a Jueces, Fiscales y Abogados litigantes de la ciudad de Buga, encontramos varias interpretaciones a este problema y de las cuales dos llamaron la atención como para ser enunciadas.

Para algunos de los profesionales del derecho que participan en el cotidiano jurídico de nuestro municipio, y especialmente en el ámbito penal, es imperativo cumplir cabalmente con lo dispuesto en el inciso final del artículo 454 de la Ley 906 de 2004 que reza: *"Si el término de suspensión (refiriéndose a la audiencia de juicio oral) incide por el transcurso del tiempo en la memoria de lo sucedido en la audiencia y, sobre todo de los resultados de las pruebas practicadas, ésta se repetirá. Igual procedimiento se realizará si en cualquier etapa del juicio oral se debe cambiar al juez."* (Paréntesis propio). Es esta una interpretación restringida y muy limitada de lo que en realidad

significan los principios de concentración e inmediación probatoria, sin embargo, llamó la atención que es la postura asumida por el 100% de los abogados litigantes entrevistados.

De otro lado, uno de los funcionarios judiciales entrevistados planteó una tesis nada despreciable, por el contrario interesante y digna de análisis. Según él y tal como lo expresa la Corte, es posible que en algunos casos cuando ocurre el cambio de juez en el desarrollo del juicio puedan romperse los principios de inmediación y concentración; sin embargo, no atribuye como factor determinante para decidir si se da o no este fenómeno a la importancia de cada prueba y si las más relevantes en la sentencias fueron presenciadas por el juez fallador, sino que en su criterio, la conducta del testigo al dar su versión y la percepción que origine en el juez, es lo que verdaderamente debe determinar si es menester repetir el juicio o parte de él. Dice el entrevistado que para él, pueden existir casos donde todas las pruebas sean practicadas ante un juez y la decisión sea tomada por otro sin que se rompan los principios probatorios, pero que ello dependerá de lo que el funcionario que tome la decisión alcance a escuchar en los registros y si con ese material es posible tomar una decisión con certeza, pues podría darse el caso de que un testigo al ser escuchado en el audio genere tantas dudas como para considerarlo sospechoso y que su dicho sea fundamental para el sentido de la sentencia, caso en el que a la luz de esta tesis

debería repetirse la prueba para garantizar el principio de inmediación probatoria.

Suenan interesantes las posiciones que resultan cuando se trata un problema como el que es materia de estudio, en pero, la mayoría de los entrevistados asumen la tesis de la Corte Suprema de Justicia según la cual existen casos en los que se lesionan los principios aludidos y otros en que no, dependiendo de las pruebas que fueron practicadas ante el juez que emitió la sentencia.

En nuestro criterio es la postura más acertada por las siguientes razones y así como lo manifestaron quienes participaron de la investigación: (i) Es lo suficientemente flexible como para ajustarse a los casos donde ocurre el cambio de juez en desarrollo del juicio, pero aún no se han practicado las pruebas más importantes, evitando la innecesaria repetición del juicio que a la postre no garantizaría los principios de inmediación y concentración, sino que por el contrario lesionaría otros como la celeridad y la economía procesal, además de retardar el fin mismo del proceso cual es encontrar la verdad; (ii) El punto neural de esta tesis es la relevancia que pueda tener una u otra prueba, pues es sabido por todos que en la dinámica misma de los juicios se practican unas que resultan ser determinantes para el sentido de la sentencia, mientras otras sólo están direccionadas a probar circunstancias poco trascendentales como relaciones filiales

en un caso donde no son importantes, e incluso, se practican algunas que terminan pareciendo superfluas y completamente irrelevantes; luego entonces, la estructura de esta posición frente a los principios que se analizan tiene una relación intrínseca, pues no se entiende el juicio como un todo inseparable y como un fin en sí mismo, sino que por contraste, surge más relevante el valor que se le asigna a cada una de las pruebas, claro está, sin desconocer que deben ser valoradas en conjunto; y (iii) No es una postura tan laxa como para afirmar que en algunos casos puede decidir un juez que no escuchó ninguna de las pruebas sin que se rompan los principios probatorios, pues los registros auditivos son de suma importancia en sede de apelaciones, incluso si se trata de refrescar un poco la memoria del funcionario de primera instancia o la de las partes, pero nunca podrá una grabación de la voz sustituir a lo que se presencia en alguien que da su versión frente a frente, ocasión en la que pueden apreciarse otras formas de comunicación como lo que deja ver la expresión corporal, el movimiento de las manos, la postura del cuerpo, las micro expresiones del rostro, la forma en que se traducen los silencios en la voz acompañados de estos gestos y como incide todo ello en el conocimiento de cuándo un testigo está nervioso o seguro de lo que depone. Es cierto que algunas salas de audiencia cuentan con sistema de video, lo cual menguaría un poco el problema, pero la realidad es que son muy pocos los recintos con esta tecnología, pues en

Guadalajara de Buga sólo una sala cuenta con cámaras pero en la actualidad no están en funcionamiento. Tampoco tiene la oportunidad un funcionario que se limita a escuchar las pruebas y que no pudo presenciárlas a intervenir en los testimonios, aunque sabemos que ésta es una posibilidad muy restringida y que sólo debe suceder cuando un testigo se resiste a contestar o es poco claro, pero de igual forma esta facultad se pierde para quien sólo escucha los registros afectando el principio de inmediación.

En nuestro criterio es la postura más acertada por las siguientes razones y así como lo manifestaron quienes participaron de la investigación: (i) Es lo suficientemente flexible como para ajustarse a los casos donde ocurre el cambio de juez en desarrollo del juicio, pero aún no se han practicado las pruebas más importantes, evitando la innecesaria repetición del juicio que a la postre no garantizaría los principios de inmediación y concentración, sino que por el contrario lesionaría otros como la celeridad y la economía procesal, además de retardar el fin mismo del proceso cual es encontrar la verdad; (ii) El punto neural de esta tesis es la relevancia que pueda tener una u otra prueba, pues es sabido por todos que en la dinámica misma de los juicios se practican unas que resultan ser determinantes para el sentido de la sentencia, mientras otras sólo están direccionadas a probar circunstancias poco trascendentales como relaciones filiales en un caso donde no son importantes, e incluso, se practican

algunas que terminan pareciendo superfluas y completamente irrelevantes; luego entonces, la estructura de esta posición frente a los principios que se analizan tiene una relación intrínseca, pues no se entiende el juicio como un todo inseparable y como un fin en sí mismo, sino que por contraste, surge más relevante el valor que se le asigna a cada una de las pruebas, claro está, sin desconocer que deben ser valoradas en conjunto; y (iii) No es una postura tan laxa como para afirmar que en algunos casos puede decidir un juez que no escuchó ninguna de las pruebas sin que se rompan los principios probatorios, pues los registros auditivos son de suma importancia en sede de apelaciones, incluso si se trata de refrescar un poco la memoria del funcionario de primera instancia o la de las partes, pero nunca podrá una grabación de la voz sustituir a lo que se presencia en alguien que da su versión frente a frente, ocasión en la que pueden apreciarse otras formas de comunicación como lo que deja ver la expresión corporal, el movimiento de las manos, la postura del cuerpo, las micro expresiones del rostro, la forma en que se traducen los silencios en la voz acompañados de estos gestos y como incide todo ello en el conocimiento de cuándo un testigo está nervioso o seguro de lo que depone. Es cierto que algunas salas de audiencia cuentan con sistema de video, lo cual menguaría un poco el problema, pero la realidad es que son muy pocos los recintos con esta tecnología, pues en Guadalajara de Buga sólo una sala cuenta con cámaras pero

en la actualidad no están en funcionamiento. Tampoco tiene la oportunidad un funcionario que se limita a escuchar las pruebas y que no pudo presenciárlas a intervenir en los testimonios, aunque sabemos que ésta es una posibilidad muy restringida y que sólo debe suceder cuando un testigo se resiste a contestar o es poco claro, pero de igual forma esta facultad se pierde para quien sólo escucha los registros afectando el principio de inmediación.

CONCLUSIONES

1. El cambio del sistema penal en Colombia ha traído como consecuencia, procesos penales mas garantistas, donde prima el principio de la presunción de inocencia.
2. La apreciación de la prueba tal y como se concibe en la actualidad permite que las reglas de la sana crítica, en las que se examina la pertinencia, eficacia, profundidad de la prueba, permiten llevar al Juez a la verdad de acuerdo a lo observado en el trámite del proceso.
3. El sistema penal acusatorio ha sido acertado en cuanto a que le otorga unas funciones a la fiscalía distintas a las del sistema inquisitivo en el que el Fiscal era Juez y Parte, en cambio en la actualidad a dicha entidad se le otorgan solamente la función investigativa y la obligación de ejercer la acción penal.
4. Es pertinente mencionar que se hace urgente que en las salas de audiencias de todo el País inicie a filmarse todas las audiencias que se desarrollan en los procesos penales, lo que contribuiría a que el Juez de Conocimiento conozca las características psicológicas, la libertad o coacción que existe sobre cada testigo y todas sus formas de expresión

aparte de su voz, evitando de esta forma la vulneración de los principios de inmediación y concentración.

5. La valoración de la prueba en la etapa del juicio oral cuando ocurre por cualquier razón el cambio de juez de conocimiento, verdaderamente afecta los principios de inmediación y concentración probatoria, en aquellos casos donde las pruebas más importantes y que fueron definitivas para la sentencia no fueron presenciadas por el juez fallador.

BIBLIOGRAFÍA

Aristóteles, Metafísica, Editorial, Porrúa, S.A., México, 1973.

Morales Marín Gustavo, Prueba Penal y Apreciación Técnico Científica, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., Bogotá, 2003, Página 161.

Ley 906 de 2004, Diario Oficial No. 45657, 31 de Agosto de 2004.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Proceso 31150. MP. Dr. AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN, del 12 de mayo de 2009.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Proceso 27192. MP. Dr. AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN, aprobado mediante acta No. 013 del 30 de enero de 2008.

Código de Procedimiento Penal de 1991, Editorial Leyer, Bogotá 1992 .

Psicoanálisis del crimen, Buenos Aires, Editorial Paidós, 1965, Pagina 179, nota 5.

VÁSQUEZ ROSSI, JORGE. Derecho Procesal Penal Tomo I.

Sentencia C-801 de 2005, Corte Constitucional - Sala Plena.
Expediente D-5576, Bogotá 2 de Agosto de 2005. MP. Dr.
JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

Sentencia C-1194 de 2005, Corte Constitucional – Sala Plena.
Expediente D-5727, Bogotá 22 de noviembre de 2005. MP.
Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

Exposición "El Roll del Nuevo Juez Penal", publicado en el año
2005 en la página Web de la Fiscalía por el Doctor **JOSE
ALFREDO ESCOBAR ARAUJO**.

Decreto 1400 de 1970. Diario oficial No. 33150 de septiembre
21 de 1970.

Ley 527 de 1999, Diario oficial No. 43.673 de 21 de agosto de
1999.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del
10 de septiembre de 1993.