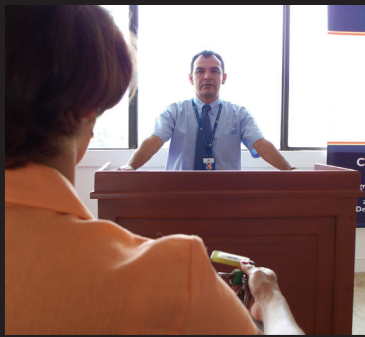


TÉCNICAS DEL PROCESO ORAL

en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano
Manual General para Operadores Jurídicos
Segunda Edición



TÉCNICAS DEL PROCESO ORAL

en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano
Manual General para Operadores Jurídicos
Segunda Edición

CON EL APOYO DE:



Esta publicación fue financiada por el gobierno de Estados Unidos a través de su Agencia para el Desarrollo Internacional (USAID) dentro del marco del Programa de Fortalecimiento y Modernización de la Justicia. Los textos de esta publicación son responsabilidad de sus autores y no representan los puntos de vista de USAID, ni del gobierno de Estados Unidos.

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

Susan Reichle, **directora de USAID/Colombia.**

Lawrence Hardy, **subdirector de USAID / Colombia.**

Jene Thomas, **director de la Oficina de Democracia y Gobernabilidad.**

Anu Rajaraman, **subdirectora de la Oficina de Democracia y Gobernabilidad.**

Orlando Muñoz, **gerente del Programa de Fortalecimiento y Modernización de la Justicia de USAID.**

Grupo de consultores que lo desarrollaron:

Primera Edición:

ANA MONTES CALDERÓN

FERNANDO JIMÉNEZ MONTES

Segunda Edición:

CÉSAR REYES MEDINA

Revisión Segunda Edición:

Delegados de la Comisión Nacional de las instituciones que integran la Comisión Interinstitucional para la Implementación del Sistema Acusatorio.

Fiscalía General de la Nación. / Comisión Nacional para el seguimiento del SPA.

Rafael Montero. Fiscal Delegado ante los Jueces de Circuito.

Carlos Guzmán. Fiscal Delegado ante Jueces de Circuito.

Departamento de Justicia de Estados Unidos:

Paul Vaky. Director Programa de Reforma a la Justicia

Everardo A. Rodríguez. Asesor Legal Residente del Departamento de Justicia

Guerthy Acevedo. Asesora Legal del Departamento de Justicia

Manuel Antonio Merchán. Asesor Legal del Departamento de Justicia

Programa de Fortalecimiento de la Justicia / USAID-Colombia.

Supervisión general.

Piedad Luna. **Coordinadora Implementación Efectiva del Sistema Penal Acusatorio.**

Harry Mora. **Abogado Asistente**

Diseño y Diagramación

Jorge Iglesias.

Impresión

D'Vinni S.A.

Todos los derechos reservados © USAID / Programa de Fortalecimiento de Justicia / USAID Colombia.

Segunda Edición

República de Colombia, Bogotá, marzo de 2009.

ISBN: 978-958-98861-1-3

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.



CONTENIDO

PRIMERA PARTE

I. Principios del Sistema Penal Acusatorio

1. Principios orgánicos del sistema penal acusatorio.....11
2. Principios Procesales del sistema penal acusatorio.....14

II. Estructura del proceso penal acusatorio

1. Etapa de investigación.....30
2. Etapa de juzgamiento.....32
3. Etapa de ejecución de penas y medidas de seguridad.....33

III. Salidas alternas al juicio oral

1. Concepto y funciones.....39
2. Fundamentos constitucionales de las salidas alternas.....40
3. Clases de salidas alternas.....41

IV. Roles constitucionales

1. Las personas en la estructura del proceso penal acusatorio.....53
2. Rol de la Fiscalía.....54
3. Rol de la defensa.....56
4. Rol del juez.....58
5. Rol de la víctima.....61
6. Rol del Ministerio Público.....62

V. Sistema probatorio del proceso penal acusatorio

1. Preliminar.....67
2. Principios probatorios.....68

3. Reglas de prueba.....	73
4. Admisibilidad de la prueba y reglas de exclusión.....	75
5. Reglas sobre la actividad probatoria.....	85

VI. Sistema de audiencias orales del proceso penal acusatorio

1. Fundamentos constitucionales de la oralidad en el Sistema Penal Acusatorio..	93
2. Las audiencias orales en la etapa de investigación.....	94
3. Las audiencias orales en la etapa de juzgamiento.....	111

VII. Técnicas de intervención oral en el juicio

1. Preliminar.....	121
2. Teoría del caso.....	123
3. Técnicas de negociación.....	131
4. Declaración inicial.....	137
5. Técnicas de interrogatorio.....	140
6. Técnica del contrainterrogatorio.....	158
7. Oposiciones.....	166
8. Argumentos de conclusión.....	170

APÉNDICE

Caso hipotético referencial No. 1	179
Caso hipotético No. 2.....	184



PRIMERA PARTE

CONTENIDO

I. Principios del Sistema Penal Acusatorio

1. Principios orgánicos del sistema penal acusatorio.....11
2. Principios Procesales del sistema penal acusatorio.....14



PRIMERA PARTE

I. Principios del Sistema Penal Acusatorio

Los principios y valores consignados en el ordenamiento penal como normas rectoras deben ser fundamentos o criterios finalistas de orientación, interpretación y aplicación al caso concreto por parte del juzgador, de los operadores del sistema y de la sociedad en general. Para ello, los grandes referentes son la Constitución Política (CP), el bloque de constitucionalidad –sentido amplio y sentido estricto–, y el derecho comparado de los sistemas acusatorios.

Los principios y valores acusatorios en el procedimiento penal brindan un marco general de concepción, actuación, deber ser y hacer frente a ellos, y definen la estructura del proceso, considerando en ésta las fases del mismo, el papel que desempeñan los intervinientes y el perfil de cada uno de ellos.

Los principios del Sistema Penal Acusatorio pueden clasificarse siguiendo a Ferrajoli¹ en *orgánicos y procesales*,

donde aquellos son relativos a la formación del juez, a su colocación institucional respecto a los demás poderes del Estado, y a los otros sujetos del proceso; y éstos, relativos a la formación del *juicio*, es decir, a la recolección y producción de las pruebas, al desarrollo de la defensa y a la convicción del órgano judicial.

1. Principios orgánicos del Sistema Penal Acusatorio

1.1. El principio acusatorio

En el sistema penal acusatorio la comprobación del ilícito es dejada a la libre iniciativa de las partes contrapuestas, con la presencia de un ente acusador que opera en paridad de posición y derechos respecto del acusado, sobre el supuesto de que tesis y antítesis deben concretarse en la síntesis de la decisión judicial en situación de absoluta igualdad respecto de la una y de la otra.

¹Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 537.

Esencialmente, el proceso acusatorio es una disputa entre dos partes, con una neta contraposición entre acusación y defensa, regulada por un órgano superior a los dos contendientes. Aparecen entonces diferenciados tres roles fundamentales: acusación, defensa y juzgamiento. La Corte Constitucional reconoce que el Acto Legislativo 03 de 2002 introdujo en Colombia la vigencia del *principio acusatorio*: “En lo que atañe a las partes e intervinientes en el proceso, es preciso indicar que se siguió el *principio acusatorio* o ‘*nemo iudex sine actore*’, según el cual existe una clara separación de funciones entre el órgano que acusa y aquel que juzga”².

Sin embargo, y frente a lo que se ha llamado *sistema adversativo* la Corte, en la misma providencia, da alcance al *principio acusatorio* en los siguientes términos:

Además, cabe recordar, que el nuevo diseño no corresponde a un típico proceso adversarial entre dos partes procesales que se reputa se encuentran en igualdad de condiciones; por un lado, un ente acusador, quien pretende demostrar en juicio la solidez probatoria de unos cargos criminales, y por el otro, un acusado, quien busca demostrar su inocencia; ya que, por una parte, el juez no es un mero árbitro del proceso; y por otra, intervienen activamente en el curso del mismo el Ministerio Público y la víctima. Cabe recordar, que en desarrollo de la investigación las partes no tienen las mismas potestades, y la misión que corresponde desempeñar al juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, sino en buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

1.2. Imparcialidad e independencia del juez

Consecuencia esencial del *principio acusatorio* es que el juez, como miembro orgánico de esa *triada* funcional, actúe bajo el criterio de *ajenidad* con respecto al conflicto penal generado por el delito y, necesariamente, ga-

rantice la materialidad de otro principio fundamental del Estado de derecho como es el de la *igualdad* (art. 13 CP). Tal ajenidad del juez, propia de los Estados sociales de derecho, es sobre la que se funda el concepto de *imparcialidad*, vale decir, la absoluta separación del juez respecto de las diferentes pretensiones que animan a las partes, y de las razones que las fundamentan, todas llevadas al proceso acusatorio en busca de una solución en derecho y en justicia.

De lo anterior se desprende el tantas veces malentendido concepto del *juez-árbitro*, llamado también en Italia *terzietà del giudice*. Sin entrar, por su puesto, en la importante discusión sobre el concepto de *verdad* como contenido y esencia de la decisión judicial, es necesario preguntarnos, a la luz del principio rector del artículo 5° del Código de Procedimiento Penal (CPP), cómo puede el juez, en ejercicio de sus funciones, orientarse bajo “...el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia.” El concepto de *objetividad* hace referencia precisamente a aquella condición del juez de ser un tercero *imparcial*, sin que esto implique que el funcionario judicial sea un *convidado de piedra* en el proceso acusatorio, sino por el contrario, que actúe como garante de los derechos fundamentales, permaneciendo ajeno al enfrentamiento que convoca su presencia.

La *objetividad* debe ser entendida como aquella condición del juez que le permite juzgar sometido al imperio de la ley (art. 230 CP) y solo sobre la base de las pretensiones de las partes que informan la teoría del caso de cada una de ellas, y teniendo en cuenta los medios de prueba aportados.

Si el juez asume como opción una hipótesis propia y encausa 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 conjeturas³.

En referencia al *principio de imparcialidad*, la Corte Constitucional, en respuesta indirecta a una decisión de la Corte Suprema de Justicia⁴, dejó claro que la *imparcialidad* del juez implica necesariamente la imposibilidad de que éste pueda, apartándose de la *objetividad*, decretar la práctica de pruebas de oficio:

² Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

³ Comisión Interinstitucional para la implementación del Sistema Acusatorio, “El rol de jueces y magistrados en el sistema penal acusatorio colombiano”, Bogotá D.C., septiembre de 2005, p. 13.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sentencia 24.468 del 30 de marzo de 2006, M. P. Edgar Lombana Trujillo.

En este contexto, la actividad probatoria en el esquema penal acusatorio se torna bastante más dialéctica que en el sistema inquisitivo, pues mientras la Fiscalía presenta las pruebas dirigidas a confirmar la veracidad de la acusación y la necesidad de la pena, las víctimas y, eventualmente, el Ministerio Público, para demostrar la responsabilidad penal del acusado, por su parte, el acusado se defiende suficientemente sólo si controvierte las pruebas practicadas. De esta forma, podría generar un impacto sobre la credibilidad y confianza en el juez que, mediante el decreto oficioso de pruebas, muestre la preferencia por alguna de las partes o sujetos del proceso penal. En otras palabras, a pesar de que es cierto que la actividad probatoria del juez no genera, por sí misma, una relación directa del juez con las partes o un interés o compromiso concreto con el resultado del proceso (imparcialidad subjetiva), también lo es que el hecho de adelantar la investigación de lo ocurrido y de analizar de cerca las consecuencias fácticas del delito, sí puede producir un prejuizamiento o una postura anticipada que debe evitarse (imparcialidad objetiva)⁵.

En materia en *imparcialidad* del juez cabe anotar por último que:

...a pesar de que en nuestra Constitución no existe referencia expresa a la imparcialidad judicial, es obvio que esta garantía surge del derecho de toda persona a acceder a la administración de justicia para que se adelante el proceso de acuerdo con las reglas de cada juicio y se resuelva el conflicto bajo el imperio de la ley y la Constitución (arts. 29, 229 y 230 de la Carta). Es claro, entonces, que del conjunto de las garantías procesales y sustanciales que rodea a la administración de justicia se incluye el derecho a un juez imparcial⁶.

Cuando hablamos de *independencia del juez*, debemos referirnos a la libertad o autonomía del órgano jurisdiccional en su función de decidir, frente a los demás poderes del Estado (art. 228 CP).

Frente al órgano legislativo, *independencia del juez* significa que el Congreso o cualquiera de sus miembros, en ejercicio de su poder de configuración legislativa, le imponga directivas o presiones que coarten su libertad de construcción del juicio decisorio, o que interfiera mediante investigaciones o debates políticos en la decisión judicial, con clara intromisión en el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Frente al órgano ejecutivo, *independencia* se traduce en la imposibilidad de que el juez pueda ser objeto de condicionamientos en el desarrollo de su actividad judicial, por el hecho de ser un servidor público sujeto a las limitaciones propias de la función pública (art. 228 CP) y, entre otros aspectos, dependiente de asignaciones presupuestales necesarias para el buen desarrollo de su encargo público.

1.3. Responsabilidad del juez

Habíamos recordado que “*Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley*” (art. 230 CP), esto como elemento esencial de su imparcialidad e independencia. Pero como a toda facultad o derecho se contraponen deberes (capítulo I, título V, libro I, CPP), el juez está también sujeto a obligaciones propias de su actividad judicial, que por error o dolo pueden ser demandadas ante la jurisdicción contencioso-administrativa, ante las autoridades disciplinarias o ante las mismas jerarquías jurisdiccionales.

Los jueces son entonces responsables por infringir la Constitución y las leyes, y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (art. 6 CP). Deben también asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (art. 2 CP). Como servidores públicos, están sujetos a sanciones penales y disciplinarias derivadas de su conducta oficial (art. 92 CP).

¿Cuáles son las formas de responsabilidad que permiten un control efectivo sobre la función judicial? Ferrajoli afirma:

Podemos distinguir dos formas, históricamente concebidas y experimentadas unas veces como concurrentes, otras como alternativas: la responsabilidad política, que puede ser hacia abajo si el juez es electivo o hacia arriba si es nombrado por órganos del poder político; y la responsabilidad política, que puede ser civil, penal o disciplinaria según el carácter del ilícito, de la sanción o de los procedimientos aplicados. Añadiré, además, una tercera forma de responsabilidad, que llamaré social, y que se manifiesta en la transparencia de la actividad judicial y en su más amplia sujeción a la crítica y al control de la opinión pública⁷.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-396 de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁶ Ídem.

⁷ Luigi Ferrajoli, ob. cit., p. 594.

De acuerdo con lo anterior, y dependiendo de las dimensiones de su potestad pública, los jueces son responsables por las desviaciones que comprometan el pleno ejercicio del *ius puniendi*; que produzcan perjuicios individuales o colectivos por omisión de sus deberes de protección de los derechos fundamentales; que dificulten el restablecimiento de los derechos individuales conculcados por el delito y la aplicación de la justicia alternativa y restaurativa; que retarden las decisiones destinadas a potenciar la cohesión social; y que compliquen el buen funcionamiento institucional del órgano jurisdiccional.

1.4. Juez natural

El principio de juez natural, deducido del contenido del artículo 29 de la Constitución Política, del artículo 9(3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del artículo 7(5) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, garantiza que toda persona debe ser juzgada por un juez previamente establecido por la ley. Se trata de una garantía fundamental para la persona sometida al sistema penal, porque le impone la obligación al Estado de preconstituir sus tribunales y jueces para que ejerzan su jurisdicción y competencia sobre casos que ocurran con posterioridad a dicha instauración, esto con el objeto de garantizar la independencia del órgano jurisdiccional y la igualdad de todos los ciudadanos a tener los mismos jueces, evitando que el caso particular sea resuelto sobre la base de favoritismos, conveniencia o intereses particulares.

En desarrollo de este principio fundamental, el legislador de la Ley 906 de 2004 (art. 19) ha precisado los elementos constitutivos de dicha garantía, al enmarcarla dentro de los conceptos generales de *competencia y jurisdicción*. Así, “Nadie podrá ser juzgado por juez o tribunal *ad hoc* o especial instituido con posterioridad a la comisión de un delito...”, con lo cual, en primer lugar, se hace expresa alusión a una previa cualificación legal y sustancial del juez de acuerdo a su competencia para juzgar determinados delitos, y en segundo lugar, a la necesidad de que el tribunal o juez ostenten una cualificación previa de tipo institucional-jurisdiccional derivada de una “...estructura judicial ordinaria”. Con respecto a estos elementos Ferrajoli postula:

La garantía del “*juez natural*”...Significa, precisamente, tres cosas distintas aunque relacionadas entre sí: la necesidad de que el juez sea preconstituido por la ley y no constituido post factum; la inderogabilidad y la indisponibilidad de las competencias; la prohibición de jueces extraordinarios y especiales⁸.

2. Principios procesales del sistema penal acusatorio

2.1. Principio de legalidad

En materia procesal penal, el *principio de legalidad* hace referencia a la perentoria obligación estatal de perseguir y sancionar al delito a través del ejercicio de la acción penal pública, asegurándose así el cumplimiento irrestricto de la ley, valor social fundamental en un Estado de derecho.

La Constitución Política no define expresamente el *principio de legalidad*, pero sí se refiere al correlativo principio de *investigación oficial* en cabeza de la Fiscalía General de la Nación que está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal (art. 250 CP). En desarrollo de este precepto constitucional, el legislador de la Ley 906 de 2004 reafirmó la obligatoriedad de la acción penal en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, al colocarla como titular de su ejercicio (art. 66).

La presencia de determinados factores legales de extinción de la acción penal exime a este órgano de iniciar o proseguir tal acción (art. 77 CPP). La obligatoriedad de la acción penal se ve excusada también cuando de manera provisional no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan caracterizar un hecho como delito o indiquen su posible existencia (art. 79 CPP); cuando hay ausencia de elementos probatorios sobre los cuales se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga (art. 287 CPP); o cuando no exista mérito para acusar de acuerdo con las causales legales prescritas en el artículo 332 del CPP.

En nuestra cultura jurídica la doctrina había siempre defendido la aplicación rigurosa del *principio de legalidad*, esto es, la imposibilidad de aplicar cualquier salida que

⁸ *Ibid.*, p. 590.

pretenda matizar la obligatoriedad de la acción penal a través de eventuales facultades dispositivas en su ejercicio. Sin embargo, la reforma constitucional de 2002 consagró la posibilidad de que la Fiscalía General de la Nación pueda suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal en los casos establecidos en la ley (art. 324 CPP) y en aplicación del *principio de oportunidad* regulado dentro del marco de la política criminal del Estado (art. 250 CP y art. 66 CPP). Esta figura de *discrecionalidad regulada* permite “...una flexibilización del principio de legalidad o una disminución de su intensidad formal justificada por razones de prevención general y especial, ligadas a profundas consideraciones sobre la necesidad y la conveniencia de la represión penal en un caso concreto”⁹.

2.2. Derecho a la tutela judicial efectiva

La *tutela judicial efectiva* es el derecho de todas las personas a tener acceso al sistema judicial en condiciones de igualdad, y a obtener de los jueces de manera segura una solución pronta, motivada y recurrible al caso concreto sometido a su jurisdicción.

Los fundamentos constitucionales de la *tutela judicial efectiva* los encontramos en el derecho de las personas a la protección estatal “...en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades...”, y a la garantía del “...cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares” (art. 2 CP); en el derecho de las personas a nacer libres e iguales ante la ley, recibiendo la misma protección y trato de las autoridades, y gozando de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación (art. 13 CP); en el derecho de las personas a “...presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución” (art. 23 CP); en el derecho de las personas a la acción de tutela “... para reclamar ante los jueces... la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública” (art. 86 CP); en el derecho de las personas a “...acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo” (art. 87 CP); y en el derecho de las personas “...a acceder a la administración de justicia” (art. 228 CP).

La *tutela judicial efectiva* constituye uno de los pilares fundamentales del Estado social de derecho, como quiera que con ella se garantizan principalmente los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos, a través del enjuiciamiento de los responsables y la reparación integral correspondiente (art. 11 del CPP). En este sentido, el derecho a la *tutela judicial efectiva* está previsto en el artículo 2, numeral 3, literal a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que “*Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo...*”. Así mismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece, en su artículo 25.1, que “*Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención*”.

La Constitución colombiana ha reconocido entonces la protección jurisdiccional de los derechos de las víctimas del delito, porque tal reconocimiento no debe operar solo con respecto a las garantías derivadas del debido proceso como derecho constitucional que protege las libertades fundamentales. La Corte se expresó así respecto del concepto de *bilateralidad*:

La naturaleza *bilateral* del derecho a la tutela judicial efectiva impone que se reconozcan a la víctima garantías de acceso a la justicia similares a las que se reconocen al imputado o acusado. No pretende desconocer la Corte las especificidades del nuevo sistema en el que se asignan a la Fiscalía unas competencias que propugnan por el restablecimiento del derecho y la reparación integral de la víctima (art. 250.6 CP), sin embargo ellas no tienen la virtualidad de desplazar a la víctima, cuando en un ejercicio soberano de su derecho de acceso a la justicia, opta por agenciar por su cuenta (a través de su representante) sus intereses dentro del proceso penal¹⁰.

De acuerdo con la definición del derecho a la *tutela judicial efectiva* dada en precedencia, podemos definir también algunos principios del sistema penal acusatorio que hacen parte de este derecho.

⁹ Bernal y Montealegre, El proceso penal, fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2004, citando a Juan Luis Gómez-Colomer.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-454 de 2006, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

2.2.1. Acceso a la jurisdicción

Todos los ciudadanos pueden acceder a la administración de justicia a través de los mecanismos constitucionales previstos para el efecto (arts. 2, 13, 23, 330, 86, 87 CP).

...el artículo 229 Superior reconoce a todas las personas el derecho a obtener tutela judicial efectiva por parte de los jueces y tribunales que integran la administración de justicia, garantía que entraña la posibilidad de acudir libremente a la jurisdicción siendo parte en un proceso promoviendo la actividad jurisdiccional que concluya con una decisión final motivada, razonable y fundada en el sistema de fuentes (art. 230 de la C.P). También implica obviamente la existencia de pretensiones legítimas en cabeza de quienes accionan el aparato de la justicia¹¹.

2.2.2. Principio de igualdad

El acceso a la jurisdicción debe garantizarse en igualdad de condiciones. Esto implica un concepto general de igualdad de las personas ante la ley para que puedan gozar de las mismas libertades y oportunidades sin discriminación alguna (art. 13 CP).

En el ámbito procesal penal se impone la obligación a los servidores judiciales de hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en desarrollo de la actuación procesal, protegiendo especialmente a personas en circunstancias de debilidad manifiesta, y proscribiendo cualquier tipo de discriminación (art. 4º CPP). En este mismo escenario podemos identificar una relación procesal específica en términos del principio de igualdad: aquella definida por el encuentro dialéctico entre Fiscalía y defensa bajo condiciones de *igualdad de armas*. Los sistemas adversativos modernos propenden porque “...en el marco del proceso penal, las partes enfrentadas, esto es, la Fiscalía y la defensa, deben estar en posibilidad de acudir ante el juez con las mismas herramientas de persuasión, los mismos elementos de convicción, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales”¹².

2.2.3. Motivación de las decisiones judiciales

El derecho de toda persona de acceder a la justicia resultaría nugatorio si no se le exigiera al órgano jurisdiccional el deber de pronunciarse oportunamente sobre la actualidad de los derechos constitucionales que le están siendo exigidos. Las sentencias y los autos son los actos jurisdiccionales donde se concreta la efectividad del reconocimiento de tales derechos, razón por la cual deben ser adecuada, suficiente y razonablemente motivados, a efectos de garantizar la defensa técnica, la impugnabilidad de la decisión, la función creadora del derecho, los postulados de buena fe y lealtad procesal, la imparcialidad del juez, la seguridad jurídica, y la responsabilidad social del juez, entre otras garantías.

Razones suficientes para afirmar que, aunque la Constitución Política no alude expresamente a la necesidad de motivación de las providencias judiciales, es claro que cuando ésta se refiere, en el artículo 230, al sistema de fuentes, y en los artículos 29 y 31 a la garantía

El artículo 162 del CPP ordena que las sentencias y los autos deben cumplir con una serie de requisitos formales y sustanciales, como el de la “Fundamentación fáctica, probatoria y jurídica”

de impugnación de las providencias judiciales, está reconociendo tácitamente que la decisión judicial debe ser suficientemente motivada, porque “... *si las providencias carecen de motivación, o está incompleta, ambigua, equívoca, o soportada en supuestos falsos, no sólo quebranta el derechos de los intervinientes a conocer sin ambages el sentido de la decisión, sino que también imposibilitan su controversia a través de los medios de impugnación con lo que, sin duda alguna, se lesiona el derecho al debido proceso*”¹³.

El artículo 162 del CPP ordena que las sentencias y los autos deben cumplir con una serie de requisitos formales y sustanciales, como el de la “Fundamentación fáctica, probatoria y jurídica con indicación de los motivos de estimación y desestimación de las pruebas válidamente admitidas en el juicio oral” (Lit. 4).

Sobre el carácter sustancial de este derecho, la misma providencia antes citada dice:

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-893 de 2001, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-1194 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sentencia 28.432 del 5 de diciembre de 2007, M. P. María del Rosario Gonzales de Lemus.

Esa providencia judicial constituye una pieza fundamental dentro de la actuación, en cuanto por su conducto se resuelve la situación controversial. Por manera que debe cumplir no solo con los requisitos formales establecidos en la ley sino contener un juicio lógico y axiológico producto de un concienzudo y delicado análisis conceptual, probatorio, sustantivo y procesal¹⁴.

2.2.4. Principio de seguridad jurídica

El principio de seguridad jurídica es universalmente reconocido, se refiere a la certeza práctica que debe tener cualquier ciudadano que accede a la jurisdicción, sobre la consagración positiva de las normas legales que preceptúan sus derechos, sobre la imposibilidad de la revocatoria de las decisiones que los reconocen una vez queden en firme, y sobre la interpretación de éstas en cabeza de la jurisdicción.

En el último contexto, la certeza del ciudadano debe garantizarse en términos de que éste espere que su caso sea resuelto conforme a la solución que se le haya dado a un caso similar. En este sentido, la Corte Constitucional ha expresado:

En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución, a partir del principio de la confianza legítima. Este principio constitucional garantiza a las personas que ni el Estado, ni los particulares, van a sorprenderlos con actuaciones que, analizadas aisladamente tengan un fundamento jurídico, pero que al compararlas, resulten contradictorias. En estos casos, la actuación posterior es contraria al principio de la buena fe, pues resulta contraria a lo que razonablemente se puede esperar de las autoridades estatales, conforme a su comportamiento anterior frente a una misma situación¹⁵.

2.2.5. Principio de celeridad

El artículo 29 de la Constitución Política ordena que “*Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa... a un debido proceso sin dilaciones injustificadas...*”. El principal desarrollo de este principio está dado en función de la necesidad de garantizar el derecho de defensa:

El derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas implica un equilibrio razonable entre el principio de celeridad y el derecho de defensa. La ley debe buscar entonces armonizar el principio de celeridad, que tiende a que el proceso se adelante en el menor lapso posible, y el derecho de defensa que, implica que la ley debe prever un tiempo mínimo para que el imputado pueda comparecer al juicio y pueda preparar adecuadamente su defensa¹⁶.

Los conceptos “*dilaciones injustificadas*”, “*menor lapso posible*”, “*tiempo mínimo*” y “*plazo razonable*” (art. 9-3, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y art. 8-1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), son materializados en la ley a través de los *términos procesales* establecidos, en primer lugar, para garantizar el ejercicio efectivo de la defensa (art. 8-k CPP) y, en segundo lugar, a efectos de lograr la efectividad y viabilidad de toda la actuación procesal.

En este último sentido, la actuación procesal, además de estar condicionada en su duración por los términos procesales, se desarrolla bajo el principio de *oralidad*, que implica que su escenario natural son las audiencias públicas donde “*...las cuestiones que se debatan serán resueltas en la misma audiencia*” (art. 147 CPP) y que se proceda bajo procedimientos orales a través de “*la utilización de los medios técnicos que los viabilicen...*” (art. 10 CPP), permitiendo así “*...imprimirle mayor agilidad y fidelidad...*” (art. 9 CPP) a la actuación procesal.

La regla general en relación con los *términos procesales* es la del artículo 156 del CPP: “*Las actuaciones se desarrollarán con estricto cumplimiento de los términos procesales. Su inobservancia injustificada será sancionada*”. Los factores de inobservancia que no tienen justificación (no están incluidos aquí el caso fortuito o la fuerza mayor) pueden ser, entre otros, “*...las maniobras dilatorias y todos aquellos actos que sean manifiestamente inconducentes, impertinentes o superfluos...*” (art. 139-1 CPP). En consecuencia, no toda dilación o inobservancia de los términos es sancionada. Así lo explica la Corte Constitucional:

...en diversas ocasiones, la Corte Europea de Derechos del Hombre se ha ocupado del tema específico de la duración de algunos procedimientos penales

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sentencia 28.125 del 5 de diciembre de 2007, M. P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-836 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-699 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

vigentes en países miembros de la convención. Al analizar cuidadosamente si las dilaciones procesales son razonables o no, ha considerado que ello depende en buena medida de la complejidad del negocio y de los numerosos recursos interpuestos por el presunto acusado, asunto que debe analizarse en cada caso concreto.

En esa línea de pensamiento, para esta Corte Constitucional es claro que existe una estrecha relación entre el debido proceso y el cumplimiento estricto de los términos procesales. De modo tal que toda dilación injustificada de ellos constituye agravio al debido proceso¹⁷.

2.2.6. Derecho a los recursos

La impugnabilidad de las decisiones judiciales es un derecho constitucional y un instrumento procesal reconocido a las partes en el proceso (excepcionalmente a los intervinientes que no ostentan dicha calidad), para provocar un reexamen y un control jurisdiccional jerárquico de las providencias judiciales, tanto las interlocutorias como las sentencias.

El derecho de acceso efectivo a los medios de impugnación es inherente al Estado social de derecho, y hace parte del debido proceso como derecho fundamental. Por eso es que el constituyente de 1991 dispuso que *“Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley”* (art. 31 CP).

Respecto del objeto de este derecho, la Constitución se refiere a la *“sentencia judicial”* (también en el art. 29: *“...impugnar la sentencia condenatoria”*), así como lo hace el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en términos de *“fallo condenatorio”* (art. 14-5), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en términos de *“fallo”* (art. 8-h). Pero debemos entender que no solo las *sentencias* son impugnables, sino que también lo son aquellas otras providencias que ponen fin a la actuación y, por supuesto, las que afectan derechos fundamentales como el de la libertad y el derecho al patrimonio, y aquellas que afectan la práctica de pruebas en legítimo ejercicio del derecho de contradicción (arts. 20 y 359 CPP).

Sobre los actos susceptibles de impugnación, el artículo 17 de la Ley 1142 de 2007, reformativa de la Ley 906 de 2004, amplió el marco de impugnabilidad a las decisiones del juez de control de garantías en materia de control de legalidad posterior (art. 238 CPP), facultando a las partes e intervinientes para recurrir las decisiones de legalidad en materia de registros y allanamientos, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones y recuperación de información dejada al navegar por Internet u otros medios similares.

Respecto de los sujetos facultados para impugnar, y en relación con los tratados internacionales ya referidos, éstos facultan a *“toda persona”* para ejercer el derecho de impugnación, con lo cual se debe entender que el imputado está facultado para ello, pero también que están facultados para ejercer este derecho las víctimas dentro del proceso penal, la Fiscalía General de la Nación y el Ministerio Público. En cuanto a las víctimas, la Corte Constitucional dijo:

...la efectividad de los derechos de las víctimas del delito depende del ejercicio de varias garantías procedimentales, entre otras las siguientes: (i) el derecho a ser oídas; (ii) el derecho a impugnar decisiones adversas, en particular las sentencias absolutorias y las que conlleven penas irrisorias; (iii) el derecho a controlar las omisiones o inacciones del fiscal, y (iv) el derecho a ejercer algunas facultades en materia probatoria. Puesto que en esta sentencia ya se han adoptado decisiones de inexecutable o executable condicionada con miras a asegurar la proyección de los derechos de las víctimas en los momentos fundamentales a lo largo de la evolución del proceso penal, la Corte entiende que los artículos 11 y 137 han de ser leídos en armonía con tales decisiones específicas. Sin embargo, la Corte estima que una vez garantizados el derecho de impugnación de las víctimas en dichos momentos específicos de la evolución del proceso penal, según la regulación establecida por el propio legislador, no es constitucionalmente necesario condicionar de manera general los artículos 11 y 137. Lo anterior no obsta para que en ocasiones posteriores la Corte se pronuncie sobre la existencia y el alcance del derecho de impugnación de las víctimas en otros momentos específicos del proceso penal con los efectos que estime constitucionalmente necesarios¹⁸.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-498 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón.

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-209 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

De acuerdo con el artículo 31 de la Constitución Política, el derecho a los recursos no es absoluto. La norma superior deja al poder de configuración del legislador el señalamiento legal de algunos eventos de excepción donde la sentencia judicial no es recurrible, como el caso de las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia en procesos de única instancia¹⁹, y en el caso del recurso de casación con su limitación relacionada con la facultad de la Corte para seleccionar discrecionalmente los procesos en que debe pronunciarse.

2.2.7. Restablecimiento del derecho

En cumplimiento de los fines esenciales del Estado, las autoridades deben garantizar a todas las personas los derechos fundamentales consagrados en la Constitución.

Cuando quiera que la consecución de la protección y eficacia de los derechos fundamentales se ven obstaculizadas con la comisión de conductas punibles, las autoridades estatales, en particular las judiciales, en cumplimiento de sus facultades, tienen que adoptar las medidas necesarias, adecuadas y pertinentes con el objeto de restablecer los derechos quebrantados de las víctimas en la medida de lo posible y aplicar las sanciones previstas a los responsables...²⁰.

El fundamento constitucional de este derecho se encuentra en el numeral 6° del artículo 250 que impone a la fiscalía y a los jueces el deber de adoptar *“las medidas necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito”*.

En desarrollo de este precepto constitucional el legislador adoptó un principio rector de proceso penal en el artículo 22 del CPP, que describe de mejor forma el contenido protector de este derecho, como es el de *“hacer cesar los efectos producidos por el delito”*, y el de hacer que *“las cosas vuelvan a su estado anterior”*. A este respecto, los profesores Bernal y Montealegre dicen:

Así, el juez de conocimiento ha de adoptar medidas que permitan a los perjudicados con el delito continuar con el disfrute del derecho, si este fue interrumpido por la conducta punible, o volver en lo posible a las

situaciones y condiciones preexistentes a la comisión del hecho, si la consecuencia del hecho punible implicó la supresión del derecho²¹.

También la Convención Americana sobre Derechos Humanos se refiere a este ámbito de garantías al establecer que *“Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado el goce de su derecho o libertad conculcados”* (art. 63-1).

Si bien el derecho de reparación integral, como mecanismo de la efectividad de la tutela judicial, se refiere en mayor medida a la condición de víctima dentro del proceso penal, también es predicable del derecho que tiene toda persona a gozar de su libertad y a que, cuando ésta sea limitada ilegalmente, el Estado le garantice su restablecimiento. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es muestra de este otro nivel de protección cuando dispone que *“Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación...”* (art. 9-5).

La ley colombiana ha adoptado un mecanismo protector de tal tenor al ordenar a la Fiscalía el inmediato restablecimiento de la libertad de la persona que ha sido capturada en flagrancia por un delito que no comporta detención preventiva, o en el evento que la aprehensión haya sido ilegal (art. 302 CPP). Los jueces de garantías tienen también la propia obligación cuando no existe sustento probatorio, razonabilidad ni proporcionalidad en la medida limitativa del derecho a la libertad ejercida por la Fiscalía.

2.3. Prevalencia del derecho sustancial

En cada caso concreto, el juez debe hacer prevalecer el derecho sustancial sobre lo meramente formal. En garantía de los derechos fundamentales el juez debe ponderar los intereses legítimos del Estado, de la comunidad, del imputado o acusado, y de la víctima.

La ley procedimental debe interpretarse y aplicarse a partir del derecho material o sustancial basado en el análisis de cada caso concreto frente a los principios, valores y filosofía que orientan el sistema penal acusatorio. En este sentido, como ha dicho la Corte

¹⁹ La Corte Constitucional, en sentencia C-545 de 2008, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, reafirma que se mantienen las garantías de “impugnación horizontal y la eventual acción de revisión contra la sentencia ejecutoriada”.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-775 de 2003, M. P. Jaime Araújo Rentería.

²¹ Bernal y Montealegre, op. cit., p. 350.

Constitucional al analizar los principios y fundamentos del Estado colombiano, se favorece el logro del valor justicia, comunicando el derecho con la realidad mediante la intervención del juez. La decisión judicial es entonces, según la Corte Constitucional, un proceso de creación del derecho²².

El Código de Procedimiento Penal, en su artículo 10, consagra este principio así: *“La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto de los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia en el ejercicio de la justicia. En ella los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial”*.

2.4. Derecho a la defensa

El de defensa es un principalísimo derecho reconocido a toda persona que es sometida al sistema penal. Está presente en todos los tratados internacionales y es propio de cualquier sistema de enjuiciamiento penal garantista. Su alcance y dimensiones están inmersos en los desarrollos constitucionales y legales de los países democráticos.

Este principio constitucional va más allá de la pura y simple condición técnica de que en el proceso penal intervenga el defensor, y de que éste cumpla con su rol de ejercer la *defensa técnica*. Implica la necesidad de garantizar la intervención sustancial del procesado en el contradictorio, a través de la efectiva presencia en la actividad probatoria; del conocimiento claro y preciso de la imputación; del descubrimiento de los elementos fácticos y jurídicos que son el fundamento de la acusación; de la promoción del proceso mediante el acceso a la jurisdicción, la investigación de parte, la formulación de oposiciones, impugnaciones y conclusiones; de la posibilidad de refutar la argumentación de la parte acusadora, etc.

El derecho a la defensa hace parte del núcleo esencial del debido proceso, como quiera que sin él no existiría la condición de legitimidad democrática del proceso penal ni la efectiva realización de la justicia material. Tal condición está claramente desarrollada en el texto del artículo 29 de la Constitución Política que enuncia las garantías constitucionales en cabeza del sindicado, quien *“tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento...”*

Durante el proceso penal, *“una vez adquirida la condición de imputado”* (art. 8 CPP), éste tendrá derecho a la defensa. La limitación de temporalidad en la asunción de dicha condición y, como consecuencia, la activación del derecho de defensa fue objeto de pronunciamiento de exequibilidad por parte de la Corte Constitucional, *“... sin perjuicio del ejercicio oportuno, dentro de los cauces legales, del derecho de defensa por el presunto implicado o indiciado en la fase de indagación e investigación anterior a la formulación de la imputación”*²³.

Pero, ¿cuáles serían los eventos en que el derecho de defensa podría ejercerse antes de la formulación de la imputación, habida cuenta de la existencia de una facultad de *controversia de medios cognoscitivos* durante la fase formal de investigación y del derecho de *contradicción de medios de conocimiento* en el juicio durante la práctica de las pruebas?

En la sentencia citada, la Corte menciona algunos casos en que esto se puede dar: durante la práctica de un allanamiento cuando la persona sometida a dicha carga pública cuestiona el procedimiento y sus hallazgos; durante las actuaciones urgentes de la policía judicial en un homicidio en accidente de tránsito, cuando la persona sobre la que recae la supuesta responsabilidad cuestiona el croquis por no responder a la realidad de los hechos o reúne informaciones de personas que afirman su dicho; ante señalamientos públicos de responsabilidad en la comisión de una conducta punible, la persona señalada puede rechazar tales imputaciones.

De cualquier manera, el derecho de defensa puede ejercerse en los términos del artículo 8 del CPP, en lo que aplica a: no ser obligado a declarar en contra de sí mismo; no autoincriminarse; a que no se utilice el silencio en su contra ni el contenido de conversaciones tendientes a lograr un acuerdo; ser oído, asistido y representado por un abogado; ser asistido gratuitamente por un traductor; tener comunicación privada con su defensor; conocer los cargos que le sean imputados; disponer de tiempo razonable y de medios adecuados para la preparación de la defensa; tener un juicio público con todas las garantías; y renunciar a ciertos derechos.

²² Corte Constitucional, Sentencia C-479 de 1992, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

²³ Corte Constitucional, Sentencia C-799 de 2005, M. P. Jaime Araújo Rentería.

2.5. Presunción de inocencia e *In dubio pro reo*

Las garantías en cabeza del imputado en el ámbito del proceso penal encuentran una particular y significativa tutela en el principio del artículo 29 de la Constitución, en virtud del cual “*Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable*”. Así mismo, el artículo 14-2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que: “*Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley*”. Estos preceptos configuran la importantísima garantía de la libertad individual y la protección constitucional de la persona humana, que refuerzan sus valores y la inviolabilidad de sus derechos.

El debido proceso debe garantizarse a toda persona sometida al sistema penal, en términos de que el ente acusador tiene la carga de probar su culpabilidad, y mientras lo hace en sentencia definitiva, la persona permanece como inocente, con todas las consecuencias que esto implica en el ejercicio de sus derechos fundamentales, claro, con ciertas limitaciones propias de la *reserva judicial y legal* de la libertad, como se verá en el acápite siguiente.

De la presunción de inocencia es posible deducir dos aspectos de relevancia práctica para el proceso penal: uno relacionado con la forma como el Estado garantiza los derechos del imputado, y otro referido a la valoración de los elementos probatorios y al convencimiento judicial.

Respecto del primer aspecto, la *presunción de inocencia* hace relación al derecho que tiene la persona de ser tratada sin prejuicios de culpabilidad que puedan social o moralmente disminuirla en su condición de igualdad frente a los demás ciudadanos. También implica, entre otras cosas, que la persona no tiene la obligación de probar su inocencia. “*Le es lícito, entonces, hacer o dejar de hacer, decir o dejar de decir todo aquello que tienda a mantener la presunción que el ordenamiento jurídico ha establecido en su favor*”²⁴. “*En consecuencia, corresponde al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal*” (art. 7 CPP). En materia de liber-

tad personal, esta presunción impone que las medidas temporales restrictivas de la libertad deben ser tomadas solo con base en suficientes y necesarios medios cognoscitivos que permitan inferir razonablemente que la persona puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga (art. 308 CPP).

Respecto del segundo aspecto, el principio rector del artículo 7 del CPP anuncia la estrecha relación existente entre el principio de *presunción de inocencia* y aquel del *In dubio pro reo*. Efectivamente, la sentencia condenatoria debe edificarse sobre la valoración razonable de los medios de prueba debatidos en el juicio oral, que debe llevar al juzgador, más allá de toda duda, al convencimiento de la responsabilidad penal del acusado. Presente la duda, el fallo será a favor del procesado. En similares términos se pronuncia el artículo 381 del CPP.

La relación entre *presunción de inocencia* e *In dubio pro reo* es descrita así por el profesor Chiesa:

En todos los casos criminales la ley presume que el acusado es inocente mientras no se pruebe lo contrario de modo satisfactorio y por evidencia competente; y es norma de ley que su culpabilidad debe ser probada más allá de toda duda razonable... El peso de la prueba le corresponde al Ministerio Fiscal, teniendo que establecer la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable. Si existe esa duda en el ánimo del jurado, deberán absolverlo²⁵.

2.6. Reserva legal y judicial en la afectación de derechos fundamentales

Bajo el *principio de legalidad*, nuestra estructura constitucional garantiza el ejercicio de todos los derechos fundamentales, unas veces desde preceptos superiores de prohibición absoluta a la limitación de algunos de ellos (arts. 11 y 20) y otras, desde normas que autorizan su restricción bajo condiciones excepcionales (arts. 214, 215, 15, 28, 37, 40-7, 250-1). Estas últimas entregan al legislador un poder de *configuración legal* para que determine las condiciones y el alcance de dichas limitaciones, y a los jueces un poder de *reserva judicial*,

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-621 de 1998, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

²⁵ Ernesto Chiesa Aponte, Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos, Forum, Bogotá D.C., 1995, Vol. I, p. 48.

para que con base en esas directrices legales impongan medidas concretas limitativas de ciertos derechos fundamentales.

El principio de *reserva judicial* implica que ciertos derechos fundamentales se pueden limitar, pero solo en “...*virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente...*” (art. 28 CP), o lo que es lo mismo, que la restricción de esos derechos solo es potestad de los jueces de control de garantías, con el fin de asegurar “...*la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.*” (art. 250-1 CP).

Dentro de su potestad de *configuración legal*, el Congreso de la República sistematizó la figura constitucional del *control de legalidad*, que constitucionalmente está en cabeza del juez de garantías, estableciendo y organizando una serie de actos de investigación en función de la *reserva legal* como condición para su ejecución: “*actuaciones que requieren autorización judicial previa para su realización*” (Capítulo II, Título I, Libro II CPP). Posteriormente, por vía judicial, la Corte Constitucional extendió esa *reserva judicial* a actuaciones investigativas relacionadas con la *búsqueda selectiva en bases de datos*, bajo la siguiente argumentación:

La autorización del juez de control de garantías, salvo en las excepciones explícitamente contemplada en la Constitución, se erige en presupuesto indispensable para legitimar las intervenciones a los derechos fundamentales y en particular las medidas que impliquen injerencia en el derecho fundamental a la intimidad personal, como es el acceso a información confidencial referida al indiciado o imputado mediante la *búsqueda selectiva en bases de datos*²⁶.

Tal vez el derecho fundamental más sensible en materia de limitaciones desde los órganos estatales es el *derecho a la libertad*. En esta materia la *reserva legal y judicial* ha tenido mucha actualidad, como quiera que ha sido objeto de varios pronunciamientos de control constitucional en torno al poder que la Constitución entregó al legislador permitiéndole facultar a la Fiscalía General de la Nación “...*para realizar excepcionalmente capturas...*” (art. 250-1, inc. 3), consagrándose así una excepción superior al principio de *reserva judicial*.

El legislador, en la Ley 906 de 2004, ejerció dicho

poder a través de los artículos 2 y 300, que fueron demandados ante la Corte Constitucional, acusándosele de violar el precepto superior del artículo 28²⁷.

Mediante la Ley 1142 de 2007 se reglamenta el poder excepcional constitucional de la Fiscalía General de la Nación para disponer órdenes de captura, así.

El Fiscal General de la Nación o su delegado podrá proferir excepcionalmente orden de captura escrita y motivada en los eventos en los que proceda la detención preventiva, cuando por motivos serios y de fuerza mayor no se encuentre disponible un juez que pueda ordenarla, siempre que existan elementos materiales probatorios, evidencia física o información que permitan inferir razonablemente que el indiciado es autor o partícipe de la conducta investigada, y concurra cualquiera de las siguientes causales:

1. Riesgo inminente de que la persona se oculte, se fugue o se ausente del lugar donde se lleva a cabo la investigación.
2. Probabilidad fundada de alterar los medios probatorios.
3. Peligro para la seguridad de la comunidad o de la víctima en cuanto a que, si no es realizada la captura, el indiciado realice en contra de ellas una conducta punible.

La vigencia de esta orden está supeditada a la posibilidad de acceso al juez de control de garantías para obtenerla. Capturada la persona, será puesta a disposición de un juez de control de garantías inmediatamente o a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes para que efectúe la audiencia de control de legalidad a la orden y a la aprehensión²⁸.

Posteriormente, la Corte declaró inexecutable el aparte “*por motivos serios y de fuerza mayor*”, y el término “*disponible*”, por considerar que carecen de la suficiente concreción, precisión y determinación que requiere la fijación de los límites y eventos en que excepcionalmente la Fiscalía General puede realizar capturas. Igualmente, declaró la constitucionalidad de las expresiones: “*cuando*”, “*un juez que pueda ordenarla*” y “*o información*”, pero condicionando dicha exequibilidad a que el fiscal agote diligentemente la búsqueda de todos los jueces legalmente competentes, incluido el juez de control de garantías ambulante, y a que la “*información*” sea obteni-

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-336 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

²⁷ La norma anunciada fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-1001 de 2005, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

²⁸ Artículo 300, Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 21, Ley 1142 de 2007.

da bajo suficiente respaldo probatorio para los motivos fundados, en términos del artículo 221 del CPP²⁹.

2.7. Principio

El principio de no autoincriminación, o *privilegio*, como es llamado en el derecho angloamericano, constituye una garantía fundamental para el imputado reconocida en todos los sistemas acusatorios modernos. Su fundamento constitucional lo encontramos en el artículo 33 superior: “*Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo...*”. Su consagración legal está dada en función de los derechos de la defensa a “*No autoincriminarse...*” (art. 8-b CPP). En el mismo sentido, nuestra legislación obliga a quien interroga a un indiciado, sin hacer imputación alguna, a darle a conocer previamente que tiene derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo (art. 282 CPP). La función de dicha advertencia es que el declarante conozca previamente que es titular del derecho, para que voluntaria y libremente pueda decidir si se somete al riesgo de autoincriminarse.

Las normas de los artículos 8 y 282 instrumentales desarrollan el contenido del principio constitucional general de no *autoincriminación*, ya que describen dos aspectos sustanciales diferentes del mismo derecho: uno mencionado en el literal a) del artículo 8 y en la expresión “*...no está obligado a declarar...*” del artículo 282, relativo al derecho del indiciado, imputado o acusado a no ser llamado como declarante o como testigo, dependiendo de si estamos en fase de investigación o de juzgamiento; y otro mencionado en el literal b) del artículo 8 y en la expresión “*...tiene derecho a guardar silencio...*” del artículo 282, relacionado con el derecho de éstos a que, si bien renunciaron a su privilegio y se encuentran prestos a declarar o testimoniar, tienen derecho a guardar silencio frente a preguntas que impliquen el riesgo de autoincriminarse. El profesor Chiesa describe así esta dicotomía:

En suma, el acusado tiene derecho constitucional a no ser llamado a declarar y no meramente a no contestar preguntas cuando hacerlo tienda a incriminarlo.

La diferencia es importante, pues si se permite que el acusado sea llamado a declarar, tendría que invocar el privilegio contra la autoincriminación frente al jurado o juzgador y podría lucir mal en la silla testifical, con potencial de perjuicio real, por más que jurídicamente se diga que el silencio legítimo del acusado no pueda usarse en su contra³⁰.

Éste derecho puede ser invocado por cualquier persona, tenga ésta la calidad de procesado o de testigo en un proceso. Frente a un interrogatorio en la etapa de investigación o a un testimonio en la etapa del juicio, el imputado o acusado no está obligado a emitir declaración alguna que pueda comprometer su responsabilidad penal y que, consecuentemente, pueda ser utilizada en su contra como prueba de cargo. Este principio guarda estrecha relación con el principio antes visto de *presunción de inocencia*, ya que si la parte acusadora es quien tiene la carga de probar la responsabilidad del procesado, mal podría ésta probar un hecho por la propia boca de quien se presume inocente, a no ser que éste renuncie a dicho privilegio y decida asumir el riesgo real de verse afectado al revelar cualquier cosa que tienda a incriminarlo.

Cuando se trata de un testigo no comprometido en el proceso, y frente a cualquier pregunta que implique una respuesta con peligro real de revelar hechos no relevantes para el proceso en curso, pero sí para una eventual investigación penal por hechos diferentes, aquél puede invocar el derecho a no autoincriminarse, para evitar que sea procesado por estos hechos. Por eso es que quien realiza el interrogatorio tiene el deber de advertir antes al declarante que tiene legítimo derecho a guardar silencio frente a esas circunstancias. El profesor Chiesa expresa: “*Adviértase que mientras el privilegio general de toda persona a no autoincriminarse no impide que se le llame a declarar, en el caso del acusado, ni siquiera puede ser llamado como testigo*”³¹.

Esto sin perjuicio que no pueda ser valorado como prueba de acuerdo con el artículo 16 del CP.

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-185 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁰ Ernesto Chiesa Aponte, ob. cit., p. 119.

³¹ *Ibid.*, p. 117.

2.8. Principio de inmediación de la prueba

El fundamento constitucional del principio de inmediación de la prueba lo encontramos en el artículo 250-4 superior que asigna a la Fiscalía General de la Nación la función de: *“Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías”*.

Este principio indica que todas las pruebas deben ofrecerse o solicitarse, practicarse o introducirse y controvertirse en el juicio (arts. 16 y 379 CPP) ante el juez de conocimiento. El juez sólo tendrá en cuenta como pruebas las que sean practicadas o introducidas y controvertidas en su presencia en la audiencia del juicio oral. En este sentido, las diligencias de investigación donde se recaudan elementos materiales e información no tienen valor de prueba para la determinación de la responsabilidad penal, sino de medio de convicción, para que el fiscal pueda determinar si existe o no mérito para que una persona pueda ser juzgada, porque se ha logrado ubicar, identificar y preparar los medios de prueba para demostrar su responsabilidad en una conducta punible, y para sustentar ante el juez de garantías las peticiones o actuaciones que afecten derechos fundamentales.

La práctica de la prueba anticipada es una excepción a este principio, ya que cuando se presentan circunstancias de fuerza mayor que hacen imposible la práctica de la prueba en la audiencia pública y esto resulta imprescindible para la parte que la propone, se practica en forma anticipada pero con todos los requisitos de prueba en juicio (presencia del juez y todas las partes y contradicción), pero debe ofrecerse en la audiencia preparatoria e introducirse mediante lectura o reproducción, en la audiencia pública, por la parte proponente. De no hacerlo, lo realizado anticipadamente no puede ser valorado por el juzgador con el conjunto de la prueba practicada en juicio³².

2.9. Principio de contradicción

El derecho de contradicción es inherente a todo el proceso acusatorio y se aplica en la fase de juicio oral. Conforme a la concepción constitucional del artículo 29 de nuestra Carta Política se desarrolla el principio

del debido proceso, donde se encuentran elementos del principio de contradicción: *“... Quien sea sindicado tiene derecho... a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra...”*; también el artículo 15 del Código de Procedimiento Penal establece: *“Las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación...”*.

A su vez, el artículo 378 del C de PP, faculta a las partes a controvertir, tanto los medios de prueba como los elementos materiales probatorios y evidencia física, no sólo presentados en juicio oral, sino todos los que se practiquen por fuera del mismo.

Durante las fases de investigación y juzgamiento se producen actos de investigación y actos de prueba, respectivamente, a saber: en la indagación e investigación: ubicación, recolección, aseguramiento y preparación de la prueba; en la fase del juzgamiento previo al juicio oral: descubrimiento de medios cognoscitivos y ofrecimiento de medios de conocimiento; durante el juicio oral: práctica, contradicción y valoración de la prueba. Cada uno de estos actos tiene un objetivo específico: en la investigación, sustentar ante el juez las actuaciones que afectan derechos fundamentales; en el juzgamiento, fundamentar y sustentar la acusación.

2.10. Principio de concentración

Cada uno de los actos del proceso debe desarrollarse en tantas audiencias continuas como sean necesarias para resolver. El fallo debe pronunciarse inmediatamente concluye la presentación y contradicción de las pruebas y de los argumentos finales. Para efectos de garantizar la realización de las audiencias en la forma y oportunidad establecidas por el juez, es necesario incluir en los sistemas de gestión administrativa el manejo de agendas de salas de audiencia.

El artículo 17 del Código de Procedimiento Penal describe el principio de concentración así:

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 hasta por un término de treinta (30) días, si se presentaren circunstancias especiales que lo justifiquen. En

³² Ver sentencia C-591 de 2005, que declara la exequibilidad de varias expresiones de los artículos 16 y 284 de la Ley 906 de 2004.

todo caso el juez velará por que no surjan otras audiencias concurrentes, de modo que concentre su atención en un solo punto.

Un principio relacionado con el de concentración es el de la identidad física del juzgador, que indica que el juzgador que presencia la práctica de las pruebas en la audiencia tiene que ser el mismo que debe fallar. Este principio es distinto del concepto de *juez natural*, que es un concepto orgánico o institucional y no personal. Cuando en la audiencia pública de juzgamiento se inicia la presentación de las pruebas y el juzgador (juez de derecho) o el jurado (juez de los hechos) tiene imposibilidad física de continuar en el juicio, se debe repetir todo el juicio, y en el caso del jurado, se deben tener jurados suplentes.

En Colombia, el requisito de la *identidad física del juzgador* no quedó consagrado como principio autónomo sino como una modalidad del principio de concentración, ya que se introdujo en las últimas sesiones del Senado. Pero tiene el mismo efecto en el sentido de que si hay que reemplazar al juez de conocimiento en el juicio oral, se debe repetir el mismo (art. 454 CPP), ello bajo los parámetros jurisprudenciales vertidos, entre otros, en la sentencia de Casación Penal 27.192 del 30 de enero de 2008.

2.11. Principio de publicidad

La publicidad no está referida exclusivamente a las partes intervinientes sino también a la comunidad. El artículo 228 de la Constitución Política de Colombia establece que “*las actuaciones de la administración de justicia serán públicas, con las excepciones que establezca la ley*”.

El artículo 18 del Código de Procedimiento Penal presenta así este principio:

La actuación procesal será pública. Tendrán acceso a ella, además de los intervinientes, los medios de comunicación y la comunidad en general. Se exceptúan los casos en los cuales el juez considere que la publicidad de los procedimientos pone en peligro a las víctimas, jurados, testigos, peritos y demás intervinientes; se afecte la seguridad nacional; se exponga a un daño psicológico a los menores de edad que deban intervenir; se menoscabe el derecho del acusado a un juicio justo; o se comprometa seriamente el éxito de la investigación.

El principio de publicidad opera también durante la investigación para los actos jurisdiccionales, ya que toda decisión judicial (control de garantías) debe profesar en audiencia pública con citación de partes, salvo en los actos que tienen reserva (solicitud de captura, medidas reales y allanamientos).

2.12. Principio de oralidad

En virtud del principio de oralidad, en primer lugar, todas las peticiones formuladas por las partes al funcionario judicial se fundamentarán y decidirán en forma oral. Generalmente deben resolverse con citación y audiencia de la otra parte, salvo las reservadas. En segundo término, el juzgamiento es oral, por audiencias y en la audiencia pública de juzgamiento no se permite la introducción de diligencias de investigación.

20

Entre los principios rectores y garantías procesales se establece este principio, cuando el artículo 9 del CPP dice: “*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*”.



SEGUNDA PARTE

CONTENIDO

II. Estructura del proceso penal acusatorio

1. Etapa de investigación.....	30
2. Etapa de juzgamiento.....	32
3. Etapa de ejecución de penas y medidas de seguridad.....	33



SEGUNDA PARTE

II. Estructura del proceso penal acusatorio

El sistema procesal penal actualmente vigente en la legislación colombiana está estructurado sobre la base del Acto Legislativo 03 de 2002, que reformó los artículos 250 y 251 de la Constitución Política. p

Esta reforma constitucional marca la decadencia de la Ley 600 de 2000, caracterizada por una estructura procesal de carácter “mixto”, inspirada en parte bajo reglas inquisitivas y en parte bajo reglas acusatorias. Las primeras prevalentemente en la fase de la *instrucción*, destinada a la actividad de investigación y de formación de la prueba a través de la libre iniciativa del fiscal en la búsqueda de la misma y conducida según reglas de reserva y secreto investigativo que relegaban al imputado y a su defensor a condiciones de absoluta inferioridad, excluyéndolos muchas veces de la participación contradictoria en fundamentales actos de prueba. Las segundas reglas aplicadas en la fase del *juicio*, con algún carácter público y oral, pero dependientes siempre de los resultados probatorios obtenidos durante la fase de instrucción, donde el fiscal ostentaba

poderes requirentes y jurisdiscentes en la misma persona, finalizando con una decisión judicial de “certeza” o no sobre los elementos probatorios que permanecían desde la fase anterior.

De frente a ese sistema de corte continental-europeo, ciertamente poco garantista y carente de idoneidad para satisfacer las expectativas de justicia material, la Carta Superior ordenó la instauración de un sistema de corte acusatorio, para lo cual el Congreso expidió la Ley 906 de 2004, que introdujo una inmediata y profunda reforma de las estructuras procesales hacia un esquema democrático de amplio respeto por la persona y las garantías individuales, en conjunción con la preteroria misión del Estado de garantizar la pronta y efectiva aplicación de la ley penal, todo materializado en la diferenciación entre los roles de fiscal y juez; la eliminación del secreto en la producción de la prueba; la acentuación de los poderes de las partes y su igualdad de armas; de la garantía de la inmediación y la contradicción; y la aplicación de los principios de publicidad y oralidad.

A la Fiscalía General de la Nación le corresponde “... adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio...” (art. 250, inc. 1). En desarrollo de esta cláusula general de competencia, la Constitución Política dejó establecida una estructura procesal, en la que el fiscal debe presentar una acusación ante los jueces de conocimiento, con el fin de “...dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías” (art. 250, num. 4).

1. Etapa de investigación

El proceso penal acusatorio colombiano, en su normal discurrir, posee tres estadios básicos: “...Indagación, investigación y juzgamiento penal...” (art. 250, par. CP). Sin embargo, bajo una interpretación sistemática de la norma constitucional, se ha superado ya la distinción entre investigación previa (indagación) e investigación propiamente dicha (*instrucción*); veamos:

“La regulación introducida mediante el Acto Legislativo No. 03 de 2002 afecta notablemente el anterior modelo. En efecto, se establece la obligación de investigación de los hechos que “*revistan las características de un delito*”, bajo una consideración: “*siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo*”. Es decir, la investigación no se adelanta y la acción penal no se inicia, cuando se ha establecido la existencia de un hecho punible y se ha identificado al autor, sino que se investiga la *posible* comisión de un delito, bastando el conocimiento de unos hechos y la derivación de dicho conocimiento de la *posibilidad* de existencia del delito...”³³

1.1. Fase de indagación

Podemos decir entonces que la etapa de investigación tiene una primera fase de *indagación*, descrita así por la Corte Constitucional:

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 *notitia criminis*³⁴.

Desde el momento en que la noticia criminal tiene ocurrencia a través de la denuncia, la querrela, el informe, o la acción oficiosa de las autoridades, y hasta la formulación de la imputación, la policía judicial realiza un sinnúmero de actividades tendientes a establecer la existencia de los hechos concretos de esa noticia y determinar si constituyen o no delito, e identificar o, por lo menos, individualizar a los presuntos autores o partícipes de la infracción penal, y asegurar medios de convicción que permitan ejercer debidamente la persecución penal del Estado.

Son actividades urgentes que se concretan en inspecciones en el lugar del hecho, inspecciones de cadáver, entrevistas, interrogatorios, y actos de ubicación, identificación, levantamiento, embalaje, preservación y seguridad de elementos materiales probatorios, de los cuales se pueda inferir que se ha cometido un delito y quién o quiénes pueden ser sus autores o partícipes (art. 205 CPP). Sobre estas actividades el fiscal ejerce un control y dirección jurídica con base en los reportes de iniciación de tales indagaciones y en los informes de policía judicial pertinentes.

Con los informes de policía judicial el fiscal, en equipo con el investigador, debe realizar un *programa metodológico* que determine los objetivos de la investigación (de acuerdo con los elementos de la presunta conducta punible), los criterios para evaluar sus logros, la distribución de tareas, y los criterios y procedimientos de seguimiento y control de las acciones (art. 207 CPP).

Durante esta indagación, si el fiscal encuentra que el hecho no ha existido, o que no constituye delito³⁵, puede archivar la actuación; en caso de surgir nuevos elementos probatorios, y si no ha prescrito la acción penal (art. 79 CPP), puede reanudarse la investigación. La Corte estima que esta disposición es exequible, siempre y cuando la decisión de *archivo* que adopte el fiscal sea motivada y comunicada al Ministerio Público y a la víctima a efectos de garantizar sus derechos.

³³Bernal y Montealegre, ob. cit., p. 137.

³⁴Corte Constitucional, Sentencia C-1194 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabrá.

³⁵Debe entenderse de circunstancias de atipicidad objetiva del delito. Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

Si la causal se funda en: que quien lo realizó murió, o no hay lugar a ejercicio de la acción por estar prescrita, o se desistió de la querrela o no se puede formular por existir caducidad, o existe otra causal objetiva de extinción de la acción penal, se deberá solicitar al juez de conocimiento la preclusión de la acción penal, de acuerdo con el artículo 78 del CPP³⁶.

En sentido contrario, si una evaluación preliminar de los resultados de la ejecución del plan metodológico puede entregar elementos materiales probatorios o información legalmente obtenida sobre los cuales se pueda concre-

tar la realización de una conducta punible, y se logre identificar, o por lo menos individualizar, al posible autor o partícipe, e inferir razonablemente que la persona sobre la cual se ha realizado la indagación es autor o partícipe del delito que se investiga, entonces el fiscal procede a formular imputación a través de solicitud hecha al juez de control de garantías para que se instale la respectiva audiencia.

En audiencia de formulación de la imputación el fiscal comunica a la persona su calidad de imputada, le refiere los hechos concretos objeto de la investigación, y le informa la posibilidad de que se allane a la imputación

1.2. Fase de investigación formal

En audiencia de formulación de la imputación el fiscal comunica a la persona su calidad de imputada, le refiere los hechos concretos objeto de la investigación, y le informa la posibilidad de que se allane a la imputación, con el beneficio consecuente de una rebaja de pena de hasta la mitad de la pena imponible. Aquí se materializa el derecho de defensa para que esta parte pueda preparar de modo eficaz su actividad procesal (arts. 286 a 290 CPP), lo que no obsta para que el presunto implicado pueda ejercer su derecho de defensa desde la fase de *indagación*:

...la correcta interpretación del derecho de defensa implica que se puede ejercer desde antes de la imputación. Así lo establece el propio Código por ejemplo desde la captura o inclusive antes, cuando el investigado tiene conocimiento de que es un presunto implicado en los hechos. Por ello, la limitación establecida en el artículo 8° de la Ley 906 de 2004, si se interpreta en el entendido de que el derecho de defensa sólo se puede ejercer desde el momento en que se adquiere la condición de imputado, sería violatorio del derecho de defensa³⁷.

También se informan los términos legales para realizar la investigación y se crean escenarios procesales para tomar decisiones sobre alegaciones preacordadas, acuerdos reparatorios, libertad del imputado, etc.

Formulada la imputación, esta fase de *investigación formal* tiene por objeto continuar la ubicación, identificación, preparación y aseguramiento de los elementos materiales probatorios y medios de prueba que fundamentarán la acusación o cualquier otra decisión conclusiva de la investigación, respecto de quien se ha formulado la imputación. Se trata de una actuación

de tipo procedimental y, por tanto, en ella no se *judicializa* acto alguno, a no ser que se entiendan por esta expresión las actuaciones del fiscal que se someten al juez que ejerce las funciones de control de garantías. Por esta razón sus actos de búsqueda y preparación de la prueba no se recopilan en un expediente judicial, sino en un archivo de investigación que contiene medios cognoscitivos, elementos materiales o material de

referencia, y no pruebas que puedan ser valoradas por el juez en el juicio.

El fiscal controla jurídicamente la labor investigativa de la policía judicial, pudiendo suspender, interrumpir y renunciar a la acción penal (arts. 321 y 330 CPP), pero sólo “...en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerce las funciones de control de garantías” (art. 250, inc. 1 CP).

Durante esta etapa, el control judicial opera también cuando la Fiscalía debe “Solicitar al juez que ejerza las funciones 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” (art. 250, num. 1 CP).

La fase termina normalmente (existen circunstancias alternas de terminación) cuando el juez de conocimiento decreta la *preclusión de la investigación*, en el evento en que, según lo dispuesto en el artículo 332 del CPP, no hubiere mérito para acusar al imputado

³⁶Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

³⁷Corte Constitucional, Sentencia C-799 de 2005, M. P. Jaime Araújo Rentería.

ante el juez de conocimiento. Por el contrario, si “...de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se puede afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe” (art. 336 CPP), el fiscal presenta escrito de *acusación* ante el juez de conocimiento.

Para tomar cualquiera de las decisiones conclusivas con que finaliza esta etapa, valga decir: preclusión, acusación o aplicación controlada del principio de oportunidad, el fiscal tiene treinta (30) días, contados a partir del momento en que se formuló la imputación, término que puede ser prorrogado por otros treinta (30) días para un nuevo fiscal asignado, en el evento que el primero no haya tomado cualquiera de las decisiones oportunamente, caso en el cual, si este último tampoco se pronuncia, “...el imputado quedará en libertad inmediata, y la defensa o el Ministerio Público solicitarán la preclusión al juez de conocimiento” (art. 294 CPP).

2. Etapa de juzgamiento

Terminada la investigación comienza la etapa principal del proceso penal acusatorio, escenario natural de la formación y el debate de la prueba, bajo principios de inmediación, contradicción, concentración, publicidad y oralidad.

2.1. Fase de *transición*

...la presentación del escrito de acusación marca el final de la etapa de investigación y da inicio a una etapa de transición entre aquella y el juicio oral. Los fines primordiales de esta fase son la delimitación de los temas que serán debatidos en el juicio oral y la fijación de los elementos de convicción que podrán practicarse como pruebas en el juicio. El objetivo general de la misma es depurar el debate que será llevado a instancias del juez de conocimiento en el juicio, de manera que allí sólo se discuta lo relativo a la responsabilidad penal del imputado³⁸.

La *transición* hacia el juicio oral se cumple a instancias del juez de conocimiento, que inicialmente se instala

en *audiencia de formulación de la acusación*, ordenando al fiscal que haga la acusación oralmente; se manifiesten impedimentos, recusaciones, factores de incompetencia y nulidades; se inicie el procedimiento de descubrimiento de prueba, y se materialicen medidas de protección para las víctimas (arts. 338-343 CPP).

Los hechos de la acusación que se formula oralmente deben ser los mismos que se debatirán en la audiencia del juicio oral. La Fiscalía debe descubrir los elementos materiales y la información que haya recolectado durante su investigación, y la defensa hace lo propio si va a ejercer una defensa afirmativa con los medios de prueba que pretenda hacer valer en juicio.

En un siguiente escenario de *transición*, el juez de conocimiento celebra la *audiencia preparatoria*, cuyo objeto general es determinar la prueba que se practicará en el juicio. Para ello, las partes y las víctimas ofrecen los medios de prueba y los elementos materiales o evidencia física que se encontraron, prepararon y aseguraron durante su investigación, con la consecuente decisión del juez sobre las solicitudes de exclusión de prueba ilícita y de la no admisible. En este mismo escenario, las partes manifiestan observaciones pertinentes al procedimiento de descubrimiento de prueba; la defensa descubre los medios de conocimiento que hará valer en juicio; las partes manifiestan si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias, y el acusado manifiesta si acepta o no los cargos de la acusación (art. 356 CPP).

Esta fase de *transición* finaliza con la citación que hace el juez de conocimiento a los intervinientes, para la realización de la audiencia del juicio oral.

2.2. Juicio oral

Instalada por el juez de conocimiento la *audiencia de juicio oral*, en ella se realizan una o más sesiones continuas y públicas, en las cuales el fiscal, de manera oral, con el interrogatorio y contrainterrogatorio de los testigos de los hechos, y la introducción de la evidencia física a través de testigos de acreditación, sustenta su acusación; a su vez, la defensa está facultada para ejercer la refutación, y

³⁸Corte Constitucional, Sentencia C-1194 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra

el juez valora y decide sobre los hechos que estima probados a través de los medios introducidos, practicados y controvertidos en la audiencia por las partes.

Esta audiencia, luego de su instalación, se inicia con la declaración de los hechos, fase obligatoria para la Fiscalía y facultativa para la defensa. Es la *declaración inicial*, que no es prueba, y en ella las partes hacen una exposición breve de su teoría del caso para que el juez tenga una visión de lo que sucederá en el juicio, la hipótesis fáctica, la adecuación jurídica y la prueba que se introducirá (estipulaciones y prueba anticipada) y la que se practicará.

Continúa la audiencia con la actividad probatoria contradictoria, donde las partes interrogan y contra-interrogan testigos y peritos, introducen evidencias físicas o materiales y pruebas documentales. Termina con los argumentos de conclusión (obligatorios para la Fiscalía, facultativos para la defensa, la víctima y ministerio público), donde las partes ayudan al juez a analizar y valorar la prueba, concretan jurídicamente sus peticiones, y argumentan sobre las mismas. Allí el juez emite el sentido de su fallo, si es de declaración de responsabilidad penal, solicita a las partes que le den criterios para individualizar la pena por imponer, y si la víctima está constituida, a petición suya, del fiscal o del Ministerio Público en los casos que la ley lo autoriza, cita para audiencia de reparación integral y para proferir la sentencia.

2.3. Incidente de reparación integral

El incidente de reparación integral tiene lugar cuando el sentido del fallo fue de responsabilidad penal y la víctima o sus herederos le solicitan al juez, una vez emitido el sentido del fallo, que convoque a la *audiencia de incidente de reparación integral*, donde la víctima como demandante deberá probar el daño causado con el delito y su pretensión de reparación integral.

En esta audiencia, en primer lugar, si el juez admite la pretensión de la víctima, promoverá que se llegue a una conciliación o mediación. De presentarse y llegar a un acuerdo y el juez aprobarlo, incorporará los resultados a la sentencia. De no ser así, decretará la práctica de la prueba ofrecida por el demandante y el demandado (declarado penalmente responsable), y fallará el incidente e incorporará sus resultados a la sentencia. En esta audiencia, el fiscal o el Ministerio Público

pueden actuar a instancias de la víctima, salvo que la pretensión sea exclusivamente económica. En los eventos de agravios a los intereses colectivos, el Ministerio Público debe procurar la indemnización de los perjuicios (art. 102 CPP).

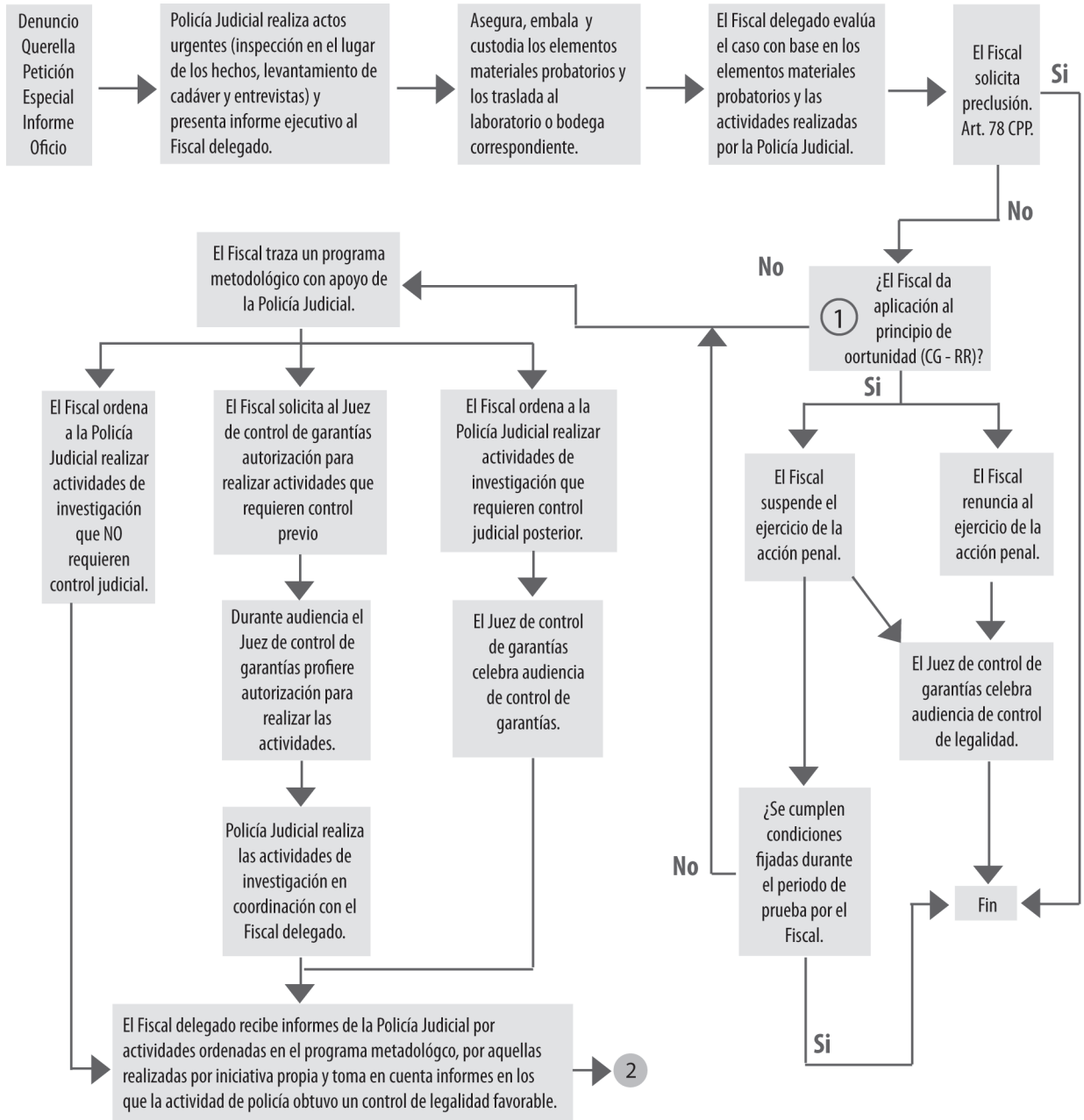
3. Etapa de ejecución de penas y medidas de seguridad

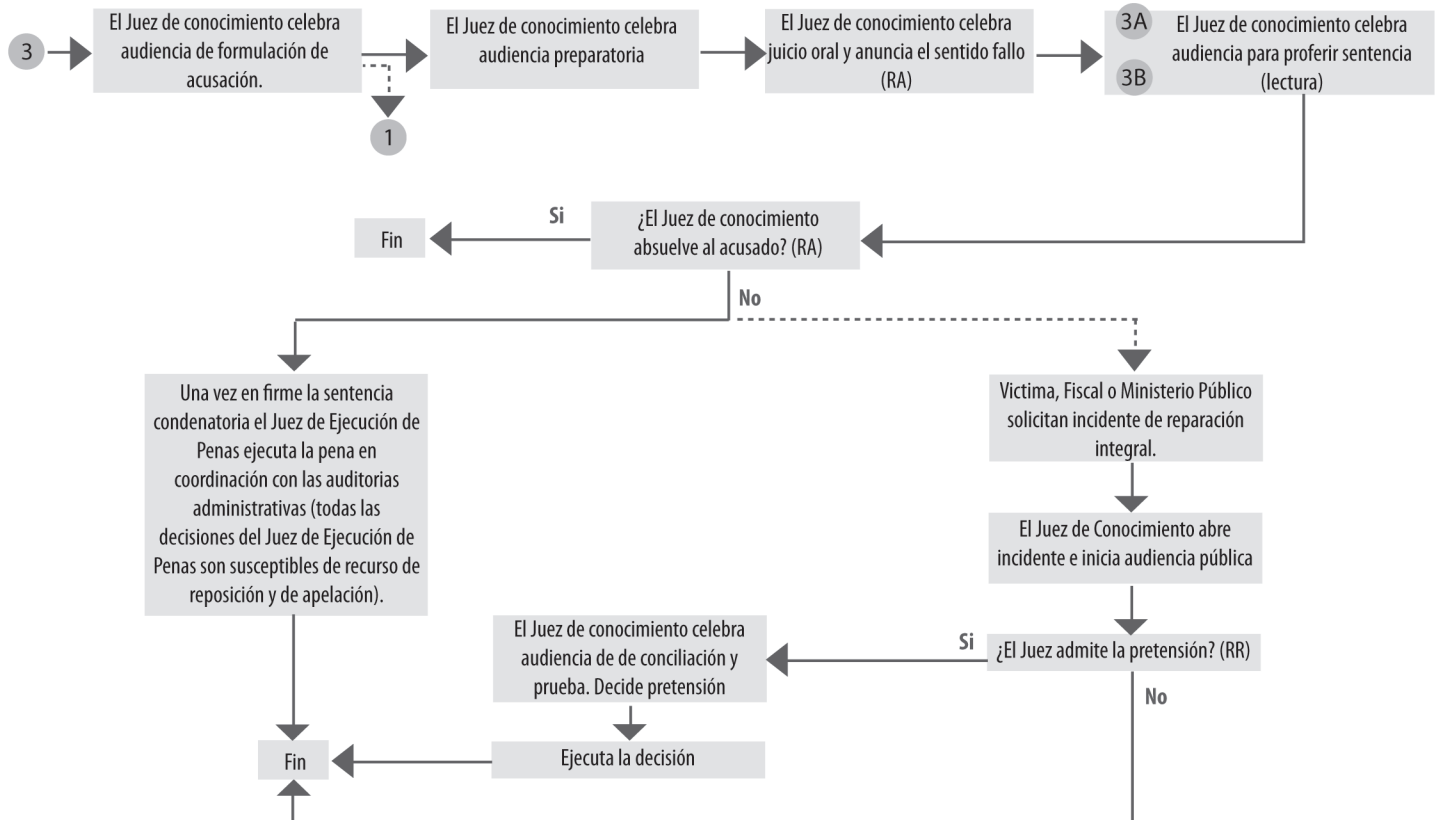
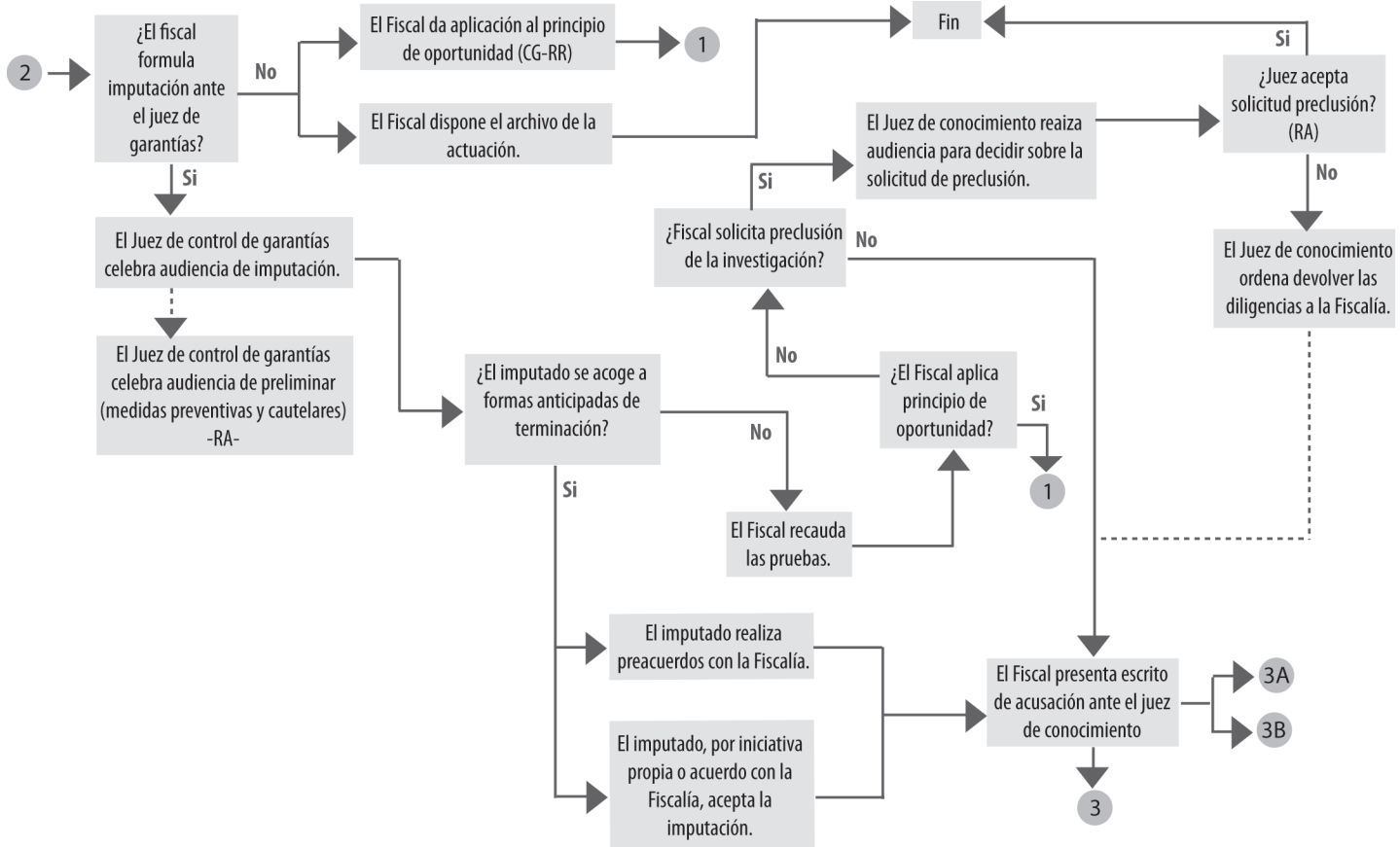
Ejecutoriada la sentencia condenatoria, comienza la etapa de ejecución de la pena impuesta al condenado o de la medida de seguridad impuesta al inimputable por trastorno mental. En el primer caso, los órganos competentes para la ejecución son: el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) (ejecución material administrativa de la pena), y los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad (control jurisdiccional de la ejecución de la pena); en el segundo caso: el Sistema General de Seguridad Social en Salud (ejecución administrativa de la medida de protección y seguridad) y los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad.

El Ministerio Público puede intervenir en esta etapa en ejercicio de sus facultades constitucionales dentro del proceso penal (art. 277-7 CP) e interponer los recursos que sean necesarios contra los actos de la administración y contra las decisiones judiciales (art. 459 CPP).

Durante esta etapa, las autoridades encargadas de la ejecución deben cumplir con los proveídos del juez de conocimiento en materia de concesión del mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad consistente en la suspensión condicional de la ejecución de la pena (arts. 63 CPC y 474 CPP) y de la medida sustitutiva de prisión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave (arts. 38 y 68 CPC). Son competentes también para la concesión de la libertad condicional (arts. 64 CPC y 471 CPP).

Cumplida la pena o la medida de seguridad, esta etapa termina con el decreto de extinción de la condena proferido por el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad y la consecuente orden de liberación. Estos mismos efectos se aplican cuando el beneficiario de los mecanismos sustitutivos haya cumplido con las obligaciones impuestas por el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, sin que haya incurrido en las conductas de que habla el artículo 66 del CPP.







TERCERA PARTE

CONTENIDO

III. Salidas alternas al juicio oral

1. Concepto y funciones.....	39
2. Fundamentos constitucionales de las salidas alternas.....	40
3. Clases de salidas alternas.....	41



TERCERA PARTE

III. Salidas alternas al juicio oral

1. Concepto y funciones

Las *salidas alternas* al juicio, también llamadas *alternativas*, son institutos procesales modernos con claras funciones de *economía procesal*, que permiten flexibilizar y descongestionar la justicia penal, evitando el desarrollo progresivo y completo del proceso penal ordinario a través de formas simplificadas o abreviadas tendientes a obtener en menor tiempo la extinción de la acción penal en cualquiera de sus formas.

Como lo ha demostrado la larga experiencia aplicada al rito acusatorio en los países denominados del *common law*, la administración de la justicia penal no podría cumplir sus fines si la mayor parte de sus casos no fuera definida a través de itinerarios procesales diversos al ordinario de *indagación, investigación, fase intermedia y juicio oral*.

Las *salidas alternas* procuran dar vías de solución opcionales al juicio, bajo precisas condiciones constitucionales y legales aplicadas con criterios político-criminales en interés de una pronta y cumplida justicia, y sobre

la necesidad de hacer partícipes de la solución del conflicto generado por el delito a las mismas partes e intervinientes.

Estos institutos procesales permiten al imputado no verse sometido a un juicio público que a la postre le depara mayor reproche social, con el consiguiente daño moral para él y su familia, favoreciéndose además su proceso de reinserción en la comunidad. El Estado optimiza sus recursos económicos y el talento humano, descongestiona los despachos judiciales y transforma el imaginario colectivo y la percepción social de la justicia al dar soluciones prontas a los conflictos generados por el delito. La víctima, que participa activamente en la solución alternativa, ve cómo su pretensión reparatoria se hace realidad en un plazo razonable, conoce prontamente la verdad de lo sucedido, y puede sentirse satisfecha por la seguridad de una pena al imputado que, aunque reducida, supera sus inciertas expectativas frente a un juicio y a una eventual condena del victimario.

2. Fundamentos constitucionales de las salidas alternas

Aunque estas formas de terminación anormal del proceso penal tienen importante historia dentro de la sistemática procesal penal colombiana, pocas son las referencias constitucionales que de manera expresa las legitimen. Sin embargo, realizando un trabajo hermenéutico, primero de tipo axiológico-deontológico y, segundo, de tipo principialístico, podemos distinguir importantes bases constitucionales de legitimación.

Como institutos procesales democráticos que son, las salidas alternas están concebidas sobre valores constitucionales ético-políticos que encontramos desde el Preámbulo de la Constitución, frente a los fines del poder soberano del pueblo en busca de la *justicia y la paz*. En desarrollo de estos valores esenciales, el artículo 2 de la Carta reafirma, esta vez como fines del Estado, la necesidad de asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, valores que sin duda se constituyen también como fines del proceso penal, en cuanto éste tiene como principal misión la de resolver pacíficamente y en condiciones de justicia, el conflicto social generado por el delito. Las salidas alternas contribuyen eficazmente al logro de estos valores fundamentales, como quiera que posibilitan la reconstrucción del tejido social roto por el delito a través de respuestas prontas y efectivas al clamor social por la no impunidad, por el derecho al duelo con el presupuesto de la verdad, y por la reparación cierta de los daños materiales y morales infringidos (infligidos?) injustamente por la conducta punible.

El sistema republicano de tipo unitario establecido en Colombia a través del artículo 1 de la Carta, anuncia perentoriamente que Colombia es una sociedad democrática, participativa y pluralista fundada en la dignidad humana, con lo cual está irrigando valores esenciales al proceso penal, y con él a sus formas alternativas, como quiera que éstas tienen sus bases éticas en un diálogo *social* e institucional abierto y garante de

los derechos de partes e intervinientes. “*Cuando se comete un delito, se está frente a un conflicto, que se puede resolver mediante formas alternativas, que requieren de la intercomunicación o el diálogo creativo entre quienes participan en su solución...*”³⁹

Las más importantes formas alternas dentro del proceso penal tienen su base constitucional en la expresión de la voluntad del imputado que, en consciente, libre y asesorado ejercicio de su derecho a la autodeterminación (art. 16 CP), acepta su autoría o participación en los hechos imputados. El procedimiento aplicado a la forma, contenido y efectos de estas manifestaciones de voluntad está establecido en la ley del proceso, por tanto, el derecho fundamental al *debido proceso* del artículo 29 superior está plenamente garantizado en los eventos de alternatividad a las formas procesales ordinarias.

Las salidas alternas contribuyen eficazmente al logro de estos valores fundamentales, como quiera que posibilitan la reconstrucción del tejido social roto por el delito a través de respuestas prontas y efectivas al clamor social

Tal vez una de las mayores preocupaciones de quienes ven las salidas alternas como el desconocimiento flagrante del *debido proceso*, es que ellas se aplican muchas veces con prevalencia a los preceptos que tradicionalmente han integrado el concepto de *legalidad del proceso*, como por ejemplo cuando la fiscalía y la defensa preacuerdan que el imputado se declare culpable de un delito y

la Fiscalía le da inmunidad para no acusarlo por otro conexo de pena menor, existiendo este último en el mundo fenomenológico con relevancia jurídica.

Pues bien, incluso desde antes de la consagración constitucional del sistema acusatorio, ya la Corte Constitucional advertía sobre lo infundado de esta preocupación:

“...Estos cambios han producido en el derecho no sólo una transformación cuantitativa debida al aumento de la creación jurídica, sino también un cambio cualitativo, debido al surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho, cuyo concepto clave puede ser resumido de la siguiente manera: *pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos...*”⁴⁰

Lo anterior tiene que ver entonces con la obligación de

³⁹Carlos Arturo Cano Jaramillo, Oralidad, debate y argumentación, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá D.C., 2005, p. 80.

⁴⁰Corte Constitucional, Sentencia T-406 del 5 de junio de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón.

los operadores judiciales de aplicar el *derecho sustancial* sobre las formas rituales o “*sacramentales*”. En efecto, la eficacia en el ejercicio de la justicia que pregona tácitamente el artículo 228 de la Carta se logra a través de caminos alternos donde el juez debe aplicar el derecho material por medio de la ponderación de los intereses legítimos del Estado y de la comunidad, y de los derechos fundamentales del imputado y de la víctima.

Por último, el artículo 250 de la Carta consagra expresamente la posibilidad excepcional de que el fiscal, bajo determinadas condiciones constitucionales y legales, suspenda, interrumpa o renuncie a la persecución penal, con lo cual le dio fundamento constitucional al *principio de oportunidad* como forma alterna de terminación del proceso.

3. Clases de salidas alternas

Algunos mecanismos alternativos al juicio oral pueden promoverse y aplicarse a instancia de alguna de las partes o intervinientes en el proceso penal, sin que sea necesario el consentimiento de la contraparte o de algún interviniente. Otros pueden ser aplicados con base en un acuerdo de voluntades entre las partes, bajo condiciones y efectos legales.

3.1. Salidas alternas no consensuadas

3.1.1 Desistimiento de la víctima

Como condición de procesabilidad de la acción penal, el artículo 70 del CPP señala la *querrela*, que es una forma de *noticia criminal* procedente del sujeto pasivo de uno cualquiera de los delitos señalados en el artículo 74 de la misma obra.

Presentada la querrela por quien está legitimado según el artículo 71 del CPP, se inicia la investigación penal ordinaria. Si antes de formularse la imputación por el fiscal, el querellante, de manera voluntaria, libre e informada, manifiesta su deseo de no continuar con los procedimientos, aquél debe controlar el cumplimiento real de tales condiciones y, verificadas, proceder a aceptarla con la consecuente decisión de declarar el *archivo de las diligencias*. Cuando el desistimiento se da entre la formulación de la

imputación y hasta antes de concluir la audiencia preparatoria, a la luz del tercer inciso del artículo 76 del CPP, es el juez de conocimiento quien, luego de escuchar el parecer de la Fiscalía, determina si acepta el desistimiento.

3.1.2. Oblación

La oblación es una forma de extinción de la acción penal según las prescripciones del artículo 77 del CPP y 82.5 del CP. Como mecanismo alternativo al juicio oral, la oblación es una forma de evitarlo o disponer el fin del proceso a instancia del procesado, cuando esté siendo investigado o juzgado por un delito que solo tenga pena de *unidad de multa*, caso en el cual puede ofrecer el pago de la suma que el juez le señale “*dentro de los límites fijados por el artículo 39*”, junto con el valor de la indemnización para la víctima, cuando ello proceda (art. 87 CP).

Tal vez por su escasa aplicabilidad debido a la naturaleza de los delitos para los que procede, la figura de la *oblación* está débilmente regulada en la ley procesal. No se tiene certeza sobre si la aceptación del pago por parte del juez involucra criterios de legalidad fundados en la participación o aceptación de la víctima; en la oportunidad procesal para que se invoque y decida; en si implica o no una equivalente sentencia condenatoria consecuencia de la aceptación o no de la imputación; en el juez autorizado para aprobarla; y en condiciones de rechazo o admisibilidad adicionales a las establecidas por el artículo 87 del CP⁴¹.

En cuanto al alcance del término “*procesado*” del artículo 87 del CP, la Corte Constitucional dijo: “...*la oblación presupone la existencia de un procesado, es decir, de una persona a quien se le haya realizado una imputación ante el juez de control de garantías*”⁴².

3.1.3. Amnistía propia

Puede considerarse como una *salida alterna* en la medida en que, a instancia del poder legislativo a través de una ley, el proceso penal termina anormalmente (sin juicio oral), por el hecho de reconocerse una situación general pero de coyuntura política, donde los procesados por un delito político se hacen acreedores a la extinción de la acción penal (art. 82 del CP).

⁴¹Manuel Fernando Moya, Salidas alternas y derecho de defensa. En Plan Nacional de Capacitación, Sistema Nacional de Defensoría Pública, Tomo II, Módulo 6, USAID, Defensoría del Pueblo, 2007.

⁴²Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

3.1.4. Principio de oportunidad

Tradicionalmente se conoce en el derecho comparado (angloamericano y continental europeo) la figura de la *disposición de la acción penal* para referirse al poder de la Fiscalía de cesar *motu proprio* en la persecución del delito. Dicha figura es considerada como *alterna* al juicio oral, ya que con su aplicación el ente acusador *renuncia* a la persecución, o la *suspende* o la *interrumpe*.

El Acto Legislativo 03 de 2002 introdujo esta forma de deflación del proceso penal al modificar el artículo 250 e introducir una excepción al *principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal*, solo en los casos regulados expresamente por el Código de Procedimiento Penal, cuyo contenido particular hace parte de la política criminal del Estado, encargada de regular el *principio de oportunidad*, por disposición expresa de la Carta y del artículo 321 del CPP. Tal principio tiene doble carácter: es *reglado y controlado*.

El carácter de *reglado* del principio de oportunidad implica que el legislador, dentro de su poder de *configuración legal*, establece los casos (art. 324 CPP) en que la Fiscalía puede darle aplicación. Teniendo en cuenta que la *renuncia* a la persecución penal extingue la acción penal, y que la *interrupción* y la *suspensión* no producen los mismos efectos hasta que determinadas condiciones se cumplan, los casos regulados son:

Con *renuncia* a la persecución penal:

- Cuando hay falta de interés en la persecución penal, siempre y cuando exista reparación integral y el delito por el que se proceda no tenga una pena privativa de la libertad máxima superior a seis (6) años (num. 1).
- Cuando la persona es entregada a la Corte Penal Internacional por el mismo delito imputado en Colombia (num. 3), o es extraditada a causa de un delito diferente por el que se le persigue en Colombia, y le es impuesta una sanción en el extranjero que carece de importancia frente a la que pudiera hacerse acreedora en Colombia (num. 4).

- Cuando el imputado colabora eficazmente para evitar la comisión de delitos o aporta información esencial contra organizaciones criminales (num. 5), o cuando sirva como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes (num. 6).
- Cuando se configure la llamada *pena natural*, que hace desproporcionada la aplicación de una pena a la persona que ha sufrido daño físico o moral como consecuencia de su conducta culposa (num. 7), o cuando ésta reporta una imputación jurídica de merma de significación jurídica y social (num. 12).
- Cuando la persecución penal implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado (num. 9).

El Acto Legislativo 03 de 2002 introdujo esta forma de deflación del proceso penal al modificar el artículo 250 e introducir una excepción al principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal

- Cuando la persona haya recibido adecuado reproche y sanción disciplinaria por un delito contra los bienes jurídicos de la administración pública o la recta impartición de justicia, y la afectación de ese bien jurídico sea poco significativa (num. 10).
- Cuando la prosecución penal por un delito contra el patrimonio económico determine que el objeto material sobre el que recayó la conducta se encontraba en tan alto deterioro frente a su titular, que aquella resulte más costosa y comporte un reducido y aleatorio beneficio (num. 11).

- Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social (num. 13).
- Cuando se repara integralmente la afectación mínima de bienes colectivos y se deduce su no repetición (num. 14).
- Cuando la persecución penal genere problemas sociales y se satisfagan los intereses de las víctimas (num. 15).
- Cuando el exceso en la justificante se explica en la culpa y representa menor valor jurídico o social (num. 17).

Con *interrupción* de la persecución penal:

- Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de la misma conducta punible (num. 2), en espera de los resultados de la actuación del país requirente.
- Cuando la persona es entregada a la Corte Penal Internacional por otra conducta punible diferente a la imputada en Colombia (num. 3), en espera de los resultados de la actuación de esa instancia internacional.

Con *suspensión* del procedimiento a prueba:

- Cuando la persona cumpla con las condiciones impuestas (num. 8) según el artículo 326 del CPP, y repare integral o simbólicamente los daños causados a las víctimas (art. 325 CPP), en el marco de la *justicia restaurativa* regulada en el Libro VI del CPP.

El legislador prohíbe expresamente la aplicación del *principio de oportunidad*:

- En beneficio de aquellos que aparezcan como jefes, organizadores, promotores o colaboradores en delitos que, según el numeral 15, su persecución penal comporta problemas sociales más significativos (par. 1).
- Cuando se trata de hechos que puedan significar infracciones al derecho internacional humanitario (DIH), crímenes de lesa humanidad, genocidio, delitos de narcotráfico, terrorismo, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas (par. 3)⁴³.
- En delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio (art. 250 de la CP).

El órgano legitimado para la aplicación del *principio de oportunidad* es la Fiscalía General de la Nación. Dentro de su estructura organizacional y funcional, cualquier fiscal delegado está facultado para aplicarlo, solo si el

delito por el que se procede tiene fijada pena de prisión cuyo máximo no exceda de seis (6) años. Más allá de este factor punitivo, será el Fiscal General de la Nación, o un delegado especial suyo, el facultado para tal efecto (art. 324 par. 2 CPP). En todos los casos, el Fiscal General de la Nación deberá expedir un reglamento administrativo para la aplicación de este principio⁴⁴.

El carácter de *controlado* del *principio de oportunidad* implica que cualquier forma de aplicación debe ser sometida al control automático del juez de garantías, dentro de los cinco (5) días siguientes a esa determinación. Se dice “*cualquier forma de aplicación*”, porque la Corte Constitucional declaró inexecutable el aparte del artículo 327 del CPP que decía: “...*siempre que con ésta se extinga la acción penal*”, con lo cual ordenó perentoriamente que el control judicial debe realizarse no solo sobre la *renuncia* a la persecución penal que es la forma de aplicación con la cual se extingue la mencionada acción, sino también sobre la *interrupción* y la *suspensión* de la persecución, así ellas no sean formas de extinguir la acción penal⁴⁵.

La Corte también declaró la inexecutable del aparte del artículo 327 del CPP que decía: “...*contra esta determinación no procede recurso alguno*”. Lo hizo en defensa de los derechos de las víctimas y en aplicación del derecho fundamental a la *tutela judicial efectiva*⁴⁶.

3.1.5. Aceptación de la imputación

El proceso penal puede terminar de manera anticipada antes de la acusación, por la aceptación que el imputado haga de los hechos, como autor o partícipe (arts. 283, 288 y 293 CPP), con el objeto de obtener una rebaja punitiva en su condena. Tal decisión y sus consecuencias deben sujetarse a requisitos formales esenciales y materiales.

En cuanto a las *condiciones formales esenciales*, la aceptación puede hacerla el imputado de manera unilateral, esto es, se *allana* a la imputación por iniciativa propia⁴⁷ sin necesidad de que llegue a un *acuerdo* con la Fiscalía. La oportunidad para hacer esta manifestación está dada desde la formulación de la imputación y hasta antes de que se radique el escrito de acusación (art. 350 CPP).

⁴³Modificado por el artículo 25 de la Ley 1121 de 2006, publicada en el Diario Oficial, 46.497 del 30 de diciembre de 2006.

⁴⁴Fiscalía General de la Nación, Resoluciones No. 6657 y 6658 de 2004.

⁴⁵Corte Constitucional, Sentencia C-979 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

⁴⁶Corte Constitucional, Sentencia C-209 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴⁷Corte Suprema de Justicia, Sentencia 29.002 del 31 de marzo de 2008, M. P. Alfredo Gómez Quintero.

La aceptación debe realizarse en la misma audiencia de formulación de la imputación. También de manera excepcional en el curso de una nueva audiencia de formulación de la imputación, en la eventualidad prevista en el artículo 351, inciso 3, del CPP, cuando el fiscal formula cargos nuevos, entendidos estos en sus componentes fáctico y jurídico, respetando el *núcleo básico de la imputación* o fundamentos fácticos, cuyo alcance da la Corte Suprema de Justicia frente a la figura de la *congruencia*. Sobre la posibilidad de una nueva formulación de imputación, la Corte dijo:

...Si surge otro hecho, debe motivarse una nueva formulación de imputación, pues ello tiene sustento en la Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Penal al establecer los derechos del imputado cuando indica que *“las decisiones que afecten derechos personales o procesales del imputado no podrán ser adoptadas sin audiencia previa”*⁴⁸.

No le es dable al imputado retractarse de la aceptación de la imputación. La Fiscalía tampoco tiene tal posibilidad en caso de que ella haya procedido por vía de *acuerdo* (art. 293 CPP). Tal aserto es ya pacífico en la jurisprudencia:

...una vez realizada la manifestación de voluntad por parte del imputado, en forma libre, espontánea, informada y con la asistencia del defensor, de modo que sean visibles su seriedad y credibilidad, no sería razonable que el legislador permitiera que aquel se retractara de la misma, sin justificación válida y con menoscabo de la eficacia del procedimiento aplicable y, más ampliamente, con detrimento de la administración de justicia, como lo pretende el demandante.

...en el caso de los acuerdos, la manifestación de voluntad del imputado concurre con la del Fiscal y por ello la introducción de la posibilidad de retractación del primero implicaría la disolución de aquellos, desconociendo la voluntad del Estado expresada a través de la Fiscalía. En este sentido, es significativo que la expresión impugnada prohíbe la retractación *“de alguno de los intervinientes”*, o sea, también la de

esta última entidad, precisamente por tratarse de un acuerdo de voluntades con efectos vinculantes u obligatorios para las partes⁴⁹.

Aceptada la imputación, *“...se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación”*; reza el artículo 293 del CPP. Tradicionalmente los jueces, al recibir la actuación para efectos de verificación de la aceptación e individualización de la pena, exigen del fiscal la presentación del escrito de acusación. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia precisó ya los efectos de lo actuado con respecto al escrito de acusación:

...aceptados los cargos por un imputado (por cualquiera de las especies) ni el juez puede exigir, ni el fiscal está obligado a elaborar escrito de acusación, pues el fallador deberá actuar con base en la acusación que llega a su conocimiento, que no es distinta al acta de allanamiento o preacuerdo⁵⁰.

En cuanto a las *condiciones materiales* para la validez de la aceptación de la imputación, lo primero es que la Fiscalía debe hacerla utilizando un lenguaje sencillo y de manera *“...concreta, expresa, clara y precisa; circunstanciada, integral y previa a la declaración, única forma para que sea eficaz y cumpla sus fines”*⁵¹. La aceptación debe hacerla el imputado como lo ordena el artículo 283 del CPP, esto es, *“de manera libre, consciente y espontánea”*, agregando que debe ser debidamente asesorado por su defensor respecto de las consecuencias de tal aceptación (art. 131 CPP).

Estas condiciones se hacen indispensables a la hora en que el juez de conocimiento vaya a pronunciarse sobre si acepta o no el allanamiento o el acuerdo, ya que éste debe garantizar el cumplimiento estricto de las garantías fundamentales (art. 351, inc. 4 CPP), las que no estarían presentes si la aceptación la hace el imputado en ausencia de la completa información señalada anteriormente; o cuando, por ejemplo, los hechos aceptados que son objeto de la investigación (*imputación fáctica*), no correspondan a la descripción de la conducta que hace el legislador (*imputación jurídica*)⁵², o viceversa.

⁴⁸Corte Suprema de Justicia, Sentencia 27.818 del 28 de noviembre de 2007, M. P. Julio Enrique Socha Salamanca.

⁴⁹Corte Constitucional, Sentencia C-1195 de 2005, M. P. Jaime Araújo Rentería.

⁵⁰Corte Suprema de Justicia, Sentencia 29.002 del 31 de marzo de 2008, M. P. Alfredo Gómez Quintero.

⁵¹Eduardo M. Jauchen, *Derechos del imputado*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005, p. 365.

⁵²Corte Suprema de Justicia, Sentencia 27.518 del 28 de noviembre de 2007, M. P. Julio Enrique Socha Salamanca.

En respeto también de las garantías fundamentales, el juez debe verificar que existan suficientes medios cognoscitivos sobre los cuales se pueda “*inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad*” (art. 327 CPP), ya que de no haberlos se estaría comprometiendo la *presunción de inocencia*, garantía constitucional que hace parte del núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso.

3.1.6. Aceptación de la acusación

Presentado el escrito de acusación, y hasta antes de darse por terminada la audiencia preparatoria, el acusado, de manera unilateral, puede aceptar los cargos, bajo las mismas condiciones formales esenciales y materiales descritas en el acápite anterior. En esta eventualidad, la rebaja a que se hace acreedor es hasta una tercera parte de la pena que se debe imponer (art. 356-5 CPP).

3.1.7. Alegación inicial de culpabilidad

Formulada la pregunta por el juez de conocimiento, al inicio del juicio oral, sobre si el acusado se declara o no culpable por los cargos de la acusación, éste podrá unilateralmente declararse culpable, pero la rebaja de pena será menos beneficiosa (de una sexta parte según el artículo 367 del CPP) que si lo hubiera hecho en etapas anteriores de la actuación, ya que se considera que la realización de los fines de esta salida alterna, especialmente la obtención de pronta y cumplida justicia, ha sufrido mengua.

3.2. Salidas alternas consensuadas

Junto a la posibilidad de que el imputado o acusado decida de manera unilateral aceptar la imputación o la acusación, está la opción de que éste realice conversaciones con la Fiscalía o con la víctima, a efectos de llegar a consensos respecto de la terminación anticipada del proceso penal, por vía de alguna forma alternativa que conlleve la satisfacción de los intervinientes en las negociaciones, respecto de su pretensiones legítimas.

3.2.1 Preacuerdos

Los *preacuerdos* se constituyen como salidas alternas al juicio oral, que tienen como fundamento práctico

negociaciones previas entre la Fiscalía y la defensa. Por eso es que la ley procesal las regula bajo en *nomen juris* de “*preacuerdos y negociaciones*”.

El término *preacuerdo*, según el diccionario de la Real Academia Española, significa “*acuerdo previo entre varias partes que precisa ser ultimado o ratificado*”. Según esto, el término resulta ser inadecuado para la pretensión del legislador de regular, guardadas proporciones, lo que en el derecho angloamericano se denomina *plea bargaining*, y en el italiano *applicazione di sanzioni sostitutive su richiesta di parti*. Y es inadecuado en la medida en que, según su significado ya descrito, el perfeccionamiento o la ratificación del acuerdo previo lo hacen las partes estando de por medio el cumplimiento de alguna condición. Los acuerdos previos entre la Fiscalía, la defensa y el imputado, en material procesal penal, son ratificados o aprobados por el juez de conocimiento, con lo cual el término correcto debería ser el de acuerdos, ya ultimados y ratificados por las partes, y sometidos posteriormente a la aprobación del juez de conocimiento.

Otra opinión tiene el Tribunal Superior de Bogotá, que afirma:

...los preacuerdos son actos que se producen como consecuencia de una negociación informal que se realiza entre el Fiscal y el imputado o acusado y su defensor que pueden llevar a una terminación anticipada del proceso, o lo que es igual, permiten legalmente proferir una sentencia sin el agotamiento de todas las etapas procesales ordinarias.

Recibe el nombre de “*preacuerdo*” dado que está sujeto a la verificación y aprobación por parte del Juez del Conocimiento quien lo revisa y constata que haya cumplido con todas las garantías fundamentales durante la negociación. Constatado este aspecto, procederá a darle su aprobación y entonces sí se convierte en “*acuerdo*” el cual resulta de obligatorio cumplimiento para todas las partes y para el juez⁵³.

Sin embargo, nótese cómo el Código de Procedimiento Penal, en el inciso 2 del artículo 350, reafirma la posibilidad de que la Fiscalía y el imputado, a través de su defensor, adelanten “*conversaciones para llegar a un acuerdo*” (énfasis agregado). En el mismo sentido, el artículo 293 del CPP, reza: “*Si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía...*” (énfasis agregado).

⁵³Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Penal, auto de segunda instancia del 31 de julio de 2007.

De cualquier manera, frente a un aparente uso indistinto de los términos acuerdo y preacuerdo en el texto legal, lo importante es que se trata de un consenso de voluntades, bajo determinadas condiciones de validez, que tiene como propósito humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto; y lograr la participación del imputado en la definición de su caso (art. 348 CPP).

El objeto de los acuerdos está determinado por obligaciones recíprocas adquiridas por las partes: el imputado se declara culpable del delito que se le imputa o de uno relacionado con pena menor; y el fiscal se compromete, en una primera eventualidad, a “eliminar de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico” (art. 350-1). Sería el caso en que se imputan los delitos de homicidio y porte ilegal de armas, y el imputado acepta la responsabilidad por el homicidio, quedando obligado el fiscal a eliminar de su acusación el cargo por el porte ilegal de armas, lo que en el derecho angloamericano sería darle *inmunidad* por este último cargo.

La segunda eventualidad respecto del objeto de los acuerdos es que el acusado se declare culpable del delito imputado, y el fiscal a cambio “tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena” (art. 350-2 CPP). Es evidente que en esta hipótesis no parecería adecuado decir que estamos en presencia de una *salida alterna* al juicio oral, ya que la *alegación conclusiva* corresponde a lo que el legislador llama también *argumentos de conclusión*, los cuales tienen su escenario precisamente en los momentos finales de la audiencia de juicio oral. En tal hipótesis, pareciera que el fiscal está imposibilitado de hacer y cumplir una promesa de tal naturaleza, ya que si lo hace estaría, en principio, desconociendo las garantías constitucionales de *reserva legal y taxatividad*, al realizar una adecuación típica sin el debido sustento fáctico. Sin embargo, interpretando los supuestos jurídicos de la Corte Suprema de Justicia⁵⁴ de manera inversa (sin que se comprometa el *principio de congruencia*), el fiscal podría, respetando el

núcleo fáctico de la imputación, cumplir su promesa al cambiar la imputación jurídica de homicidio en grado de tentativa por la de lesiones personales; o peculado por hurto; falsedad documental pública por privada; homicidio agravado por homicidio por piedad; secuestro agravado por secuestro simple; extorsión por constreñimiento ilegal; etcétera.

Al declarar condicionalmente exequible el numeral 2 del artículo 350 del CPP, la Corte Constitucional dijo:

El fiscal, en ejercicio de esta facultad, no puede crear tipos penales y de que en todo caso, a los hechos invocados en su alegación no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente.

...se otorga al fiscal un cierto margen de apreciación en cuanto a la imputación, pues con miras a lograr un acuerdo se le permite definir si puede imputar una conducta o hacer una imputación que resulte menos gravosa; pero de otro lado, en esta negociación el Fiscal no podrá seleccionar libremente el tipo penal correspondiente sino que deberá obrar de acuerdo con los hechos del proceso⁵⁵.

El objeto de los acuerdos está determinado por obligaciones recíprocas adquiridas por las partes: el imputado se declara culpable del delito que se le imputa o de uno relacionado con pena menor

Sobre la base de la negociación de cargos, los acuerdos pueden también referirse a la pena por imponer, caso en el cual las partes tienen la posibilidad de pactar un determinado *quantum punitivo*. El fundamento legal de este pacto de penas se encuentra en los artículos 369 y 370 del CPP, que regulan las *manifestaciones de culpabilidad preacordadas* como consecuencia de las cuales “...la Fiscalía deberá indicar al juez los términos de la misma, expresando la pretensión punitiva que tuviere”, y éste “...no podrá imponer una pena superior a la que le ha solicitado la fiscalía...”.

Cuando se acuerda la pena, ésta debe ser el resultado de dos factores interdependientes. Primero, la pena que corresponda según la descripción típica de la(s) conducta(s) imputada(s) y aceptada(s), teniendo en cuenta el rango legal de mínimos y máximos, sin aplicar el *sistema de cuartos* (art. 3 de la Ley 890 de 2004).

Segundo y sobre esta base, la disminución o rebaja de pena producto del acuerdo, que será entre una terce-

⁵⁴Corte Suprema de Justicia, Sentencia 27.518 del 28 de noviembre de 2007, M. P. Julio Enrique Socha Salamanca.

⁵⁵Corte Constitucional, Sentencia C-1260 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

ra parte a la mitad (art. 351 CPP) si el acuerdo se da antes de la presentación del escrito de acusación; de una tercera parte si el acuerdo tiene lugar entre la presentación del escrito de acusación y hasta el momento en que el acusado sea interrogado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad (art. 352 CPP); de una sexta parte si la aceptación de los cargos en la alegación inicial corresponde a un acuerdo celebrado con la Fiscalía (art. 368 CPP). Este último factor no es objeto de la aplicación del inciso 3 del artículo 61 del CP, por las mismas razones expuestas en el acápite de la aceptación unilateral de la imputación.

En los eventos donde se negocie el monto de rebaja punitiva, corresponde al juez de conocimiento “...dictar la sentencia teniendo como soporte dicho acuerdo, salvo que advierta la transgresión de garantías fundamentales”⁵⁶, o no existan los fundamentos probatorios mínimos para la condena según lo establecido en el artículo 327 del CPP.

El beneficio obtenido por el imputado o acusado con relación a la pena por imponer, no puede concurrir con cualquier otro beneficio (art. 351, inc. 2 CPP), como por ejemplo cuando el acuerdo ha generado un beneficio punitivo por la eliminación de algún cargo específico en la acusación, y se quiere además otorgar la rebaja de pena de hasta la mitad o de la tercera parte como producto de la aceptación de responsabilidad del delito de pena mayor.

La limitación anterior no debe aplicarse en los eventos en que se conceden beneficios al imputado o acusado relacionados con las consecuencias de los hechos imputados:

...en virtud de los acuerdos que lleguen a producirse, aún con ocasión del allanamiento a cargos en la audiencia de formulación de la imputación, es posible que se pacte tanto la disminución de pena por esa causa, como las consecuencias de los hechos imputados, esto es, el posible reconocimiento de prisión domiciliaria o de la suspensión de la ejecución de la pena⁵⁷.

Por su propia naturaleza, la *iniciativa* para celebrar el

acuerdo puede venir de la Fiscalía o del imputado, quien debe estar asesorado por su defensor (art. 354 CPP) y suficientemente informado sobre las consecuencias jurídicas del acuerdo, con lo cual estaría renunciando a tener “*un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías*” (art. 250-4 CP).

La víctima puede intervenir en la celebración de acuerdos y preacuerdos⁵⁸, y el fiscal debe promover sus reparaciones efectivas, para lo cual la debe mantener debidamente informada sobre los pormenores de la negociación, sin que ello signifique que ésta tiene la facultad de oponerse al acuerdo, solo que “...en caso de rehusarlos, ésta podrá acudir a las vías judiciales pertinentes” (art. 351, último inciso CPP).

Durante el proceso de negociación, incluso una vez realizado el acuerdo y antes de ser presentado al juez de conocimiento, puede el fiscal obtener nuevos elementos cognoscitivos que le permitan concluir que la imputación debe ser complementada con otros cargos respecto de otros delitos, caso en el cual debe solicitar una nueva audiencia preliminar para formular los nuevos cargos e

La víctima puede intervenir en la celebración de acuerdos y preacuerdos, y el fiscal debe promover sus reparaciones efectivas, para lo cual la debe mantener debidamente informada sobre los pormenores de la negociación

incluirlos posteriormente en la negociación, o rehacer el acuerdo para tal fin (art. 351, inc. 3 CPP). Lo anterior debido a la necesidad de garantizar la aplicación del principio procesal de la congruencia del artículo 448 del CPP, evitando que el imputado sea declarado culpable por hechos que no consten en la acusación que, como se dejó sentado, corresponde materialmente al acta del acuerdo. La Corte Suprema, en radicado 27.518 de 2007, se pronunció así:

De la misma manera, esta Corporación luego de analizar los antecedentes legislativos del principio de congruencia en la Comisión Redactora Constitucional creada por el Acto Legislativo No. 003 de 2002 y en los trámites surtidos en el Congreso de la Ley Estatutaria 01 de 2003 que pasaría a convertirse en la Ley 906 de 2004, destacó el carácter escalonado de la acción penal, pues desde simples sospechas se puede llegar a la obtención de elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida que permitirán hacer una imputación, la cual se depurará hasta la acusación, siempre observando su fundabilidad.

⁵⁶Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 23 de agosto de 2005, M. P. Jorge Luis Quintero Milanés.

⁵⁷Corte Suprema de Justicia, Sentencia 24.531 del 14 de mayo de 2006, M. P. Sigifredo Espinosa Pérez.

⁵⁸Corte Constitucional, Sentencia C-516 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Perfeccionado el acuerdo y presentado como escrito de acusación al juez de conocimiento, éste debe convocar la audiencia para dictar la sentencia correspondiente, trámite que se detallará en el capítulo siguiente de este manual.

Luego de la formulación de la imputación, puede producirse un acuerdo entre la Fiscalía, el imputado y su defensor⁵⁹, para efectos de pactar sobre una rebaja de pena entre una tercera parte y hasta la mitad de la pena imponible así como también, sobre las *consecuencias* de los hechos imputados, como el otorgamiento de prisión domiciliaria o la suspensión de la ejecución de la pena, la reparación integral a las víctimas, e incluso la pretensión punitiva de la Fiscalía en términos del artículo 369 del CPP⁶⁰, caso en el cual el juez debe respetar el acuerdo, salvo que se desconozcan en él las garantías fundamentales, absteniéndose de aplicar, por lógica razón, *el sistema de cuartos* establecido en el artículo 61 del CP⁶¹.

En ocasiones las partes sólo acuerdan lo que legalmente les es permitido como rebaja de pena, sin determinar concretamente el *quantum* punitivo a que se hará acreedor el imputado, labor que le corresponderá hacer al juez de conocimiento aplicando, aquí sí, el *sistema de cuartos* para efectos de la dosificación de la pena. Para determinar concretamente el monto de la rebaja de pena por allanamiento a la imputación, el juez no puede aplicar los criterios de dosificación punitiva señalados en el inciso 3° del artículo 61 del CP, pues ellos están referidos a la conducta punible y no a un procedimiento posdelictual, como lo es la aceptación de cargos, relacionado más bien con la incidencia del imputado en la economía procesal y, en general, con su actitud frente a la actuación procesal⁶².

3.2.2. Justicia restaurativa

Los mecanismos de justicia restaurativa establecidos en el Libro VI del CPP (*conciliación y mediación*) son formas alternas consensuadas para lograr acuerdos encaminados “...a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de

las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad” (art. 518 del CPP). Dichos acuerdos contribuyen a la deflación del sistema penal, ya que casi siempre tienen como consecuencia necesaria la extinción de la acción penal y con ella la no realización del juicio oral.

La *conciliación*, regulada de manera general por la Ley 640 de 2001, es entonces una *salida alterna* al juicio oral, siempre y cuando sea aquella denominada *preprocesal*, porque la efectuada en el incidente de reparación integral referida a la pretensión resarcitoria es consecuencia de la realización de un juicio oral donde se ha hallado penalmente responsable al acusado.

El *objeto* general de la *conciliación preprocesal* es lograr acuerdos reparatorios entre víctima y victimario, además de los propósitos programáticos descritos en el artículo 518 del CPP. Solo procede en los delitos querrelables y se constituye como condición de *procedibilidad* sin la cual el fiscal no puede dar inicio a la acción penal (art. 522 CPP). La *iniciativa* para la conciliación se torna entonces de carácter estatal.

Su *escenario* natural es la fase preprocesal, esto es, antes de darse inicio a la investigación formal y como condición para ella, ante el fiscal delegado, un centro de conciliación o un conciliador reconocido. El acuerdo conciliatorio produce *efectos* legales respecto de la acción penal, como quiera que ella se extingue (art. 77 CPP).

La *mediación* es el otro mecanismo de justicia restaurativa que “*ha sido considerada como un proceso de aproximación de las víctimas con sus victimarios, facilitado por un mediador, en un escenario de confrontación pacífica de la situación que actualmente viven y que ha surgido del delito*”⁶³.

La mediación es considerada como *salida alterna*, ya que con ella se logran acuerdos que extinguen la acción penal, esto siempre y cuando se proceda por delitos con pena de prisión cuyo mínimo sea igual o inferior a cinco

⁵⁹Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 23 de agosto de 2005, M. P. Jorge Luis Quintero Milanes, y Sentencia 24531 del 14 de mayo de 2006, M. P. Sigifredo Espinosa Pérez.

⁶⁰Corte Suprema de Justicia, Sentencia 24531 del 14 de mayo de 2006, M. P. Sigifredo Espinosa Pérez.

⁶¹Idem.

⁶²Idem.

⁶³Manuel Fernando Moya, ob. cit., p. 327.

(5) años y además el daño no supere la órbita personal del perjudicado, caso en el cual debe aplicarse la figura de la *suspensión del procedimiento a prueba* del artículo 325 del CPP. Si el mínimo de la pena imponible supera los cinco (5) años, el efecto del acuerdo no podrá ser la extinción de la acción penal, sino su mera valoración para efectos de la selección de la coerción penal y la individualización de la pena al momento de dictarse sentencia (art. 524 CPP), con lo cual tampoco estaríamos frente a una de las denominadas *salidas alternas*.

La *oportunidad* procesal de la mediación se delimita entre la formulación de la imputación y hasta antes del inicio del juicio oral, presentada la cual se suspende la competencia del juez y del fiscal, no pueden oponerse a sus resultados y deben solo pronunciarse sobre los efectos del acuerdo.

Su puede ser de carácter patrimonial –reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados–; o de carácter extrapatrimonial –realización o abstención de determinada conducta, prestación de servicios a la comunidad; o pedimento de disculpas o perdón– (art. 523 CPP).



CUARTA PARTE

CONTENIDO

IV. Roles constitucionales

1. Las personas en la estructura del proceso penal acusatorio.....	53
2. Rol de la Fiscalía.....	54
3. Rol de la defensa.....	56
4. Rol del juez.....	58
5. Rol de la víctima.....	61
6. Rol del Ministerio Público.....	62



CUARTA PARTE

IV. Roles constitucionales

1. Las personas en la estructura del proceso penal acusatorio

El proceso penal se presenta como una serie de actos, preordenados y coordinados hacia un resultado final, constituidos para dar aplicación a la norma sustantiva que describe el comportamiento prohibido y anuncia su sanción en caso de realizarse las condiciones objetivas y subjetivas relacionadas con la conducta punible típica. Por tal razón, el proceso crea una serie de condiciones subjetivas que deben ser objeto de individualización de los titulares de tales escenarios. Pero no todos los titulares de situaciones subjetivas dentro del proceso penal están encargados del mismo rol. Una distinción se puede hacer, según se trate de persona que realiza una cualquiera actividad ocasionalmente (testigos, peritos, etcétera), o de personas titulares de situaciones subjetivas nacidas con el proceso.

1.1. Sujetos procesales, partes e intervinientes

Los titulares de las *situaciones legitimadas con ocasión del proceso* pueden considerarse *sujetos procesales* por su condición de personas facultadas para realizar actos dentro del proceso. Podemos decir entonces que son sujetos procesales: el juez, el fiscal, la policía judicial, la defensa, el procesado (indiciado, imputado, acusado o condenado), la víctima y el tercero civilmente responsable, todos como titulares de un rol procesal específico que, sin embargo, debe estar ligado estrechamente con el interés legítimo de obtener un resultado subjetivo (fiscal, policía judicial, defensa, imputado, víctima, tercero civilmente responsable), o con el deber de aplicar la ley para resolver el conflicto generado por el delito.

En el sistema procesal de la Ley 906 de 2004, el término *sujetos procesales* parece haber mutado al de *partes e intervinientes*, que designa no solo a todos los sujetos o personas titulares de intereses jurídicos dentro del proceso, sino también a las personas con roles eventuales (testigos), y al *agente del Ministerio Público*, de quien se dice es un *interviniente constitucional* que persigue, ya no un interés particular y subjetivo, sino que actúa “...en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales” (art. 277-7 CP).

Partes e intervinientes son términos complejos acuñados por el Título IV del Libro I del CPP, que separa el concepto de *partes* del de *intervinientes*. En efecto, mientras *parte* en un sistema acusatorio no puede ser sino el fiscal o la defensa, *intervinientes* son todos los demás titulares de actos procesales diferentes a aquellos, incluidas las víctimas, los testigos, los jurados (art. 250-7 de la CP) y el Ministerio Público (art. 250, par. de la CP).

1.2. Partes e intervinientes necesarios y eventuales

El concepto de *parte* ha sido fijado por la doctrina de los sistemas acusatorios para referirse a aquel sujeto que actúa particularmente orientado a la disputa y a la defensa de una tesis propia y parcializada, requiriendo del juez una decisión que acoja tal tesis, para lo cual usa medios de prueba para hacerla valer. Sobre la parte es que recae verdaderamente el derecho de *contradicción*, situación que determina su especial condición dentro del proceso, en comparación con los *intervinientes* de que hablan la CP y el CPP.

Ahora bien, las *partes* siempre deben ejercer su rol dentro de la actuación procesal, so pena de la invalidez de la misma, esto es, que es “*necesaria*” su presencia en la actuación, dada su condición especial de integrar la estructura del proceso como titular de actos y de intereses relacionados con los fines del proceso.

No puede decirse lo mismo de los *intervinientes*, cuya actuación no es indispensable para establecer la relación jurídica procesal, sino que es *eventual*, dependiendo de que quiera o no hacer valer algún interés dispositivo (víctima), o que sea llamado o no a responder civilmente por la conducta dañosa, por ejemplo, o que considere o no necesario ejercer su poder facultativo de control dentro del proceso penal (agente del Ministerio Público).

2. Rol de la Fiscalía

Bajo el *principio acusatorio* el *fiscal* actúa en la base de la pirámide funcional en contraposición a la *defensa*. Su presencia en el proceso penal puede identificarse bajo dos aspectos: como *órgano* del aparato estatal de persecución y acusación, y como sujeto de la estructura procesal, o mejor, como *parte* dentro del proceso penal.

2.1. El fiscal como agente institucional

El artículo 249 de la CP ubica al *fiscal* dentro de una estructura institucional denominada Fiscalía General de la Nación (FGN), que forma parte de la rama judicial con autonomía administrativa y presupuestal. Esta institución está integrada por el fiscal general y sus agentes o funcionarios delegados, quienes la representan y ejercen las facultades establecidas en el artículo 250 CP y en el artículo 114 del CPP.

2.1.1. Naturaleza jurídica de la Fiscalía General de la Nación

Desde su origen en la Constitución de 1991, la FGN ha formado parte de la rama judicial, situación jurídica que no cambió con la reforma constitucional promulgada a través del Acto Legislativo 03 de 2002. De allí que queden vestigios de facultades jurisdiccionales como la facultad de ordenar registros y allanamientos e interceptaciones de comunicaciones.

En punto a la naturaleza jurídica de la FGN, no pocas voces propugnan por la necesidad de una evolución hacia su ubicación orgánica dentro del poder ejecutivo, tal como ocurre en países como Estados Unidos, México, Francia, Alemania, o mejor aún, como órgano independiente de los tres poderes (Chile, Perú), con lo cual se garantizaría su independencia absoluta.

La Corte Suprema, en sentencia de casación penal del 23 de abril de 2008, radicación 29.118, recuerda que al seguir adscrita a la rama judicial, en virtud del inciso tercero del artículo 249 de la Constitución Política, a la FGN se le imponen deberes y obligaciones tales como: “...hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación judicial y proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta...” (art. 4 del CPP);

lealtad, a partir de la cual, “todos los que intervienen en la actuación, sin excepción alguna, están en el deber de actuar con absoluta lealtad y buena fe” (art. 12 del CPP); y objetividad, que impone adecuar su actuación a criterios objetivos y transparentes, ajustados jurídicamente para la correcta aplicación de la Constitución Política y de la ley (art. 115 del CPP).

2.1.2. Naturaleza orgánica

Para cumplir con su función, la FGN está sometida sólo a la Constitución y la ley, colaborando en el logro de los objetivos del Estado, junto con los órganos del poder público. Es autónoma e independiente desde lo funcional, administrativo y presupuestal, actuando bajo precisos criterios de *unidad de gestión y dependencia jerárquica*.

Es entonces autónoma para ejecutar su gestión pública cuya organización está establecida por la ley, lo que implica que presupuestalmente es independiente y autónoma para la ejecución financiera.

El artículo 251-3 de la Constitución establece que el Fiscal General “...en virtud de los principios de *unidad de gestión y de jerarquía*, determina el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley”. Esto quiere decir que los fiscales delegados actúan siempre en representación de la Fiscalía, bajo la dependencia de sus superiores jerárquicos y del fiscal general y que, en principio, la jerarquía opera en aspectos administrativos, disciplinarios y funcionales.

Sin embargo, dentro del sistema acusatorio, el principio de jerarquía opera también dentro del proceso penal, cuando el fiscal general fija políticas generales de actuación investigativa y formas de intervención en casos particulares, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en situaciones excepcionales. Tales situaciones excepcionales no han sido definidas aún por la ley, y una vez definidas, deberán ajustarse a los mandatos de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996) que en su artículo 5 establece: “*La Rama Judicial es independiente y autónoma en el ejercicio de su función constitucional*

y legal de administrar justicia. Ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias”.

Es ésta tal vez la base normativa que limita la facultad del fiscal general de determinar el criterio y la posición que la Fiscalía debe asumir, ya que el principio de jerarquía no debe operar en aquellos actos que revisten la característica de *jurisdiccionales*, en los cuales el fiscal puede afectar derechos fundamentales:

- Ordenar allanamientos, interceptación de comunicaciones y correspondencia, vigilancia y seguimiento de personas y cosas, actuación de agentes encubiertos, entregas vigiladas.

Sin embargo, dentro del sistema acusatorio, el principio de jerarquía opera también dentro del proceso penal, cuando el fiscal general fija políticas generales de actuación investigativa y formas de intervención en casos particulares

- Solicitar decisiones jurisdiccionales como: aplicación del principio de oportunidad, decreto de preclusión de la investigación, medidas de aseguramiento.

Consustancial al principio de jerarquía es la existencia del *mando*, que en el sistema acusatorio se expresa en facultades discrecionales de dirección tales como la orientación de las investigaciones y la dirección en la obtención y el aseguramiento de elementos materiales probatorios.

La *discrecionalidad* opera dentro de los límites de lo *razonable*, esto es, que el ejercicio de las facultades discrecionales se “...*dirigida a lograr, dentro del marco de las obligaciones de respeto y de protección de los derechos constitucionales de los asociados, que el proceso de investigación sea eficiente y eficaz*”; que tales objetivos se manifiesten “...*en la necesidad de preservar, en cuanto sea posible, a la persona que ha tenido contacto inmediato con el desarrollo y los resultados del proceso*”, y que “...*el ejercicio de las facultades discrecionales no puede conducir a la desarticulación de la gestión de la entidad*”⁶⁴.

2.1.3. Principios de actuación del fiscal

El rol del fiscal debe coincidir con los fines del proceso penal, por tanto debe regirse por los siguientes principios mínimos:

⁶⁴Bernal y Montealegre, ob. cit., pp. 34 y 35.

- *Principio de legalidad*: necesidad de perseguir todas y cada una de las conductas delictivas y el respeto al cuerpo completo de las normas que conforman el ordenamiento jurídico (tratados internacionales, Constitución, leyes, reglamentos administrativos).
- *Principio de oportunidad*: que morigera la aplicación del principio de legalidad, permitiéndole no iniciar una persecución penal o abandonar la ya iniciada, bajo ciertos parámetros objetivos controlados por el juez de garantías.
- *Principio de objetividad*: consistente en que, en el ejercicio de sus facultades, el fiscal debe adecuarse a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación del derecho.
- *Principio de responsabilidad*: que concibe al funcionario como responsable civil, penal y administrativamente y al órgano como civilmente responsable, por las actuaciones en el ejercicio de sus funciones.
- *Principio de indivisibilidad*: que define a la institución como única e indivisible, y sobre el cual los fiscales actúan exclusivamente en nombre de ella, obligándose a actuar como un sólo cuerpo, tanto en la actuación material como en las decisiones que adopten, por seguridad jurídica.
- *Principio de respeto de los actos propios*: sobre el cual los fiscales deben respetar sus actos propios en juicio o judiciales, sus propias instrucciones fiscales y órdenes de los mandos superiores en favor de los ciudadanos y en protección de la seguridad jurídica.

2.2. El fiscal como parte en el proceso penal

Dentro de la estructura del proceso penal, el *fiscal* actúa en la etapa de investigación, en aquella *intermedia* y en la etapa del juicio oral.

Durante la *investigación*, el fiscal dirige las funciones de policía judicial orientando, reorientando, coordinando, ordenando, controlando y evaluando la actuación de sus investigadores; busca y asegura, a través de la policía judicial, los elementos probatorios; solicita y asiste a la realización de audiencias de control de garantías pre-

vias, posteriores o de trámite; vela por la protección de víctimas y testigos; solicita medidas judiciales para la asistencia de víctimas, el restablecimiento del derecho y la reparación integral; determina la forma conclusiva de la investigación con base en su teoría del caso, esto es, aplica el criterio de oportunidad, busca y negocia la realización de preacuerdos, solicita la preclusión de la investigación y formula la acusación.

En la *etapa intermedia* entre la acusación y el juicio oral, el fiscal presenta la acusación; descubre los medios cognoscitivos base de ésta; se pronuncia sobre impedimentos, nulidades, recusaciones; ofrece los medios de prueba para el juicio; se opone a la admisibilidad de prueba ilícita, impertinente, no auténtica, innecesaria, superflua; y propone estipulaciones probatorias.

En la etapa del *juicio oral*, el fiscal sustenta la acusación; realiza la declaración inicial; interroga a los testigos que ofreció; contrainterroga a los testigos de la defensa, si es necesario; incorpora la evidencia física a través del respectivo testigo de acreditación; solicita absolución perentoria si procede; alega de conclusión concretando la petición y especificando el delito por el cual solicita declaración de responsabilidad.

3. Rol de la defensa

3.1. Concepto de *defensa*, integración y calidades

La *defensa penal* es una actividad procesal caracterizada por una doble finalidad: hacer efectivos los derechos y las garantías del imputado frente a la actuación de su contradictor natural: la Fiscalía, y de los demás intervinientes facultados constitucionalmente para actuar dentro del proceso penal; e intervenir en el *contradictorio* a efectos de lograr la declaración de no culpabilidad del imputado.

Su presencia dentro de la actuación procesal es esencial, al punto que resulta íntimamente conexas con el regular ejercicio del poder jurisdiccional. La participación del defensor en el proceso penal constituye uno de los aspectos sobre los que se articula el significado de la fundamental enunciación contenida en la Constitución Política: “... *Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado...*” (art. 29).

Con la Ley 941 de 2005, se crea el Sistema Nacional de Defensoría Pública, adscrito a la Defensoría del Pueblo a la que se le confía la prestación del servicio de asistencia técnica, para quienes dada su condición de debilidad socioeconómica no tienen capacidad para designar un abogado de su confianza que los represente. Este sistema cuenta además con una unidad de investigación criminal dedicada a apoyar a los defensores públicos en la recolección de información, elementos materiales probatorios y prueba científica, necesarios para soportar los supuestos fácticos de la teoría del caso de la defensa.

El *derecho a la defensa* va más allá de la pura y simple reafirmación de la exigencia de que en el proceso penal intervenga el *defensor*. Se trata de un derecho que implica la necesidad de que se asegure la personal intervención del imputado en el contradictorio (*defensa material* o “*autodefensa*”) y la garantía de una *defensa técnica*⁶⁵, materializada en la actividad de un profesional del derecho con la suficiente capacidad de ejercer debidamente su encargo fundamental. En sentido similar se pronuncia la jurisprudencia colombiana:

Es flagrante el desconocimiento de la *igualdad de armas* cuando quien asume la defensa técnica no conoce la dinámica del proceso pues con ello materialmente está impidiendo asegurar el contradictorio. No es suficiente que existan oportunidades procesales sino que debe propiciarse la paridad de los contradictores, de donde la presencia de un abogado en calidad de defensor no es suficiente ni per se determina la existencia de defensa y realización plena del principio contradictorio⁶⁶.

3.2. El imputado como órgano de defensa

La calidad de *parte* del *imputado* y, por supuesto, de su defensa, la estrecha relación procesal que mantienen estos, la “*autodefensa*” y la *defensa técnica*, son los elementos que constituyen el concepto complejo de *defensa*. Y es “*complejo*” porque en él confluyen todas las situaciones procesales relativas a uno de los extremos de la pirámide acusatoria, y porque la relación entre imputado y defensor está definida, sobre todo, por los derechos y las garantías fundamentales en cabeza del primero, y por las facultades y los deberes del segundo en pro de su materialización (art. 130 CPP).

En el capítulo de los *principios* se había hecho ya referencia al momento en que la persona sometida a la indagación adquiere la calidad de *imputado*, término frecuentemente usado en el derecho comparado para designar de manera genérica a la persona sometida al proceso. Sin embargo, en nuestro medio, el término genérico más adecuado sería el de *procesado* que, dependiendo de la etapa en que se encuentre el proceso, cambiaría al de *indiciado*, si aún no se ha formulado la imputación; al de *imputado*, si ésta ya se formuló (o se ha capturado al indiciado) y aún no se ha formulado la acusación; al de *acusado*, si ya se hizo la acusación; y al de *condenado*, si ya se ha proferido sentencia condenatoria (art. 126 CPP).

...no es de relevancia para el ordenamiento Constitucional el nombre que jurídicamente se le otorgue a una persona al interior de una investigación o de un proceso penal. Lo trascendente acá, es que a dicha persona no se le apliquen excepciones temporales al ejercicio de su derecho de defensa, pues ella en cualquier etapa pre o procesal puede hacer uso del ejercicio constitucional ha defenderse⁶⁷.

Entre la clasificación de sujetos esenciales o eventuales en el proceso penal, el imputado es, por excelencia, un sujeto esencial, puesto que su presencia es indispensable para trabar la relación procesal válida⁶⁸.

A diferencia de muchas legislaciones acusatorias, en Colombia no está proscrito constitucionalmente el denominado *juicio en rebeldía*, razón por la cual el legislador ha previsto la posibilidad de su declaratoria de persona ausente (válida para toda la actuación), cuando no haya sido posible localizarlo para formularle imputación o para tomar alguna medida que lo afecte, previa verificación del juez del control de garantías sobre el agotamiento de los mecanismos de búsqueda y citación (art. 127 CPP).

El *derecho de defensa*, como parte del núcleo esencial del *debido proceso*, contiene todos los elementos sustanciales necesarios para definir las atribuciones o facultades del imputado dentro de la actuación procesal. Por eso es que los tratados internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad, la Constitución Política y los artículos 8 y 130 del CPP definen aquellas sobre la base del concepto de *defensa*.

⁶⁵Corte Suprema de Justicia, Sentencia 27.283 del 1 de agosto de 2007, M. P. Yesid Ramírez Bastidas.

⁶⁶Corte Suprema de Justicia, Sentencia 27.283 del 1 de agosto de 2007, M. P. Yesid Ramírez Bastidas.

⁶⁷Corte Constitucional, Sentencia C-479 de 2007, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

⁶⁸Eduardo M. Jauchen, ob. cit., p. 13.

Sobre este concepto, y todo el catálogo de derechos fundamentales, el *imputado*: no está obligado a declarar contra de sí mismo ni a autoincriminarse; tiene derecho a que no se utilice su silencio en su contra ni el contenido de las conversaciones tendientes a lograr acuerdos alternativos; a ser oído, asistido y representado por un abogado de confianza o nombrado por el Estado; a ser asistido gratuitamente por un traductor en el caso de poder darse a entender en el idioma oficial del proceso; a tener comunicación privada con su defensor; a conocer los cargos que le sean imputados; a disponer del tiempo razonable y de medios adecuados para la preparación de su defensa; a tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con intermediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas; etcétera (art. 8 CPP).

3.3. Facultades del defensor

Sobre la misma “*complejidad*” conceptual, las atribuciones de la *defensa* están definidas con base en las facultades atribuidas al imputado en las normas antes referidas. Podemos sí relacionar algunos deberes y atribuciones especiales de la defensa en nuestro derecho procesal: asistir personalmente al imputado desde su captura; disponer de tiempo y medios razonables para la preparación de la defensa; conocer todos los elementos probatorios que posea el fiscal, incluidos aquellos que le sean favorables; controvertir las pruebas en juicio; lograr la comparecencia de testigos y peritos de descargo y no ser obligado a ello; interponer recursos y nulidades; abstenerse de revelar información relacionada con el proceso y su cliente; etcétera (art. 125 CPP).

3.4. Funciones de la defensa

Como se advirtió con anterioridad, a la defensa, desde el punto de vista técnico, le corresponde fundamentalmente hacer efectivos los derechos y las garantías del imputado e intervenir en el *contradictorio* a efectos de lograr la declaración de no culpabilidad del acusado, todo bajo una condición ética relacionada con su función social.

3.4.1. Función técnica de la defensa

Se habla de *defensa técnica* para referirse a la condición del defensor de ser un profesional del derecho prepa-

rado y facultado para investigar los hechos que harán parte de su teoría del caso; para intervenir activamente en la formulación de solicitudes y alegatos frente al órgano judicial, en la impugnación de las decisiones judiciales, en la facilitación de salidas alternas al juicio y en la práctica de las pruebas; para asesorar al procesado informándolo de los pormenores de las actuaciones judiciales, y realizando los análisis y las recomendaciones pertinentes al caso; y para representar al procesado bajo principios éticos y parámetros legales precisos de validez de los actos procesales.

3.4.2. Función social de la defensa

El abogado tiene el deber de colaborar leal y legalmente en la recta y cumplida realización de la justicia y los fines del Estado (art. 28 numeral 6 de la Ley 1123 de 2007, Código Disciplinario del Abogado).

Su colaboración es esencial, legitima el proceso penal en la medida en que sin su presencia no podría adelantarse la actuación procesal que busca la realización de la justicia material. Bajo este propósito colabora también con la otra parte y con los intervinientes, pero manteniendo su condición de operador parcializado hacia los intereses de su cliente. “Así, cuando el abogado crea que la ley favorece la tesis del contrario, deberá sostener el argumento que beneficia a su representado, después de todo puede estar errado y finalmente será el juez quien resuelva la cuestión”⁶⁹.

Consecuente con lo anterior, la defensa actúa ajena a la consideración de si su cliente es responsable de la conducta imputada o no, con lo cual “...*ni siquiera una confesión de hechos posibilita al defensor a realizar un juicio de valor sobre lo infame o no de una defensa*”⁷⁰. Lo anterior por supuesto no habilita ni legitima el uso de estrategias defensivas al margen de la ética y la legalidad, tales como el ofrecimiento de evidencias físicas, información o medios de prueba falsos.

4. Rol del juez

Respecto del papel de juez en el sistema acusatorio ya se han delineado los parámetros de su actuación en relación con los principios orgánicos de *imparcialidad* e

⁶⁹ Comisión Interinstitucional para la implementación del Sistema Acusatorio, Proceso penal oral en el sistema penal acusatorio colombiano. Módulo instruccional para defensores, Bogotá D.C., 2005, p. 12.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 13.

independencia, y a su condición de *naturalidad* o preconstitución legal.

4.1. Fuentes constitucionales de legitimación del juez en el sistema penal acusatorio

El Acto Legislativo 03 de 2002 no hizo referencias sustanciales expresadas al nuevo papel del juez en el sistema adoptado a través de la reforma del artículo 250 constitucional. Sin embargo, se impone la necesidad de reinterpretar las normas existentes, porque hay un nuevo escenario jurídico para su aplicación: el proceso penal acusatorio.

Según las voces del artículo 116 de la CP, el juez penal es un servidor público a quien se le ha encomendado la misión de administrar justicia. Tal encargo constitucional lo ejerce dirigiendo la actuación procesal y dirimiendo el conflicto provocado por el delito, con lo cual está supeditado a cumplir con el *debido proceso* (art. 29 CP), que, como derecho fundamental, es garantizado dentro de la estructura procesal penal vigente. De tal manera que el poder del juez está legitimado y organizado por el derecho constitucional y el bloque de constitucionalidad, y limitado al concepto adversativo de un sistema penal de partes, esto según la teoría de la posición *jurídica*⁷¹.

La legitimación del juez penal depende, a parte de su imparcialidad e independencia, en primer lugar, de que éste ejerza como *juez constitucional* en garantía de los derechos fundamentales del procesado, al controlar la validez formal de los actos que los restringen y la legalidad material de sus fundamentos (art. 250-2 CP);⁷² y, en segundo lugar, de que dirija y controle un “... *juicio público, oral, con inmediatez de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías*” (art. 250-4 CP).

4.2. Límites constitucionales y legales del poder del juez

Al hablar del principio de *responsabilidad del juez* se hacía alusión al artículo 230 constitucional, que pregona la sujeción del juez solamente a la ley (en sentido amplio). Pues bien, tal condición es otra fuente de legitimación política del poder jurisdiccional y, a la vez, el principal límite para su ejercicio. Sin embargo, esa vinculación a la ley como condición de legitimidad es siempre parcial e imperfecta, dado que “... *incluso en el mejor de los sistemas, no es solamente cognoscitiva sino también, en alguna medida, potestativa, a causa de la discrecionalidad que siempre interviene en la interpretación de la ley, en la valoración de las pruebas, en la connotación del hecho y en la determinación de la medida de la pena*”⁷³.

La función judicial es función pública y como tal las actuaciones de los jueces deben ser públicas y permanentes, y en ellas debe prevalecer el derecho sustancial (art. 228 CP). Deben además garantizar la *tutela judicial efectiva* de los derechos y las garantías fundamentales. Todos los derechos que integran este principio⁷⁴ se constituyen como límites de actuación del juez, en la medida en que el funcionario judicial no puede desconocerlos.

El principio de *proporcionalidad* (en sentido amplio) (art. 295 CPP) señala también límites al ejercicio de la potestad jurisdiccional. En efecto, antes de imponer una medida que limite los derechos fundamentales, el juez debe asegurarse que ésta sea útil e idónea, esto es, que sea idónea para alcanzar los fines de la investigación (adecuación); que no exista un medio alternativo que sea menos limitativo de los derechos, y que tenga eficacia semejante (*necesidad*); y que al *ponderar* (art. 27 CPP) la gravedad del delito investigado y las condiciones en las cuales éste fue cometido, y el grado de afectación de los derechos de la persona, se concluya que la medida no es desproporcionada (*proporcionalidad*)⁷⁵. Además:

...El destinatario de la medida o medio empleado, no ha de soportar un sacrificio no *razonable* en relación con el interés estatal o social en el funcionamiento de la administración de justicia. Hay que ponderar los bienes e intereses colectivos e individuales tutelados por el orden jurídico legal y constitucional, y determinar si se encuentran en una relación razonable en función del fin que se promueve⁷⁶.

⁷¹Bernal y Montealegre, ob. cit., p. 308.

⁷²Corte Constitucional, Sentencia C-1092 de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

⁷³Luigi Ferrajoli, ob. cit., p. 547.

⁷⁴Ibíd., ver capítulo de los principios.

⁷⁵Corte Constitucional, Sentencia C-822 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁷⁶Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Manual para jueces con funciones de control de garantías, Bogotá D.C., 2005.

4.3. Deberes legales de los jueces

Como servidor público que actúa dentro del proceso penal, el juez debe cumplir con todos los deberes descritos en el artículo 138 del CPP. De acuerdo con el artículo 139 del mismo estatuto, los jueces tienen los siguientes deberes especiales: evitar las maniobras dilatorias y todos aquellos actos que sean manifiestamente inconducentes, impertinentes o superfluos; ejercer su poder disciplinario y aplicar las medidas correccionales adecuadas; corregir los actos irregulares; motivar breve y adecuadamente las medidas que afecten los derechos fundamentales; decidir la controversia suscitada durante las audiencias; y dejar constancia expresa de haber cumplido con las normas referentes a los derechos y las garantías del imputado o acusado, y de las víctimas.

4.4. Rol del juez de control de garantías

Los sistemas acusatorios de corte adversativo reducen a su menor expresión los poderes jurisdiccionales de la Fiscalía. En el sistema estadounidense, por ejemplo, el fiscal no tiene el poder de afectar por iniciativa propia los derechos fundamentales del imputado para efectos de la investigación, salvo ante *causa probable* para efectuar un arresto de persona en flagrancia y en otros pocos casos de registros con ocasión de la captura, etc. En el sistema colombiano, el poder de configuración legal ha sido ejercido por el legislador para mantener ciertas funciones judiciales en cabeza de la Fiscalía, como la potestad de realizar allanamientos y registros, y limitar algunos derechos por iniciativa propia, como el de la libertad a instancias de ciertos requisitos de excepción a la reserva legal.

Limitada la Fiscalía en sus funciones tradicionales dentro del sistema mixto, se hacía necesaria la creación de un funcionario judicial que asumiera en el sistema acusatorio la tarea de adoptar medidas y realizar actos que constitucionalmente son autorizados por los jueces de la República. Así, la Carta Fundamental creó la figura del *Juez de control* de garantías que, como su nombre lo

indica, tiene la misión específica de protección de los derechos y garantías fundamentales de las partes e intervinientes, especialmente durante la etapa de investigación.

Este funcionario desempeña un rol esencial en el proceso penal acusatorio, ya que es receptor de las solicitudes de la Fiscalía (art. 250-1 CP), la defensa, la víctima y el Ministerio Público, a efectos de proferir las medidas tendientes a la comparecencia de los imputados al proceso, a la búsqueda y el aseguramiento de la prueba, a la protección de las víctimas, al restablecimiento de los derechos conculcados por el delito, y a todo fin similar. Le corresponde entonces, entre otras cosas, examinar la legalidad de los actos de investigación de la Fiscalía y la defensa; pronunciarse sobre la legalidad de la captura; autorizar las medidas restrictivas de la libertad y de los bienes del imputado; garantizar que se formule debidamente la imputación al indiciado; decretar la legalidad o exclusión de la evidencia física puesta a su disposición y que procede de actos de investigación como: regis-

En el sistema colombiano, el poder de configuración legal ha sido ejercido por el legislador para mantener ciertas funciones judiciales en cabeza de la Fiscalía, como la potestad de realizar allanamientos y registros

tros, allanamientos, interceptación de comunicaciones, retención de correspondencia y recuperación de información dejada al navegar por internet⁷⁷; practicar de manera anticipada ciertos medios de prueba bajo expresos requisitos legales; controlar la aplicación reglada del principio de oportunidad, etcétera.

4.5. Rol del juez de conocimiento

Dentro del régimen constitucional vigente, el *juez de conocimiento* es el que dirige y controla los actos procesales en la etapa del juzgamiento, y aquel llamado a adoptar la decisión conclusiva producto de la acusación de la Fiscalía. Dentro de estas precisas funciones, el juez de conocimiento está también obligado a garantizar los derechos fundamentales de las partes e intervinientes (art. 2 CP), como quiera que en esta fase debe velar por la aplicación del *principio de igualdad* (art. 13 CP), específicamente en presencia de hechos que afecten las condiciones esenciales de desarrollo de la etapa del juicio, como cuando decreta la exclusión de medios de prueba inconstitucionales, o cuando garantiza la *defensa técnica* del acusado

⁷⁷Corte Suprema de Justicia, rad 26.310 del 16 de mayo de 2007, M. P Sigifredo Espinoza Pérez.

frente a la notoria inactividad de la defensa por razones diferentes a la estrategia del caso en particular⁷⁸.

El artículo 250 superior sienta bases constitucionales sobre el papel del juez de conocimiento al ordenar, a instancias de la acusación, el inicio de un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas y bajo todas las garantías (num. 4). Dicho juez debe también decretar la *preclusión* de la investigación, cuando de acuerdo con la ley no exista mérito para que el fiscal formule la acusación (num. 5). Debe además decretar todas las medidas necesarias para la asistencia a las víctimas, el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito (num. 6).

Dentro de su función en la etapa del juzgamiento, el juez de conocimiento garantiza que las partes realicen debida, oportuna y completamente el *descubrimiento* de los medios cognoscitivos en poder de ellas (art. 250 último inciso CP); que la acusación se formule oralmente a efectos de la garantía del *principio de publicidad*; que se evidencien oportunamente las situaciones que puedan afectar el correcto y válido desarrollo del juicio oral. Además, es el competente para excluir, rechazar o inadmitir medios de prueba según las reglas establecidas para el efecto por el CPP; para ordenar la exhibición de la evidencia física a efectos de ser conocida y estudiada; para controlar y dirigir el debate probatorio, aplicando en su integridad las reglas de práctica de los diferentes medios de conocimiento sobre sus fines, libertad probatoria, oportunidad de pruebas, pertinencia y conducencia, admisibilidad, publicidad, contradicción, inmediación y valoración.

El juez de conocimiento solo puede proferir sentencia condenatoria cuando tenga convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, por el conocimiento que haya formado más allá de toda duda, a través de la práctica contradictoria de los medios de prueba (arts. 7 y 381 CPP), garantizando que el acusado no sea “...*declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena*” (art. 448 CPP).

5. Rol de la víctima

En estrecha conexión con lo dicho en el acápite relacionado con el *principio de tutela judicial efectiva* y sus fundamentos constitucionales, la *víctima* se constituye como la persona titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro con la conducta punible. Obviamente, el concepto de *víctima* no se circunscribe solamente al ámbito de la persona física, sino que comprende cualquiera otra que posea la titularidad de un interés protegido por la norma sustantiva, con lo cual *víctimas* pueden ser “...*las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño como consecuencia del injusto*” (art. 132 CPP).

5.1. Derechos de las víctimas

Constitucional, legal, jurisprudencial y doctrinariamente se le ha reconocido a la víctima su derecho a la *verdad*, a la *justicia* y a la *reparación*. Los textos de los artículos 11, 133, 134, 135 y 136 del CPP, discriminan estas categorías de protección de derechos.

El derecho a la *verdad* implica que las personas tienen derecho a conocer qué fue lo que realmente sucedió en su caso. El derecho a la *justicia* conlleva que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad. El derecho a la *reparación integral* comporta la adopción de todas las medidas necesarias tendientes a hacer desaparecer los efectos de la conducta punible, y a devolver a la víctima al estado en que se encontraba antes de la comisión del hecho dañino.

Así por ejemplo, tiene derecho a: la información del caso penal por parte del fiscal, a ser oída, a que se le facilite el aporte de pruebas, a recibir un trato digno, a que siempre se consideren sus intereses por parte del fiscal, a ser asistida por un abogado durante la investigación, el juzgamiento y el incidente de reparación integral, a la atención y protección inmediata, a que se garantice su seguridad y el respeto a su dignidad. Derechos todos que van de la mano con el rol del fiscal a quien, como ya se dijo, compete actuar con diligencia para hacer efectivos los intereses de las víctimas en el proceso penal, de quien se convierte en vocero.

⁷⁸Bernal y Montealegre, ob. cit., pp. 204 y 205.

5.2. Atribuciones de la víctima dentro de la actuación penal

A la víctima se le reconoce constitucionalmente su calidad de *interviniente especial* dentro del proceso penal, mas no de parte dentro del mismo, ya que no le asisten los poderes y derechos que son atribuidos a la Fiscalía y a la defensa a fin de provocar una decisión judicial basada en la *posición jurídico-procesal*. Sin embargo, el papel de la víctima dentro del proceso penal se configura sobre la base de que, bajo el principio de *tutela judicial efectiva*, debe gozar de las mismas oportunidades de que goza el imputado porque, entre otras cosas, ambos son llamados para protagonizar la resolución del conflicto generado por el delito, a la luz de la moderna teoría de la *justicia restaurativa*. Por supuesto que dichas oportunidades deben guardar proporción con la estructura constitucional del proceso acusatorio, ya que por naturaleza éste es un proceso *adversarial*. Así lo ha manifestado la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

En ese contexto, es necesario resaltar que cuando el constituyente definió que la etapa del juicio tuviera un carácter adversarial, enfatizó las especificidades de esa confrontación entre dos partes: el acusador y el acusado, dejando de lado la posibilidad de confrontación de varios acusadores en contra del acusado. La oralidad, la inmediación de pruebas, la contradicción y las garantías al procesado se logran de manera adecuada si se preserva ese carácter adversarial. Por el contrario, la participación de la víctima como acusador adicional y distinto al fiscal generaría una desigualdad de armas y una transformación esencial de lo que identifica a un sistema adversarial en la etapa del juicio.

De lo anterior surge entonces, que los elementos definitorios de la participación de la víctima como interviniente especial en las diferentes etapas del proceso penal depende de la etapa de que se trate, y en esa medida, la posibilidad de intervención directa es mayor en las etapas previas o posteriores al juicio, y menor en la etapa del juicio⁷⁹.

Así, la víctima puede solicitar la práctica de pruebas anticipadas; estar presente en la audiencia de formulación de la imputación; allegar o solicitar elementos probatorios para oponerse a la petición de preclusión de la investigación; solicitar al juez el descubrimiento

de elementos probatorios específicos; hacer observaciones sobre el descubrimiento de medios cognoscitivos; solicitar la práctica, la exclusión, el rechazo o la inadmisibilidad de medios de prueba; solicitar medidas de protección.

6. Rol del Ministerio Público

Los fundamentos constitucionales del papel del Ministerio Público en el proceso penal están dados por el artículo 118, por el parágrafo del artículo 250, y por el artículo 277 superiores, al reafirmar que la Procuraduría General de la Nación seguirá cumpliendo las funciones contempladas en la Constitución de 1991, esto es, intervenir en los procesos en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y las garantías fundamentales. *“Las reglas constitucionales no establecen limitación alguna para el ejercicio de tales facultades, por lo que, prima facie, puede aceptarse que el Ministerio Público contribuye a ejercer control de constitucionalidad y legalidad y asiste en la protección de los derechos fundamentales, durante todo el proceso”*⁸⁰.

En desarrollo de estos preceptos constitucionales, el artículo 111 de CPP atribuye al Ministerio Público funciones como garante de los derechos humanos y de los derechos fundamentales, así como también, como representante de la sociedad.

El Ministerio público se convierte en el último filtro con una importante función de vigilancia que se activa cuando el debate procesal no ha introducido todos los elementos necesarios para un adecuado desarrollo. En ese momento, cuando el proceso y las razones constitucionales así lo permitan, tiene que hacer efectivas sus funciones a través de mociones, solicitudes, peticiones de prueba e interrogatorios, intervenir en los procesos interponiendo igualmente recursos o haciendo uso de los traslados en representación de los intereses de la sociedad⁸¹.

En virtud del artículo 11 del CPP se otorga como función especial al Ministerio Público la de velar por que se respeten los derechos de las víctimas, testigos, jurados y demás intervinientes en el proceso, así como verificar su efectiva Protección por el Estado y participar en aquellas diligencias o actuaciones donde proceda la disponibilidad del derecho por parte de la víctima individual

⁷⁹Corte Constitucional, Sentencia C-209 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁸⁰Bernal y Montealegre, ob. cit., pp. 204 y 205.

⁸¹Carlos Arturo Gómez Pavajeau, Roles. Un Ministerio Público representando la sociedad. El Debate Oral, 8, segundo semestre de 2005.

o colectiva, y en las que exista disponibilidad oficial de la acción penal, procurando que la voluntad otorgada sea real y que no se afecten los derechos de los perjudicados, así como los principios de verdad y justicia en los eventos de aplicación del principio de oportunidad.

En el marco del CPP compete al Ministerio Público, entre otras: solicitar el cambio de radicación (art. 47); recusar a los funcionarios (art. 61); solicitar medidas cautelares sobre bienes cuando sean víctimas menores o incapaces (art. 92); solicitar apertura del incidente de reparación integral (art. 102); solicitar práctica de pruebas anticipadas cuando esté cumpliendo funciones de policía judicial (arts. 112 y 284); solicitar pruebas excepcionalmente una vez agotadas las solicitudes probatorias de las partes (art. 357); solicitar el relevo del defensor cuando haya conflicto de intereses (art. 122); insistir en la admisión del recurso de casación (art. 184); solicitar la acción de revisión (art. 193); solicitar la preclusión por vencimiento del plazo de la investigación (art. 294), o cuando se presenten las causales previstas en el artículo 332; exponer su postura en la audiencia de imposición de medidas (art. 306); controvertir la prueba aducida por el fiscal en la audiencia de control de legalidad de aplicación del principio de oportunidad (art. 327); intervenir en audiencia de preclusión (art. 333); recibir copia del escrito y participar en la audiencia de acusación (art. 339); solicitar al juez la exclusión, el rechazo o la inadmisión de medios de prueba (art. 359); hacer oposiciones durante el interrogatorio (art. 395); terminado el examen del testigo hacer preguntas complementarias para el cabal entendimiento del caso, sin que le sea legítimo complementar o superar las deficiencias que surjan de los interrogatorios y contrainterrogatorios de las partes⁸² (art. 397); presentar alegatos atinentes a la responsabilidad del acusado (art. 443).

⁸²Corte Suprema de Justicia, rad. 28.788 del 6 de marzo de 2008, M. P. Yesid Ramírez Bastidas.



QUINTA PARTE

CONTENIDO

V. Sistema probatorio del proceso penal acusatorio

1. Preliminar.....	67
2. Principios probatorios.....	68
3. Reglas de prueba.....	73
4. Admisibilidad de la prueba y reglas de exclusión.....	75
5. Reglas sobre la actividad probatoria.....	85



QUINTA PARTE

V. Sistema probatorio del proceso penal acusatorio

1. Preliminar

1.1. Concepción del sistema de juzgamiento y regulación de la prueba

El proceso acusatorio ofrece libertad y transparencia plena en la búsqueda, producción, práctica, contradicción y valoración de la prueba. Es un proceso de controversia probatoria público y oral, donde: *“...imperla la prohibición absoluta de emplear medios de coerción, y los jueces no necesitan la confesión para formarse una convicción íntima, porque para que se considere como cierta la culpabilidad bastan pruebas materiales e indicios graves, precisos y contundentes”*⁸³.

Inmediación, concentración, contradicción, igualdad, publicidad, libertad y oralidad, son principios universales que orientan sustancialmente la actividad probatoria en los juicios acusatorios modernos. Los sistemas procesales acusatorios con ascendencia directa anglosajona,

como el de Estados Unidos de Norteamérica, desarrollan los anteriores principios a través de una normativa originada en los precedentes judiciales, y codificada en estatutos diferentes de aquellos que regulan el procedimiento criminal. Así, existen un código de reglas de procedimiento criminal y un código de reglas de evidencia, estas últimas erigidas en ley a instancias de propuestas legislativas presentadas al parlamento por los altos tribunales de justicia, mediante la sistematización y compilación de innumerables decisiones judiciales, precedentes que, aplicando los cánones y principios constitucionales en materia de debido proceso, constituyen verdadera creación de derecho.

Los códigos de evidencia se aplican en procedimientos de naturaleza civil y criminal, haciendo énfasis en la regulación de la admisibilidad de la evidencia y en las reglas de exclusión de la misma. Muchas veces, la

⁸³Eugenio Forián, De las pruebas penales, tomo I, Temis, Bogotá, D.C., 1990, p. 14.

reglamentación de los medios de prueba se hace sistemáticamente, según se vayan desarrollando los criterios de admisibilidad y exclusión.

Los sistemas acusatorios y mixtos continentales prefieren regular la prueba a través de reglas inmersas en el código de procedimiento criminal, casi siempre centrándose en el desarrollo normativo de cada medio de prueba y en un aparte de disposiciones generales relacionadas con dichos medios, donde además se tipifican los principios generales probatorios.

1.2. Fines de la prueba en el sistema penal colombiano

El Código de Procedimiento Penal establece que “*las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe*” (art. 372 CPP).

Desentrañar el valor jurídico inmerso en la elección legislativa de que las pruebas judiciales lleven al *conocimiento del juez* los hechos y las circunstancias materia del juzgamiento de una persona, significa acercar al juez a la conciencia de un hecho identificado plenamente con la realidad o con la forma y el contenido en que se manifestó en el mundo real. Podríamos decir entonces que el fin último de la prueba es demostrar la verdad o que, en materia de reglas de prueba, “*...el fin último de estas reglas es el descubrimiento de la verdad en todos los procedimientos judiciales*”⁸⁴.

Aquí entraríamos en la discusión sobre si en el sistema acusatorio las partes deben demostrar la verdad al juez y éste verificarla a través de los medios probatorios, o persuadirlo racionalmente para que acepte la pretensión de parte emitiendo un juicio de convicción o de certeza. No resolveremos aquí tal disyuntiva filosófica, pero sí podemos darle alcance a través de lo que el legislador ha dado en llamar *más allá de duda razonable*, al mejor estilo del derecho angloamericano. Conocemos que el término *duda* significa “*Suspensión o indeterminación del ánimo entre dos juicios o dos decisiones, o bien acerca de un hecho o una noticia*”⁸⁵. La indeterminación de nuestra conciencia frente a una disyuntiva es *razonable* cuando no es arbitraria, absurda o infundada, sino que responde plenamente a las

reglas de la lógica y de la experiencia científica. Es la ausencia de un mecanismo infalible para encontrar la verdad y poder determinar así lo que es o no es cierto. *Duda razonable* no es una duda especulativa o imaginaria, como tampoco lo es cualquier duda posible; es aquella duda fundada que surge como producto del raciocinio y la consideración serena, justa e imparcial de todos los elementos de juicio envueltos en el caso. En resumen, *duda razonable* no es otra cosa que la insatisfacción de la conciencia del juzgador con la prueba presentada.

2. Principios probatorios

Los principios probatorios son premisas antecedentes generales, postulados de la razón nacidos de la experiencia, o *valores jurídicos universales*⁸⁶, de los cuales se parte en el proceso de interpretación y aplicación de las normas que regulan la prueba en cualquier sistema de juzgamiento. Bien se dice que los principios son “*...verdadera fuente del derecho que prescribe cómo se deben crear, interpretar e integrar las normas que lo componen*”⁸⁷.

Su función primordial es garantizar la vigencia plena del debido proceso en la admisión, práctica, controversia y valoración de la prueba.

2.1. Libertad

El principio de libertad se relaciona con la facultad que tienen las partes de utilizar cualquier medio de prueba pertinente para demostrar hechos o circunstancias, así como también, a la potestad que posee el juez para adjudicarlos, sin límites ni modos fijados previamente en la ley, excepto por la obligación de valorarlos en conjunto de acuerdo con las reglas de cada medio de prueba (art. 380 CPP). Así lo estipula el Código de Procedimiento Penal en su artículo 373: “*Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos.*” Es posible averiguar y adjudicar hechos y circunstancias a través de los medios enumerados taxativamente en la ley, y a través de diferentes y nuevos medios surgidos de los avances que la ciencia y la técnica nos proporcionen. Hasta hace algunos años la prueba de ADN aún

⁸⁴Regla 2, Reglas de evidencia de Puerto Rico (1979).

⁸⁵Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 22 ed., Espasa-Calpe, 2001.

⁸⁶Hernando Valencia Restrepo, Principialística, nomoárquica y principios generales del derecho, Temis, Bogotá, D.C., 1996, p. 72.

⁸⁷Ibíd., p. 73.

no aparecía dentro de los medios de prueba técnicos aceptados en los procesos judiciales. La norma en comentario permite prever este tipo de situaciones, siempre y cuando sean reconocidas por la ciencia y no violen los derechos humanos.

Pero como no existen libertades ajenas a excepciones y limitaciones jurídicas, el nuevo medio de prueba que pretende hacerse valer en el proceso no puede utilizarse sino en cuanto respete los derechos humanos consagrados en la Constitución y en la ley.

En la actualidad ha cobrado mucha fuerza la idea del denominado *polígrafo*, y se discute si debe ser admisible como prueba, si debe reconocérsele como confiable en el ámbito procesal penal, y si tal medio técnico atenta contra los derechos humanos de las personas a quienes se les aplica. En la práctica judicial ya ha habido intentos de lograr un decreto de admisibilidad de este tipo de prueba, sobre la base de una restringida aplicación en casos de ofrecimiento de la defensa

para probar la verdad de las aseveraciones del acusado. Sobre su no admisibilidad como medio de prueba, y su aparente grado de confiabilidad como ciencia novel, la Corte Suprema de Justicia se pronunció así:

...la Ley 906 de 2004 señala que los hechos y circunstancias de interés para la solución del caso pueden probarse por cualquiera de los medios establecidos en el código o por cualquier otro medio técnico o científico respetuoso de los derechos humanos. De esa manera se tiene que es el principio de libertad probatoria consagrado en la legislación patria el argumento cardinal a que apelan quienes abogan por la aceptación como medio de prueba del polígrafo, al considerar que se trata de una práctica soportada técnicamente cuyo empleo no quebranta derechos fundamentales. No obstante, cuando se revisan las normas procesales relativas a los medios de prueba, claramente se advierte que el concepto de libertad probatoria que gobierna la materia está inescindiblemente ligado a la aptitud para demostrar hechos, elementos o circunstancias de la conducta punible y sus consecuencias, y no propiamente para establecer si un testigo dice la verdad o no, o si sus afirmaciones son creíbles...

En la práctica judicial ya ha habido intentos de lograr un decreto de admisibilidad de este tipo de prueba, sobre la base de una restringida aplicación en casos de ofrecimiento de la defensa

...la valoración acerca de la credibilidad del testigo y también del sindicado o acusado cuando declara, se halla estrictamente diferida al funcionario judicial (fiscal o juez), a quien la ley le provee de una serie de pautas que contrastadas con las reglas de la sana crítica, reglas de la experiencia y la persuasión racional, le ayudan a determinar mediante un proceso de inferencia debidamente argumentado y explicado, si merece credibilidad o no, o sea, si a juicio del funcionario judicial el deponente está diciendo la verdad o si falta a ella...

...la Corte encuentra peligros enormes frente a la libertad y a la dignidad del sujeto si se admite la utilización del polígrafo como medio de prueba, pues ese dispositivo antes que matizar la tensión entre la finalidad del proceso penal como método de aproximación a la verdad y la de proteger la integridad de los derechos fundamentales comprometidos, contribuye a afianzar más el fin que los medios, debido al dramático proceso de instrumentalización a que se somete a la persona, de quien se extraen mediciones tomadas del monitoreo de las reacciones del sistema nervioso autónomo, para convertir al propio individuo en instrumento de corroboración de una verdad a la que debe llegar la administración de justicia con absoluto respeto por la dignidad humana⁸⁸.

Aunque no es explícito en la norma, existe la misma facultad para elegir, de los medios taxativamente enumerados en la ley, el que mejor demuestre un hecho o circunstancia, según las posibilidades y oportunidades de cada caso concreto. Sin embargo, el legislador impuso límites a tal facultad cuando reguló, por ejemplo, lo concerniente a la determinación de la *mejor evidencia* (arts. 433 y 434 CPP).

2.2. Publicidad

La publicidad es un principio connatural al proceso acusatorio, y en nuestro caso es de origen constitucional. El artículo 228 y el numeral 4 del artículo 250 de la Constitución disponen respectivamente:

La administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca

⁸⁸Corte Suprema de Justicia, Sentencia 26.470, 1 de agosto de 2008.

la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con intermediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.

La esencia de la publicidad está en que, al momento de practicarse la prueba, puedan conocerla las partes que intervienen en el proceso y los ciudadanos que concurren al juicio. Así se garantiza la transparencia de la actividad probatoria.

Un juicio acusatorio debe permitir a cualquier persona conocer unos hechos y entender la manera como se pretenden probar, resultado de lo cual el procesado y el ciudadano asistente pueden distinguir posibles maniobras fraudulentas que busquen desviar o confundir la aplicación de la justicia material.

Se habla aquí del *principio de publicidad* aplicado a la práctica de la prueba en juicio, consagrado en la ley procesal penal así:

Todas las audiencias que se desarrollen durante la etapa de juzgamiento serán públicas y no se podrá denegar el acceso a nadie, sin decisión judicial previa. Aun cuando se limite la publicidad al máximo, no podrá excluirse a la Fiscalía, el acusado, la defensa, el Ministerio Público, la víctima y su representación legal.

El juez podrá limitar la publicidad de todos los procedimientos o parte de ellos, previa audiencia privada con los intervinientes, de conformidad con los artículos siguientes y sin limitar el principio de contradicción.

Estas medidas deberán sujetarse al principio de necesidad y si desaparecieren las causas que dieron origen a esa restricción, el juez la levantará de oficio o a petición de parte. No se podrá, en ningún caso, presentar al indiciado, imputado o acusado como culpable. Tampoco se podrá, antes de pronunciarse la sentencia, dar declaraciones sobre el caso a los medios de comunicación so pena de la imposición de las sanciones que corresponda (art. 149 CPP).

Toda prueba se practicará en la audiencia del juicio oral y público en presencia de las partes intervinientes que hayan asistido y del público presente, con las limitaciones establecidas en este código (art. 377 CPP).

Los criterios de excepcionalidad, a través de los cuales los jueces están facultados para limitar en su aplicación tal principio, son referidos en la ley para la actuación procesal en general:

La actuación procesal será pública. Tendrán acceso a ella, además de los intervinientes, los medios de comunicación y la comunidad en general. Se exceptúan los casos en los cuales el juez considere que la publicidad de los procedimientos pone en peligro a las víctimas, jurados, testigos, peritos y demás intervinientes; se afecte la seguridad nacional; se exponga a un daño psicológico a los menores de edad que deban intervenir; se menoscabe el derecho del acusado a un juicio justo; o se comprometa seriamente el éxito de la investigación (art. 18 CPP).

Serán de carácter reservado las audiencias de control de legalidad sobre allanamientos, registros, interceptación de comunicaciones, vigilancia y seguimiento de personas y de cosas. También las relacionadas con autorización judicial previa para la realización de inspección corporal, obtención de muestras que involucren al imputado y procedimientos en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales. Igualmente aquella en la que se decrete una medida cautelar (art. 155 CPP).

2.3. Contradicción

Dentro de la regulación constitucional del *debido proceso* encontramos los elementos básicos del principio de contradicción, cuando el artículo 29 dice: “...quien sea sindicado tiene derecho... a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra...”

Este principio se consagra también en el texto del artículo 250, cuando, refiriéndose a las funciones de la Fiscalía General de la Nación, afirma:

Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción (num. 3).

Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con intermediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías (num. 4).

En el evento de presentarse escrito de acusación, el fiscal general o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia, incluidos los que le sean favorables al procesado (Ult. inc.).

En el Código de Procedimiento Penal se describe así el *principio de contradicción*: “*Las partes tienen la facultad de controvertir, tanto los medios de prueba como los elementos materiales probatorios y evidencia física presentados en el juicio, o aquellos que se practiquen por fuera de la audiencia pública*” (art. 378 CPP).

La posibilidad procesal de *controversia* entre las partes no es predicable sólo del procedimiento de formación de la prueba en el juicio oral, ya que tal facultad irradia todo el proceso, aunque con mayor precisión podríamos decir que en la fase de investigación se *controvierten* medios cognoscitivos y en la fase del juicio oral se *contradicen* medios de prueba. El proceso penal es, sin lugar a dudas, un escenario de *confrontación dialéctica* regulado por normas que posibilitan el conocimiento y la contradicción probatoria, así como también un escenario donde las partes imputan, alegan, argumentan, refutan, impugnan y se oponen.

Conocimiento, intervención y controversia son los tres aspectos centrales del principio de contradicción cuando está referido a lo puramente probatorio. Así lo consagra el CPP cuando dispone: “*Las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación, tanto las que sean producidas o incorporadas en el juicio oral y en el incidente de reparación integral, como las que se practiquen en forma anticipada*” (art. 15 CPP).

La facultad de *conocer* en materia probatoria está íntimamente relacionada con el *principio de intermediación*, ya que al desfilar las pruebas en presencia del juez, también lo hacen a la vista de las partes, en especial del acusado y su defensor, quienes tienen derecho a enterarse de los motivos de la acusación, sus fundamentos probatorios, los medios de conocimiento que pretenden hacerse valer en el juicio, las informaciones relacionadas con la investigación de los hechos, e incluso todo medio de conocimiento e información que pueda ser útil para un buen ejercicio del derecho de defensa.

La facultad de *intervención* está relacionada con la posibilidad que tienen las partes de participar en la formación o práctica de la prueba.

La facultad de *controvertir* en materia probatoria está referida a las actuaciones de las partes de *oponerse, ofrecer, presentar, intervenir, interrogar y contrainterrogar*:

- *Oponerse* a la declaratoria de validez de los elementos materiales de prueba recogidos durante un procedimiento de registro y allanamiento, por violación del debido proceso; a la realización de procedimientos para la obtención de muestras que involucren al imputado; a la orden de que la defensa presente prueba de descargo o que controvierta las pruebas de cargo; a la admisión de medios de prueba cuando deban ser excluidos del debate; a la introducción en la audiencia de juzgamiento de elementos materiales probatorios no ofrecidos en la audiencia preparatoria; a la realización de preguntas o respuestas que violen las reglas de prueba referentes al interrogatorio y contrainterrogatorio de testigos; a la argumentación oral basada en hechos que no fueron tema de prueba.

La facultad de conocer en materia probatoria está íntimamente relacionada con el principio de intermediación, ya que al desfilar las pruebas en presencia del juez, también lo hacen a la vista de las partes

- *Ofrecer* medios de conocimiento durante la audiencia preparatoria con el objeto de que sean practicados en la audiencia de juicio oral, o excepcionalmente durante la audiencia de juzgamiento para poner en conocimiento del juez un nuevo y necesario medio de conocimiento no ofrecido en la audiencia preparatoria, siempre y cuando éste no perjudique el derecho de defensa ni la integridad del juicio; la práctica de un aprueba anticipada.

- *Presentar* medios de conocimiento durante la audiencia de juzgamiento, con el objeto de iniciar el proceso de formación o práctica de la prueba sobre la cual se basan las pretensiones de parte.
- *Intervenir* en la formación o práctica de las pruebas durante el juicio oral, de acuerdo con el orden señalado en la audiencia preparatoria.
- *Interrogar y contrainterrogar* testigos durante la audiencia de juzgamiento.

2.4. Intermediación

Partiendo de su consagración constitucional en el numeral 4° del artículo 250 de la Constitución, el legislador colombiano ha descrito así el principio de intermediación:

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 e incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el juez de control de garantías (art. 16 CPP).

El juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia. La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional (art. 379 CPP).

La garantía es clara y propia de un sistema acusatorio de juzgamiento: el juez fallador del caso debe haber estado presente durante el momento en que se formó la prueba, y haber apreciado y controlado su contradicción. Así, el juez adquiere los medios de conocimiento necesarios para la convicción, de su fuente original y en su auténtica expresión. Por tal razón es perentoria la prohibición de comisionar a otro juez para que practique un determinado medio de prueba.

Quien debe inmediatez la prueba es el *juez de conocimiento* o juez de la audiencia oral de juzgamiento. Excepcionalmente este juez puede fallar con base en medios de conocimiento de los cuales no tuvo la oportunidad de presenciar su formación y controversia, como es el caso de la prueba practicada de manera anticipada durante la fase de investigación, ante el *juez de control de garantías*.

2.5. Concentración

El de concentración es un principio relativo a la forma como deben programarse, desarrollarse y, excepcionalmente, suspenderse las audiencias de juzgamiento. La regla general es que deben realizarse tantas audiencias continuas como sea necesario para garantizar que el juez concentre su actuación en un solo asunto y de manera constante, evitando así la dilación de los procedimientos y los fallos basados en práctica de pruebas y debates probatorios interrumpidos que conducen a perder el hilo de la controversia y dificultan la determinación de un conocimiento o convicción adecuado por parte del juez.

Es un principio muy arraigado en sede constitucional,

ya que es nodal a la hora de la garantía *del debido proceso*: “...*Quien sea sindicado tiene derecho... a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas...*” (art. 29, CP). En relación con la administración de justicia, dice: “...*las actuaciones serán públicas y permanentes...*”, “...*los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado*” (art. 228, CP).

El CPP describe este principio así:

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 de treinta (30) días, si se presentan circunstancias especiales que lo justifiquen. En todo caso, el juez velará por que no surjan otras audiencias concurrentes, de modo que concentre su atención en un solo asunto (art. 17 CPP).

La posibilidad de suspender la audiencia de juicio oral también es regulada en el artículo 454 de la misma obra, pero encontramos allí lo que parece ser una incongruencia normativa, ya que este artículo prescribe que la suspensión debe ser sólo por el tiempo que dure el fenómeno que la ha motivado. Tal artículo señala además que “...*si el término de suspensión 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*”.

En virtud de que el artículo 17 consagra un principio rector de obligatoria aplicación en la interpretación de las demás normas legales, podemos concluir que la suspensión puede darse mientras subsistan “*situaciones sobrevinientes de manifiesta gravedad*”, pero nunca más allá de treinta (30) días. Sin embargo, si transcurrido el término el juez considera que se perjudicó su memoria para fallar, podría ordenar que se repita el juicio. Esto sin prever el problema de que el motivo de la suspensión sea relacionado con la presencia del propio juez, caso en el cual se menoscabaría el principio universal de los sistemas acusatorios, cual es la *identidad física del juez*.

El principio en comento tiene relación con los conceptos de *celeridad, eficiencia y continuidad* de la actuación procesal, ya que son fundamentales para lograr la *efectividad* del órgano jurisdiccional en la aplicación de la ley penal. Este principio también tiene íntima relación con el de *oralidad*, tal como lo expresa el CPP: “En las audiencias que tengan lugar con ocasión de la persecución penal, las cuestiones que se debatan serán resueltas en la misma

audiencia. Las personas allí presentes se consideran notificadas por el solo proferimiento oral de una decisión o providencia” (art. 147 CPP).

2.6. Oralidad

El Acto Legislativo 03 de 2002 (art. 2) menciona expresamente que el juicio debe ser oral.

Aplicado a la prueba, el principio de *oralidad* permite que ésta se forme y manifieste con toda su eficacia al ser practicada y controvertida en forma oral en la audiencia del juicio oral; se constituye como un método efectivo para ofrecer, presentar, practicar, controvertir y valorar los medios de prueba, ya que permite una verdadera confrontación dialéctica entre las partes, en un escenario donde los intervinientes conocen y contradicen dinámicamente los medios de conocimiento.

“...Sirve para expresar el hecho, el aserto, la convicción que pasa fugazmente y que, una vez percibida por los jueces, no tendrá ya necesidad de repetirse, ni tendrá ya ningún control”⁸⁹. “Con la oralidad se logra controlar mejor la decisión del juez, y por ello será más difícil que él ceda a cualquier halago para dictar una sentencia en otro sentido, porque quedaría en evidencia”⁹⁰.

La oralidad se materializa en las audiencias preliminares y de juzgamiento con la presentación y sustentación de las peticiones en forma oral, tomando decisiones oralmente, emitiendo y motivando el fallo en la audiencia y con las notificaciones en estrados.

El modelo de proceso por audiencias orales necesita medios técnicos que garanticen la dinámica y agilidad que requiere un proceso adversarial, en concreto, de equipos de grabación que permitan llevar un registro de la actuación oral, de acuerdo con lo normado en el artículo 146 del CPP. Así lo dispone también el artículo 9: “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”.

2.7. Eficacia

La *eficacia* es el poder o la potencialidad que ostentan nuestras actuaciones para lograr los resultados fijados. Las pruebas penales deben garantizar un fin último y fundamental, cual es llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y las circunstancias materia del proceso.

La actividad probatoria, como fase esencial de la actuación procesal, debe ceñirse además a los postulados constitucionales que ordenan “*un debido proceso público sin dilaciones injustificadas*” (art. 29, CP). Se trata de garantizar una administración de justicia pronta y cumplida, a través de actuaciones que permitan lograr los objetivos y fines del proceso penal.

Para tal efecto, el juez está llamado a aprobar los acuerdos que realicen las partes para hacer más eficiente la práctica de la prueba y evitar la que sea repetitiva, superflua, innecesaria, o la que llame al prejuicio: “El juez podrá autorizar los acuerdos o las 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” (art. 10 CPP).

La eficacia es el poder o la potencialidad que ostentan nuestras actuaciones para lograr los resultados fijados. Las pruebas penales deben garantizar un fin último y fundamental

3. Reglas de prueba

3.1. Concepto

Regularmente usamos de manera indistinta los términos *evidencia* y *prueba*. Les adjudicamos el mismo significado a efectos de señalar los diferentes medios de prueba.

Evidencia es el medio por el cual la afirmación que se hace de un hecho se puede probar, con lo cual se asimila a *medio de conocimiento*: “...cuando hablamos de evidencia nos referimos a todos los documentos, objetos o testimonios que se presentan en el tribunal, pero el resultado o efecto de toda la evidencia presentada y admitida se le conoce como la prueba”⁹¹.

Prueba es el resultado o efecto positivo de la valoración de los *medios de conocimiento* (art. 382 CPP), que son el

⁸⁹Eugenio Florián, ob. cit., p. 326.

⁹⁰Jairo Parra Quijano, Algunas reflexiones sobre los principios de la prueba. En Estado actual de la justicia colombiana: bases para la discusión del nuevo sistema procesal penal colombiano, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2003, p. 320.

⁹¹Rafael A. Díaz D., Evidencia criminal para el oficial de orden público, 1 ed., Caguas, Puerto Rico, 2002, p. 2.

vehículo por medio del cual se puede probar un hecho. Se puede decir también que un *medio de conocimiento* es la herramienta a través de la cual el juez llega a un conocimiento cierto, más allá de la duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado (art. 381 CPP).

Las normas que regulan todo lo concerniente a la *prueba* suelen distinguirse como reglas de evidencia (Estados Unidos) o reglas de derecho probatorio (Puerto Rico).

Desde un punto de vista sistémico podemos definir las *reglas* de prueba como el conjunto de normas que regulan la búsqueda, preparación, aseguramiento, ofrecimiento, presentación, introducción, práctica, controversia y valoración de medios de prueba y elementos materiales probatorios, con el fin de asegurar su autenticidad, pertinencia, admisibilidad y, en general, su confiabilidad para llevar al conocimiento del juez los hechos y la responsabilidad del procesado.

Desde una visión pragmática, *“deben garantizar una solución justa, rápida y económica a cualquier problema evidenciarlo. Su fin último es el descubrimiento de la verdad en todos los procedimientos judiciales”* (Regla 102 Federal, Estados Unidos).

3.2. Funciones

Se dice de las reglas de prueba que:

...esta normativa tiene la importante función de reglamentar y controlar el acto de juicio mediante reglas sencillas que tienen el objetivo de garantizar la confiabilidad de la prueba presentada; excluir prueba que no tiene valor probatorio o que viola principios de política pública o constitucional; proteger los derechos de las partes, especialmente los acusados; evitar que el jurado se confunda o utilice criterios ajenos a la justicia para decidir los casos; y controlar el poder de los jueces para decidir los casos al establecer guías para la evaluación del valor probatorio de la evidencia. En fin, son reglas que determinan cuál es la prueba que debe llegar al juzgador de los hechos, sea el juez o el jurado, y pretenden garantizar la justicia en los procedimientos judiciales ⁹².

Sabemos que en países con tradición acusatoria las reglas de prueba se aplican tanto a los juicios con jurado, como a los procesos con juez de derecho. En la práctica son más frecuentes y numerosos aquéllos que éstos, razón por la cual las reglas de prueba se han desarrollado más a través de decisiones tomadas en juicios con jurado. Pero, ¿son aplicables en la misma medida y dimensión las reglas de prueba a estos dos tipos de juicios?

El juez de derecho es investido con plena competencia sobre el caso, asumiendo a la vez las funciones de juez y “*jurado*” para resolver las cuestiones de hecho y de derecho, en un debate donde los peligros de una valoración irrazonable y confusa de los medios de prueba pueden no ser relevantes, dada la presencia de un “*técnico*” en

En este escenario parecerían perder importancia las reglas de prueba, ya que el grado de conocimiento y destreza del juez de derecho hace de él un funcionario al que no parece oportuno imponerle reglas

derecho. En este escenario parecerían perder importancia las reglas de prueba, ya que el grado de conocimiento y destreza del juez de derecho hace de él un funcionario al que no parece oportuno imponerle reglas y límites para que reconozca y valore el material probatorio, decidiendo inmediatamente las cuestiones relativas a la admisibilidad de los medios de prueba, pudiendo reservar dicha operación para el momento en que

vaya a valorar la prueba en conjunto.

En el juicio con juez de derecho la atmósfera es seguramente menos dramática y sugestiva que en el juicio con jurado. Los intervinientes no despliegan plenamente las estrategias y tácticas persuasivas puesto que el juez, como es abogado, reconocería sin ninguna dificultad un uso astuto e insinuante de las preguntas y objeciones en un testimonio, por ejemplo.

Por otro lado, la posibilidad de apelar las providencias interlocutorias y la sentencia obliga al registro técnico de las actuaciones orales de las partes y las decisiones del juez, lo que implica necesariamente que se aplicarán en forma rigurosa las reglas de prueba en el juzgamiento, a efectos de poder probar la pretensión ante el juez de la apelación, como por ejemplo que, como resultado de la inadmisibilidad de una prueba, se afectó el derecho de defensa y, por ende, el debido proceso.

⁹²Ibíd., citando a Rolando Enmanuelli Jiménez, p. 2.

El legislador colombiano ha optado por acoger una posición intermedia respecto de la aplicabilidad de las reglas de prueba en el juicio con juez de derecho, al consagrar sólo algunas reglas de prueba de países con tradición acusatoria, dejando las demás al desarrollo jurisprudencial que pueda tener el nuevo ordenamiento adjetivo.

4. Admisibilidad de la prueba y reglas de exclusión

Las reglas de prueba están dirigidas fundamentalmente a regular lo que se puede o debe probar y cómo probarlo. En otras palabras, fuente, objeto y tema de prueba son aspectos regulados por las reglas de prueba.

Fuente de prueba son las personas y cosas que existen en la realidad y antes del proceso, que tienen relación con los hechos que se investigan.

El testigo (ser humano) y su conocimiento existen antes del proceso y son fuente de prueba; el testimonio o la declaración se producen en el proceso y constituyen el medio de prueba...

En la prueba pericial, la materia u objeto que se somete a la pericia o peritación constituye la fuente, que preexiste al proceso; el trabajo, los recorridos, la conceptualización, constituyen el medio⁹³.

Objeto de prueba no son los hechos, ya que éstos no se prueban, se conocen. Lo que se prueba son las afirmaciones de los hechos en relación con lo alegado por las partes. Lo que puede probarse en sentido abstracto, para acreditar la consecuencia jurídica pretendida por cada parte, son las afirmaciones sobre hechos de cualquier proceso penal, que pretenden demostrar fundamentalmente si la conducta delictiva existió, y si el acusado es responsable como autor o partícipe.

Tema de prueba es el objeto de prueba en concreto, lo que debe probarse en el proceso, para que el juez declare la consecuencia jurídica pedida por la parte. Son afirmaciones sobre acontecimientos y circunstancias concretas temporo-espaciales, que el derecho objetivo ha convertido en presupuesto de un efecto jurídico.

El concepto de objeto de prueba (en abstracto y en concreto) es fundamental para el estudio y la aplicación de las reglas sobre admisibilidad y pertinencia de los medios de prueba. Se dice que: “...para que el objeto de prueba sea acogido y llevado al proceso necesita un requisito que lo pone frente a una notable limitación sustancial, es decir, que debe ser pertinente y concluyente (relevante) en relación con los fines del proceso en un caso concreto”⁹⁴.

4.1. Admisibilidad y pertinencia de la prueba

Se suele decir que todo medio de prueba admisible es pertinente, pero no todo medio de prueba pertinente es admisible. De acuerdo con una interpretación sistemática de las normas probatorias del CPP, para decidir si un determinado medio de conocimiento puede o no entrar al debate probatorio para ser valorado (admisibilidad), el juez debe realizar el siguiente proceso de verificación:

- **Legalidad.** Lo primero que hace el juez es determinar la legalidad del medio de conocimiento ofrecido, y lo hace confrontándolo con las garantías constitucionales del debido proceso (arts. 28 y 29, CP) y los derechos fundamentales, e incluso con los requisitos formales del medio establecidos en el código procesal.
- **Pertinencia.** Determinada la legalidad del medio de conocimiento, el juez verifica que dicho medio se refiera directa o indirectamente a la materia de que trata el proceso, de acuerdo con el artículo 375 del CPP.
- **Confiabilidad.** Determinada la pertinencia del medio de conocimiento, el juez debe cerciorarse de que el medio no deba ser excluido por poseer poca significación probatoria para apoyar la alegación de la parte que lo ofrece, en términos de conducencia, suficiencia o relevancia (art. 376 CPP).
- **Conocimiento personal.** El siguiente examen se hace para determinar si el testigo va a declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir (art. 402 CPP).

⁹³Jairo Parra Quijano, ob. cit., p. 317.

⁹⁴Eugenio Florián, ob. cit., p. 121.

4.1.1. Legalidad

El análisis de legalidad suele hacerse, sobre todo, en los casos de ofrecimiento de elementos materiales de prueba recogidos en diligencias de registro y allanamiento, cuando pudieron haberse vulnerado los derechos constitucionales del debido proceso del acusado.

Dicho análisis comienza en etapas tempranas de la actuación procesal, cuando el juez de garantías realiza el control sobre la legalidad de un acto de investigación, momento en el cual debe examinar no sólo el aspecto formal: orden escrita de autoridad judicial competente, formalidades legales y motivos fundados; sino también los elementos de tipo sustancial que se refieren a los derechos fundamentales de la personas, cuya verificación es el objeto principal de la tarea del funcionario a cargo del control jurisdiccional de garantías en la etapa de investigación ⁹⁵.

La suerte de los elementos materiales probatorios recogidos en esas diligencias depende directamente de ese análisis de legalidad, como lo dice la Corte Constitucional:

Cabe señalar que la prueba no sólo se encuentra condicionada al cumplimiento de los requisitos de carácter formal para su aducción, que son los mismos a los que aludió el constituyente en el séptimo debate como requisitos de validez, 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 conforme se advierte lo que fue el trámite en primera vuelta ⁹⁶.

Si el examen de legalidad no es satisfactorio, los elementos probatorios quedarán excluidos del debate oral, en virtud de lo dispuesto en los artículos 23, 276 y 360 del CPP.

El examen de legalidad que hace el juez de garantías sobre el medio de prueba obtenido en actos de investigación, y aquel que realiza el juez de conocimiento sobre el medio de prueba ofrecido, puede culminar con

una decisión de nulidad de dicho medio, o lo que es lo mismo, con la declaración judicial de *invalidez*, es decir, con la orden de *exclusión* o *inutilizabilidad* del medio durante la actuación procesal.

El artículo 29 constitucional establece tal sanción procesal para la prueba obtenida con violación del derecho fundamental al *debido proceso*, dentro del cual se incluyen las *garantías fundamentales* de que habla el artículo 23 del CPP, denominado *regla de exclusión por ilicitud*. Se trata de una importantísima regla de prueba que garantiza al procesado que la sentencia no podrá fundarse en medios de conocimiento obtenidos con violación de sus derechos fundamentales, o con inobservancia de las formas propias de cada juicio.

La jurisprudencia colombiana ha desarrollado una cierta clasificación de los medios de prueba atendiendo su eventual carácter de *invalidez*. Así la prueba, en general, es *ilícita*, y a su vez ésta puede ser *inconstitucional* o *ilegal*, dependiendo de que se haya obtenido con violación de los derechos fundamentales del procesado, o bajo desconocimiento de algunos de los requisitos que la ley señala para su formación ⁹⁷.

En el marco de la Ley 906 de 2004, la *prueba inconstitucional* sería aquella anunciada en el artículo 23, y la *ilegal* aquella a la que se refiere el artículo 360:

Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.

El juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código.

Sin embargo, a veces resulta un poco artificial tal diferenciación, como quiera que las reglas de prueba que gobiernan aspectos de forma de la búsqueda, aseguramiento, descubrimiento, ofrecimiento, práctica y valoración de la prueba, están establecidas para dar alcance a la efectiva aplicación al derecho fundamental al debido proceso, con lo cual el desconocimiento de la “forma-

⁹⁵Corte Constitucional, Sentencias C-1092 de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis, y C-591 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas.

⁹⁶Corte Constitucional, Sentencia C-1092 de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

⁹⁷Corte Constitucional, Sentencia SU-159 de 2002, Exp. T-426353, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

alidad” afecta necesariamente lo *fundamental*. El mismo legislador es consciente de esto al denominar el género como *legalidad*:

Legalidad. La legalidad del elemento material probatorio y evidencia física depende de que en la diligencia en la cual se recoge o se obtiene, se haya observado lo prescrito en la Constitución Política, en los Tratados Internacionales sobre derechos humanos vigentes en Colombia y en las leyes (art. 276 CPP).

La regla de exclusión del artículo 23 del CPP contiene también la consagración legal de la denominada *doctrina del árbol envenenado*, de origen eminentemente angloamericano, según la cual, la exclusión no se predica solamente de la evidencia obtenida con violación del debido proceso, “...sino que se extiende a los ‘frutos’ de esa evidencia, es decir, a la otra evidencia cuyo origen está vinculado estrechamente a la evidencia obtenida originariamente en violación a la protección constitucional”⁹⁸. El mencionado artículo establece: “Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia”.

Reafirmando la vigencia de esta doctrina, la Corte Constitucional colombiana declaró la inexecutable de un aparte del artículo 232 del CPP, que desconocía la orden de exclusión del inciso segundo del artículo 23 del CPP, al establecer que la invalidez de los elementos materiales probatorios y la evidencia física obtenidos en un registro, solo puede decretarse cuando aquellos dependan “directa y exclusivamente” de éste⁹⁹.

La jurisprudencia constitucional anterior a la reforma acusatoria había dicho que durante todo el proceso de preparación y formación de la prueba, el acaecimiento de cualquier tipo de hecho que viole las garantías constitucionales del procesado genera solamente la exclusión del medio y no la nulidad del proceso¹⁰⁰. Sin embargo, la jurisprudencia reciente extiende el efecto de la exclusión al de la nulidad del proceso, cuando los factores de ilicitud tienen que ver con tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial¹⁰¹.

⁹⁸Ernesto L. Chiesa Aponte, ob. cit., p. 207.

⁹⁹Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁰⁰Corte Constitucional, Sentencia SU-159 de 2002, Exp. T-426353, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁰¹Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁰²Olga E. Resumil de S., *Práctica jurídica de Puerto Rico. Derecho procesal penal*, Tomo I, San Juan de Puerto Rico, Publishing Company, 1990, p. 307.

El legislador colombiano, al acoger la doctrina estadounidense del “Fruto del árbol ponzoñoso”, estableció excepciones mediante las cuales la prueba derivada de los procedimientos ilícitos es admisible para el debate oral

El hecho de que el medio de conocimiento sea producto de una actuación ilícita por parte del órgano persecutor no lo hace inadmisibile per se. El legislador colombiano, al acoger la doctrina estadounidense del “*Fruto del árbol ponzoñoso*”, estableció excepciones mediante las cuales la prueba derivada de los procedimientos ilícitos es admisible para el debate oral: “Para efectos del artículo 23 se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley” (art. 455 CPP).

El *vínculo atenuado* se constituye como una excepción a la exclusión probatoria por ilicitud, en la medida en que aquí disminuye el reproche jurídico sobre la relación causa-efecto (vínculo) entre la prueba obtenida con violación del debido proceso y otra u otras derivadas de ésta, con cual las últimas aparecen como “*frutos curados del árbol envenenado*”. La ilicitud atenuada del tal vínculo puede darse en diferentes hipótesis fácticas: el tiempo

transcurrido entre el incidente que desató la obtención y el momento en que se obtiene la evidencia; la atmósfera total en que se desarrolla la obtención; la calidad de la intervención estatal; voluntariedad de la entrega de la evidencia, ya sea mediante consentimiento a un registro o allanamiento, o al ofrecer declaraciones inculpativas; si el sospechoso fue advertido por un agente estatal sobre sus derechos a permanecer callado y a obtener asistencia de un letrado, incluso a través del Estado si fuera necesario, así como sobre el hecho de que las declaraciones prestadas se pueden usar en su contra¹⁰².

En la *fuentes independiente*, la fuente (causa) directa de una obtención evidenciaria ilegal (efecto) es la actividad o procedimiento viciado. Puede existir una fuente independiente de ésta, que conduzca al mismo efecto, lo cual hace admisible la obtención de la evidencia, si ésta es confiable. Veamos:

...se ha resuelto que una identificación extrajudicial o una confesión que sea producto de una intervención irrazonable puede ser admitida en evidencia si es confiable.

ble. De igual modo, evidencia obtenida en función de una orden librada con posterioridad a un allanamiento ilegal será admisible si se demuestra que la orden se fundamentó en información conocida con anterioridad e independientemente de la obtenida por medio de la intervención irrazonable¹⁰³.

En el *descubrimiento inevitable* la prueba obtenida como resultado de un procedimiento ilegal puede ser usada en el juicio oral, cuando su obtención se hubiera verificado de todos modos en la eventualidad de un procedimiento legal. Su admisibilidad debe entonces fundamentarse en que no se podía evitar el hallazgo, dadas las especiales circunstancias que concurren para permitir que el elemento probatorio esté allí y se llegue a él por caminos legales o ilegales.

4.1.2. Pertinencia

Tradicionalmente se verifica una diferencia entre *pertinencia* y *conducencia*. El CPP la mantiene, pero sólo da ubicación taxativa al concepto de *pertinencia* en su artículo 375 cuando dice:

El elemento material probatorio y el medio de prueba deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativas a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito.

El concepto de *pertinencia* adoptado en el CPP da la posibilidad al juez de admitir prueba que se relacione *indirectamente* con los hechos o las circunstancias relativas a la conducta delictiva y a la responsabilidad del acusado. La relación indirecta entre prueba y hecho puede ser aquella manifiesta, por ejemplo, en el caso de la prueba *indirecta, circunstancial o indiciaria*, que proporciona una premisa para una inferencia o raciocinio lógico, que nos lleva a los hechos.

Esta relación indirecta admisible es congruente con la posibilidad de admitir prueba que de una u otra manera ofrezca *probabilidad* de existencia de hechos y circunstancias que interesen al proceso, como sería el caso de una prueba pericial que ayude a probar el dicho de un

testigo sobre las circunstancias materiales (visibilidad) en que percibió un homicidio, por ejemplo. Igualmente, es posible admitir prueba que, sin estar relacionada directamente con los hechos o circunstancias, afirme o refute la credibilidad de un testigo. Así lo dispone también la regla 18A del Código de Evidencias de Puerto Rico: “*Evidencia pertinente es aquella tendiente a hacer la existencia de un hecho más probable o menos probable de lo que sería sin tal evidencia; dicho hecho debe, a su vez, referirse a una cuestión en controversia o a la credibilidad de algún testigo o declarante*”.

Prueba pertinente puede ser también aquella que no logra ser *autenticada* e *identificada*. Al respecto se dice:

La autenticación e identificación de la prueba es el proceso por el cual una parte presenta evidencia suficiente para sostener que la materia en cuestión es lo que la parte proponente sostiene en la afirmativa que es. Un ejemplo de lo anterior es cuando encuentran un cadáver apuñalado y junto a él, un cuchillo cubierto de sangre. Cuando el fiscal pretenda presentar dicho cuchillo como evidencia, tiene que establecer que ese cuchillo fue el que realmente se utilizó para asesinar a la víctima. Si no se tratare del cuchillo con que se dio muerte a la víctima, el mismo no será pertinente a la controversia, y por tanto, inadmisibile en evidencia. Es decir, habrá que autenticar e identificar dicho cuchillo para que pueda ser admitido en evidencia. Es decir, habrá que probarle al tribunal que dicho cuchillo presentado en evidencia es el que realmente se encontró junto al cadáver¹⁰⁴.

4.1.3. Confiabilidad

Habiendo determinado la pertinencia del medio de conocimiento, el juez debe verificar que el medio no deba ser excluido cuando su valor probatorio no compensa el potencial de error, confusión o dilación que entraña admitirlo, de acuerdo con los factores legales de inadmisión del artículo 376 del CPP: a) que exista peligro de causar grave perjuicio indebido; b) probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o exhiba escaso valor probatorio, y c) que sea injustamente dilatoria del procedimiento.

Estos casos hacen referencia a la inadmisibilidad de la prueba por *inconducencia*, y se relacionan con algunos de los que trae la regla 19 del Código de Evidencias de Puerto Rico, que además considera los casos de “*desorientación del jurado*” e “*innecesaria presentación de prueba acumulativa*” (Regla 19C).

¹⁰³Ibíd., p. 309.

¹⁰⁴Rafael A. Díaz D., ob. cit., p. 232.

La doctrina puertorriqueña ha dicho que el “*peligro de causar perjuicio indebido*”, la “*probabilidad de confusión*” y “*la desorientación del jurado*”, son casos de inadmisión de la prueba por razones de protección de la integridad de la decisión de un jurado. Dice que los casos de “*dilación de los procedimientos*” e “*innecesaria presentación de prueba acumulativa*” son prescripciones que protegen los procedimientos de efectos dañinos frente al juez de derecho.

El legislador colombiano, al traer estos institutos a nuestro ordenamiento legal, parece no haber hecho las mismas consideraciones, ya que, habiendo decidido no incluir al jurado en el proceso penal, sin embargo trajo la prescripción del “*perjuicio indebido*”, atribuible más que todo a un juez de conciencia, que no tiene la capacidad de controlar “*técnicamente*” la conducencia de la prueba. La posibilidad de que la prueba cause *perjuicio indebido* es latente en todo proceso acusatorio de juzgamiento, ya que a menudo las partes acuden a los sentimientos y las emociones para persuadir al juzgador. Es el caso de la exhibición de fotografías que muestran situaciones impactantes y desagradables relacionadas con el caso, para propiciar una decisión judicial movida por sentimientos de consideración, pudor, venganza, etc. Ésta debe ser una limitante a la admisibilidad, ya que tanto un jurado como un juez de derecho están propensos a sufrir tal efecto.

Lo mismo se puede decir de la prueba que pretenda o pueda causar *confusión* en el juez, ya que el juzgador puede ser confundido por un medio de conocimiento que posea elementos de carácter científico o técnico que, en lugar de dar “*mayor claridad al asunto*”, lo que hagan sea desorientar al juez.

La posibilidad de que el medio “*exhiba escaso valor probatorio*” es una circunstancia que debe ser predicable de cualquier proceso de razonamiento que pretenda determinar la conducencia del medio, valoración o balance que debe hacerse también sobre las otras circunstancias que trae el artículo 376 del CPP.

Que la prueba sea “*injustamente dilatoria*” es una circunstancia explicable, ya que no puede ser confiable una prueba ofrecida al amparo de maniobras oscuras para evitar que el juzgamiento avance. Debe ser *injusta* la maniobra probatoria, porque puede presentarse el caso de medios de prueba que se aducen para remediar o

sanear un procedimiento que a la postre resultará nulo, por ejemplo.

4.1.4. Conocimiento personal y prueba de referencia

El otro examen clave de admisibilidad es el relacionado con el *conocimiento personal y directo* que debe tener el órgano de prueba sobre los hechos que declara. Así lo ordena el artículo 402 del CPP, que reza:

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

De acuerdo con esta norma, los *testimonios de oídas* están proscritos del debate probatorio, y constituyen una de las formas en que se presenta la denominada *prueba de referencia*, que puede definirse como toda declaración hecha por fuera del juicio, realizada por un declarante para probar la verdad del contenido de la declaración, que se trae al juicio a través de un medio de prueba que puede ser testimonial o documental.

La regla 60 del Código de Evidencias de Puerto Rico define la prueba de referencia así: “...*es una declaración aparte de la que hace el declarante al testificar en el juicio o vista, que se ofrece en evidencia para probar la verdad de lo aseverado*”. El artículo 437 del CPP, la define de la siguiente manera:

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 de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial, cuando no sea posible practicarla en el juicio.

La Corte Suprema de Justicia ha dado alcance interpretativo a esta norma:

En términos menos abstrusos, puede decirse que *prueba de referencia* es la evidencia (medio probatorio) a través de la cual se pretende probar la verdad de una declaración realizada al margen del proceso por una persona deter-

¹⁰⁵Corte Suprema de Justicia, Sentencia 27.477, 6 de marzo de 2008, M. P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

¹⁰⁶Real Academia Española, ob. cit., p. 667.

minada, no disponible para declarar en el juicio, que revela hechos de los cuales tuvo conocimiento personal, trascendentes para afirmar o negar la tipicidad de la conducta, el grado de intervención del sujeto agente, las circunstancias de atenuación o agravación concurrentes, la naturaleza o extensión del daño ocasionado, o cualquier otro aspecto sustancial del debate (antijuricidad o culpabilidad, por ejemplo) ¹⁰⁵.

Lo primero que hay que precisar es qué entendemos por declaración, siendo ésta una “manifestación o explicación de lo que otro u otros dudan o ignoran”¹⁰⁶. Así, se trata de la manifestación de una persona, expresada en una oración o proposición que afirma o niega algo. No se trata, pues, de la tradicional declaración que hace un testigo ante un tribunal, sino de una *aseveración*¹⁰⁷, que puede ser oral o escrita, o puede darse también de manera implícita a través de una conducta no verbalizada, como una mueca, un gesto o un ademán. En resumen, oraciones que *afirmen, aseguren o nieguen* algo pueden tomarse como *declaraciones* para efectos de la prueba de referencia, sólo si quien las hace quiere que se tomen como tales.

Oraciones como “*Raúl mató a Juan*”, “*Usted es un corrupto*”, “*Carlos cometió el delito, no fue Pedro*”, son declaraciones que afirman algo respecto de la comisión de un delito o de la participación en el mismo. Tales declaraciones constituyen prueba de *referencia*, si la intención de quien las ofrece es establecer que es cierto el contenido de la *declaración* referida en el juicio por otro testigo que la escuchó del declarante. No puede ser de otra manera, ya que si lo que se intenta probar es una cosa distinta del contenido de la aseveración hecha con fines de *declaración*, y considerando que ésta no está sometida al derecho de contradicción de la parte afectada, y que excepcionalmente sería admisible, se estaría menoscabando aún más la garantía constitucional de controversia probatoria acerca de un hecho que se probaría sólo con la declaración. Veamos dos ejemplos:

Supóngase que A le dice “*pillo*” a B, y acto seguido B lo golpea. En el proceso por agresión contra B, la prueba de que A le dijo “*pillo*” no sería prueba de referencia si la ofrece para probar el estado mental que le causó el

oír esa ofensa y no para demostrar que la declaración es cierta o no.

Igual situación ocurre cuando se ofrece prueba de que un policía respondió a determinada llamada por radioteléfono, con base en la cual realizó un arresto. La prueba sobre la aseveración que escuchó el policía no constituye prueba de referencia cuando se ofrece para probar el porqué de la presencia del policía en el lugar de los hechos ¹⁰⁸.

Vale la pena señalar que la exigencia de que la *declaración* deba usarse sólo para establecer veracidad o falsedad de lo dicho por el declarante no está explícitamente consagrada en la regla del artículo 437 del CPP. Allí se estipula que el propósito debe ser “...*probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial*...”. Sin embargo, las categorías allí descritas

No se trata, pues, de la tradicional declaración que hace un testigo ante un tribunal, sino de una aseveración¹⁰⁷, que puede ser oral o escrita, o puede darse también de manera implícita a través de una conducta no verbalizada

responden a aspectos sustanciales de la comisión de un delito o de la participación en el mismo que, en una u otra forma, están inmersos en toda declaración que se haga con fines de esclarecimiento y juzgamiento de un delito. Sobre este punto la Corte Suprema dice:

...la normatividad exige que la verdad que se pretende probar a través de la prueba de referencia, tenga adicionalmente la virtualidad de definir aspectos

sustanciales del proceso, como las categorías del delito, o las circunstancias de atenuación o agravación concurrentes, exigencia que no responde en estricto sentido a las notas características de la prueba de referencia, sino a una condición de admisibilidad de las pruebas en general, en virtud de su pertinencia objetiva y funcional ¹⁰⁹.

Como es lógico en este contexto normativo, la *declaración* debe haberse producido por fuera del juicio oral, ya que si se hace en él, constituye una prueba testimonial directa sujeta a las reglas de contradicción debidas. De aquí que la principal razón para su exclusión del debate probatorio es que no permite el ejercicio del derecho de contradicción, que consiste en confrontar al declarante, a efectos de quitarle credibilidad en cuanto a su percepción, proceso de evocación, narración y sinceridad.

¹⁰⁷Regla 60A de Puerto Rico.

¹⁰⁸Enrique Vélez R., Derecho de la prueba, Fundación para el estudio y repaso del derecho, San Juan de Puerto Rico, 2003, p. 85.

¹⁰⁹Corte Suprema de Justicia, Sentencia 27.477, 6 de marzo de 2008, M. P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

Tenemos entonces que la *prueba de referencia* es una declaración hecha con anterioridad al juicio oral, traída a él por un testigo que la escuchó de boca de su emisor, o a través de medios escritos (informales o en documento bajo la gravedad del juramento), sonoros, visuales, gestuales (asentir con la cabeza, por ejemplo), con el objeto de probar que lo que refiere el testigo presente en el juicio es verdadero o falso. Este ejemplo es esclarecedor:

PEDRO oyó a ERNESTO decir que RAÚL mató a JUAN.

Donde el declarante ausente en el juicio es ERNESTO, el medio de prueba es el testimonio de PEDRO, y la aseveración que hay que probar es que “RAÚL mató a JUAN”¹¹⁰.

Otros ejemplos de prueba de referencia pueden ser: PEDRO testifica que le escucha a CARLOS decir: “*El semáforo estaba en rojo*”, o JUAN escucha a JOSÉ decir “*El carro era azul*”.

La regla general es que la *prueba de referencia* no es admisible. Y no lo es, primero, porque es la negación absoluta del *principio de inmediación de la prueba*, que pregona la impertinencia de declaraciones hechas fuera del juicio oral, sin la presencia del juez fallador. Segundo, porque desconoce el *principio de contradicción*, a través del cual se garantiza la impugnación del medio que contiene la información pertinente materia de prueba.

Llama la atención que la Corte Suprema de Justicia dé un alcance diferente al principio de inmediación relacionado con la prueba de referencia. Efectivamente, en providencia del 8 de noviembre de 2007, la Corte otorga calidad de prueba a todo tipo de *medios cognoscitivos* que se pretendan incorporar al juicio oral, sin reprochar su condición de prueba de referencia, por constituir declaraciones hechas fuera del juicio por un declarante que no está presente en él y que no consulta los supuestos fácticos del artículo 438 del CPP. Para la alta corporación solo basta que esas declaraciones de referencia sean incorporadas por intermedio de quien ella llama “*la fuente indirecta del conocimiento de los hechos*”, que para ella no es otra que la persona que actúa como testigo de acreditación, en la mayoría de los casos, un investigador que entrevistó o tomó declaración a una persona que no está presente en el juicio.

Así se pronuncia la Corte:

Los medios de conocimiento obtenidos en actos de indagación y de investigación técnica o científica, como *experticias, diagnósticos, entrevistas, reconocimientos, declaraciones de eventuales testigos, interrogatorios a indiciados, informes de investigación de campo, actas de reconocimiento fotográfica*, huellas, manchas, residuos vestigios, armas, dineros, mensajes de datos, textos manuscritos, mecanografiados, grabaciones fonópticas, videos, etc. (art. 275 literal h), son evidencia probatoria del proceso cuando son presentados ante el juez en la audiencia de juicio oral por el sujeto procesal a través del *testigo de acreditación* (fuente indirecta del conocimiento de los hechos) que es el responsable de la recolección, aseguramiento y custodia de la evidencia¹¹¹ (énfasis agregado).

En un sistema penal que respete las garantías constitucionales (léase principios de inmediación y contradicción), este tipo de medios cognoscitivos (resaltados), a lo sumo podrían ser aceptados como herramientas de *impugnación de la credibilidad* del testigo, cuando esté presente y declarando frente al juez, y asuma posturas contrarias a las defendidas en declaraciones anteriores (entrevistas, declaraciones juradas, interrogatorios, informes, etc.). Debería entonces matizarse el significado de la anterior jurisprudencia, con una posterior más afortunada:

Esta especial característica la diferencia también de la llamada *prueba de referencia con fines de impugnación*, a través de la cual no se busca probar la verdad de la declaración realizada por una persona que no está disponible para concurrir al juicio oral, como de ordinario acontece con la evidencia que se utiliza con propósitos estrictamente probatorios, sino simplemente con el fin de cuestionar la credibilidad de un determinado testigo, en los casos previstos en el artículo 403 del Código¹¹².

La Corte Suprema de Justicia había pregonado que la *prueba de referencia* no constituía un problema de *pertinencia* ni de *legalidad* y que, por tanto, no era objeto de pronunciamiento alguno de admisibilidad por parte del juez, ni de decreto de exclusión o supresión en esa instancia o en instancias superiores como en el recurso extraordinario de casación, sino que debía entrar al proceso sin “*filtro*” alguno, para que una vez practicada fuera objeto de valoración menguada dado su carácter particular. En aquella ocasión la Corte afirmó: “...*La problemática esencial de la prueba de referencia no radica en la pertinencia ni*

¹¹⁰Ernesto Chiesa Aponte, ob. cit., p. 340.

¹¹¹Corte Suprema de Justicia, Casación del 8 de noviembre de 2007, M. P. Alfredo Gómez Quintero.

¹¹²Corte Suprema de Justicia, Sentencia 27.477, 6 de marzo de 2008, M. P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

en la legalidad determinada ex ante, sino en la posibilidad de controvertirla, y en la valoración o fuerza de convicción que de ella pudiere derivarse”¹¹³.

En mejor decisión posterior, la Corte cambia radicalmente su postura y afirma:

...la admisibilidad a práctica de la prueba de referencia no opera por la mera circunstancia de concurrir los presupuestos señalados en el artículo 438 del Código. Paralelamente a ello, el juzgador debe examinar si la prueba satisface las exigencias de legalidad, oportunidad, pertinencia objetiva, pertinencia funcional, conducencia y conveniencia exigidos por el Código para la admisión de las distintas categorías probatorias (artículos 360, 374, 375 y 376 ejusdem), conclusión que se obtiene de interrelacionar no solo las disposiciones generales que regulan la admisibilidad de las pruebas, sino del claro texto del artículo 441...¹¹⁴

La regla de exclusión relativa a la prueba de referencia es quizás la más usada en los sistemas acusatorios con larga tradición adversarial, no sin denotar que ostenta un grado de complejidad sobresaliente. Se ha desarrollado a través de múltiples antecedentes judiciales, los cuales han proporcionado infinidad de situaciones excepcionales, hoy regladas, que describen los casos en que esta prueba es admisible en los debates penales. “La regla de exclusión de prueba de referencia está sujeta a tantas excepciones que el manejo de la admisibilidad de prueba de referencia se ha hecho ciertamente difícil. Nuestras reglas de evidencia reconocen más de treinta (30) excepciones, sin contar las cláusulas abiertas y residuales”¹¹⁵.

De acuerdo con la doctrina y jurisprudencia estadounidense y puertorriqueña, los factores que justifican la admisión excepcional de este tipo de prueba son: i) que no hay lesión significativa al derecho de confrontación de la parte contra la cual se admite la prueba de referencia; ii) el elemento de necesidad en cuanto a que el declarante no está disponible para testificar en el juicio o vista en que se ofrece prueba de referencia; y iii) garantías circunstanciales de confiabilidad que pueda tener la declaración¹¹⁶.

En Colombia se optó por tener en cuenta sólo el factor de no disponibilidad del declarante para hacer la misma de-

claración en el juicio. Tal factor se advierte en el artículo 438 del CPP:

Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:

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

También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallan registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos, factores que responden a lo que el derecho angloamericano llama *garantías circunstanciales de confiabilidad*.

Por escrito de pasada memoria la doctrina entiende “toda declaración contenida en un escrito o grabación en relación a una materia sobre la cual el testigo una vez tuvo conocimiento, pero al presente no recuerda lo suficiente para permitirle testificar en forma precisa, si el escrito o grabación fue hecho o adoptado por el testigo cuando la materia estaba fresca en su memoria”¹¹⁷. Y por archivo histórico, aquel donde reposan documentos que por su valor para la investigación, la ciencia o la cultura, han sido declarados de conservación permanente”¹¹⁸.

Esta última providencia postula además una muy particular forma de entender la expresión “evento similar” del literal b) del artículo 438 del CPP. Para la Corte tal término significa:

La expresión *eventos similares*, indica que debe tratarse de situaciones parecidas a las previstas en las excepciones tasadas, bien por su naturaleza o porque participan de las particularidades que le son comunes, como lo es, por ejemplo, que se trate de casos en los que el declarante no se halle disponible como testigo, y que la indisponibilidad obedezca a situaciones especiales de fuerza mayor, que no puedan ser racionalmente superadas, como podría ser la *desaparición voluntaria del declarante o su imposibilidad de localización*¹¹⁹ (énfasis agregado).

¹¹³Corte Suprema de Justicia, Sentencia 24.468 del 30 de marzo de 2006, M. P. Edgar Lombana Trujillo.

¹¹⁴Corte Suprema de Justicia, Sentencia 27.477, 6 de marzo de 2008, M. P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

¹¹⁵Ernesto Chiesa Aponte, ob. cit., p. 343.

¹¹⁶Ernesto Chiesa Aponte, Tratado de derecho probatorio, tomo II, Publicaciones JTS, San Juan de Puerto Rico, 2003, p. 588.

¹¹⁷Ernesto Chiesa Aponte, Derecho Procesal de Puerto Rico y Estados Unidos, ob. cit., Vol. III, p. 350.

¹¹⁸Corte Suprema de Justicia, Sentencia 27.477, 6 de marzo de 2008, M. P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

¹¹⁹Idem.

El legislador ubicó el término *evento similar* en el literal b) del artículo ya referido, y no en la parte final del artículo 348 del CPP. Lo hizo así, para darle conexión única con los factores “*secuestro*” y “*desaparición forzada*”, que a su vez participan de un factor común cual es la presencia de una fuerza externa no controlada que limita la autonomía de quien realizó la declaración y que no está presente en el juicio oral. De tal manera que los eventos similares deben guardar conexión cercana con este denominador común y no con otros factores ajenos a él, como podrían ser aquellos resaltados en negrilla en la cita anterior.

Adicionalmente a esto, la misma providencia en crítica recuerda cómo el legislador había desechado una excepción, trasplantada del Código de Evidencia de Puerto Rico (Regla 64A) al proyecto de ley, consistente en admitir como prueba una declaración de referencia, cuando quien la realizó se rehúse a rendir testimonio, a pesar de ser compelido para ello por el Juez.

Es evidente que el mismo criterio de rechazo del legislador debe aplicarse a las eventualidades descritas en la providencia (desaparición voluntaria del declarante o su imposibilidad de localización), como quiera que responden a la misma lógica de no tener por confiable la ausencia voluntaria del declarante en el juicio.

En síntesis:

Históricamente la prueba de referencia ha sido considerada una evidencia no confiable. Se ha sostenido, con razón, que los riesgos en el proceso de valoración se multiplican por diversos factores, como por ejemplo la ausencia de intermediación objetiva y subjetiva, la imposibilidad de confrontar directamente en juicio el testigo que tuvo conocimiento personal del hecho, y la falta de análisis de los procesos de percepción, memoria, sinceridad y narración del mismo, todo lo cual redundaba negativamente en su consistencia probatoria¹²⁰.

4.2. Determinaciones preliminares de admisibilidad

Cuando a la parte opositora le es evidente la ilegalidad de algún medio probatorio anterior al juicio, lo cuestiona en la audiencia preparatoria mediante la solicitud de exclusión del mismo. En el derecho angloamericana-

no, para efectos de notificación y debida preparación, el juez insiste en que el solicitante haga la solicitud en forma escrita, fundamentándola brevemente, antes de la audiencia. Si hay necesidad de citación de testigos o peritos, se puntualiza la misma y se pide que sean citados a la audiencia. Esto permite que el proponente, generalmente el fiscal, prepare su respuesta. Además, permite que se citen a audiencia, para efectos de declarar, a los testigos necesarios. Por ejemplo, si se alega 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 frente a 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 el concepto de “*audiencias probatorias*” o de “*testimonio base*”, en el sentido de que existe alguna controversia que no tiene que ver directamente con los fines del juicio, pero que es conveniente resolver con anticipación. Así, tales exámenes preliminares pueden ser también sobre la capacidad de una persona para ser testigo, la existencia de un privilegio, o la impugnación de testigos. Base de admisión cuyo escenario natural sería la audiencia preparatoria.

El juez debe examinar si el órgano de prueba cumple con los requisitos mínimos para ser testigo: que pueda comunicarse de manera que se le pueda entender; y que comprenda su obligación de decir la verdad y sus consecuencias.

Ante una oposición para que el testigo declare en el debate oral, el juez puede ordenar que tales condiciones sean confirmadas por peritos expertos en el asunto, para lo que los llamará y los escuchará sobre su dicho técnico, luego de lo cual decidirá si admite o no la prueba.

Si el juez decide que el testigo tiene capacidad para testificar, se recibe su testimonio sin perjuicio de que la parte adversa inquiera en contrainterrogatorio sobre las mismas limitaciones que resultaron insuficientes para declarar al testigo incompetente, pues esto ayuda al juzgador a estimar el valor probatorio del testimonio¹²¹.

En el evento de que aparezca la posibilidad de que el órgano de prueba esté amparado por un privilegio, ante una oposición, el juez debe verificar que se satisfacen los

¹²⁰Corte Suprema de Justicia, Sentencia 27.477, 6 de marzo de 2008, M. P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

¹²¹Ernesto Chiesa Aponte, Tratado de derecho probatorio, ob. cit., p. 1094.

requisitos establecidos en la norma que crea el privilegio. Se debe distinguir, por ejemplo, entre el derecho a no declarar y la obligación de no hacerlo en virtud de un privilegio. La Constitución protege el derecho de toda persona a no declarar contra sí misma o parientes. Este derecho es renunciable por la persona a quien la ley se lo otorga.

Por otra parte, la ley impone a ciertas personas que ejercen una profesión que implica confidencialidad y reserva de la información recibida, el deber de no revelarla si no son autorizadas para ello por quien les confió la información en virtud y con ocasión de esa calidad, ya que la información que han recibido no es la ordinaria de cualquier persona, sino privilegiada por la relación de vínculo, que implica una *expectativa razonable de confidencialidad* (el privilegio pertenece al dueño de la información y no al recepcionista de la misma, ya que la recibió para un fin específico y no para revelarla).

Si el esposo le confía a su mujer que mató a una persona, ésta no puede revelar la información si el esposo no la autoriza, ya que la información que conoció lo fue en virtud de la confidencialidad de la unión. Si una mujer ve a su esposo matar a una persona, puede renunciar al derecho de no declarar, sin que para ello requiera permiso del marido, ya que la información que obtuvo no fue en razón de la relación sino de la ocasión u oportunidad de percibir un hecho que habría podido percibir cualquier persona.

4.3. Estipulaciones probatorias

De acuerdo con el principio rector relacionado con la actuación procesal (art. 10 CPP), *“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”*. *“Se entiende por estipulaciones probatorias los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos y sus circunstancias”* (art. 356 - par. CPP).

El escenario natural, que no único, para que las partes lleguen a acuerdos sobre pruebas pertinentes es la audiencia preparatoria, ya que allí se planifica el desarrollo del juicio oral y se toman decisiones a efectos de garantizar la efectividad del procedimiento. En este sentido, las estipulaciones benefician a las partes porque pueden tener como probados hechos, y avanzar en la realización de su teoría del caso, así como también, tomar un

hecho como probado y argumentar la conclusión en su alegato de parte.

Ejemplos de estipulaciones en este escenario pueden ser:

La Fiscalía y la defensa acuerdan:

- Que de haber declarado en juicio el señor Jaime Castro lo habría hecho según aparece en el informe de la entrevista efectuada por el investigador Baretta, el 12 de septiembre (anexa declaración ante el investigador).
- Que se tiene como probado que el señor Durán, el acusado, es ambidiestro.
- Que la sustancia incautada en la casa del acusado es cocaína, según informe pericial.
- Que el plano que hizo el planimetrista, José Rodríguez, del CTI, representa fielmente la escena de los hechos.
- Que no hay controversia sobre la causa de la muerte del señor XX y que la misma es la consignada en el informe del médico legista, Dr. YY.

En la audiencia de formulación de la acusación pueden presentarse también los acuerdos probatorios, ya que es un escenario de *descubrimiento de la prueba* en el cual conocen y analizan los medios cognoscitivos y, consecuentemente, pueden estipular según su teoría del caso; no obstante, estos acuerdos se presentan al juez en la audiencia preparatoria para que revise que no violan derechos fundamentales y los admita para ser introducidos en el juicio.

En la audiencia de juicio oral es posible también hacer estipulaciones probatorias, tales como:

- F. *“La Fiscalía llama al cabo José Cortés”*.
- D. *“La Fiscalía planea llamar a todos los miembros de la compañía de fusileros para que atestigüen”*.
- F. *“Es testimonio relevante, ya que la misma defensa pretende desvirtuar que se impartió una orden”*.
- D. *“La defensa está dispuesta a conceder que los 22 testigos dirán lo mismo que dijo el testigo Carlos Suárez, que acaba de rendir su testimonio, si la Fiscalía acuerda que ninguno de ellos estuvo con*

los acusados el 16 de septiembre”.

F. “*La Fiscalía acepta*”.

Cabe destacar que las estipulaciones probatorias dan como probado un hecho o circunstancia, y que la parte se acoge a lo estipulado, pero esto no implica que le estén vedados el análisis y las sugerencias de valoración de lo probado, así como tampoco, cuestionar de conclusión la credibilidad del testigo cuya declaración originó la estipulación.

5. Reglas sobre la actividad probatoria

En un sistema de partes, corresponde a cada una de ellas probar el supuesto de hecho de la norma que invoca para sustentar su pretensión. En este sentido, las partes deben buscar, ubicar, identificar, hacer analizar, preparar, custodiar, ofrecer y presentar los elementos probatorios que hacen parte de su teoría del caso.

5.1. Búsqueda de la prueba

Un sistema de juzgamiento con *centralidad* de la prueba en el juicio implica que las partes deben preparar su actividad probatoria desde la etapa anterior, a través de actos de investigación tendientes a la obtención de medios cognoscitivos con vocación probatoria. Dichos actos deben sujetarse a las reglas establecidas en la ley, cuyo fundamento es la necesidad de que el órgano que investiga respete los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, condiciones sin las cuales los elementos probatorios encontrados no pueden ser usados ni valorados para probar hechos en las audiencias preliminares, y mucho menos en la audiencia de juicio oral, durante el debate probatorio.

El control sobre la legalidad de estos actos de investigación lo hace el juez de garantías, de manera previa o posterior, según el grado de afectación de los derechos fundamentales. Este control previo se realiza actualmente sobre los siguientes actos: capturas, registros personales, inspecciones corporales, obtención de muestras que involucren al imputado, procedimientos en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales, y búsquedas selectivas en bases de datos¹²².

Así mismo, existen actos de búsqueda de la prueba sin control del juez de garantías tales como: entrevistas (art. 206 CPP); inspección del lugar del hecho (art. 213 CPP); inspección de cadáver (art. 214 CPP); y otros con control posterior del juez como: registros y allanamientos (arts. 219 - 232 CPP); retención de correspondencia (arts. 233, 234 CPP); interceptación de comunicaciones y similares (art. 235 CPP); recuperación de información dejada al navegar por Internet (art. 236 CPP); vigilancia y seguimiento de personas (art. 239 CPP); vigilancia de cosas (art. 240 CPP); análisis e infiltración de organización criminal (art. 241 CPP); actuación de agentes encubiertos (art. 242 CPP); entrega vigilada (art. 243 CPP); exámenes de ADN (art. 245 CPP); métodos de identificación (arts. 251 - 253 CPP).

Dichos actos deben sujetarse a las reglas establecidas en la ley, cuyo fundamento es la necesidad de que el órgano que investiga respete los derechos fundamentales y las garantías constitucionales

5.2. Aseguramiento de la prueba

El garantizar la *autenticidad* o *mismidad* y, por tanto, la *confiabilidad* del elemento material probatorio, no sólo es responsabilidad de la Fiscalía, sino también de la defensa, cuando pretendan hacerlo valer como medio de conocimiento en juicio oral. Esto implica realizar en forma técnica o empírica todos los procedimientos relacionados con la cadena de custodia: ubicación, fijación, identificación, recolección, embalaje, preparación, custodia y traslado; y que durante los tiempos transcurridos entre la ubicación, el ofrecimiento y posterior presentación, los elementos materiales probatorios estén bajo control de una persona autorizada y no se produzca su alteración o suplantación. El CPP dispone: “*Cada elemento material probatorio recogido en alguna de las inspecciones reguladas en los artículos anteriores será asegurado, embalado y custodiado para evitar la suplantación o la alteración del mismo. Ello se hará observando las reglas de cadena de custodia*” (art. 216).

5.3. Descubrimiento de la prueba

A efectos de garantizar el ejercicio pleno del derecho de contradicción de la prueba, con la acusación, el fiscal debe descubrir a la defensa *todos* (art. 250 CP) los medios cognoscitivos que haya encontrado durante su investigación, hayan sido o no tenidos en cuenta para formular la acusación, vayan o no a hacerse valer en el juicio. De-

¹²²Corte Constitucional Sentencia C-336 del 9 de mayo de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

ber que debe empezar a cumplir desde el momento mismo de la radicación del escrito de acusación, dado que se entiende que ya en sede de audiencia de acusación tal descubrimiento es especial o particular sobre ciertos elementos materiales probatorios, requeridos incluso por la defensa, toda vez que, superada la fase de investigación, la defensa tiene derecho a conocerlos, tal como se dispone en el numeral 3 del artículo 125 del CPP.

...la obligación inicial del fiscal en la audiencia de descubrimiento es la de descubrir el material probatorio *sustento de la acusación*. Sin embargo, si la defensa lo *considera conveniente y provechoso* para su estrategia defensiva, el artículo 344 le confiere una herramienta adicional para que, además del material que ya fue genéricamente descubierto, el fiscal descubra otros elementos que estén en su poder y que, *por no haber sido considerados relevantes*, no fueron descubiertos¹²³.

A la defensa le corresponde la obligación correlativa, la cual debe cumplir en la audiencia preparatoria (art. 356-2 CPP). Allí debe entregar a la Fiscalía “... *copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio*” (art. 344 CPP). Esta norma es clara en el sentido de ordenar que la defensa descubra solo aquellos medios de prueba que pretenda hacer valer en el juicio. Lo anterior, sin perjuicio del deber para la defensa de descubrimiento en sede de audiencia de acusación en el evento de fincar su teoría del caso en la inimputabilidad de su representado. (art. 344 del CPP).

El artículo 344 del CPP consagra también la posibilidad de que, a petición de la defensa o del representante de la víctima¹²⁴, el juez ordene “*a quien corresponda*”, el descubrimiento de medios cognoscitivos específicos de que se tenga conocimiento. Entidades públicas o privadas, o, incluso, personas naturales, que tengan en su poder medios cognoscitivos que interesen al proceso, deben aportarlos a través del juez¹²⁵.

La parte que omita sus obligaciones en materia de descubrimiento de medios cognoscitivos debe soportar las sanciones institucionales (medidas correccionales del juez, Fiscalía, Defensoría Pública y régimen disciplina-

rio) por el hecho de vulnerar los principios fundamentales y en especial los de *lealtad y buena fe*. En cuanto a la sanción procesal, el artículo 346 del CPP reporta que el incumplimiento al descubrimiento de medios cognoscitivos genera la imposibilidad de aducirlos al proceso (ofrecer en la audiencia preparatoria) como medios probatorios, y por consiguiente, su rechazo para que se conviertan en pruebas a través de su práctica en el juicio.

5.4. Ofrecimiento de la prueba

El medio de prueba lo tiene que ofrecer la parte o interviniente (víctima)¹²⁶ que pretenda hacerlo valer en juicio. El escenario procesal para el ofrecimiento del medio probatorio es la audiencia preparatoria. No puede decretarse de oficio la práctica de un medio de conocimiento¹²⁷. Si un medio de prueba se va a utilizar para probar un hecho o varios hechos que interesan a las dos partes, ambas lo deben ofrecer, bajo requisito sustancial de informar al juez la pertinencia y conducta del ofrecimiento probatorio¹²⁸.

Por excepción, aunque el Ministerio Público no es parte, si considera que un medio de prueba no ofrecido por las partes es esencial para el proceso, debe no sólo solicitar que se decrete, sino proponerlo (art. 357 CPP)¹²⁹.

La prueba anticipada también debe ofrecerse durante la audiencia preparatoria por la parte que solicitó su práctica y que desea hacerla valer en juicio. Se ofrece para introducirla en la audiencia del juicio oral. Si no se ofrece o no se introduce en la audiencia, así ya esté practicada con todos los requisitos de prueba en juicio, por el principio de concentración, el juez no la podrá valorar.

El único medio de prueba que no es imperativo ofrecer en la audiencia preparatoria es la declaración del acusado, ya que éste puede renunciar a su derecho a guardar silencio en cualquier momento, antes de que finalice la etapa probatoria del juicio. La Fiscalía no está facultada para ofrecer al acusado como su testigo propio. Sin embargo, cuando la defensa lo ofrece como testigo, la

¹²³Corte Constitucional, Sentencia C-1194 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹²⁴Corte Constitucional, Sentencia C-209 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹²⁵Corte Constitucional, Sentencia C-1194 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹²⁶Corte Constitucional, Sentencia C-209 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹²⁷Corte Constitucional, Sentencia C-396 de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹²⁸Corte Suprema de Justicia, auto de segunda instancia del 26 de octubre de 2007, M. P. Sigifredo Espinosa Pérez.

¹²⁹Corte Suprema de Justicia, Sentencia 24.468 del 30 de marzo de 2006, M. P. Edgar Lombana Trujillo.

Fiscalía puede solicitar al juez que le permita interrogarlo como testigo propio, eso sí, acreditando al juez su pertinencia y conducencia.

Es necesario precisar, sin embargo, que en virtud de lo decidido por la Corte Constitucional al momento de revisar la constitucionalidad de lo consagrado en el artículo 394 de la Ley 906 de 2004 –sentencia C-782 de 2005–, si bien, como se anotó en precedencia, la Fiscalía cuenta con la facultad de solicitar interrogar directamente al procesado, si cumple con las exigencias de demostrar la pertinencia y conducencia de la prueba, ello no significa que, ya sentado en el estrado de los testigos el procesado, éste tenga la obligación de responder a sus cuestionamientos o el funcionario pueda impelerlo a confesar o decir la verdad, como quiera que, así lo anotó el alto Tribunal, el derecho a guardar silencio sigue vigente y la confesión, para que valga como tal, ha de ser libre, voluntaria y espontánea...¹³⁰

5.5. Presentación de la prueba

Quien ofrece un elemento material de prueba debe presentarlo en la audiencia oral. Esto implica introducirlo a través del órgano de prueba que tenga capacidad para testificar sobre su autenticidad y relación con los hechos objeto del debate. Se exceptúa el caso donde es la víctima o el Ministerio Público quien hace el ofrecimiento.

Con respecto a los testigos y peritos, debe establecerse la base o el fundamento para su declaración. El conocimiento directo o indirecto de los hechos por haberlos visto, oído, palpado, custodiado, analizado.

Si se quieren presentar documentos en la audiencia oral, éstos se deben leer y exhibir mediante el órgano de prueba por el cual se introducen.

La evidencia demostrativa (art. 423 CPP) se presenta o se exhibe a través de cualquier medio manual o técnico conocido previamente por los intervinientes (carteleros, mapas, diagramas, fotografías, Power Point, 3D), de tal forma que pueda conocerse y entenderse. Si se requiere, un experto la debe explicar.

Durante la presentación del medio de prueba la parte debe enfocarse en lo que el medio le aporta a su teoría del caso, y en los hechos o las circunstancias que puede

establecer, demostrar, adjudicar o refutar a través de ese medio de prueba.

5.6. Práctica de la prueba

También denominada *formación de la prueba*, la práctica de ésta es la etapa crucial de toda la actuación procesal, ya que aquí es donde se materializan todos los principios del sistema acusatorio. Los testigos son interrogados y contrainterrogados, se autentican e identifican medios de prueba, se incorporan elementos materiales probatorios, etc. La práctica de cada medio probatorio está regulada en varias partes de un mismo capítulo por el CPP:

- Reglas generales para la prueba testimonial (arts. 382 - 404, CPP).
- Prueba pericial (arts. 405 - 423, CPP).
- Prueba documental (arts. 424 - 434, CPP).
- Reglas relativas a la inspección (arts. 435 y 436, CPP).
- Reglas relativas a la prueba de referencia (arts. 437 - 441, CPP).

5.7. Controversia de la prueba

Más que el derecho de controversia –que es inherente al sistema acusatorio y se desarrolla tanto en la fase procesal como en la preprocesal–, frente a la prueba se debe dar el contradictorio: las partes tienen derecho a controvertir los medios de prueba y los elementos materiales probatorios presentados en el juicio por la otra parte, y los que se practiquen por fuera de la audiencia oral como prueba anticipada. Esto implica el derecho a conocer con antelación el medio de prueba y, tratándose de testigos, sus declaraciones previas.

5.8. Valoración de la prueba

El juez deberá evaluar en conjunto los medios de conocimiento practicados y controvertidos en su presencia, a efectos de determinar los hechos que han quedado establecidos, demostrados o adjudicados, con sujeción a las normas relativas a cada medio de conocimiento

¹³⁰Corte Suprema de Justicia, auto de segunda instancia del 26 de octubre de 2007, M. P. Sigifredo Espinosa Pérez.

(testimonial, pericial, documental, e inspección judicial). Adviértase que nunca se podrá dictar una sentencia condenatoria basada únicamente en prueba de referencia (art. 381 CPP)¹³¹.

La valoración de los medios de conocimiento por parte del juez debe hacerse teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, el cumplimiento de los procedimientos de cadena de custodia (técnicos y empíricos), y el grado de aceptación científica, técnica o artística de los principios en que se fundamenta.

Son *criterios de valoración del testimonio*: los principios técnico-científicos sobre la percepción y la memoria; la naturaleza del objeto percibido; el estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción; las circunstancias del lugar, tiempo y modo en que se percibió; los procesos de rememoración; el comporta-

miento del testigo durante el interrogatorio y el contra-interrogatorio; la forma de sus respuestas; su personalidad (art. 404 CPP).

Son *criterios de valoración de la prueba pericial*: la idoneidad técnico-científica y moral del perito; la claridad y exactitud de sus respuestas; el comportamiento al responder; el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito; los instrumentos utilizados; la consistencia del conjunto de respuestas (art. 420 CPP).

Son *criterios de valoración de la prueba documental*: que no haya sido alterada ni en su forma ni en su contenido; que permita obtener un conocimiento claro y preciso del hecho, declaración o atestación de verdad que constituye su contenido; que dicho contenido sea conforme con lo que ocurre ordinariamente (art. 432 CPP).

¹³¹Corte Suprema de Justicia, Sentencia 24.468 del 30 de marzo de 2006, M. P. Edgar Lombana Trujillo, y Sentencia 27.477, 6 de marzo de 2008, M. P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.



SEXTA PARTE

CONTENIDO

VI. Sistema de audiencias orales del proceso penal acusatorio

1. Fundamentos constitucionales de la oralidad en el Sistema Penal Acusatorio..93
2. Las audiencias orales en la etapa de investigación.....94
3. Las audiencias orales en la etapa de juzgamiento.....111



SEXTA PARTE

VI. Sistema de audiencias orales en el proceso penal acusatorio

1. Fundamentos constitucionales de la oralidad en el sistema penal acusatorio

Los estándares internacionales para el juzgamiento de personas promueven la realización de un juicio público y con todas las garantías. En este escenario son pocas las referencias normativas expresas sobre la *oralidad* como método de adelantar los juicios públicos, pero es claro que *publicidad* y *oralidad* son principios inescindibles e inseparables, como quiera que el uno no puede ser sin el otro.

La *publicidad* del proceso penal tiene dentro de sus múltiples objetivos el de hacer más transparente la actuación procesal y, por su puesto, el de garantizar la realización de una pronta y cumplida justicia a través de procedimientos expeditos bajo el *principio de celeridad*. Tales fines serían imposibles de lograr si se continuara con las actuaciones escritas y rituales. En otras palabras, en la práctica, sin la *oralidad* no sería posible realizar juicios

públicos, ya que la escritura no permite dar a conocer de manera pública y transparente el desarrollo y resultado de los procesos penales.

Los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos promulgan:

Toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con Justicia por un Tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley en Juicio Público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.1.) y la Declaración Americana sobre Derechos Humanos (art. 8), rezan:

Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las garantías debidas, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley. ... Toda sentencia en materia penal será pública.

... toda persona tiene derecho a “*ser oída con las garantías y dentro de un plazo razonable*”.

El derecho fundamental al *debido proceso* del artículo 29 de la Constitución Política implica una serie de garantías constitucionales, entre ellas la de un proceso público desarrollado dentro de un plazo razonable, lo que de suyo no es posible si no se aplica la *oralidad* como instrumento integrador y sistemático de los restantes principios procesales que enriquecen el procedimiento. Por eso es que el Acto Legislativo 03 de 2002, al reformar el artículo 250 constitucional, dejó expresa la obligación de adelantar la actuación procesal a través de un “... *juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías*”.

2. Las audiencias orales en la etapa de investigación

2.1. Naturaleza

Según el Código de Procedimiento Penal —el cual responde a la estructura y los principios orientadores de un sistema acusatorio que establece el juicio como fase única del proceso, y una fase preprocesal o preparatoria que tiene por objeto ubicar, fijar, identificar, preparar y asegurar los medios de conocimiento y elementos materiales de prueba que se presentarán en el juicio o que fundamenten alguna otra decisión conclusiva de la investigación—, cualquier actuación o diligencia desarrollada durante la indagación o investigación que restrinja un derecho fundamental del investigado o de otro interviniente debe ordenarse, revisarse o adoptarse por un juez, en audiencia oral, donde el funcionario resolverá sobre su ajuste a la Constitución y la ley de acuerdo con los fundamentos fácticos y jurídicos presentados por el requirente.

En términos generales, las afectaciones de derechos fundamentales dentro del curso de una indagación o investigación penal las debe ordenar un juez. Lo mismo ocurre con las decisiones judiciales que involucran aspectos relacionados con la extinción de la acción penal. No obstante, con base en las facultades —algunas de carácter judicial y otras propias de la actividad investigativa— que la Constitución Política ha reservado para la Fiscalía, este control de garantías por regla general se realiza posteriormente en un término de hasta 36 horas contados, en algunos casos, a partir de la orden que haya dado la Fiscalía, y en otras ocasiones contados a partir del momento en que se cumplió el objeto de la orden.

2.2. Características comunes

- Son tramitadas por el juez de garantías, excepto la audiencia de preclusión, que se realiza ante el juez de conocimiento.
- Se realizan durante la etapa de investigación y por excepción durante el juicio (solicitud de captura, medida de aseguramiento, libertad o preclusión).
- La actuación del juez no es oficiosa sino rogada. Las audiencias se llevan a cabo por requerimiento de alguna de las partes o intervinientes.
- Se garantiza el derecho de controversia de la otra parte, pero no es un “*minijuicio*”, ya que las actuaciones realizadas (interrogatorios y contrainterrogatorios) no tienen valor de prueba para efectos del juicio oral.
- Corresponde al requirente presentar al juez el fundamento fáctico y jurídico de la petición con los medios cognoscitivos que lo sustentan.
- Las audiencias de control posterior tienen términos perentorios para su requerimiento, dados por el cumplimiento de la situación fáctica establecida en la ley.
- Deben realizarse con la presencia del imputado o su defensor, salvo las que tienen carácter reservado.
- El examen que debe realizar el juez no es sólo de legalidad sino de respeto de los derechos fundamentales y las garantías esenciales.
- La decisión del juez en sentido negativo no tiene ejecutoria material sino formal. Por tanto, se puede acudir de nuevo ante el mismo juez u otro juez de control de garantías para formular la petición, si el fundamento fáctico ha variado.

- Las audiencias no tienen por objeto determinar la admisibilidad o no del medio de prueba (audiencia preparatoria), sino el respeto de las garantías fundamentales en la solicitud y práctica de la actuación, lo que podría dar lugar a la nulidad de pleno derecho de la prueba. Sin embargo, el juez de garantías está facultado para decretar la exclusión de un medio de prueba, cuando ha determinado que la diligencia en la cual se obtuvo se realizó con violación de las garantías constitucionales o los requerimientos legales¹³². Ello sólo en tratándose de elementos probatorios derivados de registros, allanamientos, interceptación de comunicaciones, interceptación de correspondencia, y búsqueda de información dejada al navegar por Internet.
- El juez debe comunicar al Ministerio Público su realización, para que determine si desea participar.

2.3. Clases de audiencias en la etapa de investigación

2.3.1. De control de garantías previo

- Para solicitar orden de captura del imputado (art. 297 CPP).
- Para realizar inspección corporal (art. 247 CPP).
- Para realizar registro personal (art. 248 CPP).
- Para obtención de muestras que involucran al imputado (art. 249 CPP).
- Para realizar reconocimientos y exámenes físicos de víctimas de lesiones personales y agresiones sexuales (art. 250 CPP).
- Para realizar búsquedas selectivas en bases de datos (art. 244 CPP).

2.3.2. De control de garantías posterior

- De control de la captura por orden de juez o en flagrancia (arts. 300 y 301 CPP).
- De control de registros y allanamiento (arts. 219 y 237 CCP).

- De control de interceptación de comunicaciones telefónicas y similares (art. 235 CPP).
- De control de actividades de recuperación de información dejada al navegar por Internet u otros medios tecnológicos que produzcan efectos equivalentes (art. 236 CPP).
- De control de medidas cautelares sobre bienes susceptibles de comiso y solicitud de suspensión del poder dispositivo sobre bienes (art. 84 CPP).
- De control a la vigilancia y el seguimiento de personas (art. 239 CPP).
- De control a la vigilancia de cosas (art. 240 CPP).
- De control a la actuación de agentes encubiertos en infiltración y penetración de organizaciones criminales (arts. 241 y 242 CPP).
- De control a los resultados de entregas vigiladas (art. 243 CPP).
- De control sobre cotejos de los exámenes de ADN que involucren al indiciado o imputado (art. 245 CPP).
- Para presentar elementos materiales probatorios recogidos durante allanamientos, registros, interceptación telefónica o de otras comunicaciones, vigilancias e infiltración de organizaciones criminales (art. 154 -1 CPP).
- De control sobre las actuaciones que la defensa considere hayan afectado o afecten sus derechos fundamentales (art. 267 CPP).
- De control sobre asuntos similares a los anteriores (art. 154-8 CPP).

2.3.3. De trámite

- Para declaratoria de persona ausente (art. 127 CPP).
- Para formulación de la imputación (arts. 154-6 y 289 CPP).
- Para solicitar medida de aseguramiento en contra del imputado (arts. 154-4 y 306 CPP).
- Para solicitar medidas cautelares reales (arts. 92 y 154-5 CPP).

¹³²Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 16 de mayo de 2007, Proceso 26.310, M. P. Sigifredo Espinosa Pérez.

- Para solicitar revocatoria o sustitución de la medida de aseguramiento (art. 318 CPP).
- De control sobre aplicación del principio de oportunidad (arts. 154-7 y 327 CPP).
- Para la práctica de prueba anticipada (arts. 154-2 y 284 CPP).
- Para adoptar medidas de protección a víctimas y testigos (arts. 154-3 y 342 CPP).
- Para decretar la preclusión de la investigación (art. 333 CPP).

2.4. Estructura básica de las audiencias en la etapa de investigación.

2.4.1. Orden de captura (arts. 297 y ss. CPP)

- *Objeto de la audiencia.* Solicitar orden para la captura del indiciado, imputado o acusado.
- *Iniciativa.* Fiscalía General de la Nación.
- *Fundamento jurídico.* Solo en los delitos en que proceda la detención preventiva y con las formalidades legales.
- *Fundamento fáctico-probatorio.* Motivos razonablemente fundados en informes de policía judicial, declaraciones juradas de testigos e informantes, o en elementos materiales probatorios o evidencia física (art. 221 CPP)¹³³, que permitan inferir que aquel contra quien se pide librar la orden es autor o partícipe del delito que se investiga.
- *Oportunidad para la solicitud.* Durante la investigación o el juzgamiento.
- *Participantes en la audiencia.* El fiscal debe estar presente. El Ministerio Público puede estar presente si lo desea.
- *Desarrollo de la audiencia.* Recibida la solicitud en la secretaría del despacho, el juez fijará fecha y hora para

su realización y citará a la parte requirente e informará al Ministerio Público. Llegados el día y la hora, e instalada la audiencia, el juez de garantías concede la palabra al requirente para que le entregue 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, el Ministerio Público o el fiscal pueden interrogar a los investigadores, testigos, peritos, o a quien sea la fuente de la información, de acuerdo con el momento 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.* Proferida la orden de captura, el juez de control de garantías o el de conocimiento, desde el momento en que emita el sentido del fallo o profiera formalmente la sentencia condenatoria, la enviará inmediatamente a la Fiscalía General de la Nación para que disponga el o los organismos de policía judicial encargados de realizar la aprehensión física, y se registre en el sistema de información que se lleve para el efecto. De igual forma, deberá comunicarse cuando por cualquier motivo pierda su vigencia, para descargarla de los archivos de cada organismo, indicando el motivo de tal determinación¹³⁴.
- *Formalidad de la decisión.* El mandamiento escrito expedido por el juez correspondiente indicará de forma clara y sucinta los motivos de la captura, el nombre y los datos que permitan individualizar al indiciado o imputado cuya captura se ordena, el número de radicación de la investigación adelantada por la policía judicial y el fiscal que dirige la investigación. Copia de la orden de captura reposará en el despacho del juez que la ordenó.
- *Recursos.* Proceden recursos ordinarios.

¹³³ Artículo declarado exequible condicionalmente por la Corte Constitucional en Sentencia C-673 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹³⁴ Artículo 20 de la Ley 1142 de 2007.

2.4.2. Autorización para obtención de muestras que involucren al imputado (art. 249 CPP)

- *Objeto de la audiencia.* Solicitar orden para obtención de muestras que involucren al imputado cuando éste se niega a proporcionarlas. Las muestras pueden ser fluidos corporales, voz, grafos, impresión dental, pisadas, etc.
- *Iniciativa.* Fiscal que dirige la investigación.
- *Fundamento jurídico.* Cuando a juicio del fiscal resulte necesario a los fines de la investigación.
- *Fundamento fáctico-probatorio.* Que existan 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.
- *Oportunidad para la solicitud.* Durante la investigación.
- *Participantes en la audiencia.* Obligatorio el fiscal y el defensor. Facultativo, el Ministerio Público.
- *Desarrollo de la audiencia.* Recibida la solicitud en la secretaría del despacho, el juez fijará fecha y hora para su realización, citará a las partes obligatorias e informará al Ministerio Público. Llegados el día y la hora, e instalada la audiencia, el juez de garantías concede la palabra al requirente para que le dé el fundamento jurídico y fáctico de la petición, y le presente los elementos materiales probatorios, informes u otros medios cognoscitivos que la fundamenten. 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 muestras para examen, siguiendo los procedimientos establecidos en el CPP y garantizando la presencia del defensor en la diligencia. El juez ponderará la solicitud del fiscal, o de la policía judicial en circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, para determinar si la medida específica es o no pertinente y, de serlo, si también es idónea, necesaria y proporcionada en las condiciones particulares del caso. La obtención de muestras siempre se realizará en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad, y humanidad para el imputado¹³⁵.

- *Recursos.* Proceden los recursos ordinarios.

2.4.3. Autorización para obtención de muestras de lesionados o víctimas de agresiones sexuales (art. 250 CPP)

- *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.
- *Iniciativa.* Fiscal o defensor.
- *Fundamento jurídico.* Cuando se requiere para el éxito de la investigación, y cuando la víctima o su representante legal se han negado a proporcionar la muestra, a pesar de que se les haya explicado su necesidad y las consecuencias de no obtenerla para el éxito de la investigación.
- *Fundamento fáctico-probatorio.* Medio de prueba que establezca la calidad de víctima del hecho relacionado con la libertad sexual, integridad corporal o un delito en el que la evidencia física se encuentra en el cuerpo de la víctima. Constancia escrita de la negativa a proporcionar la muestra, a pesar de haberles explicado la trascendencia de la misma.
- *Oportunidad para la solicitud.* Durante la investigación.

Llegados el día y la hora, e instalada la audiencia, el juez de garantías concede la palabra al requirente para que le dé el fundamento jurídico y fáctico de la petición, y le presente los elementos materiales probatorios

¹³⁵Corte Constitucional, Sentencia C-822 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

- *Participantes en la audiencia.* Obligatorio, el fiscal. Facultativos, la defensa, el Ministerio Público y la víctima.
- *Desarrollo de la audiencia.* Recibida la solicitud en la secretaría del despacho, el juez fija fecha y hora para su realización. Llegados el día y la hora, e instalada la audiencia, el juez de garantías concede la palabra al fiscal para que le dé el fundamento jurídico y fáctico de la petición, y le presente los elementos materiales probatorios, informes u otros medios cognoscitivos que la fundamenten. Este fundamento consistirá en la necesidad de tomar la muestra para el éxito 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.* De perseverar la víctima en su negativa, el juez de control de garantías podrá autorizar o negar la medida, y la negativa de la víctima prevalecerá salvo cuando el juez, después de ponderar si la medida es idónea, necesaria y proporcionada en las circunstancias del caso, 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. No se podrá practicar la medida en persona adulta víctima de delitos relacionados con la libertad sexual sin su consentimiento informado y libre. La práctica de reconocimiento y exámenes físicos para obtener muestras físicas siempre se realizará en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad, y humanidad para la víctima¹³⁶.
- *Recursos.* Proceden los recursos ordinarios.

2.4.4. Autorización para Inspección corporal (art. 247 CPP)

- *Objeto de la audiencia.* Solicitar autorización para intervenir en el cuerpo del imputado a fin de recuperar

elementos materiales probatorios y evidencia física necesarios para la investigación.

- *Iniciativa.* Fiscal o la policía judicial en circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia.
- *Fundamento jurídico.* Cuando se requiere para el éxito de la investigación.
- *Fundamento fáctico-probatorio.* Cuando el fiscal tenga motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos recaudados legalmente.

Este fundamento consistirá en la necesidad de tomar la muestra para el éxito de la investigación, de acuerdo con la naturaleza de la conducta, y el hecho de que la víctima se ha negado a suministrarla voluntariamente

- *Oportunidad para la solicitud.* Durante la investigación.

- *Participantes en la audiencia.* Obligatorio, el fiscal y el defensor. Facultativo, el Ministerio Público.

- *Desarrollo de la audiencia.* Recibida la solicitud en la secretaría del despacho, el juez fija fecha y hora para su

realización. Llegados el día y la hora, e instalada la audiencia, el juez de garantías concede la palabra al fiscal para que le dé el fundamento jurídico y fáctico de la petición, y le presente los elementos materiales probatorios, informes u otros medios cognoscitivos que la fundamenten. Este fundamento consistirá en la necesidad de realizar la inspección para el éxito de la investigación. El juez le concederá la palabra a los intervinientes para que se pronuncien sobre la petición.

- *Decisión.* El juez ponderará la solicitud para determinar si la medida específica es o no pertinente y, de serlo, si también es idónea, necesaria y proporcionada en las condiciones particulares del caso. Cuando el imputado invoque circunstancias extraordinarias, no tenidas en cuenta al conferir la autorización judicial, para negarse a permitir la inspección corporal, se deberá acudir al juez de control de garantías que autorizó la medida para que éste defina las condiciones bajo las cuales ésta se podrá practicar, o la niegue. La inspección corporal siempre se realizará en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad para el imputado ¹³⁷.

¹³⁶Corte Constitucional, Sentencia C-822 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹³⁷Idem.

- *Recursos.* Proceden los recursos ordinarios.

2.4.5. Autorización para registro personal (art. 248 CPP)

- *Objeto de la audiencia.* Solicitar autorización para registrar una persona relacionada con una investigación que se adelanta, a fin de recuperar elementos materiales probatorios y evidencia física necesarios para la investigación.
- *Iniciativa.* Fiscal o la policía judicial en circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia.
- *Fundamento jurídico.* Cuando se requiere para el éxito de la investigación adelantada, salvo que se trate de registro incidental a la captura realizado con ocasión de ella.
- *Fundamento fáctico-probatorio.* Cuando el fiscal tenga motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos recaudados legalmente, para inferir que una persona está en posesión de elementos materiales probatorios y evidencia física.
- *Oportunidad para la solicitud.* Durante la investigación.
- *Participantes en la audiencia.* Obligatorios, el fiscal y el defensor. Facultativo, el Ministerio Público.
- *Desarrollo de la audiencia.* Recibida la solicitud en la secretaría del despacho, el juez fija fecha y hora para su realización. Llegados el día y la hora, e instalada la audiencia, el juez de garantías concede la palabra al fiscal para que le dé el fundamento jurídico y fáctico de la petición, y le presente los elementos materiales probatorios, informes u otros medios cognoscitivos que la fundamenten. Este fundamento consistirá en la necesidad de realizar el registro para el éxito de la investigación. El juez le concederá la palabra a los intervinientes para que se pronuncien sobre la petición.
- *Decisión.* El juez ponderará la solicitud para determi-

nar si la medida específica es o no pertinente y, de serlo, si también es idónea, necesaria y proporcionada en las condiciones particulares del caso. El juez de control de garantías también definirá las condiciones bajo las cuales ésta se podrá practicar en el evento de que la persona sobre la cual recae el registro se niegue a permitir su práctica¹³⁸.

- *Recursos.* Proceden los recursos ordinarios.

2.4.6. Autorización para búsqueda selectiva en bases de datos (art. 244 CPP)

- *Objeto de la audiencia.* Solicitar autorización para acceder a datos personales organizados con fines legales y recogidos por instituciones o entidades públicas o privadas debidamente autorizadas para ello¹³⁹.
- *Iniciativa.* Fiscal.
- *Fundamento jurídico.* Cuando se requiera adelantar búsqueda selectiva en las bases de datos que implique el acceso a información confidencial referida al indiciado o imputado o, incluso, a la obtención de datos derivados del análisis cruzado de las mismas.
- *Fundamento fáctico-probatorio.* Cuando el fiscal tenga motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos recaudados legalmente, para inferir que en las bases de datos se encuentra información necesaria para la investigación.
- *Oportunidad para la solicitud.* Durante la investigación.
- *Participantes en la audiencia.* Obligatorio, el fiscal. Facultativo, el Ministerio Público.
- *Desarrollo de la audiencia.* Recibida la solicitud en la secretaría del despacho, el juez fija fecha y hora para su realización. Llegados el día y la hora, e instalada la audiencia, el juez de garantías concede la palabra al fiscal para que le dé el fundamento jurídico y fáctico de la petición, y le presente los elementos materiales

¹³⁸Idem.

¹³⁹Corte Constitucional, Sentencia C-336 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

probatorios, informes u otros medios cognoscitivos que la fundamenten. Este fundamento consistirá en la necesidad de realizar la búsqueda selectiva para el éxito de la investigación. El juez le concederá la palabra a los intervinientes para que se pronuncien sobre la petición.

- *Decisión.* El juez ponderará la solicitud para determinar si la medida específica es o no pertinente y, de serlo, si también es idónea, necesaria y proporcionada en las condiciones particulares del caso.
- *Recursos.* Proceden los recursos ordinarios.

2.4.7. Control judicial de la captura en flagrancia (art. 301 CPP)

- *Objeto de la audiencia.* Solicitar al juez la revisión de la legalidad de la captura del indiciado, imputado o acusado, realizada en flagrancia, ya sea por la policía o por un ciudadano. En tal caso el propio fiscal, para determinar si ordena la libertad examina las condiciones objetivas¹⁴⁰ (no subjetivas de la flagrancia) de que trata el artículo 313 del CPP, y evalúa si el delito por el que se procede tiene señalada pena mínima inferior a cuatro años, evento en el cual también procede a disponer la libertad, excepto cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso del año anterior, contado a partir de la nueva captura o imputación, siempre y cuando no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente, en atención a lo previsto en el artículo 26 numeral 1 de la Ley 1142 de 2007, o que se trate de delito de competencia de los jueces penales del circuito especializados, o que se trate de delitos contra los derechos de autor con cuantía inferior a 150 SMLMV. También procede la libertad por parte del fiscal cuando la captura fuere ilegal¹⁴¹.

- *Iniciativa.* Fiscalía.

- *Fundamento jurídico.* Deberán acreditarse los elementos de la flagrancia del artículo 301 del CPP, y que el delito por el que se procede tiene detención preventiva.

- *Fundamento fáctico-probatorio.* Medios cognoscitivos, informes, declaraciones de testigos, elementos materiales o cualquier medio a través del cual se pueda inferir que el indiciado ha sido sorprendido en flagrante delito.
- *Oportunidad para la solicitud.* Inmediatamente a la aprehensión o a más tardar dentro de las 36 horas siguientes a la captura.
- *Participantes en la audiencia.* Obligatorios, el fiscal, el defensor y el capturado (cuando el capturado haya entrado en estado de inconsciencia después de la privación de la libertad o se encuentre en un estado de salud que le impida ejercer su defensa material, la audiencia es válida con la sola presencia del defensor de confianza o designado por el sistema nacional de defensoría pública)¹⁴². Facultativo, el Ministerio Público.
- *Desarrollo de la audiencia.* Llegados el día y hora fijados por el juez, éste concederá la palabra a la Fiscalía para que entregue el fundamento por el cual el imputado ha sido capturado sin una orden previa del juez, es decir, los motivos que permiten inferir que se dieron los presupuestos de la flagrancia. El juez le concederá la palabra a los intervinientes para que se pronuncien sobre la petición de control.
- *Decisión.* Si el juez encuentra que la solicitud para la celebración de la audiencia de control de garantías se realizó inmediatamente a la aprehensión a más tardar dentro de las 36 horas siguientes a la captura; si por el delito investigado procede objetivamente la detención preventiva, y si existen medios cognoscitivos que permiten inferir que existió flagrancia, procede a legalizarla. Si alguno de los requisitos anteriores no se cumplió, el juez declarará la invalidez del procedimiento y ordenará la libertad del imputado.

¹⁴⁰Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁴¹Idem.

¹⁴²Artículo 18 de la Ley 1142 de 2007.

capturado. Si se mantiene la reclusión, oficio suscrito por quien tenga a disposición al capturado con destino al establecimiento carcelario para que permanezca recluso. En el mismo deberán expresarse el motivo y la fecha de la captura.

- *Recursos.* Reposición y apelación (art. 20 CPP).

2.4.8. Control judicial de registros y allanamientos (art. 237 y 238 CPP)

- *Objeto de la audiencia.* Solicitar al juez la revisión de la legalidad material y formal de la diligencia de registro y allanamiento realizada por la policía judicial en virtud de orden expedida por la Fiscalía General de la Nación.
- *Iniciativa.* Fiscalía.
- *Fundamento jurídico.* Finalidad de obtener elementos probatorios y evidencia física, o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado. Si el registro y allanamiento tiene como finalidad única la captura del indiciado, imputado o condenado, sólo podrá ordenarse en relación con delitos susceptibles de medida de aseguramiento de detención preventiva (art. 219 CPP).
- *Fundamento fáctico-probatorio.* Cuando existan motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos recaudados legalmente, con los cuales se pueda concluir que la ocurrencia del delito investigado tiene como probable autor o partícipe al propietario, al simple tenedor del bien por registrar, al que transitoriamente se encontrare en él; o que en su interior se hallan los instrumentos con los que se ha cometido la infracción, o los objetos producto del ilícito (art. 220 CPP). Los motivos fundados deben ser respaldados, al menos, en informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante, o en elementos materiales probatorios y evidencia física que establezcan con verosimilitud la vinculación del bien por registrar con el delito investigado (art. 221 CPP).

En el caso de los informantes el fiscal debe haber tenido la posibilidad de interrogarlos a fin de apreciar mejor su credibilidad. La reserva de los datos del informante no vincula al juez de control de garantías ¹⁴³.

- *Oportunidad para la solicitud.* Dentro de las 24 horas siguientes a la diligencia (art. 237 CPP).
- *Participantes en 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. El ministerio público podrá participar. También deberán asistir la policía judicial que realizó la diligencia, y los testigos o peritos, por si el juez desea escucharlos.
- *Desarrollo de la audiencia.* Instalada la audiencia en el día y la hora, el juez verificará la presencia de las partes, 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 a interrogatorio del investigador, perito o testigo. 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 concederá la palabra a la defensa, si está presente, para que exponga, si lo desea, fundamentos en contra de los ofrecidos por la Fiscalía que conduzcan a la nulidad o invalidez de la actuación. Si la defensa se abstiene de intervenir podrá, en la audiencia preparatoria, si procede, hacer la solicitud de exclusión de las evidencias obtenidas en el allanamiento.
- *Decisión.* Si el juez encuentra que la orden se ajustó a la Constitución y la ley, que existió motivo fundado, respaldado por los medios de investigación, para restringir el derecho fundamental a la intimidad, y que la diligencia se realizó con respeto de los derechos fundamentales y las garantías procesales, y dentro de los plazos establecidos en el CPP, declarará la legalidad material y formal de la actuación. Si en la orden o el procedimiento se violó un derecho fundamental,

¹⁴³Corte Constitucional, Sentencia C-673 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

declarará la nulidad absoluta de la actuación, o la ilegalidad si se incumplió un requisito formal.

- *Sentido de la decisión.* i) Validez de la actuación; ii) nulidad absoluta, y por tanto se producirá la exclusión de la actuación procesal¹⁴⁴; iii) 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. Si se declara la validez de la actuación, ello no significa necesariamente que los elementos materiales probatorios se deben admitir para practicarlos en juicio. Este tema se debatirá en la audiencia preparatoria.
- *Formalidades de la decisión.* Grabación y acta donde se consigna la declaración del juez de garantías sobre la orden y el procedimiento.
- *Recursos.* Reposición y apelación¹⁴⁵.
- *Homologación del procedimiento.* 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, donde se deben sustentar los motivos de la Fiscalía para restringir la garantía constitucional: i) audiencia de control de garantías de interceptación de comunicaciones (art. 235 CPP); ii) audiencia de control de garantías de recuperación de información dejada al utilizar medios tecnológicos (Internet) (art. 236 CPP); iii) audiencia de control de garantías de la realización de vigilancia de personas y cosas (arts. 239 y 240 CPP).

2.4.9. Control judicial de actuaciones de agentes encubiertos en infiltración y penetración de organizaciones criminales y de entregas vigiladas (arts. 241, 242 y 243 CPP)

- *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.
- *Iniciativa.* Fiscalía.
- *Fundamento jurídico.* El indiciado o imputado está desarrollando una actividad criminal y se requiere, para el éxito de la investigación, la penetración o infiltración de la organización para obtener medios probatorios. Se necesita la aprobación del director nacional o seccional de fiscalías, con la descripción de las actividades extrapenales 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, drogas, explosivos, municiones, moneda falsa, drogas ilegales, o está llevando a cabo una actividad criminal continua.
- *Fundamento fáctico-probatorio.* Existencia de informe que contiene el análisis de la organización criminal y que determina la necesidad de la infiltración o penetración de la misma 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, de la vigilancia que se hizo, y la entrega que se realizó.
- *Oportunidad para la solicitud.* Aunque la ley señala que debe ser 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 más, existen opiniones en el sentido de que esta actuación requiere control previo del juez y no posterior, ya que durante la actuación del agente encubierto puede existir afectación de derechos fundamentales. 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.

¹⁴⁴Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁴⁵Artículo 17 de la Ley 1142 de 2007.

- *Participantes en la audiencia.* Obligatorio, el fiscal. Facultativo, el Ministerio Público.
- *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 del acto de investigación.
- *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.
- *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.* Proceden recursos ordinarios (art. 238 del CPP).

2.4.10. Formulación de la imputación (arts. 286 - 293 CPP)

- *Objeto de la audiencia.* i) Comunicar a la persona la calidad de imputado; ii) dar a conocer al imputado los hechos sobre los cuales se le está investigando; iii) permitir a la defensa, a partir de allí, preparar de modo eficaz su actividad procesal; iv) determinar el inicio del tiempo para que la Fiscalía realice un preacuerdo, formule acusación o preclusión; v) interrumpir la prescripción de la acción penal; vi) permitir al imputado que manifieste si acepta o se allana a la imputación a

cambio de obtener rebajas automáticas de pena en los eventos en que no existe prohibición legal.

- *Iniciativa.* Fiscalía.
- *Fundamento jurídico.* La existencia de una conducta delictiva, la identificación o individualización del posible autor o partícipe, o la captura, sea por orden judicial, orden del fiscal o en flagrancia, del indiciado.
- *Fundamento fáctico.* Existencia de medios cognoscitivos (elementos materiales, informes, entrevistas) que permiten inferir razonablemente que la persona es autora 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 ha visto afectado su derecho fundamental a no estar sub iúdice en forma indefinida.
- *Oportunidad para la solicitud.* 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.
- *Participantes en la audiencia.* Obligatorios, el fiscal, el defensor y el imputado. Cuando el capturado haya entrado en estado de inconsciencia después de la privación de la libertad o se encuentre en un estado de salud que le impida ejercer su defensa material, la formulación de la imputación debe hacerse una vez superados esos inconvenientes¹⁴⁶. Cuando el capturado se encuentre recluido en clínica u hospital, pero consciente y en estado de salud que le permita ejercer su defensa material, el juez de control de garantías, a solicitud del fiscal, se trasladará hasta ese lugar para los efectos de la legalización de captura, la formulación de la imputación y la respuesta a las demás solicitudes de las partes¹⁴⁷. Facultativos, el Ministerio Público y la víctima¹⁴⁸. 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 puede llevar a cabo sólo con presencia de su abogado, y si éste tampoco comparece, se hará con un defensor

¹⁴⁶Corte Constitucional, Sentencia C-425 de 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁴⁷Artículo 18 de la Ley 1142 de 2007.

¹⁴⁸Corte Constitucional, Sentencia C-209 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

público que se le designe en esta audiencia, quien podrá solicitar al juez un receso para preparar la defensa, solicitud que será valorada por el juez aplicando criterios de razonabilidad (art. 291 CPP)¹⁴⁹.

- Si el fiscal no pudo ubicar a quien debe formularse la imputación, deberá solicitar previamente 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 emplazará, luego de lo cual 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 las que deba actuar obligatoriamente, y se surtirán todas las comunicaciones y notificaciones al imputado (art. 127 CPP)¹⁵⁰.
- *Desarrollo de la audiencia.* Recibida la solicitud, el juez fijará en forma inmediata el día y la hora para la realización de la audiencia, y citará a las partes e intervinientes que deban concurrir. Llegados el día y la hora fijados por el juez para la realización de la audiencia, instalada la misma, y verificada la presencia de los intervinientes, el juez concederá la palabra al requirente para que formule la imputación o haga la solicitud para que se proceda en tal sentido. El fiscal procederá a individualizar en forma concreta al imputado con su nombre, datos de identificación y domicilio donde se llevarán a cabo las citaciones. En seguida, el fiscal relacionará clara y sucintamente los hechos jurídicamente relevantes materia de la investigación, lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la Fiscalía¹⁵¹. Podrá el fiscal proponer al imputado que se allane a la imputación y así obtener rebaja de pena de hasta la mitad de la que le sea imponible, en los eventos en que no haya prohibición legal. El juez deberá verificar que el imputado entendió claramente los hechos que constituyen la imputación fáctica, y 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 materiales probatorios, evidencia física

o información que posea la Fiscalía, sino argumentos en contra de la fundamentación de esta última, o que solicite precisión sobre los hechos penalmente relevantes que contiene la imputación –por ejemplo, se trata de un hecho querellable y la querrela no se formuló, o no se ha realizado la conciliación extraprocesal art. 522 del CPP, no está debidamente individualizado el imputado, o los hechos no constituyen una conducta delictiva–. En esta audiencia, el imputado podrá aceptar la imputación, en cuyo caso el acta enviada al juez de conocimiento servirá de base para convocar a audiencia de individualización de la pena.

- *Decisión.* i) Declaración de haberse formulado imputación a una persona; ii) declaración de aceptación de la imputación (si se produjo); iii) declaratoria de contumacia, si habiendo sido citado no concurren el imputado y su abogado; iv) designación de defensor público, si no concurre el de confianza.
- *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 el 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.

2.4.11. Solicitud, modificación, revocatoria o reconsideración de medida de aseguramiento (arts. 306 - 320 CPP)

- *Objeto de la audiencia.* Solicitar al juez que decrete medida de aseguramiento en contra del imputado. Si esto ya se produjo, solicitar su revocatoria o modificación o sustitución de la misma.

¹⁴⁹Corte Constitucional, Sentencia C-1154 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁵⁰Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁵¹Corte Constitucional, Sentencia C-1260 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

- *Iniciativa.* El fiscal o la víctima. Para la sustitución o revocatoria, el defensor o el fiscal.
- *Fundamento jurídico.* Razonabilidad de la inferencia sobre que el imputado es autor o partícipe de la conducta delictiva, y que la medida es necesaria y proporcional para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia; o que constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, para lo cual será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible¹⁵², 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 demostrar adicionalmente 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 cuatro años o más, o delitos por derechos de autor cuando la defraudación sobrepase los 150 SMLMV, o cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso del año anterior, contado a partir de la nueva captura o imputación, siempre y cuando no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente. Cuando las partes consideren¹⁵³ 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, o que constituye un peligro para la sociedad o la víctima, o que no comparecerá al proceso, o no cumplirá la sentencia, podrán solicitar la revocatoria de la medida al juez de garantías.
- Para solicitar la sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario por el lugar de residencia se debe demostrar la existencia de cualquiera de las causales establecidas en el artículo 314 del CPP, teniendo en cuenta que cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro,

Si la medida de aseguramiento que se solicita es la detención preventiva, se debe demostrar adicionalmente que se trata de un delito de competencia de los jueces del circuito especializado, o un delito investigable de oficio

cometidos contra niños, niñas y adolescentes, no se otorgará el beneficio de sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención en el lugar de residencia¹⁵⁴. Tampoco procede la sustitutiva por la causal del numeral primero en los eventos contemplados en el parágrafo del artículo 314.

- *Fundamento fáctico-probatorio.* Medios cognoscitivos (elementos materiales probatorios, evidencia física e 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 poder inferir que el peligro de fuga u obstaculización para la seguridad de la sociedad o de la víctima han desaparecido, o que hubo modificación en la imputación y el delito no tiene señalada pena privativa de la libertad superior a cuatro años.

- *Solicitud.* A partir de la formulación de la imputación cuando se dé el presupuesto exigido en la ley, aun durante la fase de juzgamiento.

- *Participantes en la audiencia.* Obligatorio, el fiscal, así sea el requirente o no. Facultativos, el imputado, el defensor, el Ministerio Público y la víctima¹⁵⁵.

Si el requirente de la revocatoria o sustitución es el defensor, su presencia es obligatoria para su sustentación.

- *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 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.* i) Imposición inmediata de medida de aseguramiento en la que se indique el nombre de la perso-

¹⁵² Artículo 24 de la Ley 1142 de 2007.

¹⁵³ Corte Constitucional, Sentencia C-456 de 2006, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁵⁴ Artículo 199, numeral 2° de la Ley 1098 de 2006.

¹⁵⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-209 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

na, el delito, y si es privativa de la libertad o no. En este último evento, las condiciones que se imponen para su cumplimiento; ii) revocatoria o sustitución de la medida, si ésta fue la petición. La decisión será negativa si el requirente no estableció el motivo fundado para aplicar la medida, o la razonabilidad o necesidad de la misma. El juez podrá conceder la sustitución de la medida siempre y cuando el peticionario fundamente, en concreto, que la detención domiciliaria no impide el cumplimiento de los fines de la detención preventiva, en especial respecto de las víctimas del delito, y en relación exclusiva con las hipótesis previstas en los numerales 2, 3, 4, y 5 del artículo 27 de la Ley 1142 de 2007¹⁵⁶.

- *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. En el segundo evento, modificación, revocatoria o sustitución de la medida de aseguramiento.
- *Formalidades de la decisión.* Oficio en que se profiera 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, proceden los recursos ordinarios¹⁵⁷.

2.4.12. Medidas cautelares reales (arts. 92 - 101 CPP)

- *Objeto de la audiencia.* Solicitar al juez la imposición de medidas cautelares reales necesarias para garantizar la reparación integral.
- *Iniciativa.* Fiscalía General, víctimas directas o indirectas¹⁵⁸, y Ministerio Público (cuando la víctima sea un menor de edad o un incapaz y no actúe a través de su representante legal).
- *Fundamento jurídico.* Necesidad de garantizar la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito. La

víctima debe acreditar su condición de tal, la naturaleza del daño recibido y la cuantía de su pretensión.

- *Fundamento fáctico-probatorio.* Medios cognoscitivos que permitan inferir, razonablemente, que el imputado está traspasando o tiene motivos para traspasar u ocultar sus bienes.
- *Oportunidad para la solicitud.* En la audiencia de formulación de la imputación o con posterioridad a ella.
- *Participantes en la audiencia.* Obligatorios, el fiscal y la víctima (si es la solicitante). Facultativo, el Ministerio Público, salvo que sea el requirente.
- *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, cognoscitivos o de prueba (si se solicita en el juicio) que la sustentan. La víctima deberá acreditar sumariamente su condición de tal, la naturaleza del daño y la cuantía de su pretensión.
- *Decisión.* Embargo o secuestro de los bienes del imputado o acusado. El juez, al decretar embargos y secuestros, los limitará a lo necesario, de acuerdo con las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil.
- *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 en que se ordene 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.

¹⁵⁶Corte Constitucional, Sentencia C-318 de 2008, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁵⁷Corte Constitucional, Sentencia C-456 de 2006, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁵⁸Corte Constitucional, Sentencia C-516 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

2.4.13. 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 CPP)

- *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 se utilizarán, 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 se decretó, cualquiera de las partes puede solicitar el levantamiento de la misma.
 - *Iniciativa.* Fiscalía General para suspender el poder dispositivo y para levantarlo. Para levantar la medida, la defensa o el Ministerio Público.
 - *Fundamento jurídico.* Garantizar el comiso, la incautación y ocupación, y como medida jurídica la suspensión del poder dispositivo.
 - *Fundamento fáctico.* Medios cognoscitivos que permitan inferir, razonablemente, que los bienes o recursos son producto directo o indirecto de un delito doloso y que su valor equivale a dicho producto (no se pueden 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 se han utilizado o están destinados a usarse como medio o instrumento del delito, o son el objeto material del mismo.
 - *Oportunidad para su solicitud.* En la audiencia de formulación de la imputación, o con posterioridad a ella, dentro de las 36 horas siguientes a la diligencia de ocupación o incautación.
 - *Participantes en la audiencia.* Obligatorio, el fiscal. Facul-
- tativo, el Ministerio Público. Si la audiencia es para solicitar el levantamiento de la medida, obligatorio el requirente (fiscal o defensor), y si lo solicita la defensa, también tiene que ser citada la Fiscalía.
- *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, cognoscitivos o de prueba (si se solicita en el juicio) 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 se utilizó 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 debe formularla quien tiene interés legítimo en la pretensión.
 - *Decisión.* i) Suspensión del poder dispositivo de los bienes incautados u ocupados, o su negativa, si la medida no es procedente; ii) 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 en el que se ordene a la autoridad competente la suspensión del poder dispositivo de los bienes o, en el segundo evento, en el que se levante la medida.
 - *Recursos.* Apelación en efecto devolutivo.

2.4.14. Aplicación del criterio de oportunidad (arts. 321 - 330 CPP)

- *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 de la persecución penal), se interrumpa o suspenda.

- *Iniciativa*. Fiscalía General.
- *Fundamento jurídico*. Existencia de una de las causales establecidas en el CPP, y que su aplicación se haga con sujeción a la política criminal del Estado, de acuerdo con la reglamentación expedida por el fiscal general de la Nación a través de las resoluciones 6657 y 6658 de 2004. Se requiere, además, autorización del delegado especial del Fiscal General cuando se trate de delitos con pena mínima prevista que sea o exceda de seis años.
- *Fundamento fáctico*. Medios cognoscitivos que sustenten la medida.
- *Oportunidad para solicitarla*. 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.
- *Participantes en la audiencia*. Obligatorios, el fiscal y el imputado o su defensor. Facultativos, el Ministerio Público y la víctima¹⁵⁹.
- *Desarrollo de la audiencia*. Instalada la audiencia, y verificada la presencia del fiscal y del imputado 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 la 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 en su aplicación hubo fraude o colusión. Debe tenerse en cuenta que,

cuando se trate de delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, no procederá la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad previsto en el artículo 324, numeral 8, de la Ley 906 de 2004, para los casos de reparación integral de los perjuicios¹⁶⁰.

- *Efecto de la decisión*. Extinción de la acción penal¹⁶¹, interrupción o suspensión por un tiempo sujeto a unas condiciones que, de cumplirse, dan lugar a la extinción de la acción penal (esto si se aplicó en la audiencia de formulación de la acusación).
- *Formalidades de la decisión*. Resolución en que se valide la aplicación del principio de oportunidad.
- *Recursos*. Ordinarios¹⁶².

2.4.15. Prueba anticipada (arts. 284 y 285 CPP)

- *Objeto de la audiencia*. Solicitar al juez de garantías durante la investigación la práctica anticipada de una prueba que se piensa hacer valer en juicio, por cuanto existen circunstancias que permiten prever razonablemente 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, la practicará el juez de control de garantías, pero en este evento, quien la solicita deberá informar al juez de conocimiento.
- *Iniciativa*. La Fiscalía, la defensa, la víctima¹⁶³, o el Ministerio Público, en este caso, sólo en los asuntos en que ejerce funciones de policía judicial.
- *Fundamento jurídico*. Cuando existen motivos fundados para creer que el declarante no podrá presentarse al juicio por estar gravemente enfermo, debe ausentarse por fuerza mayor o cualquier otra circunstancia

¹⁵⁹Corte Constitucional, Sentencia C-209 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁶⁰Artículo 199, numeral 3º de la Ley 1098 de 2006.

¹⁶¹Corte Constitucional, Sentencia C-979 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁶²Corte Constitucional, Sentencia C-209 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁶³dem.

de similar entidad, o 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 (no podrá sustituirse por otro medio).

- *Fundamento fáctico.* Medios materiales de prueba (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.
- *Oportunidad para solicitarla.* 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 (en este evento, el requirente debe avisarle al juez de conocimiento).
- *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. Se puede realizar sin el acusado, si debidamente notificado (si está detenido) o citado, no desea asistir.
- *Desarrollo de la audiencia.* El juez de garantías instalará la audiencia, verificará la presencia de todas las partes, hará entrar al testigo de los hechos o de 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 recontrainterrogatorio. Finalizados el interrogatorio y contrainterrogatorio, el juez dará por finalizada 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 que posteriormente lo haga la defensa.
- *Decisión.* i) Admisibilidad de la práctica de la prueba anticipada, y recaudo con citación previa de todos

los que deben intervenir; ii) negativa por no existir los presupuestos 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 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 medida. 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.
- *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.* Si se negare, la parte interesada podrá de inmediato, y por una sola vez, acudir ante otro juez de control de garantías para que éste en el acto reconsidere la medida. Su decisión no será objeto de recurso.

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

2.4.16. Audiencia de preclusión de la investigación (arts. 331 - 335 CPP)

- *Objeto de la audiencia.* Solicitar al juez de conocimiento la preclusión de la investigación por no existir mérito para acusar, o cuando ya se formuló la acusación por haber sobrevenido una causal que impide continuar el ejercicio de la acción penal, o porque sobrevino prueba de la inexistencia del hecho.
- *Iniciativa.* Por regla general la tiene la Fiscalía, y opera durante la investigación, aun antes de la formulación

de la imputación¹⁶⁴; la defensa y el Ministerio Público podrán promoverla por vencimiento del término de investigación de conformidad con lo previsto en el artículo 294 del CPP. Por vía de excepción, se solicitará durante el juzgamiento si sobreviene una causal que impida continuar el ejercicio de la acción penal o por inexistencia del hecho investigado.

- *Fundamento jurídico.* No existe mérito para formular una acusación por los siguientes motivos: i) existir una causal de extinción de la acción penal del artículo 77 del CPP; ii) existir una causal que excluye la responsabilidad penal, inexistencia del hecho investigado, atipicidad del mismo, ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado, imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, vencimiento del término para investigar, y la prórroga de 30 días, sin que se haya formulado acusación (art. 332 CPP). Se debe tener en cuenta que lo que procede durante la indagación es el archivo de la actuación por parte del fiscal, cuando tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indiquen su posible existencia como tal. La expresión “*motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito*”, corresponde a tipicidad objetiva, y la decisión del fiscal deberá ser motivada y comunicada al denunciante, al Ministerio Público y a la víctima para el ejercicio de sus derechos y funciones¹⁶⁵. Sin embargo, si surgieren nuevos elementos probatorios la indagación se reanudará mientras no se haya extinguido la acción penal (art. 79 CPP).

- *Fundamento fáctico-probatorio.* Elementos materiales probatorios, evidencia física de que fueron base de la imputación, y los recogidos posteriormente que fundamentan la causal invocada.

- *Oportunidad para solicitarla.* Durante la investigación y durante el juzgamiento (en este último caso sólo si sobrevienen las causales 1 ó 3 del artículo 332 del CPP).

- *Participantes en la audiencia.* Obligatorios, la defensa y la Fiscalía. La Fiscalía es obligatoria, así el requirente

sea la defensa o el Ministerio Público. Facultativos, el Ministerio Público (salvo que sea el requirente), el imputado o acusado y la víctima¹⁶⁶.

- *Desarrollo de la audiencia.* Recibida la solicitud, el juez fijará fecha y hora para la audiencia, y ordenará citar a los intervinientes obligatorios y facultativos, e informará al Ministerio Público. Instalada la audiencia, verificará la presencia de las partes y concederá la palabra al fiscal si fue el requirente, o a quien lo haya sido para que exponga su solicitud e indique cuáles elementos materiales probatorios o evidencia física sustentan la causal invocada. Luego el juez concederá la palabra al Ministerio Público, a la defensa y a la víctima¹⁶⁷ para que manifiesten si desean oponerse a la petición y expongan las razones para ello. En esta audiencia no se solicitarán ni practicarán pruebas, excepto por parte de las víctimas, que pueden allegar o solicitar elementos materiales probatorios y evidencia física para oponerse a la petición de preclusión del fiscal¹⁶⁸.

- *Decisión.* Sentencia que decreta la preclusión o auto que rechaza la solicitud. Para que se pueda aplicar la preclusión en el juzgamiento por las causales 1 y 3 del artículo 331 del CPP, la misma tuvo que haber sucedido. Esta norma es para evitar acusaciones arbitrarias o carentes de respaldo probatorio, en busca por ejemplo de presionar aceptaciones o acuerdos, y si no se logran, entonces se invoque la preclusión con el mismo material probatorio que se descubrió u ofreció por parte de la Fiscalía. Presentada la causal para decretar la preclusión sin que ella haya sucedido durante la fase del juzgamiento, el juez deberá decretarla y, a su vez, informar al superior del fiscal para las investigaciones respectivas por falta a la lealtad.

- *Efectos de la decisión.* Si se dictó sentencia de preclusión y no fue apelada, la decisión hace tránsito a cosa juzgada y la acción penal se extingue. Si no se aceptó la solicitud, y la decisión no fue apelada, o habiéndolo sido fue confirmada, las diligencias deben volver a la Fiscalía para que continúe la

¹⁶⁴Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁶⁵Corte Constitucional, Sentencia C-1154 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁶⁶Corte Constitucional, Sentencia C-209 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁶⁷Corte Constitucional, Sentencia C-920 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁶⁸Corte Constitucional, Sentencia C-209 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

investigación, debiéndose restituir el término que duró el trámite de la preclusión hasta que quedó en firme la decisión de rechazo. La decisión del juez de rechazar la solicitud de preclusión constituye causal de impedimento para conocer del posterior juzgamiento, si lo hay.

- *Formalidades de la decisión.* Sentencia del juez en que decreta la preclusión.
- *Recursos.* Apelación.

También procede audiencia preliminar para resolver petición de libertad provisional cuando han transcurridos sesenta días ininterrumpidos desde de la formulación de la imputación, y no se ha formulado acusación (presentado escrito de acusación) o han transcurrido noventa días desde la fecha en que la Fiscalía presentó la acusación y no se ha iniciado la audiencia de juzgamiento (art. 317 CPP).

3. Las audiencias en la etapa del juzgamiento

3.1. Naturaleza

La etapa de juzgamiento posee tres fases: i) la fase denominada de *transición* por la Corte Constitucional, dedicada a la delimitación de los temas que serán debatidos en el juicio oral; ii) la fijación de los elementos de convicción que podrán practicarse como pruebas en el juicio¹⁶⁹; (iii) la fase de *juicio oral*, donde se desarrolla verdaderamente el proceso penal con el debate probatorio; y la fase de *reparación integral*, donde se definen los daños y perjuicios ocasionados por la conducta punible.

3.2. Estructura básica de las audiencias en la etapa de juzgamiento

3.2.1. Audiencia de formulación de la acusación (arts. 338 - 343 CPP)

- *Objeto de la audiencia.* i) Revisar el cumplimiento de los requisitos formales del escrito de la acusación. A diferencia de otros sistemas en los que 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 material no quedó consagrado y se limita a verificar los requisitos formales de la acusación y la congruencia con la imputación; ii) que las partes y el Ministerio Público presenten las causales de impedimento, recusación o nulidades; iii) formulación oral de la acusación; iv) determinar la calidad de víctima y reconocer su representación legal, si se constituye; v) adoptar, si así se solicitan, medidas de protección de víctimas¹⁷⁰ o testigos; vi) descubrimiento de elementos materiales probatorios, evidencia física o información que posea la Fiscalía¹⁷¹, a petición de la defensa y de la víctima¹⁷² (si la defensa pretende hacer una defensa afirmativa con base en una causal de inimputabilidad, deberá descubrir los elementos materiales que la respalden); vii) declarar la aplicación del principio de oportunidad, si el acusado en esta audiencia solicitó la suspensión condicional del procedimiento y fue aceptado por la Fiscalía.

- *Iniciativa.* El juez debe fijarla una vez que reciba el escrito de acusación por parte de la Fiscalía. Esta audiencia deberá celebrarse dentro de los tres días siguientes al recibo del escrito de acusación. Presentado por parte de la Fiscalía el escrito de acusación (el cual debe tener dos partes: los hechos que constituyen la acusación y el anexo de descubrimiento de prueba) ante el juez de conocimiento competente, éste deberá señalar fecha y hora para la realización de la audiencia de formulación de la acusación.

¹⁶⁹Corte Constitucional, Sentencia C-1194 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁷⁰Corte Constitucional, Sentencia C-209 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁷¹Corte Constitucional, Sentencia C-1194 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁷²Corte Constitucional, Sentencia C-209 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

- *Fundamento jurídico.* Sanear el procedimiento y garantizar que en la audiencia de 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 conozcan 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 ubicó, descubrió, recogió, aseguró y preparó la Fiscalía.
- *Fundamento fáctico-probatorio.* Elementos materiales probatorios, evidencia física e información obtenida durante la investigación sobre los cuales se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es autor o partícipe del delito.
- *Momento en que se debe desarrollar.* Dentro de los tres días siguientes de recibido el escrito de acusación se debe fijar la fecha de la audiencia, la cual no podrá ser después de los cinco días siguientes (término judicial).
- *Participantes en la audiencia.* Obligatorios, el fiscal y el defensor. Facultativos, el acusado, el Ministerio Público y la víctima.
- *Desarrollo de la audiencia.* i) El juez instala la audiencia y verifica la presencia de las partes e intervinientes. ii) Concede 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. iii) Corrido el traslado del escrito de acusación, la defensa, el Ministerio Público y la víctima¹⁷³ podrán hacer observaciones al mismo y señalar si se incumplió alguno de los requisitos establecidos en el CPP. iv) De ser el caso se concede la palabra a la Fiscalía para que aclare, adicione o corrija el escrito de la acusación. v) El juez concede la palabra al fiscal para que formule la acusación. vi) 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 que hay que cumplir y el tiempo de las mismas. Si la Fiscalía aplica el criterio de oportunidad, el juez así lo declarará 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.
- *Decisión.* i) El juez declara formulada la acusación con las correcciones incorporadas, si hubo lugar a ellas, y fija fecha, hora y sala para la celebración de la audiencia preparatoria; ii) si se presentó un preacuerdo entre las partes, el juez lo aprobará o improbará si con el mismo no se han violado derechos fundamentales o garantías esenciales; iii) 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; de no cumplirse las condiciones, la actuación siguiente será la audiencia preparatoria.
- *Efecto de la decisión.* i) Fijación del objeto del juicio; ii) aprobación del acuerdo; iii) suspensión condicional del procedimiento y determinación de las condiciones que deberá cumplir el acusado. Si se aprobó un preacuerdo o una declaración de aceptación de los cargos, el juez señalará fecha y hora para la realización de la audiencia de individualización de la pena.
- *Formalidades de la decisión.* Grabación de la audiencia y acta que contenga el objeto de la misma, los participantes y las decisiones adoptadas.
- *Recursos.* No proceden, pero si se presentaron impedimentos, recusaciones o nulidades, se remitirán al superior funcional del juez para que resuelva de plano en tres días. Contra la decisión del superior no procede ningún recurso.

¹⁷³Corte Constitucional, Sentencia C-209 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

3.2.2. Audiencia preparatoria (arts. 355 - 365 CPP)

- *Objeto de la audiencia.* i) Revisar si el proceso de descubrimiento de prueba por parte de la Fiscalía y la defensa-en caso de ser afirmativa- fue completo y leal; ii) enunciar las pruebas que cada parte hará valer en el juicio, incluida la prueba anticipada; iii) a solicitud de las partes y de la víctima¹⁷⁴, los elementos materiales probatorios y evidencia física podrán ser exhibidos durante la audiencia con el único fin de ser conocidos y estudiados; iv) que la defensa descubra los elementos materiales probatorios y evidencia física que hará valer en el juicio; v) solicitar la exclusión de los medios de conocimiento o prueba que sean inadmisibles de acuerdo con las reglas de prueba; vi) que las partes hagan las manifestaciones sobre estipulaciones probatorias, se presenten las mismas y se dé la aprobación del juez; vii) que el acusado manifieste si acepta o no los cargos, a efectos de obtener rebaja de pena y se proceda a dictar sentencia.
- *Iniciativa para su realización o requirente.* El juez la fija en la audiencia de formulación de la acusación.
- *Fundamento jurídico.* i) 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; ii) garantizar que al juicio sólo entre la prueba pertinente y admisible por ser legal y lícita; iii) 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; iv) evitar dilaciones injustificadas del proceso, procediendo a dictar sentencia inmediata, si el acusado acepta los cargos formulados en la acusación.
- *Momento en que se debe desarrollar.* Entre quince y treinta días después de haberse realizado la audiencia de formulación de la acusación.

- *Participantes en la audiencia.* Obligatorios, el fiscal y el defensor. Facultativos, el acusado, el Ministerio Público y la víctima.
- *Desarrollo de la audiencia.* i) El juez instala la audiencia y verifica la presencia de las partes e intervinientes. ii) Concede la palabra a la defensa para que se pronuncie sobre el descubrimiento de prueba y manifieste si considera que el descubrimiento ha sido completo, o señale algún elemento material o información que conozca y no se le haya dado a conocer. iii) 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 demandado por la defensa. iv) Se concede la palabra al fiscal para que manifieste si tiene reparo al descubrimiento por parte de la defensa. v) El juez ordena a la defensa que descubra los elementos materiales probatorios y la evidencia física que posea y que pretenda 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. vi) Resuelto lo relativo al descubrimiento, el juez pregunta a las partes si hay estipulaciones probatorias; si así se lo solicitan, podrá decretar un receso hasta de una hora para que las partes discutan el punto y las presenten. vii) El juez revisa que las estipulaciones no violen ninguna garantía fundamental y, de ser así, las aprobará y devolverá para que se incorporen durante el juicio oral. viii) El juez le concede la palabra a las partes, a la víctima¹⁷⁵ y al Ministerio Público (art. 357 CPP) para que enuncien las pruebas que pretende hacer valer en el juicio. El único medio de prueba que no es necesario ofrecer, así se tenga el propósito de practicarlo en el juicio, es el testimonio del acusado, ya que éste puede renunciar a su derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse y declarar como testigo de la defensa en cualquier momento, antes de culminar

¹⁷⁴Idem.

¹⁷⁵Idem.

el turno de práctica de pruebas de la defensa. ix) El juez concede la palabra a las partes para que se pronuncien sobre la admisibilidad, exclusión o eventual rechazo de las pruebas ofrecidas, garantizando el contradictorio.

x) Oídas las partes y el Ministerio Público, si estuviere presente, el juez se pronunciará sobre las solicitudes de inadmisibilidad, indicando, si es así, los motivos por los cuales no acepta un determinado medio de prueba. xi) Acto seguido, el juez decreta la práctica, para la audiencia del juicio oral, de las pruebas pertinentes que hayan sido solicitadas y no fueron inadmitidas o rechazadas. xii) Cada una de las partes le deberá indicar al juez el orden de presentación de las pruebas (primero las de la Fiscalía y luego las de la defensa), y el orden en que serán interrogados los testigos (art. 390 CPP). xiii) El juez concede la palabra al acusado para que, asesorado por su defensor, manifieste si acepta los cargos formulados en la acusación. En caso positivo, el juez verificará que se trata de una declaración libre, consciente, 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 por imponer, excepto en los delitos en que existe expresa prohibición legal. xiv) Si no hubo aceptación de los cargos, procederá a fijar la fecha, hora y lugar para la audiencia del juicio oral.

- *Decisión.* i) Decretar las pruebas solicitadas y admitidas (el juez no puede decretar pruebas de oficio)¹⁷⁶; ii) revisión de las estipulaciones hechas por las partes; iii) determinación sobre el orden en que se presentarán las pruebas; iv) fijación de fecha y hora para el inicio de la audiencia del juicio oral (dentro de los treinta días siguientes); v) declaración del acusado como penalmente responsable en virtud de la aceptación de los cargos formulados por la Fiscalía.
- *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 todas las decisiones adoptadas por el juez en materia de admisibilidad de los medios de conocimiento.
- *Recursos.* Contra la decisión del juez que niega la práctica del medio de prueba, o que decida sobre la

exclusión de la misma procede el recurso de apelación en el efecto suspensivo (art. 177 num. 4 y 5 del CPP).

3.2.3. Audiencia de juicio oral (arts. 366 - 454 CPP)

- *Objeto de la audiencia.* Determinar la autoría-participación y responsabilidad del acusado en la conducta punible objeto de la acusación.
- *Iniciativa para su realización.* El juez de conocimiento.
- *Fundamento jurídico.* i) oír al acusado en alegación inicial sobre si se declara culpable o no culpable; ii) oír a las partes en la presentación de su teoría del caso; iii) realizar el debate probatorio con interrogatorios, contrainterrogatorios, autenticación e incorporación de evidencia física y documentos; iv) oír a las partes e intervinientes en sus argumentos de conclusión; v) emitir el sentido del fallo por parte de juez; vi) abrir el incidente de reparación integral; vii) escuchar a las partes en sus criterios de dosificación punitiva y subrogados penales.
- *Momento en que se debe desarrollar.* Dentro de los treinta días siguientes a la terminación de la audiencia preparatoria.
- *Participantes en la audiencia.* Obligatorios, el fiscal y el defensor. Facultativos, el acusado, el Ministerio Público y la víctima.
- *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. El juez pregunta al acusado cómo se declara, ¿culpable o no culpable?, para luego invitar a las partes a que presenten sus estipulaciones. Luego les da la palabra para que realicen su declaración inicial. Cumplido esto, ordena la presentación y práctica de las pruebas de la Fiscalía y luego las de la defensa, si se hubieren ofrecido y decretado. Al final escucha a partes e intervinien-

¹⁷⁶Corte Constitucional, Sentencia C-396 de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

tes en sus argumentos de conclusión y peticiones jurídicas pertinentes sobre la responsabilidad del acusado.

- *Decisión.* Puede tomarse hasta dos horas para preparar y emitir su sentido del fallo. Emitido éste, invita a las partes e intervinientes a formular criterios de dosificación punitiva y procedencia de subrogados penales. Abre el incidente de reparación integral, si procede.
- *Efecto de la decisión.* Establece el fundamento jurídico para el proferimiento motivado de la sentencia penal, la cual se dicta en audiencia posterior, que debe desarrollarse una vez terminado el incidente de reparación integral, cuyo fallo incorpora a la sentencia de responsabilidad penal¹⁷⁷.
- *Formalidades de la decisión.* Grabación de la audiencia y acta que contenga todas las decisiones adoptadas.
- *Recursos.* De apelación, pero contra la sentencia motivada de responsabilidad y reparación integral.
- *Fundamento fáctico-probatorio.* 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.
- *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.
- *Participantes de la audiencia.* Obligatorios, la víctima o el solicitante, si fuera el fiscal o el Ministerio Público. Facultativos, el declarado penalmente responsable, el fiscal, el Ministerio Público, el tercero civilmente responsable y el asegurador (sólo para la conciliación).

3.2.4. Audiencia de reparación integral (arts. 102 - 108 y CPP)

- *Objeto de la audiencia.* i) Determinar los daños causados con la conducta criminal; ii) oír la pretensión de reparación integral de la víctima; iii) promover la conciliación entre las partes; iv) decidir el incidente, determinando la forma y el plazo de la reparación integral; v) incorporar la decisión a la sentencia de responsabilidad penal que profiera el juez.
- *Iniciativa.* La iniciativa debe provenir en primer lugar de la víctima o sus herederos, sucesores o causahabientes, o del ministerio público, pero a instancia de la víctima; o cuando éste es menor o incapaz, y no tiene representante, del fiscal, siempre y cuando la pretensión de reparación integral no sea sólo económica.
- *Fundamento jurídico.* Garantizar que se lleve a cabo una reparación integral de los daños causados con la conducta punible, ya sea mediante la aplicación
- *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 han pagado los perjuicios y la pretensión se limita a éstos. 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 días siguientes. Reanudada la audien-

¹⁷⁷Corte Suprema de Justicia, Sentencia de tutela 22.920 del 7 de diciembre de 2005, M. P. Augusto J. Ibáñez Guzmán

¹¹⁶cia, 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, empezando 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. Presentadas 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.* i) Rechazo de la pretensión y archivo de la misma; ii) admisión de la pretensión; iii) aprobación de la conciliación e incorporación a la sentencia, o decisión sobre la pretensión e incorporación a la senten-

cia, o declaratoria del desistimiento de la pretensión y archivo de la solicitud, y condena en costas.

- *Efecto de la decisión.* Poner fin al incidente e incorporar 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; contra la decisión que resuelve el incidente incorporada en la sentencia de responsabilidad penal, procede el recurso de apelación.



SEPTIMA PARTE

CONTENIDO

VII. Técnicas de intervención oral en el juicio

1. Preliminar.....	121
2. Teoría del caso.....	123
3. Técnicas de negociación.....	131
4. Declaración inicial.....	137
5. Técnicas de interrogatorio.....	140
6. Técnica del contrainterrogatorio.....	158
7. Oposiciones.....	166
8. Argumentos de conclusión.....	170



SEPTIMA PARTE

VII. Técnicas del juicio oral

1. Preliminar

1.1. Concepción y enfoque de las técnicas del juicio oral

La dinámica de las instituciones jurídicas y los recientes cambios constitucionales para la implantación del sistema acusatorio en Colombia impulsan a trabajar permanentemente en el desarrollo del denominado juicio oral, como herramienta fundamental para materializar principios y valores procesales tales como los de publicidad, concentración, contradicción, inmediación, igualdad, lealtad, buena fe y dignidad humana.

Son grandes la expectativa y la esperanza que la nación ha puesto en lo que deberá ser el nuevo sistema de enjuiciamiento penal colombiano, pero no podemos olvidar que la reforma normativa es sólo un eslabón en la cadena de transformaciones estructurales que

nuestro sistema necesita. El cambio sustancial está, más que en la erradicación de valores culturales arraigados a las seculares formas de enjuiciamiento inquisitivo, en la creación de nuevos valores procesales y éticos que identifiquen al abogado como un profesional con una misión social: contribuir en la solución de los conflictos, en la protección de los bienes jurídicos fundamentales y en el logro de la paz y la concordia nacional.

Los actuales abogados tienen el gran reto de transformar sus paradigmas para ingresar en el ejercicio dialéctico y retórico del razonamiento forense oral. Su nueva prioridad deberá ser persuadir a los juzgadores de que su pretensión es la más creíble y ajustada a los hechos, a través de sus habilidades orales, para obtener la verdad de quien la posee u oculta, o de aquello que la evidencia.

Los futuros juristas deberán hacer lo propio, con el compromiso adicional de consolidar los nuevos valores procesales y éticos que caracterizarán los debates judiciales venideros.

En el sistema acusatorio, en el que corresponde a cada parte probar el supuesto de hecho de la norma que invoca, especialmente cuando se está en presencia de una defensa afirmativa, basada por ejemplo en la inimputabilidad, y donde la decisión del juez sólo puede estar basada en la prueba que en forma oral se practica o introduce en la audiencia, es necesario que el abogado desarrolle las habilidades y destrezas necesarias para persuadir al juez de que es su pretensión, y no la de la contraparte, la que debe acoger.

1.2. Habilidades y destrezas para la persuasión

Un buen abogado, cualquiera que sea el escenario donde se desempeñe, como funcionario público, funcionario judicial, negociador de conflictos, o en el ejercicio particular, requiere, además del conocimiento sustantivo y la capacidad de ubicar e identificar las fuentes del derecho, las habilidades y destrezas para aplicarlo. Estas habilidades y destrezas en todo el escenario judicial, sobre todo en el juicio penal, son básicamente las que le permiten utilizar la comunicación oral como un método efectivo de persuasión. El propósito de cada una de las partes en juicio es convencer al juzgador de que su versión o interpretación de los hechos es la correcta, que su teoría del caso, y no la de la contraparte, es la que debe acoger.

Lo anterior sin desconocer que la defensa bien puede como estrategia limitarse a refutar la teoría del caso de la Fiscalía de cara al reconocimiento de la duda probatoria. Para lograrlo, el abogado debe planificar cada una de sus actuaciones en el juicio, teniendo en cuenta que a éste no se llega a saber lo que pasó, sino a probar lo que ocurrió. Esto no lo puede lograr el abogado utilizando sólo su talento intuitivo personal.

Dos son los instrumentos que tiene el abogado para la persuasión: las normas y la prueba. La forma en que éstos se llevan al juzgador para demostrarle que la versión de los hechos que se le presenta es la verdadera, es lo que

constituye la habilidad y destreza para utilizar la palabra, no para el discurso o la discusión, sino para una persuasión efectiva en la que logra que la percepción última del juez corresponda con la que le hemos transmitido.

La capacidad de persuasión está ligada a la credibilidad de la persona que transmite la información, a su capacidad de comunicación y a la capacidad del juzgador para asimilarla y procesarla. La credibilidad del fiscal, del defensor y de los declarantes, es la que se pone a prueba cada vez que un juicio se inicia. Esta credibilidad se sustenta en la confianza que se le inspire al juzgador, y para ello el abogado y el testigo deben actuar con ética, conocimiento, técnica y dinamismo. Las habilidades, las destrezas y los valores que debe desarrollar el abogado para presentar su pretensión en forma convincente y lograr persuadir al juzgador están ligadas con poder:

- Formular una teoría del caso lógica, creíble y jurídicamente suficiente que se pueda probar.
- Determinar estratégicamente el orden en que presentará sus pruebas y sus testigos en el juicio.
- Presentar una declaración inicial que le permita plantear una visión de lo sucedido y de lo que verá en el juicio a través de una historia clara, completa, amena y con señalamiento de la prueba que acreditarán los hechos en la forma como se proponen.
- Conocer y aplicar la técnica del interrogatorio para acreditar al testigo y hacer que narre una historia convincente, de acuerdo con lo que le consta de la misma.
- Utilizar correctamente la técnica del contrainterrogatorio para revelar todas aquellas debilidades, intereses, errores, prejuicios y contradicciones que tenga el testigo de la contraparte, o para destacar algo que fortalece su teoría.
- Saber el momento oportuno y a través de qué testigo introducirá la evidencia física o material, solicitar al juez su admisión como prueba para su valoración y utilizarla en los momentos oportunos.

El propósito de cada una de las partes en juicio es convencer al juzgador de que su versión o interpretación de los hechos es la correcta, que su teoría del caso, y no la de la contraparte, es la que debe acoger

- Saber en qué momento y con qué fundamento formular una oposición.
- Saber hacer estipulaciones, determinar en su escrito el alcance de las mismas, introducirlas como prueba en juicio y hacer uso de ellas en el mismo.
- Saber usar y reconocer el lenguaje no verbal.
- Hacer un alegato de conclusión claro, corto, preciso, que ayude al juez a valorar la prueba y le permita realmente concluir que el abogado probó su caso y que la petición que formula es la que corresponde con lo que vio en el juicio. Un alegato de conclusión donde se establezca qué probó, cómo lo probó y la conclusión de lo probado.
- Reconocer y aplicar los principios y valores inmersos en toda contienda judicial para lograr que la misma sea leal, transparente, efectiva y vigorosa, pero a la vez respetuosa de los derechos de todos los que en ella intervienen.

Las habilidades y destrezas orales no son herramientas para convertir al abogado en un actor, ni siquiera en un orador excelente, sino en un orador efectivo. Esta efectividad se la da precisamente el poder usar el lenguaje verbal para acercar al juzgador a un fallo justo y acertado, en virtud de que los interrogatorios y los contra-interrogatorios se hicieron técnicamente, de tal manera que le permitieron reconstruir la historia de los hechos, y en que el alegato final no fue una simple repetición de rol, sino una argumentación basada en cómo la prueba estableció que el hecho coincide perfectamente con el derecho invocado, sustento de la pretensión.

El aprendizaje de las técnicas para desarrollar habilidades y destrezas orales permite saber que *la forma y el orden* en que se presenta la información influyen en la toma de decisiones del juzgador; que son importantes el uso y la manera de escoger el lenguaje en la formulación de las preguntas; que el ritmo y el tono deben saberse manejar para mantener la atención del juez durante todo el tiempo; que el uso de ayudas audiovisuales es una forma de extensión de la voz y una técnica del aprendizaje visual en la que se debe apoyar el abogado.

La oralidad como principio, y las habilidades y destrezas orales como técnica que lo materializan, no son exclusivas de un sistema acusatorio, sino de todos los sistemas procesales. La oralidad como principio sirve al sistema de justicia en general, en cuanto le permite materializar otros principios como los de igualdad, intermediación, concentración y contradicción. La oralidad como técnica sirve al abogado en particular, en cuanto le brinda las herramientas para la persuasión.

En los apartados siguientes se desarrollarán las técnicas orales necesarias para una actuación oral persuasiva, centradas particularmente en el papel de los sujetos procesales en confrontación dialéctica. Se tratarán entonces las técnicas para la elaboración, presentación y comprobación de la teoría del caso; aquellas referidas a la negociación como herramienta alternativa para la solución del conflicto penal; las técnicas para realizar los alegatos iniciales y finales; y las relacionadas con los interrogatorios, conainterrogatorios y oposiciones.

2. Teoría del caso

2.1. Aspectos generales

2.1.1. Introducción

Afrontar un litigio judicial requiere una adecuada planeación para que las pretensiones que se presentan logren ser declaradas por el juzgador. La teoría del caso es la herramienta más importante para planear la actuación del proceso, verificar el desempeño durante el debate oral y terminar adecuadamente en el argumento de conclusión. La planeación y la preparación del juicio evitan inconsistencias e incongruencias cuando se está en el alegato de apertura o cierre, y cuando se está interrogando, conainterrogando o haciendo oposiciones.

2.1.2. ¿Qué es la teoría del caso?

La teoría del caso es, pues, el planteamiento que la acusación o la defensa hace sobre los hechos penalmente relevantes, las pruebas que los sustentan y los fundamentos jurídicos que los apoyan.

Es la teoría que cada una de las partes en el proceso penal plantea sobre la forma como ocurrieron los hechos, y la responsabilidad o no del acusado, según las pruebas que presentarán durante el juicio.

Es el guión de lo que se demostrará en el juicio a través de las pruebas.

2.1.3. ¿Cuándo se construye la teoría del caso?

La teoría del caso se empieza a construir desde el primer momento en que se tiene conocimiento de los hechos. Una vez que se posea la información que servirá a cada una de las partes se debe definir cuál será la teoría del caso por demostrar. Se plantea inicialmente como hipótesis de lo que pudo haber ocurrido. Estas hipótesis deben estar sujetas a verificación o comprobación mediante las diligencias que se practican durante la investigación. Las hipótesis de investigación se convierten en teoría al finalizar la misma. Se modifica y se ajusta hasta que empiece el juicio.

2.1.4. Características de la teoría del caso

Para que la teoría del caso sea verdaderamente útil, debe cumplir con las siguientes condiciones:

- *Sencillez.* Los elementos que la integran deben ser claros y sencillos, sin necesidad de acudir a avanzados raciocinios.
- *Lógica.* Debe guardar armonía y permitir la inferencia de las consecuencias jurídicas de los hechos que la soportan.
- *Credibilidad.* Para lograr explicarse por sí misma, como un acontecimiento humano real, acorde con el sentido común y las reglas de la experiencia. Debe ser fundamentalmente persuasiva. La credibilidad está en la manera como la historia logra persuadir al juzgador.
- *Suficiencia jurídica.* Porque todo el razonamiento jurídico se soporta en el principio de legalidad y, por tanto, debe poder llenar, desde el punto de vista del acusador, todos los elementos de la conducta punible y de la culpabilidad. Desde la óptica del defensor, debe de-

terminar la falta de un elemento de la conducta o de la responsabilidad, o de los antecedentes jurisprudenciales que fijan el alcance de la norma o la violación o inexistencia de los procedimientos que garantizan la autenticidad o mismidad de los medios de prueba (cadena de custodia).

- *Flexibilidad.* No obstante concebir inicialmente cómo será el juicio, éste siempre está sujeto a un conjunto de avatares e imprevistos, como todo proceso adverso. La teoría del caso debe ser lo suficientemente flexible para adaptarse o comprender los posibles desarrollos del proceso sin cambiar radicalmente, porque el cambio de teoría del caso da al traste con la credibilidad de cualquier sujeto procesal. Una buena teoría del caso será, entonces, aquella que contiene una hipótesis sencilla sobre los hechos y una clara adecuación típica de los mismos, sin que se entre en sofisticados razonamientos fácticos o dogmáticos; que sea creíble porque su posibilidad de acaecimiento es notoria y su formulación es lógica, y que logre explicar congruentemente la mayor cantidad de hechos que sustenten la propia pretensión, e incluso aquellos que fundamentan la teoría del caso de la contraparte y que han podido salir a la luz en el transcurso del juicio.

2.1.5. ¿Para qué sirve la teoría del caso?

Esta teoría sirve para pensar organizadamente el caso y monitorear cada etapa del juicio. Permite construir la historia persuasiva con significado penal relevante. En cada fase del juicio oral la teoría del caso ayuda a:

- *Planear y organizar la alegación inicial.* La presentación de la teoría del caso se realiza en la declaración inicial. “Una vez instalada la audiencia de juicio oral, antes de proceder a la presentación y práctica de las pruebas, la Fiscalía deberá presentar la teoría del caso. La defensa, si lo desea, podrá hacer lo propio” (art. 371 CPP). Se presenta como una historia que reconstruye los hechos con propósitos persuasivos hacia el juzgador. Esta historia persuasiva contiene escenarios, personajes y sentimientos que acompañan toda conducta humana. Dicha declaración inicial, como se verá más adelante, contiene la presentación del tema, la narración de los hechos, las pruebas que sustentarán la teoría y se practicarán en el juicio, y lo que logrará probarse. La teoría del caso es la esencia

de la declaración inicial que permite organizarlo lógicamente y persuasivamente en sus aspectos fácticos, probatorios y jurídicos.

- *Organizar la prueba que se presentará.* La teoría del caso permite organizar la prueba de la forma que mejor convenga para vivificar la teoría del caso. Para la Fiscalía, la mejor forma puede ser cronológicamente, ya que permite presentar la historia paso a paso. Para la defensa, la mejor opción es la presentación temática o estratégica, formas dirigidas a probar un supuesto jurídico determinado (por ejemplo, no autoría). La organización de la prueba permite eliminar las pruebas innecesarias y direccionar las pruebas que se presentarán hacia el hecho (o hechos) que se quiere probar, relacionarlas con los supuestos jurídicos y anticipar su contradicción por los demás sujetos procesales. Permite establecer el orden en que se presentará a los testigos y peritos, privilegiando los testimonios fuertes al comienzo y al final para causar impacto sobre el juzgador, con el principio psicológico de que lo que se retiene es lo primero y lo último. También permite organizar los interrogatorios, orientando éticamente al testigo sobre su declaración y la secuencia de la examinación, así como orientarlo frente al conainterrogatorio que vendrá después. Ayuda a analizar las debilidades de los testigos propios y adversos, y a preparar el conainterrogatorio respectivo. Igualmente, la teoría del caso permite determinar a través de cuál testigo de acreditación se podrá introducir cada una de las evidencias físicas.

Los hechos contienen las acciones con circunstancias de tiempo, los lugares o escenarios, los personajes y sus sentimientos, el modo de ocurrencia, los instrumentos utilizados, y el resultado de la acción o acciones realizadas

- *Hacer estipulaciones.* La teoría del caso le permitirá determinar cuáles hechos o circunstancias que requieren ser probados no van a ser controvertidos por la otra parte y, por tanto, se podrán proponer estipulaciones probatorias.
- *Preparar el alegato de conclusión.* La culminación del debate oral es el alegato final. Se aconseja siempre diseñar la teoría del caso a partir del alegato de conclusión y devolverse para saber cuáles son los pasos que hay que dar, y los presupuestos fácticos, jurídicos y probatorios que deberán presentarse, para que los

argumentos establezcan las promesas realizadas en la declaración inicial.

- *Adoptar y desechar estrategias de acusación y defensa.* Con un buen diseño de la teoría del caso, el fiscal y el defensor están en capacidad de identificar cuál es su mejor posibilidad de acusación o defensa: si la aplicación de un criterio de oportunidad, la declaración unilateral de aceptación de la imputación o acusación, o los preacuerdos.

2.1.6. Elementos de la teoría del caso

La teoría del caso tiene tres niveles de análisis:

- *Jurídico.* Es el punto de partida, todo gira alrededor de esto. Consiste en el encuadramiento jurídico de los hechos dentro de las disposiciones legales, tanto sustantivas como procedimentales. Es la subsunción de los hechos, la historia en la norma penal aplicable.
- *Fáctico.* Sustenta lo jurídico. Es la identificación de los hechos relevantes o conducentes para comprobar la existencia de la conducta punible y la responsabilidad o no responsabilidad del procesado, hechos que se deben reconstruir durante el debate oral, a través de las pruebas. Los hechos contienen las acciones con circunstancias de tiempo, los lugares o escenarios, los personajes y sus sentimientos, el modo de ocurrencia, los instrumentos utilizados, y el resultado de la acción o acciones realizadas.
- *Probatorio.* Sustenta lo fáctico. Permite establecer cuáles son las pruebas pertinentes para establecer la certeza de la ocurrencia de la conducta punible y de la responsabilidad del acusado como supuestos de una sentencia condenatoria para la Fiscalía, o la ausencia o deficiencia de estos requisitos en el caso de la defensa, fallas procedimentales esenciales o la ruptura de la cadena de custodia que hace perder la autenticidad de la prueba. El aspecto probatorio de la teoría es el modo de comprobar ante el juez los planteamientos formulados.

2.2. Construcción de la teoría del caso

En general, de lo que se trata es de construir *proposiciones* fácticas adecuadas a *elementos legales*, sobre las cuales se elabore un *relato creíble*, sustentado en *medios de prueba*.

2.2.1. Construcción de las proposiciones

Lo primero en la construcción de la teoría del caso es dedicar especial atención a la investigación, búsqueda, identificación, definición, análisis e interpretación de los hechos que llegan a nuestro conocimiento. Con esto, podemos definir cuáles de ellos poseen alguna relevancia penal, es decir, si pueden satisfacer o no los elementos legales que estructuran el delito por el cual se procesará a la persona. Hechos relevantes para el fiscal pueden ser, por ejemplo: que el acusado disparó sobre la víctima; que la víctima murió como consecuencia del disparo; que el acusado se encontraba en el lugar de los hechos el día del homicidio, etc. Hechos irrelevantes pueden ser: el tipo de arma (pistola o revólver) con la cual el acusado disparó, si no se discute que le disparó.

Algunos hechos nos parecerán con alguna relevancia penal, pero no necesitaremos incorporarlos a nuestro alegato, ya que, por ejemplo, pueden ser objeto de acuerdo con la contraparte, sobre la inutilidad de llevarlos a la controversia oral. Es el caso del acuerdo o la estipulación a que podrían llegar la Fiscalía y la defensa sobre la causa de la muerte, cuando lo que se controvierte es la autoría del hecho y no la existencia del mismo.

Lo siguiente será construir nuestras proposiciones, que no son otra cosa que el encuadramiento legal de los hechos materia del proceso; según Baytelman y Duce, “Una *proposición fáctica* es una afirmación de hecho que satisface un elemento legal. Dicho de otro modo, una *proposición fáctica* es un elemento legal reformulado en un lenguaje corriente, que se remite a experiencias concretas del caso, experiencias éstas sobre las que un testigo sí puede declarar”¹⁷⁸.

Tomamos entonces cada hecho relevante, lo comparamos con uno o varios elementos del delito, y determinamos si aquél se subsume en éste o éstos. De ser así, formulamos una o varias proposiciones fácticas para cada elemento legal, como podría ser que en el caso Patiño (ver Apéndice) el disparo que el acusado hizo a la víctima se produjo como resultado del forcejeo que tuvo con la misma. Este

resultado era previsible por el acusado al presentarse a hurtar con un arma de fuego (dolo eventual).

En el caso Patiño, podemos imaginar lo siguiente:

Revisado el informe del investigador *Guillermo Fonseca*, y luego de haber realizado otras indagaciones sobre los hechos acaecidos y sus circunstancias, el fiscal pudo establecer que se dio muerte a *Andrés Castro* para facilitar la consumación de un hurto en el establecimiento comercial denominado El Triunfo.

Con este simple y primario análisis fáctico, pensó que la conducta de *Carlos Patiño* podría satisfacer los elementos legales que estructuran los delitos de homicidio agravado, y hurto calificado y agravado. Dichos elementos los remitió a los hechos y las circunstancias concretas del caso, con lo cual pudo elaborar varias afirmaciones o proposiciones fácticas que pretenderá probar en el juicio y basar en ellas la construcción de su relato y sus pretensiones condenatorias. Algunas de las proposiciones que construyó son éstas: *Carlos Patiño* disparó contra la humanidad de *Andrés Castro*; *Carlos Patiño* sustrajo \$650.000 que se encontraban en la caja registradora y una botella de aguardiente Néctar; *Andrés Castro* murió como producto del disparo que le hizo *Carlos Patiño*; el día y la hora en que *Carlos Patiño* dio muerte a *Andrés Castro*, aquél vestía una camiseta de las que se usan para jugar baloncesto y se desplazaba en una moto de color rojo; en la casa de *Carlos Patiño* se encontró una botella de aguardiente Néctar. *Carlos Patiño* le dijo a su novia, *Janira Salazar*, que tuvo problemas con un tipo, pero que no quería que muriera.

2.2.2. Determinación de los medios de prueba

Después de haber identificado y seleccionado los hechos que tienen la capacidad de producir un efecto jurídico determinado, corresponde acreditar aquellos que efectivamente hayan sucedido, lo cual se logra mediante la determinación de los diversos medios de prueba. Entre estos medios de conocimiento se encuentran la prueba testimonial, pericial, documental, la inspección, los elementos materiales probatorios, la evidencia física o cualquier otro medio técnico o científico que no viole el ordenamiento jurídico (art. 382 CPP). Para esto, lo primero que hay que tener en cuenta son las proposiciones seleccionadas para fundamentar la pretensión penal. Un inventario detallado de éstas permitirá determinar los medios probatorios más

¹⁷⁸ Andrés Baytelman y Mauricio Duce, *Litigación penal en juicios orales*, 2 ed., Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2001, p. 44.

idóneos para demostrar que los hechos identificados sí se encuadran dentro del precepto normativo.

Por ejemplo, si se está ventilando un caso por el delito de peculado por apropiación, en lo referente al fiscal, se debe probar que el sujeto activo es un empleado oficial y, por tanto, debe acreditar dicha calidad a través de documentos tales como el decreto de nombramiento, el acta de posesión y la constancia de tiempo de servicios. Como la acción es la de apropiación, el fiscal demostrará su ejecución a través de cheques girados a terceros sin sustento contable o administrativo, testimonios de empleados que dan cuenta de la pérdida del bien a manos del acusado, etc.

A cada proposición debe corresponder uno o varios medios de prueba que la demuestren o nieguen. Lo que debe buscar el operador es aquel medio de prueba que mejor demuestre su proposición fáctica.

En el caso *Patiño*, el fiscal decidió entrevistar a varios testigos reportados por el investigador *Fonseca*, con lo cual logró comprometer el testimonio de *Rebeca López*, *Carlos Muñoz* y *Gloria Dávila*. *Gloria Dávila* aportará evidencia afirmativa sobre que *Carlos Patiño* fue quien disparó contra *Andrés Castro*, y quien hurtó el dinero de la caja registradora y la botella de aguardiente Néctar. Ella se encontraba con la víctima, su esposo, en el momento de los hechos. *Carlos Muñoz* aportará evidencia afirmativa sobre que el acusado, el día de los hechos, vestía una camiseta de las que se usan para jugar básquetbol y se movilizaba en una motocicleta de color rojo. Él observó desde su panadería los movimientos de *Carlos Patiño*. *Rebeca López* aportará evidencia afirmativa de que escuchó a *Carlos Patiño* cuando refería a su novia, *Janira Salazar*, un problema con un hombre a quien no quería matar. Adicionalmente, el fiscal podría introducir al juicio la camiseta de básquetbol, a efecto de que fuera reconocida por sus testigos.

Siempre es conveniente anticipar futuros problemas con probabilidad de presentarse, a causa de los efectos que pueda tener la introducción de ciertos medios de prueba de la contraparte. Éstos deben ser siempre analizados y revisados para descubrir sus fortalezas y debilidades, y así poder minimizar aquéllas y resaltar éstas en el juicio. Los medios de prueba son manipulados ilícitamente muy a menudo, contaminados o recogidos de manera ilegal, ya sea porque se aplicaron procedimientos anti-técnicos, ya porque la parte que pretende hacerlos valer defrauda al proceso y a sus actores. Por esto se deben

investigar y analizar todas las circunstancias posibles que envuelven un medio de prueba, si se quieren tener armas adicionales que quiten valor probatorio a los medios y desacrediten a la parte que los presenta.

En el caso de *Carlos Patiño*, la defensa bien podría introducir evidencia de refutación para demostrar que el reconocimiento y la identificación que con seguridad hará la señora *Gloria Dávila* en el juicio carecen de credibilidad, ya que su capacidad de percepción y evocación de las características fisonómicas del acusado se vio afectada por un procedimiento irregular del investigador *Fonseca*, quien durante la indagación exhibió a la señora una fotografía del acusado, sin mostrarle otras que evitaran dirigir su memoria hacia una sola figura propuesta por un agente del Estado. Durante el juicio, cuando se inquiera a la testigo sobre la individualización del agresor, con seguridad dará las características de quien vio en la foto y de quien tiene delante de ella. Es lo más fácil.

El análisis probatorio como elemento de la teoría del caso culmina con un juicio de valor que asigna una determinada capacidad de demostración a los medios probatorios con que se cuenta. El hecho está probado (prueba) cuando se ha demostrado su acaecimiento, a través de medios idóneos (medios de prueba), aplicados sobre determinados objetos o personas (fuentes u órganos de prueba), de los cuales se extraen elementos de convicción (evidencias) con capacidad de demostración.

2.2.3. Construcción del relato

Con las proposiciones fácticas que encuadran en las normas jurídicas construidas y sustentadas probatoriamente, el abogado debe construir una historia o relato persuasivo, *lógico y creíble*.

La *lógica* del relato puede estar garantizada para el fiscal, en primer término, si la historia se cuenta de manera cronológica, ya que es el modo como el entendimiento humano capta mejor las ideas que se le comunican. En la fase de investigación, el caso casi siempre se presenta sin ningún tipo de orden. La narración que hacen los primeros testigos o sujetos intervinientes es ambigua, oscura, con lagunas, e inconclusa y desordenada. El trabajo del abogado es preguntar para conocer el orden cronológico, hasta tener elaborada una historia con secuencias lógicas. En segundo término, un relato lógico es aquel que exhibe una lógica interna, es decir, que los hechos antecedentes son efectiva y natural causa

de aquellos sobrevivientes o posteriores. Es el caso de la poca racional afirmación de que el homicida no tenía la intención de dar muerte a la víctima, cuando aquél le propinó a ésta doce disparos en una misma descarga del proveedor de su pistola. Asumir la historia en forma temática resulta más efectivo para la defensa.

Lo creíble del relato depende de que el narrador sea capaz y esté comprometido con su causa y los intereses de quien representa. Todos los episodios del relato que se está contando deben transmitir seguridad y convicción con respecto a su capacidad de acaecimiento y demostración. No es creíble un relato que se ha construido alrededor de una teoría del caso ambigua, incoherente o contradictoria. Un ejemplo extremo es el que traen Baytelman y Duce, en relación con un abogado defensor que dice:

Lo cierto es que mi representado no estaba en el lugar de los hechos al momento del homicidio... Ahora, si se prueba que estaba en el lugar de los hechos, él no fue quien disparó el arma... Pero bueno, si se prueba que él sí disparó el arma, entonces lo hizo en legítima defensa... Ahora bien, si no se logra acreditar la legítima defensa, entonces mi representado es inimputable por demencia...¹⁷⁹

2.2.4. El tema dentro de la teoría del caso

Toda teoría del caso contiene un tema, el cual es el asunto central de esta historia persuasiva presentada ante el juez. Es una frase, un emblema, una calificación de los hechos que se repite dentro de todo el juicio oral. El propósito es fijar en el juzgador la esencia de la teoría del caso. En la declaración inicial del proceso por el homicidio de *Andrés Castro*, la Fiscalía enunciaría el tema así: “*Señor juez: este es el caso de un joven irresponsable e indolente, que para robar una botella de aguardiente y el dinero de un honesto trabajador, le segó la vida*”. El tema así enunciado plantea un concurso entre los delitos de homicidio agravado y hurto calificado y agravado, y personaliza al acusado como irresponsable e indolente que mata por un motivo abyecto.

Para la defensa, el tema sería el siguiente: “*Señor juez: este es el caso de una identificación subjetiva y de la imposibilidad física de cometer un delito*”. Ahí se anuncia que la identificación hecha por Gloria Dávila fue influenciada por el investigador y que, además, Carlos Patiño se encontraba en otro lugar al momento de cometerse el homicidio.

2.2.5. El móvil en la teoría del caso

El móvil de la acción es importante en el relato, porque normalmente implica para el jurado o para el juez la motivación de la acción, y hace de nuestra reconstrucción de los hechos una historia más interesante y representativa de la realidad, en la cual prácticamente nadie actúa porque sí, sino llevado por ciertas motivaciones interiores o exteriores. El móvil explícito en el caso de Carlos Patiño es el hurto.

2.2.6. Estructura de la teoría del caso

ESTRUCTURA JURÍDICA DE LA TEORÍA DEL CASO	FISCALÍA	DEFENSA
Homicidio agravado: 1. Matar a otra persona. 2. Sin justa causa. 3. Con conocimiento. 4. Habiendo previsto como probable la realización de la infracción y dejado el resultado al azar. 5. Para facilitar otra conducta. Autor: quien realizó la conducta. Sujeto activo no calificado.	Se mató al señor Andrés Castro sin que mediara causal de justificación y en forma dolosa para poder facilitar un hurto. El autor de la conducta fue Carlos Patiño.	Se mató al señor Andrés Castro. El autor de la conducta no fue Carlos Patiño.
Hurto calificado y agravado: 1. Apoderarse de una cosa mueble ajena con el propósito de obtener provecho para sí o para un tercero. 2. Con violencia sobre las personas y las cosas. 3. En establecimiento público. 4. Autor: sujeto activo no calificado.	El autor del hecho fue Carlos Patiño, con un arma de fuego y mediante ruptura de la caja registradora.	El autor del hecho no fue Carlos Patiño.

¹⁷⁹Ibid., p. 51.

ESTRUCTURA FÁCTICA DE LA TEORÍA DEL CASO	FISCALÍA	DEFENSA
1. Cuándo (elemento de tiempo) a) Referente amplio b) Referente específico	a) El día 20 de julio del año anterior. b) Al las 11:30 p.m.	a) El día 20 de julio del año anterior. b) Toda la noche.
2. Dónde (elemento de locación)	• Supermercado El Triunfo, ubicado en la calle 172 con carrera 50, en la ciudad de Bogotá D.C.	• En su residencia ubicada en la Autopista Norte con calle 100, en la ciudad de Bogotá D.C.
3. Quién hizo (elemento subjetivo activo)	• El aquí acusado Carlos Patiño.	• Un hombre que no pudo ser identificado.
4. Qué hizo (acción imputada o afirmada)	• Disparó un arma de fuego.	• Compartía un juego de cartas con su novia Janira Salazar y sus amigos Alfonso Daza y Luis Neira.
5. A quién se lo hizo (elemento subjetivo pasivo)	• Contra la humanidad de Andrés Castro.	
6. Circunstancias de: a) Modo b) Instrumento c) Otras	a) En un aparente forcejeo. b) Con un revólver calibre 38. c) Luego de haber dejado una moto encendida, con la que huyó.	a) Tomaron aguardiente. b) Luis Neira se retiró como a las 11:00 p.m. c) Alfonso Daza se quedó dormido como a las 11:00 p.m. y amaneció allí. d) Janira Salazar se acostó a dormir con Carlos Patiño. e) Éste no salió en toda la noche de su apartamento.
7. Resultado de la acción	• La muerte de Andrés Castro.	• Ninguno relevante penalmente.
8. Móvil de la acción o el porqué	• Para facilitar el hurto de \$650.000 y una botella de aguardiente “Néctar”.	• Ninguno relevante penalmente.

ESTRUCTURA PROBATORIA DE LA TEORÍA DEL CASO	FISCALÍA	DEFENSA
Qué. Establecido por:	Gloria Dávila	Janira Salazar, Luis Neira y Alfonso Daza
Cómo. Establecido por:	Gloria Dávila Carlos Muñoz	Janira Salazar, Luis Neira y Alfonso Daza
Cuándo. Establecido por:	Gloria Dávila Carlos Muñoz	Janira Salazar, Luis Neira y Alfonso Daza
Dónde. Establecido por	Janira Salazar, Luis Neira y Alfonso Daza	Janira Salazar, Luis Neira y Alfonso Daza
Quién. Establecido por:	Rebeca López	Gloria Dávila, Carlos Muñoz y Rebeca López (contrainterrogatorio)
A quién. Establecido por:	Gloria Dávila. Médico forense	Janira Salazar, Luis Neira y Alfonso Daza
Resultado de la acción:	Gloria Dávila	No existe acción de carácter penal que probar.
Móvil de la acción:	Gloria Dávila	No existe móvil de delito.

2.3. Estrategias y técnicas para la efectiva comunicación de la teoría del caso

No hay que olvidar la regla de oro de la comunicación efectiva: no importa qué tan bueno o significativo sea el mensaje, si el mensajero es malo, el mensaje no llega. El mensaje del abogado es la teoría del caso y el abogado mismo es el mensajero. El medio natural de la transmisión es el relato. Su objetivo es persuadir al juzgador —el receptor del mensaje— de que se trata de la versión más fidedigna de los hechos, y de la interpretación de la ley más adecuada y justa.

¿Cómo, entonces, comunicar efectivamente el mensaje de la teoría del caso? Para comunicar su teoría del caso el abogado debe convertir la esencia de su teoría en una historia sencilla, coherente y convincente, que se pueda transmitir fácil y rápidamente. Está demostrado que la transmisión efectiva de esta historia depende en buena medida de un manejo hábil por el abogado de ciertas técnicas y consideraciones especiales. A continuación se resumen algunas de las más relevantes.

2.3.1. El tema central y las etiquetas

Entre estas técnicas cabe destacar la definición de un tema que encierre lo fundamental de la teoría del caso, así como el uso de un lenguaje basado en el tema, que facilita la comunicación sucinta y convincente de dicha teoría.

A los términos específicos utilizados para nombrar a las personas, los eventos o las cosas asociados con un tema, se les puede llamar “*etiquetas*”.

En el caso *Patíño*, la defensa puede alegar como teoría del caso la falsa identificación del sindicato. Un tema posible se podría expresar así: “*Este caso se trata de una confusión de identidades; no negamos que la trágica muerte del señor Andrés Castro sucedió, pero sí afirmamos que los testigos se equivocaron al señalar al defendido, señor Patíño, como el responsable*”. El tema es la “*confusión de identidades*”; las “*etiquetas*” son aquellas palabras blandas que buscan amortiguar el golpe de los hechos y su impacto sobre la presunta responsabilidad del sindicato, como “*muerte*” en lugar de “*ejecución*” o “*asesinato*”; “*occiso*” en lugar de “*víctima*”; “*Carlos Patíño*” en vez del “*acusado*” o el “*asesino*”.

Temas y etiquetas, pues, son el vocabulario que conforma el lenguaje del juicio oral que debe emplear el abogado para comunicar al juzgador con claridad las bases de su posición fáctica y jurídica. La teoría del caso debe poder reducirse a un tema central, expresable en frases o palabras memorables, hasta emotivas, que encapsulan y reflejan lo esencial de dicha teoría. Un tema simple es preferible, aunque hay veces en que puede ser más sofisticado.

Las etiquetas son aquellos términos favorables utilizados por el abogado para referirse a las personas, los eventos y las cosas asociadas con el juicio, vistos desde su óptica. La repetición del tema central y de las etiquetas correspondientes a lo largo del juicio es una técnica muy eficaz para transmitir la visión del caso del abogado al tribunal.

2.3.2 Técnicas para contar la historia

El juzgador espera de la historia presentada por el abogado una versión coherente y lógica de los hechos, y una interpretación natural de las normas aplicables. Evidentemente, no hay que persuadirlo en cuanto

a los hechos no controvertidos; por tanto, el abogado durante el juicio debe centrarse en transmitir su versión de las cuestiones y los hechos materiales controvertidos. El abogado debe identificar y evaluar objetivamente, tanto los hechos controvertidos como la prueba favorable y desfavorable a su causa. Sólo así podrá hacer los ajustes necesarios a su teoría del caso para poder relatar, en el juicio, una historia creíble que destaque lo positivo mientras amortigua el golpe de lo negativo.

Sabemos que comunicar una teoría del caso significa poder relatar una historia y avanzar una posición de manera persuasiva. Y como cualquier historia, su impacto depende de cómo se narra. Se ha dicho que la teoría del caso sirve de guión para organizar todas las actividades probatorias en el juicio; aun así, le queda al abogado la tarea de *humanizar y dramatizar* la historia que narra con el fin de recrear el drama humano de modo convincente. El abogado debe desempeñar con convicción e interés el papel que le dicta la causa que defiende.

Como quien cuenta una historia, el fiscal efectivo hace énfasis en la trama, los personajes y las emociones de la historia que relata, manifestando ira, indignación, tristeza o cualquier otra emoción que las circunstancias le exijan. Debe emplear un lenguaje colorido, memorable, seleccionado para impactar al oyente y provocar reacciones emotivas, evidentemente sin exagerar o tergiversar la realidad. A través de su narración, el abogado busca atraer al espectador –el juzgador– para que éste simpatice con las víctimas de su historia, a la vez que se ponga en contra de los “*malos del paseo*” que describe. Por su parte, el defensor debe humanizar a su cliente, llamarlo por su nombre, presentarlo como la víctima de la acusación injusta.

2.3.3. Audiovisuales

El uso estratégico de ayudas audiovisuales para transmitir información, sobre todo en procesos de alta complejidad, aumenta dramáticamente la efectividad de la comunicación. Está comprobado que una persona receptora de un mensaje oral retiene más y mejor información si éste se transmite en combinación con un apoyo audiovisual. Mientras más complejo sea el mensaje, más necesidad hay de utilizar

recursos audiovisuales para hacerlo llegar a su destinatario. Por tal razón, en países con un sistema penal acusatorio de larga data como Estados Unidos, los juicios orales se están convirtiendo cada vez más en juicios audiovisuales: fotografías, diagramas, diapositivas, cuadros, modelos, documentos magnificados y simulaciones computarizadas, son algunas de las herramientas utilizadas en el transcurso del juicio por los abogados norteamericanos para facilitar la asimilación de información por el juez o el jurado.

El abogado litigante en Colombia debe aprender a valerse de los medios audiovisuales en la narración de la teoría del caso durante el juicio oral. Si se trata de un accidente automovilístico, por ejemplo, el abogado debe presentar diapositivas, diagramas o modelos, grandes y claramente marcados, que grafican para el juzgador no sólo el lugar de los hechos sino la alineación de las calles y de los semáforos, la posición de los carros de las partes en contención, los sentidos en el flujo del tráfico; en fin, todo lo que necesita para visualizar el evento a la luz de la teoría avanzada.

3. Técnicas de negociación

3.1. La negociación en el proceso penal

Una vez construida la teoría del caso por parte del fiscal y la defensa, es el momento de ver la mejor opción de actuación. Para esto, el fiscal debe considerar en una relación costo-beneficio, qué es lo que más conviene a los intereses de la justicia, de la sociedad y de la víctima. La defensa, previa ilustración a su cliente de las alternativas, debe revisar la mejor estrategia de defensa.

Las dos partes deben estar preparadas para buscar formas alternativas de solución del conflicto planteado entre el Estado y el destinatario de la ley penal, a efectos de evitar los riesgos y costos financieros y no financieros que conlleva un juicio.

El proceso penal colombiano no ha sido muy prolífico en cuanto a la utilización de formas alternativas de aplicación de las penas. Los mecanismos de deflación penal que ha utilizado el legislador casi siempre son de tipo especial, relacionados con la disminución de los tiempos del rito procesal, a través de formas como el “proceso

abreviado”, tal como lo regula la aún vigente Ley 600 de 2000, en la figura de la sentencia anticipada.

En lo que se dio en llamar “*formas de terminación anticipada del proceso*”, en 1993 se incluyó dentro del ordenamiento penal la figura de la “*audiencia especial*”, que permitía al fiscal y al procesado, en caso de “*duda probatoria*” sobre una eventual acusación, la negociación de la pena a efectos de buscar que el juez aprobara un acuerdo de rebaja de penas como producto de la aceptación de unos cargos y de un determinado *quantum punitivo*. Tal forma de terminación anormal del proceso se eliminó por ser una negociación fundamentada en la duda probatoria, pues frente al principio del *in dubio pro reo*, en tal caso lo que debía proceder era la preclusión de la investigación.

Otra forma conocida de terminación anticipada del proceso penal es la llamada “*sentencia anticipada*”. Aquí el fiscal, fundamentado en prueba suficiente de responsabilidad, formula unos cargos al procesado y éste los acepta o los niega. Tal actuación, vertida en un acta, da fe de unas decisiones tomadas al amparo de la ley, pero que deben ser avaladas por un juez, quien, controlando que en la aceptación de los cargos no se hayan violado las garantías constitucionales, impone la pena. A diferencia de la anterior figura, en ésta no se autoriza a las partes a efectuar negociación alguna sobre los cargos y mucho menos sobre la pena por imponer. Sencillamente hay una solicitud clara y directa del procesado para que se le adelante el fallo.

En virtud del Acto Legislativo 03 de 2002 y su correspondiente desarrollo legal, Ley 906 de 2004, y dada la naturaleza acusatoria del proceso que instauró en Colombia, podemos decir que tenemos una nueva figura que contribuirá sustancialmente a la impartición de justicia penal, que es la aplicación de los criterios del principio de oportunidad (art. 324 CPP), las declaraciones de culpabilidad (arts. 351 y 369 CPP) y los preacuerdos (art. 348 CPP), que permitirán la negociación entre el fiscal y el defensor sobre un marco definido por la ley.

Conocemos formas alternativas de aplicación de las penas en el derecho comparado. En Estados Unidos, por ejemplo, el *Plea Bargaining*, o “*acuerdos de negociación*”, que culminan con un *Plea Bargain* o propuesta de acuerdo para el juez. El fiscal y el imputado, a través de su abogado defensor, realizan conversaciones con miras a acordar unas obligaciones mutuas validadas por un juez. El imputado acepta su culpabilidad por el delito

alegado por el fiscal cuando formalizó la imputación, o en la acusación, o por un delito de grado inferior. El fiscal se compromete, por ejemplo, a solicitar el archivo de otros cargos pendientes que se tienen sobre el imputado; eliminar cargos que puedan agravar la pena imponible; recomendar una sentencia en particular o no oponerse a la solicitud de la defensa sobre determinada sentencia, o aceptar que determinada sentencia específica es la más adecuada al caso concreto.

Mediando el acuerdo a través de un acta, ésta se presenta al juez de conocimiento, quien puede aceptarlo o rechazarlo. En caso de una aceptación, el acuerdo formará parte de la sentencia condenatoria que pone fin al proceso. Si hay un rechazo, así lo comunica el juez al imputado y le advierte que tiene el derecho de retirar su alegación de culpabilidad, circunstancia que impide que los términos del acuerdo y sus detalles se usen posteriormente contra el procesado. La notificación al juez sobre el acuerdo se hace normalmente antes de la acusación, pero en algunos casos se puede presentar cuando ya avanza el juicio oral.

A efectos de garantizar el debido proceso, el juez debe cerciorarse de que el acuerdo ha sido obtenido con pleno conocimiento, conformidad, voluntariedad y conciencia por parte del imputado o acusado sobre los derechos y las consecuencias que de él se derivan por parte del imputado, que es conveniente para una sana administración de justicia y que está conforme al derecho y a la ética procesal.

En el marco de esta figura, el fiscal no está obligado a aceptar la propuesta del imputado, si considera que tiene todos los elementos de convicción que serían suficientes para obtener del juez de conocimiento el llamamiento a juicio. Además, en caso de un acuerdo, el fiscal decide de manera autónoma qué delito imputa o cuál sentencia solicita, siempre teniendo en cuenta la posición del imputado. Con un acuerdo por delante, el fiscal está en la obligación de cumplirlo, cuando la declaración de culpabilidad del imputado estuvo basada en tal acuerdo. Sin embargo, el fiscal puede retirar su oferta consignada en el acuerdo, siempre y cuando esto lo haga antes de la declaración formal de culpabilidad ante el juez.

En principio, los preacuerdos para la aplicación anticipada de la pena proceden en todos los delitos (en Colombia no proceden rebajas de pena, ni concesiones de beneficios judiciales ni administrativos para delitos

de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes)¹⁸⁰. La Fiscalía General puede seleccionar eventualmente algunas figuras típicas que, por sus implicaciones sobre la sociedad, pueden ser excluidas de la posibilidad de la negociación (delitos de lesa humanidad). De cualquier manera, la investigación y el análisis del fiscal deben ser minuciosos, para decidir si negocia o no con el imputado. En los delitos en los que se produzca un incremento patrimonial fruto del mismo, la ley prevé que debe producirse el reintegro de por lo menos 50% de este incremento y asegurarse el recaudo del remanente para poder proceder a un preacuerdo.

En Estados Unidos, cuando en un caso se ha acusado (*indictment*) o se ha hecho sumario de cargos o acusación, se espera que haya una oferta de negociación (*plea*), porque con la gran cantidad de casos es imposible llevarlos todos a juicio. Si el fiscal no ofrece negociar, se considera injusto, desinteresado o demasiado duro con el imputado. Es fácil en delitos que tienen que ver con la propiedad, como el robo y el daño, donde es muy viable una reparación. Es difícil en los delitos que implican violencia. Por ejemplo, en los delitos de violación, el aspecto de la dignidad no puede recompensarse, no se puede valorar sólo en dinero.

La negociación dentro del proceso penal requiere también, por parte del fiscal, un estudio de la relación costo-beneficio para el Estado, la justicia, la sociedad, el acusado, la víctima, frente a las implicaciones de un juicio público y la posibilidad de obtener verdad, justicia y reparación con un acuerdo de partes.

3.2. Técnicas de negociación

3.2.1. Del fiscal

La primera cosa estratégica que debe hacer el fiscal es un análisis de los hechos, y la determinación de las fortalezas y debilidades de su teoría del caso, desde el punto de vista de su función. Igualmente, debe estudiar los intereses y las realidades procesales del imputado, y consultar las reglamentaciones que en punto al instituto emita el fiscal general de la Nación (Directriz 001 de 2006 sobre preacuerdos).

El proceso negociador debe comenzar muy temprano.

¹⁸⁰Artículo 199, numeral 7 de la Ley 1098 de 2006.

Por lo general, empieza cuando el fiscal decide formular la imputación. De entrada no se deben hacer muchos cargos, ya que a éstos pueden corresponder muchos años de cárcel y son pocos los imputados que negocian sobre tal base. El fiscal tiene que desestimar algunos cargos para poder negociar.

En el caso *Patino*, el fiscal puede negociar para desestimar los cargos por hurto calificado y agravado contra *Carlos Patino*, a efectos de que acepte declararse culpable por el cargo de homicidio agravado.

Un punto muy importante en la negociación es la reputación individual de cada fiscal. La percepción ciudadana de un fiscal que acusa por muchos cargos y luego empieza a retirarlos es muy negativa. Una solicitud de 40 años que llegue a 20 no es bien vista por la sociedad, que siempre espera que el fiscal obtenga en una negociación mucho de lo dicho en la formulación de la imputación. Si por ejemplo, por una u otra razón, se tiene la reputación de nunca ir a juicio, entonces se conoce al fiscal como muy débil para negociar.

En el caso de *Carlos Patino*, el fiscal puede decir al imputado, siempre y cuando todo sea cierto, que va a solicitar pena por los delitos de homicidio agravado y hurto calificado y agravado, y que desestimaré cargos pendientes por otros delitos contra el patrimonio. Si le dice que va sólo por homicidio agravado, el imputado va a pedirle que también renuncie a éste y negocie con él homicidio preterintencional, por ejemplo. Esto es frecuente cuando el imputado sabe que el fiscal tiene miedo de ir a juicio, aprovechando para fijar posiciones muchas veces lesivas para los intereses de la sociedad. Aquí es importante que el fiscal no sólo sea justo y firme, sino que se sienta en disposición de ir a juicio si es necesario.

Otra estrategia que suele utilizarse por parte de los fiscales es iniciar la negociación ofreciendo lo mínimo que se tiene, porque con la cantidad de procesos es más conveniente señalar desde el comienzo una posición. En estos casos, si el abogado defensor va a presentar nuevos hechos, o tiene otros testigos, o trae una coartada, siempre se va a poder modificar la solicitud de negociación. Aquí no se trata de asuntos privados, donde se ofrece lo más alto y se comienza a regatear. Es un proceso que se debe conducir desde el comienzo con honestidad.

Sobre la iniciativa para proponer la negociación, ésta debe ser del fiscal, porque es él quien tiene el control sobre la acción. En la práctica, se hace de ambas mane-

ras. El defensor puede llamar al fiscal para decirle que quieren negociar, pero es clave en algún punto que el fiscal tome el liderazgo de la negociación.

3.2.2. Del defensor

Lo primero que debe hacer el defensor es realizar también el análisis de los hechos, y determinar las fortalezas y debilidades del caso. Es importante verificar cuál es la percepción que tiene el cliente. ¿Cuál es su deseo?, ¿a qué le teme?, ¿en qué se muestra decidido?, etc.

El defensor puede empezar con una pregunta al fiscal sobre cuál es su ofrecimiento. Si el fiscal comienza con un ofrecimiento, el defensor debe decidir cuál será su respuesta. Es bueno explorar más la negociación y desarrollar un plan para la misma. Si el fiscal dice que va a imputar un determinado delito, si el imputado acepta otro, ¿qué va a responder el defensor para su cliente? Desde luego, debe desarrollar argumentos a favor o en contra. En una negociación, uno ofrece y obtiene una respuesta con argumentos, luego viene otro ofrecimiento, etc. Se tiene que saber cuál es el rango de la negociación. El mínimo es “no culpable”, el máximo es el establecido por la mayor pena posible. Y se deben también conocer los detalles que contribuyen al máximo o al mínimo. Se establecen cuáles son máximos y mínimos, y los detalles importantes para la negociación.

La opción más optimista es que se termine el juicio y no se condene al cliente. Se puede establecer entonces un plan, comenzando con argumentar que el fiscal no debe acusar porque no hay pruebas suficientes. Pero, ¿es realista esta posición cuando se sabe que el fiscal ha podido recaudar importantes elementos de convicción? En tal caso se debe escuchar al fiscal para ver si propone algún tipo de negociación.

Frente al fiscal, el defensor negocia usando lo práctico (las posibilidades que tiene el fiscal de ganar en juicio) y la justicia (demostrando al fiscal que lo que propone el defensor es justo para la sociedad, la víctima y el sindicato, a quien también le tiene deberes el fiscal. A la vez, frente al usuario, el defensor igual le habla de lo práctico (las posibilidades que tiene el imputado de ganar en juicio) y de los intereses del usuario (como por ejemplo su familia, deseos para el futuro, etc.).

El abogado de *Carlos Patiño* bien puede iniciar negando la posibilidad de una negociación, amparado en que la prueba material, por ejemplo, hace imposible que se pruebe que *Carlos Patiño* disparó el arma. Sin embargo, el fiscal cuenta con testigos importantes que pueden ser valorados positivamente por el juez, y por tal motivo producirse una condena bastante aflictiva para el imputado. Tal vez sea más conveniente que el defensor esté atento a alguna negociación que proponga el fiscal.

Se deben, pues, determinar los rangos, las posibilidades y las opciones de la negociación. Al fijar varias hipótesis de negociación, se puede sopesar cada una, asignándole sus pros y sus contras, siempre bajo el foco de lograr la opción más favorable para el cliente. Anticiparse a los argumentos del fiscal puede ser una buena estrategia para lo anterior. La pregunta es, entonces, ¿cómo se convence al fiscal de una determinada posición? Esto se puede hacer preguntándose cuáles son los intereses del fiscal. Uno es evitar un juicio y otro el tener la certeza de la culpabilidad. Por tal razón, es conveniente hacer evidentes sus debilidades en materia de elementos de convicción, y tener en cuenta si aquél desea o no ir a juicio.

Será necesario, entonces, que el abogado defensor convenga al fiscal de que tiene mucho riesgo si va a un juicio donde el resultado no va a ser lo que él ha ideado. Si se va a juicio, posiblemente el juez va a determinar que *Carlos Patiño* no disparó el arma contra *Andrés Castro*, ya que las pruebas de la Fiscalía no son lo suficientemente contundentes para romper la presunción de inocencia.

Otra cosa que se debe pensar es cuánto realmente se le va a contar al fiscal sobre la defensa y el caso. Porque el abogado defensor siempre debe considerar la posibilidad de que no suceda nada y fracase la negociación. Después de esto, ¿qué va a pensar el fiscal durante el proceso? Que el imputado tiene problemas de credibilidad, que si estuvo en el lugar del crimen, etc. En otras palabras, si la negociación fracasa, ¿qué elementos podrá usar el fiscal en contra del imputado cuando se vaya a juicio? Esto es algo que siempre debe pensarse antes de entrar a negociar con el fiscal. Aunque jurídicamente no puede usar lo expresado durante las negociaciones, el fiscal va a obtener información que le permitirá reorientar la investigación.

Por otro lado, cuando se hace un ofrecimiento, éste debe apoyarse en los hechos y acompañarse de un beneficio para el fiscal. Si el fiscal acepta la alegación de culpabilidad de *Carlos Patiño* por homicidio simple, por ejemplo, aquél tiene la posibilidad de que se haga justicia y evita que el juez deseche su teoría del caso. Aquí el defensor acompaña su ofrecimiento con razones que apoyan y que benefician al fiscal. El ofrecimiento es importante.

En general, no se puede negociar con éxito si no se está preparado. Preparación en los hechos y en el derecho, y también en el conocimiento de las estrategias de la contraparte. Desde el momento en que el cliente llega, se le debe educar en la forma de solucionar conflictos de manera negociada. Normalmente, existe diferencia entre lo que necesita el cliente y lo que le gustaría al abogado. Para actuar, éste siempre debe tener la autorización del cliente, quien debe ser educado con respecto a la realidad del proceso y a los beneficios de la técnica de negociación.

Será necesario, entonces, que el abogado defensor convenga al fiscal de que tiene mucho riesgo si va a un juicio donde el resultado no va a ser lo que él ha ideado

Es preciso dejar de negociar desde una posición de poder, para lograr un acuerdo. Por ello, así como se deben representar los intereses del cliente, se debe aprender a reconocer los intereses del contrario. El Estado busca castigar, prevención general, prevención especial, rehabilitación del acusado, indemnización, etc. El interés del acusado no debe ser exagerado y el del Estado tampoco. Entre dos extremos es que deben cederse los intereses. A menu-

do en una negociación se espera un abogado duro, no flexible, y ocurre todo lo contrario: cuanto más cooperativo, más fácil será negociar. La agresividad exagerada, la crítica fuerte, el lenguaje soez, no abre lugar a la negociación y, en la mayor parte de las veces, hace que fracase. Es importante plantear negociaciones desde sus intereses y los del contrario. Las buenas relaciones, la confianza, y una comunicación fluida permiten negociaciones en un tiempo más corto, esto es, eficaz y eficientemente.

La defensa debe presentar los hechos como los conoce, para ilustrar al fiscal sobre otros puntos de vista de los hechos o unos nuevos que lo motiven a buscar un acuerdo. En todo caso, dependiendo del bien jurídico que se pretende proteger con la acusación, será más o menos fácil lograr un acuerdo.

3.3. Estilos de negociación

Entre de las técnicas básicas de negociación analizamos fundamentalmente las diferencias entre un negociante *competitivo* y uno *cooperativo*, y entre uno *integrador* y otro *distributivo*. Esto lo llamaremos estilo personal para la negociación.

3.3.1. Competitivos y cooperadores

- Un negociador *competitivo* tiene grandes expectativas: hace demandas muy grandes, y realiza pocas y pequeñas concesiones; hace burla o denigra de las concesiones de la otra parte; crea asuntos falsos haciendo, por ejemplo, una dramatización sobre un aspecto que él no considera importante, pero que le da oportunidad de lograr en cambio una mayor concesión para los oponentes; utiliza la intimidación o la amenaza; puede ser muy abusivo, argumentativo y difícil para lograr empatía. El negociador *cooperativo* busca una solución justa; es más dado a compartir información; busca armonizar; no es argumentativo; admite sus debilidades y problemas; utiliza la persuasión lógica y racional.
- El negociante *competitivo* busca maximizar el acuerdo a favor de su cliente. Lucha por las necesidades de éste y se siente satisfecho utilizando herramientas legales. El *cooperativo* mantiene buenas relaciones con los otros; se comporta éticamente; evita el litigio, cuando es posible; busca un acuerdo justo; no trata de atacar al contrario; no persigue optimizar sus propios intereses.
- El negociador *competitivo* mide su éxito en la negociación por cuanto superó o venció a la otra parte. Se pregunta ¿gané? ¿Vencí a mi oponente? Negocia en contra. El cooperador, por el contrario, mide su éxito según si fue una solución justa. Negocia. Las dos partes trabajan en conjunto para solucionar el conflicto.
- El negociador *competitivo* es duro con el oponente y duro con el asunto que hay que negociar. El negociador cooperativo es suave con las personas y duro con el asunto que se debe negociar.
- El *competitivo* hace producir resultados porque está en permanente combate. Rara vez falla en ser muy suave o en conceder mucho. Algunas veces obtiene mayo-

res resultados. El cooperativo promueve un mutuo entendimiento entre las partes y la realización mutua de sus necesidades. Generalmente produce acuerdos en menor tiempo y en un mayor número de casos, así como mayores resultados compartidos.

- En los negociantes *competitivos* es menos probable que se llegue a un acuerdo porque hay más confrontación y lucha. Generan tensión y desconfianza. Incrementan el riesgo de romper la negociación. Patrocinan reacciones retaliatorias por el oponente frustrado. Tienen reputación de agresivos. Los *cooperativos* son vulnerables a la explotación. Tienden a hacer muchas concesiones. Tienden a interpretar erróneamente la situación, a sobre-reaccionar y a perder objetividad.

Los dos tipos de estilos de negociadores tienen las siguientes características.

Características de efectividad

Negociante competitivo	Negociante cooperativo
Dominante	Creíble
Talento	Cortés
Honesto	Afectivo
Amplias demandas	Legalmente astuto
Logra conocer al oponente	Efectivo

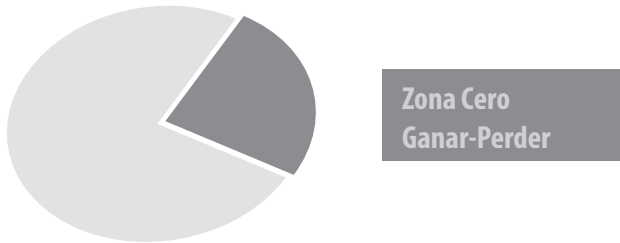
Características de ineffectividad

Negociante competitivo	Negociante cooperativo
Irritable	Se lamenta
Simula fortaleza	Autocontrolado
Cabeza dura	Sin habilidades para leer las señales del oponente
Arrogante	

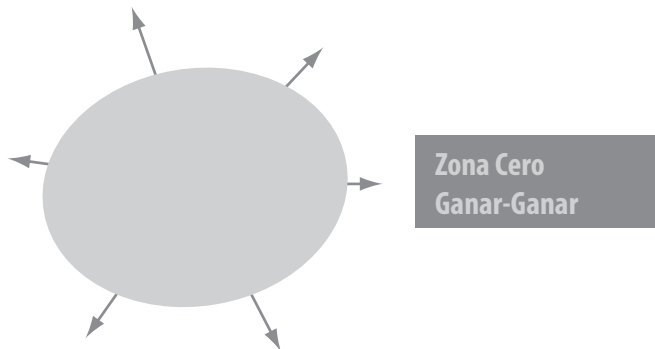
La gran mayoría de los negociantes cooperativos se ven afectados por la negociación. Los competitivos son poco efectivos por ser conflictivos.

3.3.2 Integradores o distributivos

- El negociador *distributivo* considera que cada negociación es como un ponqué. Si mi parte del ponqué va a ser más grande, la parte del otro va a ser más pequeña. Un peso más para mí es un peso menos para él. La zona cero es donde comienzo y voy teniendo más ganancia. Es el estilo de negociar como ganar-perder.

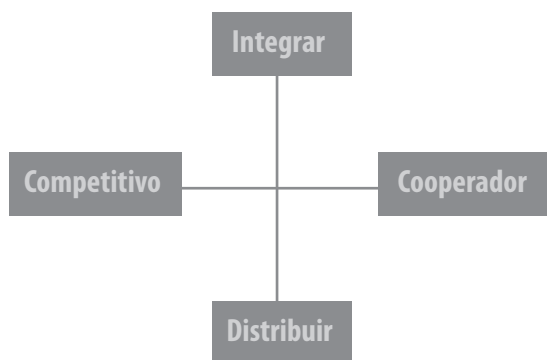


- El negociador *integrador* tiende a dar valor para que el ponqué sea más grande. Es el estilo de negociación de ganar-ganar.



- La idea es que si se hace el ponqué más grande, pueden satisfacerse las necesidades de ambas partes. En el caso de *Carlos Patiño*, ¿cuál podría ser el interés del fiscal? Él va tras el delito más grande: homicidio agravado. El abogado defensor puede perseguir que se desestime la imputación por hurto calificado y agravado. Expandiendo el ponqué, pueden llegar a un acuerdo teniendo en cuenta los intereses de ambos.

Pueden combinarse también los estilos del *distributivo e integrador* con los de *competitivo y cooperador*.



En cualquier lugar de este gráfico puede desarrollarse el proceso de negociación. Al comienzo de la negociación puede estar al lado del competitivo y se empieza a mover hacia el cooperador. También se puede iniciar desde la posición de distribuir e ir cambiando hacia la integración, en ese rango, terminando en integración y cooperación.

Lo hacen mejor los negociadores cooperativos que los competitivos. Lo hacen mejor también los negociadores competitivos que los malos negociadores cooperativos. El negociador cooperativo sólo es un negociador condicionalmente cooperativo.

No permita que el otro camine sobre usted. Si usted descubre todo frente al otro negociador y no se reserva nada, entonces no puede avanzar. Si usted es un buen negociador cooperativo, puede compartir las necesidades de su cliente y a la vez incrementar la posición de negociar cooperativa e integradamente para alcanzar un acuerdo.

3.4. La inteligencia emocional en la negociación

El proceso de reflexionar sobre lo que es la *inteligencia emocional* entra dentro de lo que es la teoría de la toma de decisiones y la lógica de la misma en la negociación. La negociación suele apreciarse de diferentes modos.

Si se ve una posibilidad de obtener algo, por ejemplo dinero, como humanos tendemos a no arriesgarnos. No nos gusta el riesgo. Dinero, automáticamente. Y no nos gusta tomar riesgos porque podríamos no obtener nada. Por otra parte, cuando se incrementan las expectativas de mayor dinero, más personas toman la decisión de ir por la salida del riesgo.

Esto tiene especiales efectos para evaluar los valores en la negociación. Si *Carlos Patiño* tiene una oferta del fiscal consistente en aceptar una imputación de homicidio simple, por ejemplo, para reducir su tiempo en prisión de 40 a 10 años, tomaría esta opción porque ya tiene un beneficio fijo, sin aventurarse al riesgo de ser condenado por todos los delitos imputados inicialmente; por el contrario, puede también tomar el riesgo y buscar su total libertad al ir a juicio. En cuanto al fiscal, si ve la oportunidad de reducir la pena y obtener una decisión inmediata, y esto lo considera una ganancia fácil porque sus pruebas no son lo suficientemente fuertes, de inmediato lo acuerda. Si, por el contrario, ve la negociación como una pérdida y el acusado debe ir a la cárcel por un largo tiempo, entonces toma el riesgo de que el juez desestime los cargos, y decide ir a juicio.

En la negociación, las motivaciones humanas inciden grandemente en la perspectiva con que se mire la ganancia o la pérdida. Si somos actores racionales, y si

las emociones no cumplen ningún papel en la toma de decisiones, no habría diferencias entre escoger la salida de los pocos beneficios pero seguros, y la salida de los muchos beneficios pero a riesgo.

Hay una estrecha relación entre el nivel de confianza y la eficiencia de la negociación. En la relación entre el fiscal y el abogado defensor a largo plazo, si hay una buena comunicación y confianza en la información, es mucho más fácil para ellos obtener un acuerdo, porque la negociación no tiene que demorarse por una larga investigación o preparación. Pero la primera vez que el defensor le mienta al fiscal o al revés, que el fiscal le mienta al abogado defensor, ¿qué pasa con la confianza? Se acaba. Entonces la negociación se vuelve mucho menos eficiente.

Lo común es pensar que, al momento de tomar decisiones deben desligarse las emociones. La ciencia actual plantea que no pueden tomarse decisiones sin que estén de por medio las emociones. Las funciones emocionales del cerebro por sí solas tienden a limitar la toma de decisiones, ya que no existe ningún pensamiento sin emoción, y cada uno de los recuerdos tiene emociones atadas. Todas las decisiones tienen un componente de memoria, pues al tomar una decisión se mide qué se debe hacer con respecto a las emociones anteriores.

En este orden de ideas, al negociar deben tenerse en cuenta las emociones, lo que no quiere decir que se involucren emocionalmente. Las emociones no son solo del cliente, sino también del abogado.

SÍNTESIS

Para acudir a cualquiera de las formas alternativas de solución de conflictos, ya sea la aplicación del criterio de oportunidad como medida de política criminal aplicada por la Fiscalía General, o las aceptaciones de la imputación o acusación, o los preacuerdos de declaración de culpabilidad, se requiere que las partes tengan:

- La teoría del caso.
- Un análisis del caso (fortalezas y debilidades de cada prueba y de los testigos).

- Ánimo de solucionar el conflicto por vías alternas al juicio oral.
- Plan de negociación que establece los rangos de la misma (máximo por alcanzar, mínimo que se aceptaría).
- Reconocer los intereses legítimos de la otra parte para entender que en una negociación no es ganar-perder, sino ganar-ganar. Si queremos obtener algo, debemos ceder.
- Para la defensa, ilustración suficiente a su cliente sobre sus derechos y obligaciones derivados de los posibles preacuerdos con el fin de obtener la aprobación para efectuar negociaciones.

Si bien el criterio de oportunidad no es un derecho del imputado sino un instrumento de política criminal del Estado que aplica a través de la Fiscalía, siguiendo los criterios definidos por el legislador, ello no obsta para que la defensa, en un proceso de negociación, haga ver a la Fiscalía, en cada caso concreto, el beneficio que traería para la administración de justicia, la sociedad, la víctima y el inculpado la aplicación del mismo.

4. Declaración inicial

4.1. Aspectos básicos

4.1.1. ¿Cuál es la importancia de la declaración inicial?

Efectuados el análisis y la planeación de la teoría del caso, se hace necesario llevarla a la práctica en el debate oral. La presentación de la teoría del caso se realiza, entre otras oportunidades, a través de la declaración inicial. Una vez instalada la Audiencia de juicio oral la Fiscalía y la defensa –esta última si lo desea– presentan cada una la declaración correspondiente (art. 371 CPP). Es la primera ocasión de poner en contacto al juez con los hechos y los antecedentes que los fundamentan desde la perspectiva adversarial¹⁸¹.

Los primeros diez o quince minutos iniciales son fundamentales para fijar en el juez el tema de la teoría del

¹⁸¹ Andrés Baytelman y Mauricio Duce, ob. cit., p. 189.

caso y la visión de cada sujeto procesal. Estudios psicológicos demuestran que, con frecuencia, ante una presentación efectiva de proposiciones y medios de demostración, la instancia decisoria toma decisiones prontas que luego justifica con las pruebas.

4.1.2. ¿Qué contiene la declaración inicial?

La declaración inicial contiene todos los elementos de la teoría del caso. Una narración persuasiva de los hechos (elemento fáctico), los fundamentos jurídicos que permiten soportar legal y doctrinalmente la tesis (elemento jurídico) y las pruebas que los demuestran y que se practicarán en el debate (elemento probatorio). Para comunicar efectivamente la teoría del caso es muy importante fijar desde el primer momento el tema de la misma y repetirlo varias veces (máximo tres) durante la apertura. Igualmente, plantear los temas de la controversia.

4.1.3. ¿Cuándo y cómo se presenta?

La declaración inicial, como su nombre lo indica, abre la audiencia de juzgamiento. El primero que presenta su teoría del caso es el fiscal. Éste se dirige al juez para narrarle los hechos según su investigación, explicarle el contenido de su acusación, anunciarle los medios de prueba que presentará para la controversia adversarial, y señalarle las proposiciones fácticas que probará con esos medios, y anticipar su petición. Luego la defensa hace lo propio si así lo desea. Aunque no es obligatorio para la defensa presentar su teoría del caso como sí lo es para la Fiscalía, estratégicamente siempre conviene que lo haga para evitar que en la mente del juez haya una sola versión de los hechos con la cual observará o filtrará el desarrollo de todo el juicio.

4.2. Estructura de la declaración inicial

No existe un formato o una sola estructura del alegato. Éste depende de las particularidades del caso, y de la formación y el estilo del abogado. Sin embargo, existen algunos elementos demostrados por la experiencia y la práctica que permiten organizar una buena declaración inicial.

4.2.1. Presentación del tema

La declaración debe, desde su inicio, enviar un mensaje claro al juzgador. El tema, como se explicó, es la síntesis de la teoría del caso que destaca sus características particulares; por tanto, antes que presentaciones distractoras y llenas de contenido abstracto o doctrinal, es conveniente desde el comienzo enviar el mensaje claro del tema sobre el que versa la teoría del caso.

En el proceso por el homicidio de *Andrés Castro*, la defensa podría enunciar el tema así: señor juez, lo que aquí probaremos es que este caso está basado en una identificación errónea y sugestiva.

Este planteamiento inicial da al juez el camino que tomará la defensa, que de antemano acepta la ocurrencia del homicidio, pero niega la autoría por parte de su defendido.

4.2.2. Presentación de los hechos

La declaración inicial es una introducción al juicio, una presentación de lo que se debatirá y del criterio con el cual se abordará la controversia. Por tanto, al no existir aún el caudal probatorio practicado y controvertido, no hay lugar para realizar la crítica de las pruebas, ni inferir o argumentar conclusivamente sobre el caso. Esto es propio del alegato final. A continuación se da un ejemplo de la presentación fáctica no argumentativa.

En el caso del homicidio de *Andrés Castro* la Fiscalía podrá presentar los testigos sobre la identidad del homicida, así:

La Fiscalía ha ofrecido como testigo a la señora *Gloria Dávila*, viuda del señor Castro, quien lo acompañaba en el momento de su muerte. La señora *Dávila* nos contará cómo sucedió el asalto a su tienda y luego el asesinato de don *Andrés Castro*, y cómo pudo observar cuando Carlos Patiño asesinó a su ser más querido.

La Fiscalía presentará los hechos que probará, concentrándose en los mismos, en la escena, la manera de ocurrencia y el centro de su teoría, y la identidad del asesino. No realiza ninguna inferencia, simplemente enumera los hechos a efectos de comprometerse a probarlos.

La Fiscalía, que lleva la carga de la prueba, debe enunciar toda la historia y cada elemento probatorio que la soportará. Debe integrar, al final de la audiencia, todos los requisitos para declarar la responsabilidad del acusado.

La defensa tiene un trabajo, en cambio, concreto frente a las deficiencias de la investigación o a hechos que desvirtúan la teoría de la Fiscalía; por tanto, su presentación no siempre es secuencial ni ordenada cronológicamente, sino por temas.

En el caso de Patiño, iniciará con las deficiencias en la identificación de la persona que mató a *Castro*, y el hecho de que *Patiño* se encontraba con sus amigos jugando cartas a la hora en que ocurrió la muerte.

4.2.3. Presentación de los fundamentos jurídicos

El abogado debe enunciar al juez las disposiciones sustantivas (Código Penal) y adjetivas (Código de Procedimiento Penal) que fundamentan su teoría. La Fiscalía deberá enunciar los juicios objetivos y subjetivos que disponen la teoría del delito y el cumplimiento de las condiciones probatorias necesarias para condenar.

En el caso *Patiño*, el fiscal bien puede afirmar que *Carlos Patiño* mató a *Andrés Castro* sin que mediara causal de ausencia de responsabilidad, y en forma dolosa, para facilitar la comisión de un delito de hurto.

La defensa hará lo propio con las eximentes de responsabilidad, o con la enunciación de la falta de requisitos para que configuren los supuestos de la acusación y, por tanto, de la sentencia. Podrá situarse en la violación de los derechos y las garantías fundamentales o en cualquier referente jurídico que debidamente sustentado permita recogerlo al finalizar la audiencia, en el alegato de conclusión.

4.2.4. Conclusión

La declaración inicial debe concluir con una petición concreta sobre lo que será la realidad del juicio. El juez debe saber qué le pide el abogado que declare al finalizar la audiencia. La petición debe ser concreta, completa y clara para fijarse en la mente del juez.

El fiscal puede pedir al juez que al ver la práctica de las pruebas declare que *Carlos Patiño* es responsable por la muerte de *Andrés Castro*, y por la afectación del patrimonio del occiso y su cónyuge.

4.3. Técnicas de la declaración inicial

4.3.1. Prepare un esquema de la declaración, no un guión para leer

Es conveniente realizar un bosquejo del alegato, no un alegato escrito. Con un esquema, el abogado podrá conocer los pasos que dará en la presentación, repasará la secuencia y el tiempo de cada parte, y podrá sortear ordenada y eficientemente la presentación. El bosquejo es una ayuda para el alegato, pero no lo sustituye ni lo soporta para que se realice una lectura. El bosquejo es una indicación, no un guión.

4.3.2. No haga promesas que no cumplirá

Se dice que en la declaración inicial, a similitud del salto alto o salto con garrocha, no hay que poner la vara demasiado alta. Todo lo que se enuncia en la declaración inicial debe probarse, porque toda promesa incumplida la tomará el contradictor como un motivo de ataque durante las pruebas y, sobre todo, en el alegato de conclusión. El juzgador puede tomar este hecho como debilidad o escasa preparación del litigante.

A la audiencia pública no se llega a aventurar, a investigar o a esperar que el caso se falle a favor con la sola habilidad o la suerte, o las debilidades del oponente. Por eso, en la planeación y construcción de la teoría del caso y el argumento de conclusión, debe precisarse cada hecho relevante en relación con cada medio de convicción o prueba, para saber de antemano si se podrá enunciar para ser probado o deberá, antes de iniciarse el juicio, replantearse la teoría del caso.

Tampoco la presentación debe abundar en detalles, porque es casi imposible que todos puedan ser probados, ya que el juzgador puede entender que los testigos han sido preparados indebidamente y llegarán sólo a dar la lección planeada por el abogado. Finalmente, porque los detalles, cuando son muchos, distraen del centro del debate y aburren al juzgador.¹

4.3.3. Nada de opiniones personales

En los alegatos siempre hay que ser afirmativo. Debe expresarse el convencimiento pleno sobre la teoría del caso. Lo que se exprese debe denotar la certeza de que lo dicho fue lo que ocurrió y de la manera como ocurrió. Las opiniones personales demuestran lo que el abogado piensa desde una perspectiva subjetiva pero no persuasiva ni real. El juez que observa no asume la presentación como la realidad de los hechos, sino apenas como una versión sobre la que el abogado da su criterio al opinar. La psicología de la percepción obliga a que la presentación ante el juez sea asertiva y objetiva.

4.3.4. Maneje bien el tiempo

La presentación debe ser completa y a la vez eficiente. El abogado debe conocer de antemano cuánto demorará su presentación, concentrándose en la atención del juez. Por otro lado, el juez define el tiempo de la presentación y el abogado debe ajustarse a esta decisión. Lo mejor es planear el alegato centrado en lo fundamental, y ensayar contabilizando el tiempo de exposición. Esto da seguridad y permite, al escucharse, realizar los últimos ajustes al alegato.

4.3.5. Utilice ayudas audiovisuales

La percepción visual es mejor que la exclusivamente auditiva. El apoyo audiovisual permite crear imágenes que determinan síntesis, recrean los hechos y permiten un mejor nivel de persuasión. En casos complejos evita que la declaración inicial se prolongue demasiado porque se utilizan para resumir los hechos y condensar las pruebas. Es importante nunca dejar de lado que por muy buena que sea la ayuda, es sólo una ayuda y no sustituye al abogado ni su presentación, ya que si lo hace, genera el efecto contrario: distraer.

En el uso de la ayuda es importante tener en cuenta que debe contener un mensaje claro para el juez, es decir, no es apoyo o guía para el abogado.

4.3.6. Esté atento a la declaración de la contraparte

Descubrir inconsistencias, errores, teorías irracionales, promesas no cumplidas y debilidades probatorias se hace más fácil si desde el principio se escucha atentamente la

declaración inicial de la contraparte. Es bueno incluso tomar notas cada vez que encontramos algún aspecto importante para la lucha dialéctica.

4.3.7. Maneje un buen nivel de comunicación

Es conveniente que el abogado hable en voz alta, clara y segura, haciendo contacto visual con el juez mientras le habla. Lo mejor es usar su propio estilo de oratoria, pero siempre en un lenguaje cotidiano, no rebuscado, siendo breve y conciso, y exponiendo los hechos de manera organizada y lógica.

SÍNTESIS

Una buena declaración inicial debe:

- En la introducción, reflejar con claridad la esencia de la teoría del caso de la parte.
- Verse claramente cuáles son los hechos y las pruebas desde el punto de vista del papel que representa.
- La presentación debe ser persuasiva pero sin caer en argumentaciones.
- En el papel de la defensa se debe humanizar al cliente. En el papel de la Fiscalía se debe ver claramente la relación del acusado con los hechos.
- Si se utilizan ayudas audiovisuales, las mismas deben cumplir el propósito de llevar un mensaje más eficiente al juzgador.

5. Técnicas de interrogatorio

5.1. Aspectos básicos

5.1.1. Introducción

Trabajadas la teoría del caso y la declaración inicial, el juicio se concentra en el debate probatorio, donde la prueba testimonial vertida a través del interrogatorio deberá probar los elementos de la teoría del caso. En este apartado se explican el fundamento y la finalidad del interrogatorio, la importancia de la planeación y las formas técnicas para su práctica.

5.1.2. El interrogatorio

El testimonio ha sido la prueba más recurrente e importante en los procesos penales. Su trascendencia en el aspecto jurídico, sin embargo, se ha centrado en definir sus elementos y en elaborar teorías sobre su apreciación racional. El proceso escrito ha llevado a que toda la discusión sobre el análisis del testimonio se haga contra el papel en el que reposa la declaración y no contra la percepción directa que el juzgador, en virtud del principio de inmediación, logra captar del testigo.

De aquí nace la importancia del interrogatorio. El interrogatorio es la manera como la prueba testimonial se presenta y practica ante el juez. Cada sujeto procesal pretende probar su teoría del caso a través de sus testigos, y esto se hace a través del interrogatorio. De ahí que un interrogatorio debidamente planeado y practicado conduce a la persuasión.

La planeación del interrogatorio permite determinar cuáles son los hechos o las opiniones (peritos) relevantes de la teoría del caso que el testigo probará con su dicho, qué secuencia deberá seguir para explicarlos claramente, y qué temas y detalles son de importancia para la consistencia de su declaración.

La práctica del interrogatorio tiene como objetivo lograr que el testigo presente todos los hechos que le constan, como los haya percibido, los recuerde y los pueda reproducir oralmente¹⁸². Por eso se dice que el protagonista del interrogatorio es el testigo.

La técnica del interrogatorio permite desarrollar dos habilidades: la planeación y la práctica, para conducir exitosamente la declaración de los testigos propios.

5.1.3. Función del interrogatorio

La función del interrogatorio es presentar el testimonio de una manera efectiva, lógica y persuasiva. El interrogatorio es el arte de obtener información pertinente, clara, precisa y sencilla.

- *Efectividad.* Para lograr comprobar la teoría del caso el interrogatorio debe ser conciso, preciso y evitar toda información innecesaria y superflua. Hay que dejar de lado todo asunto irrelevante. Para ello, las preguntas que se debe hacer el abogado cuando está planifi-

cando el interrogatorio son: ¿qué le aporta este testigo a mi teoría del caso? ¿Qué temas debo tratar con este testigo? ¿Cuál debe ser el orden del interrogatorio? ¿Qué debo acreditar de este testigo para afianzar su credibilidad?

- *Lógica.* Para obtener un relato coherente de los hechos, donde se destaquen los puntos claves del testimonio, con el fin de fijarlos claramente en la memoria del juzgador.
- *Persuasión.* Porque el fin del proceso oral es el convencimiento del juez, y a través de los testigos se logra el relato veraz de los hechos. Un interrogatorio no es persuasivo si suena improbable o entrenado. Con el interrogatorio se persigue claridad y credibilidad del testigo.

En el interrogatorio el centro de atención es el testigo, cuya credibilidad se determina por: quién es (su vida), qué dice (contenido) y cómo lo dice (comportamiento).

Para el fiscal o el defensor que presenta su testigo, su habilidad en el interrogatorio es obtener la información de éste, que el juez comprenda lo dicho por ese testigo y se persuada de ese dicho.

Desde la perspectiva del juez, él se pregunta: quién es este testigo (acreditación), por qué está aquí (relación con los hechos), y por qué debe creerle (verosimilitud).

5.2. Planeación del interrogatorio

Un interrogatorio efectivo requiere una planeación fundamentada en la teoría del caso, que permita saber qué le aporta el testigo a ella; cuáles son las fortalezas y debilidades del testigo y su testimonio; y cuáles son los temas básicos que se deben examinar con un testigo determinado. La planeación comprende entonces: en qué orden presentar a los testigos, cómo orientarlo éticamente, cómo acreditar al testigo, y cómo desarrollar lógica y persuasivamente el testimonio a través de la narración previa de los hechos. Gran parte de estos interrogantes se resuelven en la entrevista con el testigo. Para preparar al testigo y su testimonio, es necesario focalizarse en lo que éste le aporta a la teoría del caso de la parte que lo propone o presenta. No se puede poner a hablar a los testigos de todos los hechos, sino únicamente de aquellos que le constan directamente y resultan relevantes o importantes para probar la teoría expuesta por la parte.

¹⁸²François Gorphe, *Apreciación judicial de las pruebas*, Temis, Bogotá, 1998.

Una vez que se tiene establecido lo que el testigo aporta, se deben determinar los temas y subtemas que hay que tratar con él y la forma de hacerlo.

Lo que aporta	Temas
Coartada. Imposibilidad de Patiño de estar en la escena de los hechos.	Hora de llegada al apartamento de Patiño. Actividades realizadas. Hora de partida del apartamento. Si Patiño se quedó en el apartamento. Condiciones en que quedó (muy embriagado).
Personalidad de Patiño.	¿A qué actividades se dedica Patiño? ¿Cómo es el trato con Yanira? ¿De dónde provienen sus ingresos?

5.2.1 Desarrollo de los temas del interrogatorio

Identificados los temas que se van a tratar con cada testigo, se deben desarrollar a partir del propósito o lo que se quiere que el juzgador conozca a través de cada testigo.

Elaborado este esquema general, se debe hacer uno para cada testigo, con los temas y subtemas que ha de abordar con ellos para obtener el propósito general de persuadir al juzgador de la no responsabilidad (defensa) o responsabilidad (Fiscalía) de Patiño. Como se ve en el cuadro general, un tema puede ser abordado por varios testigos y, en este sentido, la estrategia del orden de presentación de los mismos es muy importante.

Tema	Objetivo	Medio de conocimiento
Personalidad de Patiño.	Mostrarlo como un joven de buenas costumbres, deportista, no violento, dedicado a labores sociales, que dispone de recursos económicos.	Yanira Salazar, Luis Neira, Alfonso Daza.
Imposibilidad de cometer el hecho.	Establecer que a la hora en que ocurrieron los hechos, Patiño se encontraba en otro lugar.	Yanira, Neira y Daza.
Establecer el contexto real de lo que escuchó Rebeca López.	Mostrar que la frase que escuchó no se corresponde con un contexto de un delito realizado por Patiño.	Yanira Salazar.

5.2.2. Análisis de las fortalezas y debilidades del testigo

No existen testigos perfectos. Siempre se encuentran debilidades en ellos sea de índole personal o del contenido de su declaración por inconsistencias internas o externas. Durante la preparación del interrogatorio se deben sacar estas debilidades y establecer una estrategia para abordarlas durante el mismo, para evitar que sean “reveladas” por la contraparte con el propósito de desacreditar a los testigos. Esto sirve para minimizar el impacto de dichas debilidades en el contrainterrogatorio.

Establecidas las debilidades, debemos pensar en la forma de asumirlas. Por ejemplo, el hecho de ver el tatuaje se debió a que tuvo al agresor todo el tiempo de frente y no de lado (esto debe salir en el interrogatorio: las posiciones respectivas del testigo y del agresor).

Testigo	Fortalezas	Debilidades
Gloria Dávila	Presenció los hechos.	No observó características muy visibles que tiene Patiño, como su tatuaje en el brazo y el bigote.
	Tuvo condiciones de distancia y visibilidad para ver al autor de los hechos.	No hizo manifestaciones sobre existencia de aliento alcohólico.
	No tiene problemas económicos.	Tiene interés en los resultados del juicio.

5.2.3. Preparación de un esquema para el interrogatorio

Un ejemplo de este esquema puede ser:

CASO N° 005-2003

Nombre del cliente: CARLOS PATIÑO

Declaración de: YANIRA SALAZAR

Tema	Pregunta	Razón	Respuest
Acreditación	Nombre Edad Estudia Trabaja	Mostrarla como profesional de buenas costumbres.	Estudia administración de empresas.
Relación y conocimiento de Carlos Patiño	Lo conoce Desde cuándo Por qué Qué hace Carlos Ingresos Personalidad ¿Cómo es su relación con él? ¿A qué hora llegó donde Carlos?	Acreditar a Carlos Patiño y mostrar que tienen buena relación con él y que no es violento.	Lo conoce hace cinco años. Carlos es basquetbolista.
Qué hicieron el día de los hechos	¿Quién más llegó? ¿Qué hicieron? ¿Qué tomaron? ¿Qué hizo Carlos? ¿A qué hora terminó la reunión? ¿Por qué sabe la hora? ¿Qué hicieron los amigos? ¿Qué hizo Carlos después de que terminó la reunión? ¿Carlos salió en algún momento? ¿Ella estaba despierta cuando Carlos se durmió?	Demostrar que Carlos en ningún momento salió del apartamento ese día. Introducir a los otros testigos.	Estuvieron todo el tiempo en el apartamento de Carlos.
Relación con Rebeca López	¿Quién es Rebeca? ¿Desde cuándo la conoce? ¿Cómo es su relación con ella? ¿Cómo es la relación con Carlos? ¿Qué pasó la mañana del 24 de julio?	Demostrar que Rebeca tiene animadversión hacia Carlos y que por todo llama a la policía. Mostrar un contexto diferente del que plantea Rebeca sobre la frase que oyó.	Es una persona conflictiva. No ha tenido una buena relación con Carlos.
¿Qué hicieron el 24 de julio?	¿Estuvo en el apartamento de Carlos? ¿Qué hicieron? ¿Tuvo una pelea con ella? ¿La golpeó? ¿Él le mencionó una conversación relativa a una muerte?	Mostrar que no tuvo una discusión con Carlos. Que él nunca le dijo nada sobre un muerto.	
Embarazo Amor por Carlos	¿Está enamorada? ¿Está embarazada? ¿Carlos lo sabe? ¿Esas razones la llevarían a mentir?	Demostrar que a pesar del amor y el posible interés que tiene, no estaría dispuesta a mentir.	No se casaría con una persona que supiera delincuente y mucho menos homicida.
No salió	¿Está segura de que Carlos no salió del apartamento la noche del 2 de julio?	Ratificar que Carlos no pudo cometer el delito porque nunca salió.	Carlos nunca salió.

La parte de la “*respuesta*” es para que, en la medida en que se hace cada interrogatorio, se vaya anotando lo que se logró probar con cada testigo. Puede ser el sentido o la frase para citar en el alegato de conclusión.

5.2.4. Orden de presentación de los testigos

El objetivo de cada litigante en juicio es la reconstrucción coherente y persuasiva de los hechos. Por ello la organización de la prueba tiene una importancia primordial, pues la misma debe obedecer a un patrón estratégico: cronológico, sistemático, de menor a mayor complejidad, por autor, por acción, por delito acusado, comenzando por la más tenue y cerrando con broche de oro, o bien impactando con la más fuerte y cerrando con la menos importante, o bien en el orden que el litigante considere más apropiado a su estrategia. Lo que no debe faltar es una estructura de prelación, o sea, de ordenación.

Tradicionalmente se reconocen algunos principios para determinar el orden en que se presentará la prueba testimonial, los cuales son comúnmente aceptados. Entre ellos se mencionan:

- *Principio de orden cronológico.* Los testigos se presentan en el mismo orden en que puedan ilustrar cómo sucedieron los hechos. Así, los testigos que conocen el hecho uno pasarán primero; luego los que conocen el hecho dos, y así sucesivamente. Es uno de los métodos más utilizados, pues en la reconstrucción de hechos al ser humano le es más fácil avanzar en orden histórico.
- *Principio de primacía y novedad.* Este principio es de aplicación reiterada en la práctica forense anglosajona, dada la inclinación por el modelo acusatorio que sigue este sistema, en el cual es conocido como *primacy and recency principle*. Según éste, las personas recuerdan mejor lo primero y lo último que oyen. Es un método de contenido psicológico, pues lo que busca es impresionar al juez o al jurado. En el mismo sentido, apuntaba ya desde el siglo antepasado Enrico Ferri:

Yo he comprobado, en cambio, que el atenerse a la primera impresión inmediata es siempre más útil, ya sea para excitar después al cliente, presentándole objeciones y preguntas, a poner en claro puntos oscuros; ya sea, sobre todo, para no olvidar cuál será la primera impresión, esto es, el estado de ánimo inicial de los jueces, populares o togados¹⁸³.

Vale aclarar que este principio rige para todas las actuaciones.

- *Principio del testimonio más creíble.* Su estrategia consiste en presentar primero los testimonios más verosímiles, pues causarán un impacto que quedará retratado en la retina del juzgador en función de la historia, la cual conocen bien, es coherente y verosímil, no tiene contradicciones, y se percibe como real. En los juicios de jurado, esto permite al juzgador formarse un primer criterio (prejuicio) sobre la historia que luego relatarán otros. Esto también permite prescindir del testigo que traerá al juicio un conocimiento ya admitido o consensuado. Es un método de acreditación de la historia, no de la persona, por la impresión de verdad que causa una historia que se percibe como incuestionable.
- *Principio del testigo más creíble.* Según este principio, se presenta primero al testigo más creíble u honrado por el grupo social (un político prominente, un ciudadano de buena reputación, un profesional internacionalmente reconocido). Es el principio del testigo de excepción. Inversamente, al testigo idóneo en su testimonio pero cuestionable en su persona, se lo dejará de último o no se lo incluirá. El orden de presentación de testigos puede estar afectado por la credibilidad, pues aunque un testimonio sea bueno, el litigante podrá preferir dejarlo para después, dada la figura personalmente cuestionable del testigo. Es obvio que a toda persona la perciben los demás según una forma de energía: credibilidad-incredulidad, rechazo-aceptación, admiración-menosprecio, factores todos que son intangibles e imprevisibles; no obstante, el jurado o los jueces descodifican esa energía de un modo muy personal, y los prejuicios que permita que se formen inicialmente pueden tener mucho peso al momento de creer o no la historia obtenida a través del interrogatorio. Este método

¹⁸³ Enrico Ferri, Defensas penales, prefacio a la segunda edición, Rocca di Papa, Italia, 1922.

también es de orden psicológico, pues se utiliza una especie de falacia de autoridad, según la cual lo que diga una persona incuestionable es a su vez incuestionable.

- *Principio de adecuación al tipo de juzgador.* Algunos autores creen que dependiendo del tipo de tribunal ante el cual se deba estar, así tiene que ser el orden de los testigos, pues presumen que las condiciones psicológicas son diferentes ante un tribunal de derecho que ante un jurado, y por tanto deben cambiar la estrategia general del caso y el orden de la prueba. Es un método que tiene orientación psicológica también, pues busca ofrecer primero al testigo según la impresión que puede causar en el destinatario, independientemente de la credibilidad de la persona o del testimonio.

Mauet¹⁸⁴, un clásico del diseño de técnicas para el debate en el derecho anglosajón, recomienda el siguiente orden de testigos en un caso de homicidio culposo:

- Primero: testigo presencial
- Segundo: el primer policía en llegar a la escena
- Tercero: conductor de ambulancia
- Cuarto: patólogo
- Quinto: testigo presencial
- Sexto: policía que efectuó el arresto
- Séptimo: policía que condujo la investigación

Véase que los dos testigos presenciales, uno al inicio y otro al final, no obedecen al principio de *primacy and recency*, según el cual deben presentarse primero los testigos más impactantes, y cerrarse con otros semejantes, pues lo primero y lo último es lo que el jurado o el juez recordarán. Si se quisiera hacer la presentación de testigos según el principio citado, el orden de los mismos debería ser:

- Primero: testigo presencial (de impacto)
- Segundo: el primer policía en llegar a la escena
- Tercero: conductor de ambulancia

- Cuarto: patólogo
- Quinto: policía que efectuó el arresto
- Sexto: policía que condujo la investigación
- Séptimo: testigo presencial (de impacto)

Con este orden sí estaríamos aplicando el principio citado, pero debe tenerse el cuidado de no perder el orden cronológico de la historia que estamos reconstruyendo.

La selección y organización de la prueba testimonial implica también la decisión sobre el número de testigos que se propondrá para el juicio, o que se utilizarán en él. Al respecto hay que tener presente:

- No sobrecargue la prueba testimonial. Si un testigo o dos pueden indicar fehacientemente los hechos, no utilice un tercero o cuarto.
- Utilice solamente los testigos necesarios para probar los elementos de su teoría del caso. Recuerde que si utiliza testigos débiles, le está dando facilidades a la contraparte.
- Si sólo tiene prueba débil, ¿qué hace esa causa en juicio? Ello implica que se ha llevado hasta el pináculo del proceso un asunto que tenía problemas de teoría probatoria y, por tanto, donde no se podía sostener una buena teoría del caso. Probablemente eso era un expediente, pero no un caso.
- No ofrezca al policía si no vio los hechos. Por tanto, no lo llame antes de que termine de testificar el último testigo directo.
- Ofrezca al policía para detallar otros elementos. Ejemplo: hallazgo del arma en ropas del acusado; lugar, hora y modo de realizar la detención (para demostrar la flagrancia o la inmediatez con respecto al hecho ilícito).

¹⁸⁴Thomas A. Mauet, *Fundamentals of trial techniques*, Little, Brown & Co., Boston, 1992.

5.2.5. Acreditación del testigo

La acreditación es la presentación que se hace al juzgador del testigo que responde a la pregunta: ¿quién es? En esta parte no se trata sólo de preguntar al testigo sus generales de ley, sino ir más allá. Es importante, a través de las preguntas, presentar al juez aquellos aspectos del testigo que permiten cimentar su credibilidad. El juez desea saber antes del testimonio quién es la persona que declara, y de ahí desprender su credibilidad.

El interrogador debe haber averiguado aquellos aspectos personales del testigo que son relevantes y que abonan puntos a su credibilidad (falta de motivos para mentir, ausencia de interés, etc.). En el caso Patiño, Gloria Dávila está sujeta a aspectos de acreditación: su relación con la víctima, si tiene hijos, sus estudios, su condición económica, si usa lentes o no (determinar capacidad para ver).

Después de haber acreditado debidamente al testigo, se le deben hacer preguntas sobre:

- *La escena.* Para que el juez pueda tener un panorama general de lo que pasó, es necesario pintarle la escena con sus condiciones de luz, distancia, y ubicación de objetos y de personas, etc.
- *Acción.* El examen del testigo comprende aquellos aspectos de la acción que conoce. Para ello es importante saber los temas principales que se van a tratar en el interrogatorio.
- *Detalles.* Se le hacen preguntas que complementen la historia, relacionadas con tiempo, modo, lugar, objetos, etc. Esto precisa la historia y le da mayor credibilidad al testigo.

Es conveniente realizar una práctica del interrogatorio para lograr la claridad y precisión del testimonio que se presentará. El abogado hace saber también al testigo el deber de detener su relato si hay alguna oposición o surge una controversia con los otros abogados, o existe algún requerimiento del juez. También se pueden enseñar al testigo documentos o declaraciones previas, a efectos de refrescar su memoria.

5.2.6. Ilustración al testigo

A los testigos y peritos de cada sujeto procesal se les debe ilustrar para presentar su declaración. Tal actividad no se dirige a que falte a la verdad o que engañe al juez sino, por el contrario, a resaltar la veracidad y la efectividad de su testimonio. Este trabajo con el testigo sirve también para romper el hielo y darle tranquilidad para responder lo que conoce muy bien.

Los propósitos de la ilustración al testigo son:

- Familiarizarlo con los fines y la forma de la audiencia oral.
- Mostrarle cuáles son sus derechos y obligaciones.
- Recalcar su deber de declarar la verdad sobre lo que conozca de los hechos objeto del debate.
- Lograr que su declaración sea efectiva.
- Reducir su temor y nerviosismo con una clara explicación de los procedimientos y propósitos del interrogatorio y conainterrogatorio.
- Recordar la necesidad de escuchar la pregunta antes de responder y de manifestar claramente si no la entiende.
- Detenerse cuando se realice una oposición.
- Poner de presente el deber de dirigirse siempre al juez y acatar sus instrucciones.

En el Programa de Fortalecimiento Institucional de USAID en Nicaragua se recomienda ilustrar al testigo sobre¹⁸⁵:

- Cómo es una sala de juicio.
- Cuál es el procedimiento.
- Cuáles son las reglas más importantes que lo afectan como testigo.
- Cuáles son los efectos jurídicos de su declaración y cómo podrían afectar a otros o a él mismo.
- Cuál es el papel de su abogado interrogador.
- El abogado no es el protagonista.
- El testigo es el personaje principal.

¹⁸⁵Tomado de Teoría del caso y técnicas del debate en el proceso penal, 2001 p. 104..

- Cuándo puede hablar y cuándo no con otras personas dentro y fuera de la sala.
- Cuándo se puede ir y cuándo no.
- Qué derechos y deberes tiene.
- El impacto que produce la solemnidad de la audiencia.
- El rito procesal que debe seguir.
- El momento en que debe entrar y salir.
- Las opciones de quedarse por si es solicitado posteriormente.
- La simbología propia del juicio oral y público, con reglas sobre el comportamiento de partes y testigos.
- El lugar donde debe sentarse cuando sea llamado, y la forma de hablar si existe micrófono.
- A quién o quiénes debe dirigir sus palabras cuando sea interrogado. El testigo debe dirigirse al juez y no al abogado que lo interroga.
- De qué manera vestir.
- Cómo comportarse durante su presencia en el lugar.
- La importancia de su apariencia antes, durante y después del juicio.

Al testigo hay que referirle los valores que deben guiar su testimonio, y que ante todo diga la verdad; busque la justicia, no su interés; conteste “no me acuerdo” sólo cuando en realidad no se acuerde; no afirme nada de lo que no esté seguro; no procure favorecer a alguien por compadrazgo o amistad; y no testifique para vengarse de otra persona.

Explicarle qué es lo que se busca con su testimonio (reconstruir la historia, según lo que él pudo percibir): aquí hay que aclararle que no interesan sus opiniones ni su parecer personal sobre el asunto.

No se le debe indicar que aparente estados de tristeza, dolor, angustia, cansancio, interés o desinterés, según quien le esté preguntando y según lo que le esté preguntando. Los estados anímicos han de ser espontáneos, según la naturaleza de la situación que el deponente esté viviendo en el juicio.

Si se trata de personas excepcionales (menores, adolescentes, ancianos, personas con minusvalías físicas

o mentales), darles un tratamiento que no les impida contestar con soltura y libertad, libres de prejuicios. En el manejo de la historia que el testigo reconstruirá con base en las preguntas de quien lo propuso, se recomienda:

- Ilustrarlo de manera individual, pues se le interrogará o contrainterrogará individualmente, de modo que esté listo para rendir una declaración en primer lugar verdadera y, en segundo término, verosímil. La ilustración que se deja en manos de ayudantes que no conocen bien el caso (familiares, asistentes del despacho, empleados judiciales, estudiantes u otro) no siempre da buenos resultados.
- Revisar con el testigo todos sus testimonios y la clase de respuesta que dará al interrogatorio o al contra-interrogatorio. Sobre todo si rindió con anterioridad otras manifestaciones verbales o escritas que pudieran llamarse prueba de refutación (investigaciones anteriores en sedes administrativas, en litigios civiles, familiares, pendientes o resueltos, en instancias en que solicitó alguna cosa o fue juramentado sobre hechos relacionados, en informes presentados ante autoridades, jefaturas, instituciones, en textos literarios, u otros semejantes), los cuales puedan usarse en su contra. Haga que el testigo lea esos materiales y resuelva las contradicciones con usted.
- Revisar con el testigo todos los elementos materiales de prueba, para que él los pueda identificar o relacionar adecuadamente con la historia. Explíquelo cómo planea usted introducirlos a través de él en la audiencia.
- Comparar el testimonio de otros deponentes para encontrar inconsistencias. Pida al testigo que le explique por qué existe alguna contradicción o defecto. Haga de *abogado del diablo*. Justifique las incoherencias buscando en qué punto son verosímiles, dónde hay consistencia lógica, cómo se fortalecen al relacionarlas con otras pruebas, a fin de que se prepare para el ataque de su contrincante.
- Es mejor que prepare su interrogatorio y lo revise con el testigo repetidas veces. Si el testigo le da respuestas diferentes, averigüe por qué. Si hay una

historia falsa, utilice la historia verdadera y varíe su estrategia. Si hay nerviosismo, falta de memoria, confusión u otro elemento que afecte la verosimilitud, repase con el testigo la respuesta correcta y por qué lo es.

- Insista en qué se debe acentuar y en qué no al momento de contestar.
- ¿Y si se me olvida? El abogado debe explicar al testigo que una persona que ha vivido un hecho es probable que pueda referir mejor que nadie lo que vivió. Explíquelo que usted no puede hacerle preguntas sugestivas ni recordarle hechos sino hasta que los haya introducido el mismo deponente. Si algo se le olvida, simplemente debe indicar que no se acuerda.
- Explíquelo que no narre o conteste lo que él supone que el abogado quiere que diga, sino lo que en efecto sucedió.
- En caso de testigos manipuladores, escépticos, tácitos o silenciosos, habladores, espontáneos u otros, ilústrelos para un conainterrogatorio intenso, y utilice con ellos las herramientas que su caso particular amerite (preguntas cerradas, abiertas, cortantes, indiferentes, interesadas, etc.).
- Ilustre al testigo sobre el modo como debe presentarse en la sala de juicio, ubicación del estrado, lugar que le corresponde, modo de entrar, estar y salir. Esto para que disminuya el impacto del escenario. Igualmente, indíquelo quiénes asistirán, el rol de cada uno, y la posible presencia del acusado.
- En el manejo de la audiencia, explíquelo que debe contestar mirando al juez y no al interrogador, que no caiga en el juego de la víbora y el ratón (la mirada electrificante del abogado conainterrogador que busca crear nerviosismo donde hay verosimilitud), que hable claro y en voz alta para que lo puedan escuchar las partes, el jurado, el juez y todos los abogados presentes. Si existen cámaras o público, que los ignore porque producen perturbación. Si no entiende una pregunta, que pida al juez o al aboga-

do que se la repita. Si no recuerda o no sabe, que así lo haga saber. Insístale en que no debe usar palabras a las que no esté acostumbrado, debe utilizar el vocabulario que emplea siempre en sus asuntos cotidianos, de un modo serio y educado.

- Hágale ver al testigo que no discuta con los abogados y mucho menos con el juez, que no se ofusque ni pierda su compostura.
- Ilústrello para que en el conainterrogatorio no responda inmediatamente, sino que haga la pausa para que le dé tiempo a usted de oponerse, sin estar volviendo a ver hacia usted como solicitando autorización, pues eso evidencia inseguridad y le da debilidad a la respuesta, aunque sea la correcta.
- Ilústrello para enfrentar interrogatorios sobre su pasado, y para la pregunta clásica: “¿qué le dijo su abogado que debería declarar en este juicio?”; o bien “¿ha hablado con alguna persona en relación con este caso?” Si indica que con el abogado habló “lo normal”, le preguntarán, “¿qué es normal para usted?” Si responde que con sus familiares o amigos, el abogado procurará disminuir el valor del testimonio de los demás por la influencia probable, entre otros argumentos a veces innobles.
- Hay abogados que practican lo que decía Quintiliano, orador forense romano:

Ante todo, es asunto fundamental conocer al testigo; pues si es tímido, puede ser asustado; si es tonto, engañado; si es irascible, provocado; si es ambicioso, envanecido; si es prolijo, enredado. Por el contrario, si es atento y coherente, o debe ser alejado inmediatamente como hostil y testarudo, o refutado, mas no con preguntas, sino con una breve interrupción por parte del defensor; o amortiguado y entibiado en su entusiasmo con palabras corteses e ingeniosas, o desacreditado con acusaciones deshonorosas, si es que se puede decir alguna cosa contra su vida¹⁸⁶.

5.2.7. Narración previa de los hechos

Conviene planear el relato de los hechos de manera lógica y persuasiva para que el testigo los recree al presentarlos al juzgador. La planeación de la narración

¹⁸⁶Instituta oratoria, vol. 7, “Maximus patronis circa testimonia sudor est...”, citado por Enrico Ferri, ob. cit.

comprende la descripción de la escena de los hechos, y la secuencia ordenada de los mismos buscando destacar los temas relevantes que el testigo deberá probar con su dicho.

Para algunos autores, la mejor manera de planear el relato es cronológicamente como una historia donde se presenta el antes, el momento de los hechos y el después, para que el juzgador conozca y siga los hechos en el orden en que sucedieron¹⁸⁷. Esta forma es conveniente para la Fiscalía, que por llevar la carga de la prueba debe presentar ordenada y coherentemente los hechos relevantes de la acusación, para que el juez los perciba.

En el ejemplo del homicidio de *Andrés Castro*, la Fiscalía interrogaría a la viuda, *Gloria Dávila*, única testigo presencial con la siguiente secuencia:

- **Acreditación.** *Gloria Dávila*. Edad, condición de esposa y madre, su dedicación al trabajo en compañía de su esposo, tiempo del matrimonio.
- **Escena.** Descripción del supermercado El Triunfo. Ubicación en el barrio, puerta y reja de entrada, localización del mostrador, la caja registradora, el mueble donde se ubican las botellas de aguardiente. Condiciones de visibilidad nocturna, distancias de observación.
- **Acción.** Ocurrencia de los hechos. En secuencia cronológica: precisión del día festivo y la hora. Labores que estaban realizando cuando llegó el asaltante (*Andrés* estaba cerrando la reja). Empujón del asaltante, el arma (revólver) con que amenaza a *Andrés*, frases de amenaza de muerte del asaltante, frases de *Andrés* para calmarlo. Ladrido del perro, distracción momentánea del agresor, intento por desarmarlo, forcejeo, disparo y caída de *Andrés*. Golpe de la caja registradora, robo de dinero y aguardiente, huida del homicida.
- **Detalles.** Identidad física del agresor. Este es el punto central de la declaración de *Gloria Dávila*. El interro-

gatorio debe detenerse en los detalles de identidad, edad, color de piel, estatura, peluqueado, uniforme deportivo que conducen a señalar a *Carlos Patiño* como homicida. El interrogatorio debe rematarse con un punto fuerte, como la relación del testimonio con la persona a la cual se ha referido. Es decir, si esa persona se encuentra en la sala, “*el señalamiento de Carlos Patiño, presente en la sala como la persona que Gloria Dávila vio que disparó contra su esposa, el homicida*” (conexión del dicho con la persona a la cual se ha referido).

Otros autores no consideran aconsejable tomar el orden cronológico porque los puntos donde se quiere hacer énfasis no están al final del relato y el testimonio debe terminar con un punto fuerte, que se fije en la mente del juez¹⁸⁸.

Esta estrategia es útil para la defensa, que debe concentrarse en los puntos efectivos que destruyan la teoría del caso de la acusación. La defensa no necesita sino concentrarse en los temas esenciales, sin realizar recuento cronológico alguno.

Así mismo, han de precisarse las debilidades o los vacíos de ese testigo en las entrevistas realizadas por los cuerpos investigativos o declaraciones anteriores rendidas ante autoridades judiciales

5.2.8. Esquema del interrogatorio

El análisis del testimonio que hay que rendir debe partir de cuáles son los hechos relevantes de la teoría del caso que deben probarse con este testigo, cómo debe presentarlos y qué detalles auxiliares enriquecen el testimonio. Así mismo, han de

precisarse las debilidades o los vacíos de ese testigo en las entrevistas realizadas por los cuerpos investigativos o declaraciones anteriores rendidas ante autoridades judiciales. Esto con el fin de anticipar el contrainterrogatorio de la parte adversa.

El abogado preparará luego una secuencia o esquema con el que desarrollará el interrogatorio. No propiamente un guión con todas las preguntas, pero sí una guía o lista de chequeo que le permita la conducción del interrogatorio e ir verificando si se abordaron todos los temas relevantes para su teoría, llevar un orden o secuencia lógica, e incluir algún detalle especial del testigo.

¹⁸⁷Thomas Mauet, *Trial techniques*, 5 ed., Aspen Publishers, 2000. Steven Goldberg, *The first trial in a nutshell*, West Group, 1982.

¹⁸⁸Ronald Carlson, *Dynamics of trial practice*, American Casebook Series, West Group, St Paul, Minn., 1995, p. 179.

Nombre del testigo

Tipos de preguntas	Temas claves	Observaciones
Acreditar el testigo	Nombre, edad, estado civil, estudios, en qué trabaja, ubicación de la residencia.	
Mostrar su relación con los hechos.	<ul style="list-style-type: none"> Fue testigo presencial. Vio al acusado huir del lugar. Oyó una conversación del acusado que lo incrimina. 	Ha tenido problemas personales con el acusado.
Describir o pintar la escena de los hechos y la posibilidad del testigo para ver lo que narra.	Visibilidad, distancia y ubicación de objetos.	Debe mostrar el carácter violento del agresor.
Mostrar la acción: antes, durante y después.	<ul style="list-style-type: none"> Lo que hizo el acusado. Lo que hizo la víctima. Lo que hizo el testigo. 	

5.3. Desarrollo del interrogatorio

5.3.1. Acreditación del testigo (¿quién es?)

El interrogatorio comienza con la introducción del testigo –¿quién es?–, su nombre, edad, familia, empleo, experiencia, y la mejor integración incluye algunos detalles para que el juez le crea. Debe presentarse un testigo que tenga credibilidad. En toda persona hay algo que se hace interesante. La obligación del abogado es explorar los antecedentes significativos de ese testigo.

La acreditación de *Carlos Muñoz* en el caso de *Carlos Patiño* podría ser así:

Pregunta: señor Muñoz, ¿dónde vive usted?

Respuesta: vivo en la calle 172 N° 50-01, en Villa del Prado.

Pregunta: ¿desde hace cuánto?

Respuesta: desde hace diez años.

Pregunta: ¿con quién vive?

Respuesta: vivo con mi esposa y mis dos hijos.

Pregunta: ¿dónde trabaja?

Respuesta: trabajo ahí mismo. Tengo una tienda que se llama El Bizcocho Calentano. yo soy panadero.

Con estas preguntas sencillas se muestra que el testigo es casado, tiene un hogar, hijos y un trabajo, además de cierta madurez y responsabilidad.

Estas preguntas pueden complementarse con otras igualmente breves, donde se indague por el trabajo o la familia, permitiendo, según la clase de testigo, que muestre su condición de padre, hermano, esposo o trabajador dedicado.

Estas preguntas de referencia sobre el testigo siempre deben hacerse porque la credibilidad es el tema que siempre está en consideración en el testimonio.

5.3.2. Relación del testigo con los hechos (¿por qué está aquí?)

El interrogatorio debe revelar la razón por la cual se ha citado al testigo. Mediante preguntas introductorias debe relacionarse al testigo con los hechos, con los personajes, los lugares y los sentimientos. Es la fundamentación del testigo que permite constatar la razón de su dicho.

El testimonio de *Carlos Muñoz* continuaría así:

Pregunta: pasemos ahora a los hechos que nos convocan a esta audiencia. ¿Conoció usted al señor *Andrés Castro*?

Respuesta: sí señor, sí lo conocí.

Pregunta: ¿por qué lo conoció?

Respuesta: lo conocí porque era mi vecino y era dueño del supermercado El Triunfo, donde yo me surtía de algunos víveres para mi tienda.

Pregunta: ¿dónde está ubicado el supermercado El Triunfo?

Respuesta: está ubicado en el mismo barrio donde yo vivo, en Villa del Prado, diagonal a mi tienda El Bizcocho Calentano.

Pregunta: ¿cuándo vio al señor Castro por última vez?

Respuesta: eso fue hace un año, el 20 de julio.

5.3.3. Descripción de la escena de los hechos (¿Qué escena vio?)

Escena, en sentido amplio, es el lugar donde se pueden encontrar evidencias de los hechos. Acreditado el testigo y establecida su relación con los hechos, éste debe

dibujar la escena. Se le formulan entonces preguntas descriptivas que lo sitúan en el lugar donde se produjo la conducta, explican las condiciones de ambiente, hora, visibilidad, distancia, tiempo, y determinan su nivel de percepción. La descripción de la escena permite fundamentar el testimonio al situar al testigo en ella, para luego entrar a describir los hechos desde su perspectiva.

Una manera de describir la escena es comenzar con una visión panorámica y luego caer en los detalles trascendentales de los hechos. El testigo describe lo que vio. Luego se presentan los detalles, por ejemplo ¿qué tan lejos estaba del acusado?, ¿cómo estaba la luz?, ¿qué dijo?, ¿qué ropa tenía?, y la altura, el peso, etc.

El interrogatorio de *Carlos Muñoz* continuaría así:

Pregunta: señor Muñoz, precísenos la ubicación de su tienda y del supermercado El Triunfo.

Señor juez, solicito nos autorice acercarnos al papelógrafo, donde reposa el plano P-3.

El juez: proceda, señor fiscal.

Pregunta: (frente a la ayuda audiovisual): ¿dónde queda ubicada su tienda El Bizcocho Calentano?

Respuesta: aquí en esta esquina de la calle 172 con carrera 50.

El uso de ayudas audiovisuales contribuye a una mejor explicación y descripción de la escena de los hechos.

Los planos y las gráficas con la ubicación de las personas facilitan la comprensión del juez en la descripción de los hechos que hace el testigo.

5.3.4. Presentación de los hechos (¿Qué acción observó?)

El eje central del testimonio es la presentación de los hechos por el testigo. Su confiabilidad depende de la manera como los describa. Se debe ser preciso y detenerse en los temas esenciales que se quieran enfatizar. La manera como se hacen las preguntas es fundamental para desarrollar lógicamente y ordenadamente el interrogatorio.

Las preguntas deben ser abiertas, porque en el interrogatorio el testigo revela los hechos por sí mismo y en su propio lenguaje. Al testigo se le pregunta ¿Qué? ¿Cómo? ¿Cuándo? ¿Dónde? ¿Por qué? ¿Cuántos...?

Las preguntas abiertas permiten enfatizar también en eventos importantes para obtener detalles.

Después de hacer el ejercicio sobre lo que le aporta cada testigo a la teoría del caso de la parte que lo propone, el interrogatorio se debe orientar al tratamiento de cada tema y subtemas del mismo, teniendo claro el objetivo o lo que se propone que el testigo informe a través de su declaración.

Cada vez que se aborda un tema hay que agotarlo antes de pasar a otro. Por ejemplo, si pasamos al tema de la escena de los hechos para establecer la capacidad de la testigo de poder observar al homicida, debemos agotar todas las preguntas relativas a este punto antes de pasar a los temas de la acción (hora, forma en que entró el atacante, amenazas que realizó, disparo, ruptura de la caja registradora, toma de la botella de aguardiente, y el tema principal de individualización, características morfológicas y de vestimenta).

Es fundamental determinar en este punto la relevancia de dichos temas para que, con el objetivo claro, las preguntas estén dirigidas a mostrar los aspectos que se indican a continuación.

En el caso Patiño:

- La hora es importante porque ataca la coartada del acusado.
- La toma del aguardiente es importante porque coincide con lo que Patiño estaba tomando esa noche y con la marca que vio el investigador en el apartamento de éste.
- La forma en que entró y las amenazas son relevantes porque coinciden con la descripción de la personalidad de Patiño que hace Rebeca López.

5.3.5. Preguntas para completar detalles

Es importante que al abordar un tema en el interrogatorio se pregunte sobre los detalles que permiten apuntalar la credibilidad del testigo. Cuando Gloria Dávila afirma que los hechos ocurrieron alrededor de las 11:00 p.m., la siguiente pregunta debe ser: ¿por qué lo sabe? Cuando Yanira Salazar afirma que Patiño no salió esa noche, la siguiente pregunta debe ser: ¿por qué está segura de eso?

5.3.6. Preguntas de transición

En el interrogatorio se realizan preguntas de transición que permiten precisar cuándo termina un hecho y comienza otro. También se hacen preguntas para reconducir al testigo o para que éste precise el punto que está declarando, buscando respuestas específicas. Ejemplo:

Pregunta: pasemos ahora al día de los hechos, el 20 de julio de 2000.

Pregunta: señor Muñoz, precisemos lo que sucedió en el momento en que llegó el motociclista.

5.3.7. Preguntas de cierre

Las preguntas de cierre deben ser impactantes en virtud del principio según el cual lo que escuchamos más recientemente, o de último, es lo que más se nos graba. Estas preguntas de cierre deben referirse al tema principal que aporta el testigo a la teoría del caso de su proponente. En el caso de Gloria Dávila, el tema principal es la individualización del homicida de su esposo. Una pregunta podría ser: señora Gloria, usted ha señalado al señor Carlos Patiño como el homicida de su esposo. ¿Está usted segura de que se trata de él y no de otra persona?

Respuesta. Sí señor, perfectamente segura. Esa cara no se me olvidará nunca.

5.3.8. En el interrogatorio el testigo revela los hechos por sí mismo

En el interrogatorio las preguntas no deben ser sugestivas. Quien declara no es el abogado, y por tanto cualquier pregunta que impida que el testigo declare voluntariamente y sugiera la respuesta puede ser objeto de una oposición.

Las preguntas deben ser cortas, precisas, sencillas y referirse cada una a un hecho o circunstancia. Mientras más claras y comprensibles sean las preguntas, más fáciles las contestará el testigo y se comprenderán mejor por el juez.

También se orienta más fácil el interrogatorio evitando respuestas demasiado largas y narrativas que abren la puerta a temas impertinentes u opiniones, distraen la precisión sobre los hechos, e impiden que el testimonio se centre en los puntos relevantes.

La concentración en el debate o en la pregunta siguiente no permite que el abogado a veces escuche lo que el testigo dice, lo que le impide conocer qué escucha el juez, y evita que se haga seguimiento al testimonio para aclarar o precisar puntos de su declaración. Por otro lado, el testigo requiere un acompañamiento con la mirada y la entonación que le dé seguridad y confianza. Se dice por eso que la mejor manera de hacer un testimonio interesante es que el abogado realmente esté interesado en ese testimonio. Si se demuestra desinterés por el testigo propio, el juez tampoco tendrá interés en esa declaración¹⁸⁹.

5.3.9. Problemas especiales¹⁹⁰

A continuación se presentan ejemplos de algunos tipos de testigos que tendrá que confrontar a lo largo de su experiencia. Recuerde para todos ellos que cualquiera que sea la respuesta, no debe discutir o reñir con el testigo. Esta es una conducta poco profesional y podría resultar en que se presentarán oposiciones contra usted. Además, este tipo de conducta puede dar la apariencia de que usted está retando al testigo, lo que reducirá su credibilidad con el tribunal, y probablemente pierda cualquier información que esperaba obtener del testigo.

Testigo evasivo. Un testigo evasivo es aquel que no tiene dificultad al responder preguntas planteadas por la parte que lo presenta, pero sí al responder en forma evasiva a sus preguntas. La evasión puede representarse de varias maneras:

- El tono y comportamiento del testigo pueden variar.
- Puede repetir sus preguntas o bien solicitarle que lo haga.
- El testigo puede ser lento al momento de responder a las preguntas.

¹⁸⁹Kenney F. Hegland, Trial and practice skills in a nutshell, West Group, 2002.

¹⁹⁰Tomado del manual del debate de USAID Guatemala.

- Frecuentemente responde con frases como “No sé”, “No recuerdo”, “No puedo hacer memoria”, “No estoy seguro”, “Yo podría”, “Yo diría”, o evita responder directamente.

A continuación se presentan varios ejemplos de cómo manejar a un testigo evasivo:

- Demuestre al testigo que usted tiene algún conocimiento sobre los hechos y que sabrá si él se desvía de la verdad.

Pregunta: señor Pérez, ¿había tres hombres sentados con usted en la taberna?

Respuesta: sí.

Pregunta: entre esas personas ¿están los acusados, Juan Figueroa y Pablo de Valle?

Respuesta: sí.

Preguntas: ¿Pablo estaba sentado frente a usted?

Respuesta: sí.

Pregunta: ¿Pablo es delgado, de estatura mediana y piel en tono pálido?

Respuesta: sí.

Pregunta: ¿fue en ese momento en la taberna en el que Pablo le dijo a Juan “Dejó el carro robado en el parqueo”?

Respuesta: eso creo.

- Repita la pregunta que no respondió el testigo, lo que le demostrará a éste que usted no permitirá que él deje sin contestar la interrogante. Una falla del testigo al responder la pregunta puede afectar su credibilidad; por tanto, méncionelo en su discusión final cuando se refiera a la credibilidad.

Pregunta: señor Pérez, ¿bebió usted cinco botellas de cerveza entre las 8:00 y las 9:00 p.m.?

Respuesta: bien, todos nosotros estábamos bebiendo.

Pregunta: señor Pérez, mi pregunta es ¿bebió usted las cinco botellas de cerveza durante una hora?

Respuesta: eso creo.

Pregunta: señor Pérez, ¿bebió cinco botellas de cerveza durante la hora que estuvo en la cantina?

Respuesta: sí.

- Si el testigo continuamente falla al responder una pregunta, solicite al juez que ordene al testigo responder la pregunta en cuestión. En la discusión final,

mencione esta falla al responder al momento de discutir la credibilidad del testigo.

Pregunta: ¿identificó a Pedro González como el hombre con el cuchillo?

Respuesta: sí, él no podía caminar y se veía ebrio.

Pregunta: señor presidente, se solicita al testigo que responda las preguntas planteadas y no dé información voluntaria. Además le pedimos, respetable juez, que omita la última respuesta en sus deliberaciones.

En todos los casos anteriores usted puede decidir que la respuesta probable no sea mayor que la impresión negativa que el testigo está causando en los jueces.

Si esto es verdad, entonces no intente obtener mejores respuestas; continúe con preguntas que él evade.

Busque tantas respuestas como sea posible del tipo “No puedo recordar”. Pregunte al testigo si tiene dificultades

para escuchar o entender sus preguntas. Al hacer esto, recuerde que debe preocuparse por el tono de voz que utilice; si usa un tono sarcástico con un testigo que parece débil, podría perder el impacto de las respuestas. Finalmente, trate de obtener respuestas evasivas en algunas de las preguntas en las que el testigo no tiene dificultad al responder cuando éstas las plantea la parte que lo presenta.

En su discusión final, revise las respuestas del testigo para el tribunal. Explique cómo las evasiones afectan la confianza y credibilidad del testigo y su testimonio. El tribunal deberá reconocer lo que el testigo está haciendo y tratar su testimonio apropiadamente. Ejemplo: en este caso, señoría, la alegada víctima también es un testigo presencial. Si usted recuerda, cuando el fiscal interrogó al testigo, sus respuestas fueron evasivas. Cuando su abogado lo interrogó, consideró que no pudo responder a preguntas con menos de 20 palabras. Bien, conmigo actuó incorrectamente. Cuando yo lo interrogué, apenas pude recibir respuestas a las preguntas. Usé casi las mismas preguntas que su abogado utilizó. Y qué respuesta obtuve, “No sé” y “No recuerdo”.

Testigo argumentativo. Algunas veces un testigo deseará exponer, explicar o discutir cada pregunta. Cuando un testigo discute con usted o responde sus preguntas con otras preguntas, haga particularmente interrogaciones cortas y claras. Cuando sea posible, recurra al uso de

las preguntas cerradas Sí/No, o repita la pregunta e insista en respuestas concretas, o reestructúrela de tal modo que se demuestre que el problema es con el testigo, no con la pregunta.

Cuando el testigo responde a una pregunta y continúa hablando, trate de acortar su participación haciendo la siguiente pregunta. Si el testigo insiste en seguir, pida al tribunal que no considere la parte de la respuesta que no se relaciona con la pregunta. Si esto continúa, solicite al tribunal que amoneste al testigo para responder la pregunta realizada y únicamente eso.

Testigos especiales. Existen algunos testigos a los que, dada su edad, inteligencia, discapacidad o el tipo del delito, usted necesitará dar un trato especial durante el interrogatorio. En estos casos, usted obtendrá mejores resultados al limitar su interrogatorio y utilizar preguntas cerradas breves. Cada vez que le sea posible, trate de que los testigos den respuestas de sí o no y no narrativas. Con este tipo de testigos es importante recordar que a menudo usted no va a ganar un caso por retar o abusar de ellos.

Peritos. Para los propósitos del interrogatorio se puede tratar al perito como cualquier otro testigo, y le serán aplicables, en lo que corresponda, las reglas del testimonio (art. 405 CPP). La organización normal implica admisiones favorables, desacreditar el testimonio y desacreditar al testigo. El perito requiere preparación adicional y se le deberá interrogar sobre algunos otros temas.

Preparación. Usted debe leer el informe final del perito ante el debate, ya que necesita entender lo que éste dice, y lo que prueba o no. Así mismo, debe comprender si existió algún problema con la experticia que realizó el perito. Cualquier parte del informe que no comprenda, deberá discutirla con el perito que lo elaboró, la persona que efectuó la prueba, o contratar a su propio perito o consultor técnico.

Además del informe, deberá definir las calificaciones profesionales y la experiencia relevante del perito, su opinión y un detalle de sus fundamentos, así como todos los materiales y fuentes que utilizó para formar su opinión. Revise publicaciones reales, libros y artículos del perito. Hable con los colegas de éste para que le brinden información, incluyendo cualquier tipo de experiencia que hayan tenido con el perito durante un debate.

La preparación adicional para el perito incluye los siguientes aspectos:

- Edúquese a sí mismo en el tema para lo que deberá leer en la literatura del perito al respecto y desarrollar experiencia en el tema y material para una posible impugnación.
 - Pregunte a su propio perito o consultor técnico sobre las posibles debilidades del perito, entre éstas las calificaciones profesionales, la opinión de éste y el razonamiento en la formación de la opinión.
 - Considere el contratar a un consultor técnico o instrúyase sobre el tema para que esto lo ayude a preparar o a hacer el interrogatorio. Si el consultor técnico es quien realiza el interrogatorio, usted tendrá que tener una comprensión suficiente del tema para abordarlo en la discusión final.
 - Considere la contribución del perito en apoyo a su teoría del caso.
 - Cada vez que sea posible, trate de utilizar prueba real o apoyo visual, ya que el testimonio del perito puede ser complejo y de difícil comprensión para los demás.
- Interrogatorio.* A continuación se presentan temas adicionales a los que se dirigiría durante su interrogatorio a un perito.
- Los honorarios profesionales, si éstos ya se pagaron, y la frecuencia con la que este perito testifica (perito contratado por la defensa).
 - El área de experiencia del perito. Es necesario acreditar el conocimiento teórico sobre la ciencia, técnica o arte en que es experto; el uso de instrumentos o medios en los cuales es experto, y su conocimiento práctico en la ciencia, técnica, arte, oficio o afición aplicables (art. 417, CPP). En algunos casos, puede parecer que el perito es altamente calificado, pero su experiencia real es en áreas distintas de aquellas que se discuten en el debate. Determine la experiencia real del perito y después muestre la experiencia

particular que no sea directamente aplicable al caso presentado en el debate.

- Pregúntele sobre los fundamentos de su opinión, después interróguelo sobre si su opinión cambiaría si otros factores se determinaran como verdaderos. Si él admite que su opinión sería diferente, entonces argumente en la discusión final que sus hechos son verdaderos y que incluso el perito está de acuerdo con usted. Si su opinión no cambia, entonces usted puede alegar que él no goza de credibilidad porque se ha fijado una opinión que nada podría modificarla.
- Desarrolle su propia experiencia en el tema, lo que le dará credibilidad cuando usted valore la prueba del perito en la discusión final. Para hacer esto, defina los términos técnicos o describa los procedimientos, y acuerde con el perito que usted definirá o describirá los términos en forma correcta.
- Trate de que el perito deje a un lado los términos utilizados para darse una apariencia de gran conocimiento e importancia. Para lograrlo, debe forzarlo a definir y deletrear los términos técnicos y las frases, así como utilizar lenguaje común.
- Utilice al perito para criticar la conducta de la misma parte que lo llevó al debate, en ciertas áreas. Algunas veces una parte ha realizado algo que interfiere en el trabajo del perito y que hace que la función que él realiza se dificulte, o sea confiable.
- Demuestre que el perito no realizó todas las cosas que un perito cuidadoso y detallista habría hecho. Demuestre también que una variedad de pruebas pudieron y debieron haberse realizado para llegar a una conclusión confiable en el caso.
- Destaque que la opinión del perito está basada únicamente en hechos poco confiables. Esta técnica puede ser efectiva para psiquiatras, psicólogos y trabajadores sociales, cuya opinión está basada principalmente en entrevistas con el paciente o los familiares, quienes por tener interés en el resultado pueden

Si él admite que su opinión sería diferente, entonces argumente en la discusión final que sus hechos son verdaderos y que incluso el perito está de acuerdo con usted

o no ser sinceros durante la entrevista. Ejemplo:

En su declaración, la trabajadora social rindió y ratificó el contenido del dictamen socioeconómico de la acusada y firmó por ella.

Pregunta: ¿cuáles son las conclusiones económicas?

Respuesta: no puedo establecerlas.

Pregunta: ¿cuáles son las conclusiones sociales?

Respuesta: no puedo establecerlas porque no ingresé a su residencia.

Pregunta: ¿cuántos hijos tiene la acusada?

Respuesta: no conocí a los hijos de la acusada.

Pregunta: ¿qué le parece la señora D.?

Respuesta: no pude entrevistarla, pero según los vecinos era alegre, le gustaba el licor y continuamente hacía fiestas en su casa.

Pregunta: ¿cómo eran las relaciones entre el occiso y la acusada?

Respuesta: Según los vecinos, malas.

Pregunta: los vecinos que entrevistó, ¿le dijeron si les constaban los problemas del occiso con la acusada?

Respuesta: no.

Pregunta: ¿a cuántos vecinos entrevistó?

Respuesta: a cinco.

Pregunta: ¿cuáles son los nombres de los vecinos entrevistados?

Respuesta: no los tengo.

Pregunta: entonces, ¿no entrevistó a la señora D.?

Respuesta: no.

Pregunta: ¿no entrevistó a los hijos de la víctima ni a la señora D.?

Respuesta: no.

Pregunta: ¿no entrevistó a ningún miembro de la familia de la víctima?

Respuesta: no.

Pregunta: ¿sólo entrevistó a cinco vecinos?

Respuesta: sí.

Pregunta: Pero, ¿no tiene los nombres de los entrevistados?

Respuesta: sí.

5.4. Técnica del interrogatorio

5.4.1. No pierda el rumbo

Como resultado de la preparación del testigo o de la lectura de sus declaraciones previas en la policía, habrá podido determinar los puntos claves de su testimonio; sabrá llegar a ellos rápidamente, así como desarrollarlos de modo suficiente y luego detenerse. Desarrolle sólo el testimonio que apoye su teoría del caso, ya que información adicional podría distraer. Revise su teoría del caso y su proyecto de alegato de conclusión para decidir cuál es la mínima información que debe sustraerse del testigo; cualquier testimonio, detalle o conclusión que no apoye algún elemento de su teoría del caso y su proyecto de discusión final (el cual será la última y más importante expresión de la teoría, ya apoyado en los medios de prueba) no debe presentarse. Recuerde que la brevedad tiene la virtud de presentar la información con claridad y, por tanto, usarla es muestra de destreza; además, el testigo al declarar debe referirse a lo que le consta únicamente y lo hará en forma oral.

5.4.2. Use lenguaje apropiado

Siempre utilice lenguaje apropiado con el testigo, lo que a menudo involucra el escoger palabras y frases simples para sus preguntas, de acuerdo con la situación de él. Elimine el lenguaje estilizado y formal, y utilice uno simple y claro. Decida de antemano las palabras y frases, y úselas. Recuerde que ante todo es una conversación con el declarante, por lo que olvide formalismos muy empleados en nuestro actual sistema, como la pregunta que empieza diciendo *“sírvase decir a este despacho...”*.

5.4.3. Permita al testigo explicar

Algunas veces un testigo puede decir algo que no tiene sentido, o utilizar una palabra o frase poco común. Esto es particularmente cierto en los expertos, quienes con frecuencia utilizan lenguaje técnico poco conocido para personas ajenas a su campo; pero también se presenta en el caso de los no letrados, quienes por razones de formación o por la intimidación o incomodidad que pueden sentir al rendir su testimonio, en un ámbito tan público y hostil, extraño, pueden no expresarse

de manera adecuada. En este caso se sugiere la utilización de un interrogatorio bien diseñado, un relato previamente ensayado o una combinación de los dos.

En el interrogatorio, es mejor aclarar la palabra o frase en el contexto en el que aparece. Inicie la aclaración refiriéndose al contexto original, y luego utilice preguntas directas para obtener detalles adicionales o explicaciones.

5.4.4. Observe y escuche al testigo

Escuche y tome notas durante la declaración e interrogatorio del testigo para utilizar en el interrogatorio y el alegato final. Existen dos razones para poner atención al testigo: asegurar que éste presente la información o prueba necesaria para su caso, y para saber y notar cualquier información o prueba inesperada.

Durante el acto de testificar o rendir relato, el juez puede y debe fijarse en el comportamiento del testigo. Si su actuación no es espontánea, es decir, si ha memorizado su testimonio, por ejemplo, el juez se dará cuenta tanto como del exceso de nerviosismo o enojo. El estado emocional y la presentación del testigo tienen peso en la valoración de su testimonio.

Aparentar no prestar atención a un testigo podría sugerir que el testimonio ha sido confabulado y el efecto es poco espontáneo, o puede sugerir que usted no lo valora o no cree en él (además, escuchar al testigo puede motivarlo positivamente).

5.4.5. Tome apuntes

Como en todas las partes del debate, es necesario tomar apuntes durante la declaración y el interrogatorio del testigo, estos le servirán para la preparación del alegato de conclusión, fundamentar su teoría del caso, confrontar la teoría de la otra parte, como base para el alegato final, la réplica y para asegurar lo completo del acta del debate.

Aunque la contraparte propusiera un testigo, es recomendable tomar apuntes utilizando la técnica de la página dividida u otra similar. Un lado, que se prepara de manera previa, contiene el listado de áreas que hay que cubrir por medio del interrogatorio, y el lado opuesto contiene el espacio necesario para apuntar lo que realmente declara en el debate.

5.4.6. Utilice los apoyos visuales

Los apoyos visuales sirven para ubicar a las personas en el espacio con respecto al lugar de los hechos, para visualizar más concretamente qué pudo haber ocurrido. Los apoyos pueden emplearse durante el interrogatorio para destacar la información clave y explicar detalles importantes; el tribunal debe recibirlos en concepto de extensión de la capacidad verbal de expresión, y en la medida en que ayuden a esclarecer los hechos.

En este orden de ideas, los apoyos muchas veces pueden tener (y es mejor que lo tengan) carácter de prueba. Un ejemplo común sería un croquis preparado por un perito, que durante su testimonio se utiliza para efectos de ubicación o esclarecimiento tanto durante su testimonio como durante el interrogatorio de otros testigos.

Un apoyo visual puede ser otro medio de prueba (física y documental) o un apoyo visual que no es prueba.

Un apoyo visual puede:

- Emplearse para esclarecer el testimonio del testigo a través del reconocimiento del objeto y la demostración del uso ante los jueces.
- Contradecir al testigo o fortalecer su testimonio mostrándole una fotografía, un mapa, un croquis que demuestra gráficamente posiciones o condiciones acerca de las cuales está declarando.

Si el fiscal quiere, puede utilizar un instrumento físico que se usó en la realización del hecho para aumentar el alcance de su interrogatorio.

Las técnicas de introducción de los objetos físicos en función de apoyos visuales pueden variar según la situación y factores como la formación del testigo; además, su aptitud y capacidad de reacción influyen en la decisión del fiscal al respecto. Generalmente se debe dilucidar, por medio del relato o el interrogatorio, algunos detalles acerca de los hechos y el objeto (apoyo). Por ejemplo:

Gloria Dávila: el atacante llevaba puesta una camiseta de basquetbolista.

Fiscal: (Con previo permiso del juez, se acerca al testigo). ¿Conoce este objeto?

Gloria Dávila: sí, es la camiseta que utilizó en el asalto.

Fiscal: ¿cómo sabe?

Gloria Dávila: porque yo la observé todo el tiempo, me fijé en el color y el número que tenía impreso en el frente y la espalda. Lo identifico por el número nueve y su color blanco y rayas rojas.

Las grabaciones y los audiovisuales se reproducirán según la forma habitual. La misma técnica se utiliza para croquis, diagramas y mapas. El testigo tiene que poder relacionarlos con lugares pertinentes para después identificar posiciones que pueden esclarecer los hechos.

Que quede claro que en muchos casos este último tipo de apoyo puede evitar la necesidad de un reconocimiento del lugar a fin de ubicar los testimonios.

Como punto final a esta sección, se les recuerda a los interrogadores no utilizar preguntas sugestivas. La espontaneidad es piedra angular de la intermediación. Deje que el testigo testifique.

Un ejemplo, de acuerdo con el que hemos utilizado en esta sección, es el siguiente:

Fiscal: aquí le entrego una camiseta. ¿Es la que tenía puesta el acusado durante el asalto?

Defensor: ¡objeción! La pregunta es sugestiva.

Juez: con fundamento. Reformule usted su pregunta.

Fiscal: ¿reconoce lo que le acabo de dar?

5.4.7. Tiempo y ritmo del interrogatorio

Es necesario tener una medida del tiempo del interrogatorio, ya que la percepción de una presentación oral se concentra en los primeros 15 a 20 minutos. Luego de este tiempo, el juez se puede desconcentrar y perder interés en la declaración.

El ritmo también es importante. Lo ideal es avanzar en algunos hechos con los que el juez está familiarizado y concentrarse en las secciones importantes del testimonio para fijar la atención en ellas de manera particular¹⁹¹.

¹⁹¹Garry Watson, Algunos puntos sobre la interrogación de testigos. Osgoode Hall, Escuela de Derecho, Toronto, Canadá, 2001.

5.4.8. Iniciar y terminar con fuerza

La psicología ha mostrado que la atención se concentra en lo primero y lo último que se escucha. El recuerdo del testimonio opera de esa manera. Por tanto, es importante que la declaración del testigo inicie y termine con puntos fuertes que sirvan para grabar en la mente del juez la contundencia de la declaración. El terminar con un tema impactante hace reciente y recordable el testimonio, y anticipa el conainterrogatorio, debilitándolo.

Este tema impactante debe ser el principal aporte de ese testigo a su teoría del caso.

6. Técnicas de conainterrogatorio

6.1. Aspectos básicos

Agotado el interrogatorio de un testigo presentado por un sujeto procesal, corresponde al otro decidir si ejerce el derecho a conainterrogar. En esta unidad se explican la importancia y los fundamentos del conainterrogatorio, al igual que su planeación y las técnicas utilizadas para su práctica.

6.1.1. El conainterrogatorio

Enfrentar a los testigos contrarios es una de las habilidades más difíciles de desarrollar en el litigio. Tradicionalmente, quien conainterroga repite el contenido y la secuencia del interrogatorio, buscando que el testigo dé algún traspié, que voluntariamente confiese su error o mentira o, peor aún, que explique la razón de sus contradicciones. El resultado es que el testigo se fortalece, se reafirma y cubre sus vacíos iniciales con las preguntas del abogado conainterrogador.

Un conainterrogatorio exitoso requiere conocer exactamente los puntos débiles del testigo y su testimonio, saber cómo confrontarlos, qué tipos de preguntas

formular, tener dominio sobre el testigo, y saber cuándo y cómo terminar.

Para esto se requieren una debida planeación y mucha práctica. Nuestro ejercicio profesional en tribunales y juzgados no distingue entre las técnicas para el interrogatorio y las del conainterrogatorio, de ahí que se requiera formar en la destreza del ejercicio del derecho de contradicción.

6.1.2. Función del conainterrogatorio

La función del conainterrogatorio es refutar en todo o en parte lo que el testigo ha contestado al interrogador. Este objetivo se puede lograr a través de:

- *Atacar la credibilidad personal del testigo.* El primer elemento del valor de un testimonio reside en el testigo: *Testibus, non testimoniis, creditur*¹⁹². Al testigo se le puede atacar por sus influencias y prejuicios, sus intereses y motivos, sus convicciones o sus antecedentes personales, con el fin de restarle confiabilidad (art. 403, num. 3 CPP). Ejemplo:

El conainterrogatorio de *Janira Salazar* podría conducirse así:

Fiscalía: señorita *Salazar*, dijo usted que llevaba tres años de noviazgo con el procesado, ¿no es cierto?

Testigo: sí, señor.

Fiscalía: y manifestó también que espera un hijo de *Carlos*, ¿es esto cierto?

Testigo: sí.

Fiscalía: le ha dolido que *Carlos* haya estado todo este tiempo en prisión, ¿correcto?

Testigo: claro, por supuesto. Él me hace mucha falta.

Fiscalía: ¿y usted haría cualquier cosa para que *Carlos* saliera de prisión?

Testigo: es mi novio, yo haría todo para ayudarlo.

Fiscalía: ¿hasta mentir y decir que él estaba con usted la noche del 20 de julio?

Testigo: no, yo no lo haría.

¹⁹²François Gorphe, ob. cit., p. 334.

El interés de *Janira* por ayudar a su novio *Carlos Patiño* puede atacarse haciendo énfasis en su prejuicio afectivo. Aunque la testigo niegue que mentiría, su testimonio se desprestigia; la secuencia del contrainterrogatorio crea las bases para atacar el testigo como sospechoso.

- *Atacar la credibilidad del testimonio.* Lo que el testigo manifiesta sobre los hechos en su naturaleza inverosímil o increíble del testimonio (art. 403-1 CPP); puede igualmente atacarse la capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar cualquier asunto sobre la declaración (art. 403-3 CPP) desde los tres elementos psicológicos del testimonio: la percepción, la memoria y la deposición o comunicación.

La percepción es determinada por las condiciones subjetivas en que el testigo se encuentra frente a determinados sucesos (estado afectivo, interés, disposición mental, sorpresa), y a condiciones objetivas en que el objeto, simple o complejo, se presenta (luz, distancia, tiempo, movilidad, etc.)¹⁹³.

La memoria comprende la conservación de las impresiones sensibles, la reproducción de los recuerdos, su evocación y ubicación en el tiempo. Reproducir los recuerdos requiere un trabajo mental de selección, coordinación e interpretación, que difiere según el sentido crítico y el poder de juicio interno de cada testigo¹⁹⁴.

La comunicación es la manera como el testigo expresa ante el juez su testimonio. En ella intervienen dos factores principales: la capacidad de expresar con mayor o menor claridad las percepciones reales recibidas, y la voluntad de reproducirlas fiel y francamente¹⁹⁵. Ejemplo:

El contrainterrogatorio de *Gloria Dávila* podría conducirse así:

Defensa: doña *Gloria*, antes de declarar en esta audiencia usted ya había declarado ante la Fiscalía, ¿no es cierto?

Testigo: así es.

Defensa: y antes de declarar ante la Fiscalía, ¿usted había sido entrevistada por un investigador de la Fiscalía?

Testigo: sí, el mismo día de los hechos un señor de la Fiscalía me preguntó sobre lo que había pasado con

mi esposo.

Defensa: Y esa entrevista con el investigador, al igual que la declaración, ¿fue más reciente que la declaración que acaba de dar?

Testigo: sí, señor.

Defensa: y usted, en estas declaraciones, ¿dijo cuánto se acordaba sobre los hechos que acababan de suceder?

Testigo: sí, según me acuerdo y según me preguntaban.

Defensa: ¿y usted manifestó al investigador sólo que se trataba de un muchacho alto, de unos 25, y a la Fiscalía, en cambio, no le dio descripción alguna?

Testigo: no me acuerdo.

Defensa: ¿no recuerda lo que dijo en ese momento?

Testigo: no.

Defensa: con permiso, señor juez, pongo de presente a la testigo la declaración (fol. 123) y la entrevista (fol. 45). Señora Dávila, ¿son éstas su declaración y su entrevista?

Testigo: sí, éstas son.

Defensa: ¿y usted las leyó y las firmó en constancia de que estaba de acuerdo sobre todo lo dicho?

Testigo: sí.

Defensa: por favor, ¿puede leerme qué dice la entrevista sobre la identidad del homicida?

Testigo: (Leyendo): “*un joven de aproximadamente 25 años*”.

Defensa: ¿se menciona en la entrevista alguna otra descripción?

Testigo: no.

Defensa: y la declaración ante el fiscal, ¿qué descripción trae?

Testigo: no, no tiene ninguna.

Realizando la confrontación del testigo con sus declaraciones anteriores se perciben sus defectos de percepción y memoria. Si la testigo identificó al procesado en la audiencia y antes no lo hizo, es un tema de falta de credibilidad en el testimonio que deberá explotarse en el alegato final.

- Obtener que el testimonio apoye, así sea parcialmente, la teoría del caso del contrainterrogador. Si en el contrainterrogatorio se logra que el testigo adverso corrobore —así sea parcialmente— la teoría del caso, el alegato de conclusión se verá fortalecido. Ejemplo: El contrainterrogatorio de *Luis Neira* podría conducirse así por el fiscal:

¹⁹³Ibíd., p. 294.

¹⁹⁴Ibidem.

¹⁹⁵Ibíd., p. 295.

Fiscal: señor Neira, usted nos dijo que estuvo con *Carlos Patiño* el 20 de julio del año anterior. ¿Cierto?

Testigo: sí señor.

Fiscal: y nos dijo además que *Patiño* tenía puesta una camiseta de basquetbolista. ¿Cierto?

Testigo: sí, señor.

Fiscal: y además nos dijo que estuvieron bebiendo aguardiente, específicamente Néctar. ¿Cierto?

Testigo: sí, señor.

Fiscal: usted dijo que se quedó dormido alrededor de las once de la noche. ¿Cierto?

Testigo: sí, señor.

Fiscal: entonces a usted no le consta lo que hizo *Patiño* momentos después de que usted se durmió. ¿Cierto?

Testigo: cierto.

Fiscal: gracias.

- Sacar a relucir lo que el testigo no dijo; poner en evidencia que el testigo no entregó toda la información. Para ello se pueden utilizar manifestaciones anteriores del testigo, incluidas aquellas hechas a terceros, o entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios ante el juez de garantías (art. 403, num. 3, CPP); no afirmar directamente asuntos en contra de la teoría del conainterrogador es otro objetivo del conainterrogatorio.

Por ejemplo, el conainterrogatorio de *Carlos Muñoz* por parte de la defensa podría ser así:

Defensor: señor *Muñoz*, usted dijo en su interrogatorio que vio que el joven que entró a la tienda del señor *Castro* tenía una camiseta de basquetbolista sin mangas. ¿Cierto?

Testigo: cierto.

Defensor: y que le llamó la atención por la hora, por el frío, que tuviera los brazos descubiertos. ¿Cierto?

Testigo: sí, señor.

Defensor: o sea que usted se fijó en los brazos de la persona que se bajó de la moto y luego salió corriendo de la tienda del señor *Castro*. ¿Cierto?

Testigo: en cierta forma sí, señor.

Defensor: y usted no vio ningún tatuaje en esa persona. ¿Cierto?

Testigo: no, señor.

- Hacer puntos para el alegato de conclusión. El

resultado final del conainterrogatorio es hacer puntos para el alegato final. Debilitar al testigo y su declaración tiene como objetivo final fundamentar la crítica del testimonio que se realizará en el alegato de conclusión. Por eso se sugiere siempre pensar en el alegato de conclusión al momento de idear el conainterrogatorio.

6.2. Planeación del conainterrogatorio

Como todo aspecto o etapa del proceso oral, el conainterrogatorio requiere una cuidadosa planeación, más cuando se trata de enfrentar al testigo adverso.

6.2.1. ¿Se debe siempre conainterrogar?

Lo primero que se debe pensar es si es necesario o no conainterrogar al testigo. Sólo si se tiene un claro entendimiento de lo que se piensa obtener con el testigo adverso, y se ha planeado debidamente, se debe conainterrogar.

El conainterrogador debe preguntarse si el testimonio afecta su teoría del caso, si se trata de un testigo importante, y si es un testigo creíble. Si el testimonio vertido en el interrogatorio no es conducente ni relevante, no hay por qué controvertirlo, ya que por sí solo está debilitado.

6.2.2. ¿Cómo planear el conainterrogatorio?

Si ha encontrado que es necesario conainterrogar porque se trata de un testigo creíble, o el contenido de su declaración afectó su teoría del caso, o del mismo puede extraer algo a favor de su propia teoría, al planear el conainterrogatorio lo primero que debe pensar es cómo encaja el testigo en la teoría del caso del sujeto procesal contrario (acusación o defensa), y cómo afecta la propia teoría del caso.

Para esto es conveniente hacer una lista de los hechos relevantes sobre los que el testigo puede declarar en el interrogatorio y deducir cuáles tendrán que ser objeto de conainterrogatorio. Cuáles son las fortalezas y debilidades del testigo o de su testimonio, y qué deseo que se revele en el conainterrogatorio.

Es conveniente hacer una lista de los hechos relevantes sobre los que el testigo puede declarar en el interrogatorio y deducir cuáles tendrán que ser objeto de conainterrogatorio

Esto se trabaja con las declaraciones previas que el testigo haya rendido, y con el planteamiento que sobre el testigo se realice en la audiencia preparatoria, sobre todo estando atento al interrogatorio en la audiencia. En todo caso, un contrainterrogatorio efectivo de testigos implica mucha preparación y tiempo. Si no se tuviera este último, como mínimo son tareas del abogado¹⁹⁶:

- Revisar el probable testimonio que el testigo dará durante el interrogatorio, incluyendo las evidencias o los elementos materiales que se van a exhibir en la audiencia.
- Revisar otras declaraciones, interrogatorios o manifestaciones que el testigo haya hecho, y que sean relevantes para la declaración que va a rendir en juicio.
- Si usted decide entrevistarse con un testigo de este tipo, procure que haya otras personas presentes durante ese acto.
- Considere, además de la prueba en contra, qué tipo de prueba puede producir ese testigo, que sea útil a sus intereses. Determine el camino para obtenerla.
- Deslinde las áreas de éxito y fracaso probables en su contrainterrogatorio, para que evite las preguntas riesgosas.
- Valore dos tipos de debilidades: las del testigo y las del testimonio, y enrumbe su formulario de preguntas a demostrar esas debilidades.
- Conozca la falta de coherencia que existe entre la manifestación probable del testigo y la prueba. Conozca muy bien la prueba y utilícela para profundizar en aquellos aspectos que el testigo conoce bien y que procurará evadir.
- Vaya tomando apuntes de lo que dice el testigo en el interrogatorio y que deba ser objeto de contrainterrogatorio.
- Organice inteligentemente las preguntas que ha decidido formular. Evite que haya una consecuencia

lógica o natural entre unas y otras, para que no le “telegrafe” la pregunta al testigo. Páselo de un tema a otro.

- No se lance contra la presa: primero fortalezca su posición y luego decida qué debilidades del testigo o del testimonio le interesan.
- Prevea una página para la toma de apuntes de lo que refiera cada testigo. No trabaje en espacios llenos de notas marginales, tachones, borrones ni entre renglones. Procúrese espacio para nuevas situaciones.
- Determine los puntos de la teoría del caso que el testigo debería tocar. Si calló sobre aquellos que lo benefician, destáquelos. Si los tocó parcialmente, haga la marca en su hoja de contrainterrogatorio y cuestione sobre ese silencio parcial.
- En la preparación del contrainterrogatorio bosqueje una hoja con al menos tres columnas, para que a la izquierda ponga el propósito del contrainterrogatorio, en el centro lo que quiere revelar, y a la derecha los temas que va a tratar. Otro esquema ya para el juicio puede ser lo preguntado, lo respondido y, en la tercera columna, las observaciones para el alegato final, lo que logre revelar.

Es el siguiente esquema se ilustran las respuestas que hay que tener claras antes de hacer un contrainterrogatorio: En el caso de la testigo *Janira Salazar* podría ser:

Propósito del contrainterrogatorio	Lo que quiero revelar	Temas por tratar
Atacar la credibilidad de ella como persona.	Interés	Noviazgo Embarazo Promesa de matrimonio

6.3. Desarrollo del contrainterrogatorio

6.3.1. Organización lógica

Inicie el contrainterrogatorio buscando sacar del testigo cualquier testimonio que pueda favorecer su posi-

¹⁹⁶Teoría del caso y técnicas del debate en el proceso penal, ob. cit.

ción, es decir, la que pueda apoyar su hipótesis. Siga con cualquier información que pueda desacreditar el testimonio, como contradicciones o condiciones que podrían hacer imposible la observación.

Termine con factores personales que puedan desacreditar o poner en duda al testigo, como parentesco, relación laboral con el imputado o la defensa, o cualquier otra parte interesada, etc.

Como puede suceder que usted intente extraer respuestas favorables y desfavorables sobre varios temas claves del mismo testigo, la organización del interrogatorio no debe cambiar. El interrogatorio de un testigo contrario, o que dice mentiras, es un tema fundamental que le permite moverse de un tema a otro, puesto que usted no está intentando extraer una historia coherente o un evento cronológico. Extraiga toda la información favorable de todos los puntos claves primero, y luego desacredite el testimonio o al testigo. En el alegato de conclusión es donde usted presentará al juez una explicación coherente de la información obtenida durante el interrogatorio, esto es, los puntos que alcanzó en el mismo.

Finalmente, si usted ha obtenido suficientes respuestas favorables, sería mejor no intentar desacreditar al testigo o su testimonio. Será difícil argumentar que el testimonio favorable del testigo es confiable si la parte del testimonio que usted intenta desacreditar no lo es. Es decir, conducir un interrogatorio destructivo luego de haber obtenido información favorable sólo dañará esta información.

6.3.2. Identificación de temas claves

Este tipo de interrogatorio utiliza temas, más que historias o estructura cronológica. Los temas que identifique serán aquellos que usted señalará en la discusión final. Pueden presentarse de forma general, como reconocimientos del testigo, respuestas que desacrediten su testimonio y respuestas que desacrediten al testigo a través de temas específicos, pero dependerá de las circunstancias del caso.

Las respuestas que desacreditan el testimonio se fundamentan en preguntas enfocadas en percepción incompleta, memoria inexacta, falta de experiencia, inconsistencia, improbabilidad, etc. Las respuestas que desacreditan al testigo se basan en preguntas enfocadas hacia predisposición, interés financiero, convicción de un crimen o de un acto incorrecto específico, etc.

Limite los temas que señalará durante el interrogatorio a tres o cuatro que sean claves para apoyar su teoría del caso, escogiendo siempre los puntos más fuertes y evitando asuntos periféricos. Esto es aplicable a cualquier subtema que usted quiera señalar. Si trata de hacer más que eso, podría diluir el impacto de sus puntos claves y crear confusión en la mente del juez.

Para escoger los tres o cuatro temas y subtemas recuerde que no todas las piezas de información o prueba presentadas por el testigo serán importantes o claves para la deliberación. Revise y analice todos los materiales en el archivo y luego escoja los temas específicos que usted discutirá en el alegato de conclusión. Éstos serán los puntos fuertes que usted utilizará en el desarrollo del interrogatorio de un testigo en particular. Éstas podrían ser prueba afirmativa que tiene el testigo, la debilidad en el caso de la oposición, la incredulidad de un testigo contrario o el fracaso para probar algo.

6.3.3. Contradicciones que surgen

Es muy común que existan diferencias entre el testimonio de un testigo en el debate y las declaraciones que él u otros testigos que hayan presenciado los mismos eventos hayan hecho, por lo que es necesario revelarlas ante el juez y ventilar sus detalles; para esto se utiliza la técnica de la impugnación del testigo. Sin embargo, si las inconsistencias o diferencias no son de peso, o si tienen que ver con temas irrelevantes es mejor no tocarlas por ser pérdida de tiempo y hasta dañino para el caso, pues el juez podría verlas como tácticas de desesperación. Por ejemplo, ¿qué importancia tiene que un testigo declare que los hechos ocurrieron el 13 de mayo alrededor de las 11:50 de la mañana y otro precise que ocurrieron el día 13 de mayo al mediodía, si el momento exacto de los hechos no es relevante?

6.3.4. Utilización de apoyos visuales

La evidencia física o los elementos materiales de prueba y los apoyos visuales se usan igual a como se hace durante un interrogatorio directo. Se utilizan para ayudar a los jueces a visualizar el incidente o para señalar áreas problema en el testimonio del testigo. Así mismo, se pueden emplear para obtener reconocimientos o atacar la credibilidad del testimonio del testigo.

Así se destacan las contradicciones de los testigos. Hay

que pedir también que cada testigo de la otra parte señale en un ejemplar limpio de la misma fotografía, cuadro, etc., su ubicación y la ubicación de los otros participantes, sin que cada uno vea la respuesta de los otros. Después se pueden comparar las respuestas gráficas, destacando las contradicciones.

Por ejemplo, durante la declaración, el testigo expresó que iba camino a casa cuando escuchó un disparo e inmediatamente después vio a la víctima justo frente a él. El siguiente interrogatorio debe estar elaborado con un diagrama de la calle, donde usted preguntará al testigo que señale para demostrar lo que quiso decir con la expresión “*justo frente a él*”.

Pregunta: ¿usted iba camino a casa en la calle 18?

Respuesta: sí.

Pregunta: repentinamente, ¿usted oyó un disparo?

Respuesta: sí.

Defensor: su señoría, tengo en las manos una fotografía de la calle en cuestión. Es una ampliación del mapa oficial. ¿Me permite pedir al testigo que haga ciertas señales en el diagrama relacionadas con su dicho?

Tribunal: se permitirá para ese único propósito.

Pregunta: este es un diagrama de la calle 18 entre carreras 1a. y 2a. ¿Reconoce el área en el diagrama?

Respuesta: sí.

Pregunta: Por favor, señale con este marcador que le estoy dando, ¿dónde estaban parqueados los carros? (Lo hace).

Pregunta: por favor, marque dónde había luces funcionando en la calle.

(Lo hace).

Pregunta: si había otra fuente de luz además de la Luna, por favor márquela.

Respuesta: no había más luces.

Pregunta: por favor, dibuje una flecha en la calle para mostrar la dirección en la que usted caminaba.

(El testigo hace una flecha en la calle).

Pregunta: ¿podría poner una cruz para marcar el punto donde estaba cuando escuchó el disparo?

(El testigo marca un punto en el medio de la cuadra en el lado este de la calle).

Pregunta: por favor, utilice un signo de exclamación para marcar el punto donde escuchó el sonido.

(El testigo pone un signo de exclamación en el lado oeste de la calle, un poco atrás de donde él estaba parado).

Pregunta: Ésta es mi última pregunta. Por favor, marque con un círculo el punto donde estaba la víctima cuando usted la vio primero.

(El testigo marca un punto en el lado oeste de la calle, en medio de la cruz y la esquina de la calle).

Mediante el uso del diagrama el interrogatorio ha demostrado que la víctima no estaba justo enfrente del testigo, como él había declarado al principio. Esto también demuestra que la iluminación era mala y que había muchos vehículos entre el testigo y la víctima. El diagrama es una representación gráfica del testimonio, sin el cual cualquier oyente podría tener dificultades en visualizar el espacio de la acción.

6.4. Reglas del contrainterrogatorio

6.4.1. Observe y escuche el relato y el interrogatorio del testigo

Si bien es cierto que el contrainterrogatorio se prepara con antelación al debate y en forma de bosquejo, la fase de preparación más importante será durante el relato y el interrogatorio llevado a cabo por el que propone el testigo. Se sugiere tomar apuntes y observar el comportamiento del testigo. Los apuntes le permiten cubrir cada detalle necesario y el comportamiento puede revelar nerviosismo, enojo u otra emoción indicadora de algún prejuicio. Como en toda la actividad probatoria, los apuntes sirven también para la preparación de la discusión final y, para estos efectos, son imprescindibles.

Este esquema lo podemos utilizar para el desarrollo del contrainterrogatorio:

Nombre cliente: CARLOS PATIÑO

Declaración de: REBECA LÓPEZ

Tema	Razón	Respuesta a lo revelado
Lo sucedido durante la noche del 23 de julio.	Revelar que ese día estaba predispuesta contra Carlos.	Estaba muy molesta.
	Revelar que siempre que se molestaba con Carlos llamaba a la policía.	No le gusta Carlos.
La forma en que oyó que no quería que se muriera.	Revelar que ella no sabía el contexto de la conversación que oyó. Revelar que no sabe qué personas estaban en el apartamento. Revelar que no está segura de que fuera la voz de Patiño.	Oyó una voz de hombre, pero no puede asegurar que fuera la de Patiño. No sabe el contexto de lo que oyó.

Las preguntas se deben desarrollar con base en el esquema en donde están claros el tema y la razón o propósito del mismo. La columna de la respuesta deberá tenerse en cuenta para que allí el contrainterrogador ponga lo que logró sacar del testigo, aquello que se convierte en un punto para usar en el alegato final. Igual sirve para que si la respuesta no coincide con el propósito que tenemos (el testigo está diciendo cosas contradictorias), se acuda a la refutación.

6.4.2. No repita el interrogatorio

El contrainterrogatorio se circunscribe únicamente a temas precisos que atacan al testigo o su testimonio, refuerzan la teoría del caso de quien contraexamina, o saca temas que estratégicamente no se tomaron en cuenta en el interrogatorio. Repetir el interrogatorio es permitir que el testigo declare dos veces y que tenga una segunda oportunidad para cubrir las falencias del interrogatorio y reafirmarse en su dicho.

6.4.3. Tenga siempre claro el objetivo del contrainterrogatorio

Quien contrainterroga debe estar siempre enfocado y concentrado en el resultado que pretende al examinar al testigo. De ahí que la planeación y la secuencia trabajada le permitan reorientarse cuando se presenten objeciones o el testigo lo sorprenda con alguna respuesta. Seleccione los temas que tratará. El resultado está dado por aquello que quiere que se revele ante el juez, como por ejemplo el interés del testigo en mentir, sus prejuicios, las contradicciones de su testimonio con otras pruebas, lo que no quiso decir u ocultó en el interrogatorio, aquello que dijo y favorece mi teoría del caso.

6.4.4. Comience y termine fuerte

En la psicología del testimonio se observa que el juzgador retiene lo primero y lo último que presencia y escucha. Por eso es importante al contrainterrogar que el inicio y el final sean fuertes. Deben formularse preguntas de impacto que permitan ver fácilmente los temas del contrainterrogatorio y así fijarlos en la mente del juzgador, para explotarlos luego en el alegato final.

6.4.5. Conozca la respuesta probable antes de preguntar

Hay que anticiparse al testigo adverso previendo sus posibles respuestas para llevar a cabo eficientemente la secuencia planeada con los temas que saldrán del interrogatorio directo y evitar sorpresas desastrosas. No hay que salir de pesca en el contrainterrogatorio, pensando en que la sola habilidad litigiosa o la suerte permitirán demoler al testigo.

6.4.6. Formule preguntas sugestivas, cerradas y seguras

La gran habilidad en el contrainterrogatorio es saber formular las preguntas. Vertida ya la declaración en el interrogatorio, se procede a que el abogado ponga en su boca los hechos, buscando la ratificación del testigo sobre lo que él pregunta. Este es el sentido de la palabra “*sugestiva*”, ya que la pregunta parte de la respuesta que previamente da el testigo, buscando confirmar o ratificar su dicho.

El control está en la forma como se formulan las preguntas que logran llevar la secuencia para demeritar el dicho del testigo. Son preguntas sugestivas porque llevan el contenido de los hechos ya declarados por el testigo, pero presentados desde la óptica de la parte contraria para que el testigo asienta en ellos. Son cerradas porque no permiten al testigo que explique. Y son seguras porque se planean para lograr un objetivo preconcebido de minimizar el impacto del interrogatorio o de obtener hechos a favor. Ejemplo:

En el contrainterrogatorio del vecino por parte de la defensa:

Defensor: señor Muñoz, usted dijo que cuando vio salir a la persona que disparó contra el señor Castro usted se encontraba aproximadamente a cuatro metros de distancia. ¿Cierto?

Testigo: sí, señor.

Defensor: y además, dijo que era de noche. ¿Cierto?

Testigo: sí, señor

Defensor: y estaba oscuro. ¿Cierto?

Testigo: sí.

Defensor: y que esa persona salió corriendo en forma apresurada. ¿Cierto?

Testigo: sí, señor.

Defensor: es decir, que usted sólo lo pudo ver un instante, a larga distancia, y con poca luz. ¿Cierto?

Testigo: sí, señor.
Defensor: gracias.

Con estas preguntas el abogado fue sentando las bases o el fundamento para decir que el testigo no pudo ver con claridad a quien disparó a Andrés Castro, por tanto, no puede ser un testigo creíble para la identificación.

6.4.7. No pelee con el testigo

En el contrainterrogatorio hay que ser fuerte con los temas, sin ser agresivo con el testigo. Hay que pensar que el juez observa a los testigos como la parte débil frente al abogado, y puede apreciar además que quien contrainterroga no tiene un tema sólido de debate sino que su agresión cubre las debilidades de su caso. Por otro lado, el pelear con el testigo desconcentra el objetivo del contrainterrogatorio, debilitándolo.

6.4.8. No pida al testigo que explique

En el contrainterrogatorio, contrario al interrogatorio, el abogado presenta los hechos en las preguntas para confrontar al testigo sobre su dicho. Por tanto, el abogado no debe pedir al testigo explicaciones, ya que ahondaría en razones para ratificar su declaración y se perdería todo el control del contrainterrogatorio. Preguntas del tipo: ¿cómo explica usted que a folio (x) usted haya dicho que... y ahora esté señalando que...?, tan comunes en nuestra práctica forense, dan la oportunidad al testigo de explicar sus contradicciones y eliminan toda posibilidad de crítica en el alegato final. Las explicaciones las debe dar el abogado en el argumento de conclusión. En el contrainterrogatorio lo que debe lograr es que se revelen la contradicción o las inconsistencias.

Tampoco debe permitir que el testigo dé explicaciones que no se le están pidiendo pues, si lo hace, el contrainterrogatorio se pierde. El abogado debe requerir al testigo para que conteste únicamente lo preguntado y, en caso de insistencia del testigo, solicitar al juez que instruya al testigo para que responda lo preguntado.

6.4.9. Deténgase cuando haya logrado revelar lo que quería

Cuando se contrainterroga no hay que agotar hasta el último punto con el testigo. Muchas veces el testigo es adverso y nunca va a manifestar todo y exactamente todo lo que requiere el contrainterrogador. Por tanto, una vez manifiestas las contradicciones y debilidades del testigo, hay que salir del contrainterrogatorio, porque ya se surtió su objetivo y lo evidenciado se explotará en el alegato de conclusión. Se dice que nunca hay que hacer la última pregunta porque siempre faltan cosas por extraer del testigo. El riesgo está en que al formularlas se pierda todo lo obtenido en el contrainterrogatorio, con una pregunta superflua e innecesaria que permita al testigo rehabilitarse o al juez desenfocarse de lo que ya se ha logrado.

SÍNTESIS

En el contrainterrogatorio hay que tener en cuenta:

- Pensar primero si es necesario o no contrainterrogar al testigo.
- Tener claro el propósito del contrainterrogatorio.
- Los temas tratados deben corresponder con este propósito.
- Se debe utilizar un tono y un ritmo que permita ganarse la confianza del testigo de la contraparte o por lo menos disminuir un poco la resistencia.
- Tomar nota de los puntos que logró sacar para el alegato de conclusión.
- Cuando tenga que refutar al testigo con declaraciones o afirmaciones anteriores, siente primero los fundamentos o las bases suficientes de la declaración anterior y la actual, de tal manera que el juzgador pueda ver claramente las contradicciones.
- Escuche las respuestas del testigo y utilice las mismas para construir otras preguntas.
- Esté siempre preparado para afrontar un desarrollo o respuesta inesperados.
- Haga uso del lenguaje no verbal moderadamente, para evidenciar incredulidad ante alguna respuesta del testigo.
- Evite que el testigo repita el interrogatorio.

7. Oposiciones

7.1. Fundamentos jurídicos de las oposiciones

Las oposiciones constituyen el mecanismo jurídico y práctico más adecuado para que las partes puedan controlar el cumplimiento de las reglas ético-jurídicas del debate y proteger su teoría del caso.

Las oposiciones son otro medio de ejercer el derecho de contradicción en el juicio oral, con el fin de evitar vicios en la práctica de las pruebas que distorsionen su alcance y contenido, o se desvíen hacia asuntos irrelevantes.

Teniendo en cuenta que la formulación de oposiciones les está permitida no sólo a las partes sino también al Ministerio Público, la actuación de éste debe considerarse que la no formulación de una oposición, pudiendo hacerse, no obedece necesariamente a negligencia sino a estrategia de parte.

Como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, la dinámica del juicio impone en la audiencia la materialización de las garantías fundamentales, así como la concreción de las pretensiones probatorias de las partes y de la verdad material¹⁹⁷.

La materialización de las garantías fundamentales permite que los sujetos procesales ejerzan libremente sus derechos a un debido proceso, a la defensa, al acceso a la administración de justicia, a la igualdad y a la contradicción. La concreción de las pretensiones probatorias permite que las pruebas se practiquen y controviertan en un solo acto público, y de ellas emerge la verdad material. El ejercicio de los derechos de contradicción e igualdad origina las oposiciones como medio para depurar la práctica de las pruebas.

Este principio de contradicción en el proceso penal se manifiesta esencialmente en el contrainterrogatorio, en la posibilidad de aducir nuevas pruebas que se practiquen en el juicio oral, en el cuestionamiento de la veracidad o legalidad de esas pruebas, y en actuaciones análogas orientadas a enervar o minimizar su aptitud demostrativa¹⁹⁸.

Las oposiciones son una manifestación de este derecho de contradicción, dirigidas a evitar el ingreso al debate oral de pruebas ilegales, inconducentes, superfluas y repetitivas; a enfrentar la prueba buscando minimizar su efecto demostrativo, y a evitar comportamientos indebidos en el debate oral que puedan afectar los principios de buena fe, lealtad, eficiencia y eficacia, y presunción de inocencia.

7.2. Clases de oposición

7.2.1. Introducción

Las oposiciones son el mecanismo legal del que disponen las partes para controlar la actuación de la otra, de acuerdo con las reglas sobre admisibilidad de los medios de prueba y su práctica en juicio.

170

Desde el punto de vista jurídico, las oposiciones son el mecanismo para controvertir actos procesales de la contraparte que vulneren normas expresas en materia probatoria o principios y fines fundamentales del proceso.

Desde el punto de vista práctico, son el instrumento, mecanismo o medio para proteger nuestra teoría del caso de estrategias de la contraparte que puedan perjudicar nuestro objetivo en el debate.

No siempre que haya un problema de técnica o de regla es estratégico presentar una oposición. Por ejemplo, para qué oponernos si la contraparte en el contrainterrogatorio está haciendo que el testigo repita el interrogatorio. Lo que está pasando es que el juez va a escuchar dos veces la versión del testigo que le ofrecimos para probar nuestra teoría.

7.2.2. ¿A qué se ejerce oposición?

- *Oposición a la admisión de las pruebas para que no ingresen al debate oral.* En la audiencia preparatoria, el juez debe considerar y decidir la solicitud de las partes sobre las pruebas que se llevarán a la audiencia pública, allí en este debate previo caben las oposiciones a las pruebas para que no ingresen al juicio oral las ilegales.

¹⁹⁷Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 28 de mayo de 1997, proceso 12987, M. P. Fernando Arboleda Ripoll.

¹⁹⁸dem.

les, impertinentes, prohibidas, ineficaces, superfluas o que no garanticen autenticidad. Cuando exista jurado deben mirarse además aquellas que puedan llamar al prejuicio por cuestiones de racismo, políticas, credo religioso, etc.

Cuando se quieren introducir declaraciones para probar la buena conducta del acusado de un delito de homicidio o violación, lo que está en debate no es si es buena o mala persona, sino si realizó la conducta ilegal.

- *Oposición a las preguntas.* La parte que no está interrogando o el Ministerio Público podrán oponerse a la pregunta del interrogador. El juez decidirá inmediatamente si la oposición es fundada o infundada (art. 395 CPP).

Ya en la práctica de pruebas, en el interrogatorio y el conainterrogatorio, se hace oposición a las preguntas que se formulan indebidamente o tienden a distorsionar el sentido de la prueba. Algunas preguntas sujetas a oposición son:

- *Pregunta capciosa.* Es objetable porque utiliza el artificio o el engaño para sacar provecho del testigo (art. 392-b CPP).

Señora *Gloria Dávila*, cuando *Carlos Patiño* hurtó la botella de aguardiente, ¿a qué distancia se encontraba usted?

La pregunta lleva el contenido de responsabilidad (*Patiño* fue el que hurtó), lo que es motivo de todo el debate oral –la identidad del delincuente–, salvo que la testigo haya mencionado el asunto al inicio de la declaración.

- *Pregunta irrelevante o inconducente.* Se objeta porque no tiene que ver con hechos relevantes en el proceso.

Señor *Carlos Muñoz*, ¿a qué hora comienza a hacer el pan todas las mañanas?

Frente a los hechos que buscan identificar al conductor de la moto no tiene ninguna relevancia que *Carlos Muñoz*, quien vio al presunto homicida, relate cuándo y cómo hace el pan.

- *Pregunta sugestiva.* En el interrogatorio no pueden realizarse preguntas que sugieran las respuestas, porque lo que se pretende es que el testigo declare abiertamente sobre los hechos (art. 392-b CPP).

Defensor: señora *Janira Salazar*, cuando los amigos que estaban en la fiesta se fueron a las once de la noche, ¿se acostaron a dormir Carlos y usted? Esta pregunta implica que el abogado asuma el papel de declarante y mediante la pregunta asertiva determine un hecho esencial del proceso, si Carlos no pudo abandonar el apartamento para perpetrar el crimen.

- *Pregunta conclusiva.* Debe objetarse, porque busca que el testigo, en lugar de declarar, acepte una conclusión que propone quien interroga.

Defensor: Señor *Luis Neira*. *Janira*, la novia de Carlos, ¿no permitió que él manejara la moto para llevarlo a usted a la casa porque se encontraba muy embriagado?

La pregunta al testigo busca concluir que el procesado no pudo manejar la moto esa noche y sugiere esta conclusión al deponente.

- *Pregunta que solicita opinión a un testigo no calificado.* Se objeta porque los testigos deben declarar sobre los hechos, lo que vieron, oyeron, lo que les consta, pero no deben emitir opiniones sobre ellos. Únicamente el experto o el perito puede opinar sobre aspectos relativos a su especialidad (art. 276-5 CPP). También podrían admitirse opiniones basadas en experiencia debidamente acreditada o en el conocimiento general de cualquier persona.

Fiscal: señora *Rebeca López*. En su concepto, ¿qué tipo de problemas psicológicos tiene Carlos Patiño, su vecino?

Con esta pregunta, la testigo no relatará los hechos que ha percibido sobre la conducta de su vecino, si no se le pide un concepto técnico sobre los problemas que él pueda llegar a tener.

- *Pregunta confusa, ambigua, vaga, ininteligible.* Es objetable porque no precisa el contenido de la información que se requiere, es incomprensible, y distrae o confunde al testigo o al juzgador (art. 392 CPP).

Fiscal: señor *Muñoz*, ¿sabe usted el motivo de la presente diligencia?

El testigo ya ha sido citado, bien sea por la Fiscalía, por la defensa o por el Ministerio Público, se conoce sobre qué hechos va a declarar y sobre ellos deberá preguntársele. Es una pregunta muy usada en nuestro medio judicial y totalmente innecesaria.

- *Pregunta especulativa.* Es motivo de objeción porque crea una hipótesis para que el testigo la confirme o la niegue, distrayéndolo de lo que él percibió y recuerda. En este caso, el testigo no estaría declarando sobre los hechos.

Fiscal: señor *Daza*, ¿es posible que Carlos hubiera salido cuando usted se quedó dormido en el sofá?

Alfonso Daza no puede especular sobre un hecho que no le consta, se pregunta sobre un evento irreal a los ojos de lo declarado por el testigo.

- *Pregunta argumentativa.* Debe objetarse porque su contenido lleva una inferencia o una deducción lógica, un argumento para que el testigo simplemente lo confirme o lo rechace. También es argumentativa cuando nos ponemos a pelear con el testigo.

Defensor: señora *Gloria Dávila*, ¿cómo puede usted decir que vio perfectamente al atacante de su esposo y que éste es Carlos Patiño, pero no le vio el tatuaje que él tiene en el brazo?

Como se ve, el centro de la teoría del caso de la Fiscalía, que es la identidad del homicida, es objeto de una conclusión en el interrogatorio de su viuda, con toda la carga argumentativa del abogado en su pregunta.

- *Pregunta compuesta.* Se objeta porque involucra varios hechos sobre los cuales el testigo debe declarar, y la respuesta no permitirá saber sobre cuál de ellos se pronuncia, creando confusión tanto en el testigo como en el juzgador.

Defensor: señor *Alfonso Daza*, la noche del 20 de julio a la cual hemos hecho referencia, ¿estuvieron ustedes con *Janira* y *Carlos* jugando cartas y tomando aguardiente toda la noche?

Si la respuesta es afirmativa o negativa, no se sabe si lo que se niega es que jugaron cartas o que bebieron licor o que estuvieron juntos toda la noche. La pregunta compuesta crea esa confusión.

- *Preguntas repetidas.* Se objeta porque viola el principio de eficiencia al repetir una pregunta que ya se hizo y se constató. Muchos abogados la usan para tratar que el testigo caiga en un error o contradicción sobre lo dicho anteriormente, o que termine contestando lo que el abogado quiere, y en este sentido se vuelve sugestivo. Para que prospere la oposición, la pregunta debe haberla formulada la misma parte y en el mismo estadio procesal. Si la pregunta la formula la otra parte en el contrainterrogatorio, no es repetitiva.
- *Preguntas tendenciosas.* Aquellas que conllevan afirmaciones que el testigo en realidad ha negado, o negaciones que el testigo ha afirmado.
- *Pregunta amparada por privilegio.* La pregunta constituye información privilegiada o el mismo testigo puede oponerse por la existencia de un privilegio, salvo que se renuncie al privilegio por quien tiene derecho de hacerlo.
- *Referencial o de oídas.* El testigo no tiene conocimiento personal o directo de los hechos. Esta oposición es muy común cuando se les pregunta a los investigadores lo que le dijo un testigo sobre cómo ocurrieron los hechos.
- *De carácter o conducta.* Pide información sobre el carácter del acusado o de testigos, o de sus conductas anteriores que nada tienen que ver con los hechos juzgados. Excepciones: testimonio relativo al carácter del acusado, sobre improbabilidad de comisión de los hechos o testimonio relativo al carácter del acusado sobre improbabilidad de que los hechos sucedieron como lo afirma el fiscal.
- *Impropia.* Vulnere la dignidad del testigo o la contraparte.

- *No es la mejor evidencia.* El medio que se solicita o presenta no es el más indicado para usarse como prueba.
- *Perjuicio indebido.* El medio de prueba que se presenta o solicita causa más daño innecesario que el valor probatorio que posee.

Oposiciones a las respuestas

- *Pregunta contestada.* Las respuestas también son objetables cuando han sido contestadas con anterioridad y se están repitiendo, a lo cual se puede objetar diciendo “*pregunta y respuesta repetitiva*”. Lo repetitivo debe ser para la misma parte.
- *Pregunta no contestada.* De igual manera, son objetables cuando las preguntas no se han contestado, dando lugar a pedir al juez que el testigo dé respuesta.
- *Falta de fundamento.* No tiene bases o fundamento para responder la pregunta. Cuando se hace la pregunta, aún no se ha establecido la base o razón para su declaración. Ejemplo: ¿Qué tan alto es Juan? (antes de preguntarle si conoce o ha visto alguna vez a Juan).

En el conainterrogatorio se pueden presentar oposiciones cuando éste se sale de los temas del interrogatorio o de la credibilidad del testigo. Hay que recordar que el límite es el tema, no la pregunta. Sobre un tema se pueden hacer varias preguntas. Por ejemplo, si el tema es la identificación, se pueden hacer preguntas relativas a contextura física, a vestimenta, condiciones del lugar, etc. Debe tenerse presente, que el conainterrogador puede tocar nuevos temas, siempre y cuando sean pertinentes a la credibilidad del testigo o del testimonio, en virtud de lo previsto en el artículo 375 del CPP.

Oposiciones a los alegatos

En la declaración inicial, y en el alegato de conclusión, válidamente caben las oposiciones para evitar comportamientos indebidos, cuando en la declaración inicial, en lugar de declarar los hechos y anunciar la prueba que se presentará, se formula un argumento sobre la misma.

En el argumento de conclusión pueden ser objeto de oposiciones comportamientos como alegar o argumentar sobre un hecho que se probó; cuando se realiza una cita jurisprudencial equivocada, falsa o fuera de contexto; cuando se distorsiona lo establecido en las pruebas cambiando su contenido; cuando se alega con base en un medio de prueba inadmitido; cuando se hace uso de lo manifestado en preacuerdos o negociaciones; cuando se pide al juez que se ponga en la

situación del acusado o la víctima; cuando se ataca a la persona de la contraparte y no a la prueba, o cuando se hace uso de argumentos impertinentes referidos a política, raza, sexo o religión.

7.3. Técnica de las oposiciones¹⁹⁹

7.3.1. Credibilidad y ética

La formulación de oposiciones va de la mano con la credibilidad del abogado. Cuantas más oposiciones se hagan, se sentirá más que el abogado no tiene un caso sólido y por tanto recurre a maniobras para interrumpir a sus opositores. Por eso, lo primero que debe pensarse al oponerse es cuán necesaria o relevante frente a la teoría del caso es la oposición, y qué se obtendrá con ella. La sola falta de técnica en la pregunta o la formulación indebida, si no son perjudiciales, no requieren una oposición. Debe pensarse siempre en el juez, en el fallador y qué impacto podrá producir en él la oposición.

Hay que recordar que el límite es el tema, no la pregunta. Sobre un tema se pueden hacer varias preguntas. Por ejemplo, si el tema es la identificación, se pueden hacer preguntas relativas a contextura física, a vestimenta, condiciones del lugar, etc

¹⁹⁹ Comisión Interinstitucional para el Impulso de la Oralidad en el Proceso Penal y USAID, Técnica de las objeciones. En Lecturas complementarias, Bogotá, D.C., 2003, p. 209.

Las oposiciones son parte del derecho de contradicción pero no pueden contravenir los principios de lealtad procesal y los principios éticos. No pueden ser una herramienta para distraer o cortar el ritmo del opositor, comportamientos éstos indebidos y sancionables por el juez dentro de sus facultades disciplinarias en audiencia.

7.3.2. Atención y oportunidad

La concentración en el litigio es una regla fundamental. El abogado que actúa en el debate oral debe estar concentrado en el interrogatorio, pensar en las oposiciones que pueden surgir, anticipar puntos para el conainterrogatorio y para su alegato de conclusión, y estar atento al juez. Todo simultáneamente. Esto requiere gran preparación y atención al debate.

La oportunidad para oponerse nace en el momento en que se realiza la pregunta, se da la respuesta o el argumento inapropiado. Para que la oposición sea efectiva, debe realizarse antes que se termine de preguntar, contestar o argumentar. Recordemos que una pregunta ya contestada es un hecho ya declarado que no se puede borrar de la mente del juzgador. El no objetar o no hacerlo oportunamente equivale a dar validez al aforismo común: el que calla, otorga.

7.3.3. Fundamento de la oposición

El fundamento de la oposición debe estar claro. No se trata de adelantar un argumento jurídico sobre la impropiidad de la pregunta, de la respuesta o del alegato, como sucede en algunas diligencias donde las oposiciones demoran horas en ser solucionadas.

El fundamento es enunciar la clase de oposición acompañada, si se quiere, de una frase que la sustente sucintamente. No se necesita más, ya que el juez está atento y conoce el alcance de cada oposición.

Fiscal: señor Daza, ¿no es posible que Carlos se hubiera ausentado en el momento en que usted se quedó dormido en el sofá?

Defensor: Oposición, señor juez. La pregunta es especulativa, coloca al testigo fuera de los hechos, y le impone contestar sobre una hipótesis.

Si el juez lo considera necesario, dará la palabra a la parte que está preguntando para que explique o refute el fundamento de la oposición.

7.3.4. ¿Cómo oponerse?

Para oponerse hay que hacerlo con contundencia y con tono de voz fuerte, para ser escuchado por el juez. Primero hay que ponerse de pie y decir: *¡Oposición!* y fundamentarla. La oposición hay que dirigirla al juez, no al abogado que está interrogando o conainterrogando, ni al testigo.

Si es uno quien recibe la oposición a sus preguntas, hay que guardar silencio, esperar a que el juez resuelva, tener autocontrol para contestar inmediatamente la oposición o reformular la pregunta, sin perder la secuencia del examen, ni dejarse intimidar por la oposición.

SÍNTESIS

La oposición debe:

- Realizarse teniendo en cuenta no sólo lo jurídico sino también lo estratégico.
- Darse el fundamento de la misma, no un argumento.
- No utilizarse para romper el hilo de la otra parte porque se pierde credibilidad.
- No utilizarse para pelear con la otra parte sino dirigirse al juez y acatar su decisión.
- Hacer que el abogado reformule la pregunta sin incurrir en desacato a la decisión del juez.

8. Argumentos de conclusión

8.1. Aspectos básicos

Concluido el debate probatorio, la Fiscalía debe presentar sus argumentos orales de conclusión con el propósito de convencer al juez de que su teoría del caso se probó y, por tanto, debe fallar a su favor. Aunque para la defensa no es obligatorio presentar este alegato, estratégicamente no resulta conveniente abstenerse de hacerlo.

El turno para alegar estará en primer lugar para el fiscal, luego para el representante legal de las víctimas —si lo hubiere— y el Ministerio Público y, finalmente, la defensa (art. 443 CPP).

Para el alegato de conclusión, el abogado debe examinar cuáles fueron los puntos que logró recoger durante el debate probatorio con sus propios testigos, y qué logró revelar de éstos con el conainterrogatorio de los testigos de la contraparte.

El abogado debe confrontar su teoría del caso con lo que pudo probar a través de sus testigos. ¿Qué le aportó cada uno de sus testigos a su teoría del caso y qué logró revelar u obtener a través del conainterrogatorio de los testigos de la otra parte? Esto le permitirá reforzar su teoría o debilitar la de la contraparte.

En el argumento de conclusión no se trata de repetir los hechos, sino de darle, a través de su teoría del caso, los argumentos al juez que le permitan concluir que los hechos probados se subsumen perfectamente o se corresponden exactamente con el análisis jurídico o la proposición jurídica que se le presentó.

177

En el alegato final se debe presentar al juez qué se probó, cómo se probó y la conclusión de lo probado.

En el alegato de conclusión, el abogado debe demostrar un perfecto conocimiento y dominio del caso e inferir, a través del raciocinio, el significado jurídico de los hechos probados. Además, debe desplegar su entusiasmo con el lenguaje verbal y no verbal, con el fin de proyectar seguridad y firmeza en sus conclusiones.

La última oportunidad del abogado para comunicarse con el juzgador, al finalizar el juicio, son los argumentos orales de conclusión. Todos los esfuerzos de planeación del caso y de práctica probatoria se orientan exclusivamente a hacer puntos para el alegato final. Por tanto, sin una buena finalización el trabajo realizado antes y durante el juicio puede perderse, al igual que un mal debate no puede curarse con un prodigioso alegato de conclusión.

En el alegato final la teoría del caso deja de ser un planteamiento para convertirse en la verdad que debe ser declarada. Lo que fueron promesas en la declaración inicial son ahora la verdad material establecida en el debate.

Corresponde al abogado argumentar, señalando cómo los hechos relevantes de su caso son ya hechos probados plenamente, destacando aquello de la prueba practicada que aportó a su teoría y lo que no aportó a la teoría de la contraparte mediante la crítica de la

misma. Y, además, qué connotación jurídica tiene cada hecho probado frente a la norma positiva abstracta, sustancial o procedimental, para integrar, en conjunto, el silogismo jurídico que concluye solicitando al juez la declaración de responsabilidad o no responsabilidad.

El argumento final o de conclusión es el momento culminante para persuadir al juzgador. Cronológica y psicológicamente, es la última oportunidad para argumentar en favor de nuestra teoría del caso. La fuerza de los argumentos jurídicos, la forma como se presentan, el lenguaje que desarrolle y el estilo de comunicación del abogado son muy importantes para lograr la atención del juez y para persuadirlo.

Es muy importante recordar que en el alegato final el fiscal debe tipificar de manera circunstanciada la conducta por la cual ha acusado (principio de congruencia de la acusación con los hechos debatidos y de la petición de la Fiscalía con el delito por el que se declara o no penalmente responsable).

El argumento oral de conclusión del Ministerio Público debe ayudar al juez a tomar la mejor decisión, de acuerdo con las pruebas practicadas en la audiencia del juicio oral.

8.2. Estructura del argumento de conclusión

No hay una sola forma de abordar el argumento de conclusión. En la práctica del litigio se observan diversas formas, entre las que se destacan las tres que a continuación se explican:

8.2.1. Orden cronológico de los hechos

La presentación ordenada y secuencial de los hechos como sucedieron es una manera de abordar el argumento de conclusión, determinando en el tiempo cada suceso y estableciendo cómo se probó. Este modelo lo utiliza generalmente la Fiscalía que, por llevar la carga de la prueba, debe establecer todos los supuestos fácticos, probatorios y jurídicos que integran la condena.

8.2.2. Orden de los cargos de la acusación

La acusación, como acto procesal que enmarca el juicio, puede tomarse de referencia para formular el alegato, relacionando cada cargo o sindicación. La defensa puede atacar cada elemento o supuesto de la acusación para comprobar las falencias materiales o formales de la tesis de la Fiscalía. La Fiscalía, a su vez, puede afirmar que todas las premisas de la acusación se han comprobado y refresca en el juez cada una, dando certeza a sus planteamientos iniciales.

8.2.3. Supuestos jurídicos sustanciales o procedimentales

Estructurar el argumento partiendo de la norma que describe la conducta punible en la parte especial del código, o la norma que configura un juicio de valor sobre la conducta, o los supuestos probatorios necesarios para condenar, es el otro orden para efectuar el alegato de conclusión. Es una presentación que se ordena desde la premisa jurídica y desde allí se elabora el discurso sobre los hechos y sobre las pruebas. Sirve para apelar a la mentalidad jurídica del juez, donde se siente cómodo y se le puede sintetizar el argumento con toda su carga legislativa, doctrinal y jurisprudencial.

En el caso de *Carlos Patiño*, la defensa podría decir: señor juez, no hay duda de que ocurrió una muerte lamentable, pero la duda que no logró desvirtuar nunca la Fiscalía es sobre que *Carlos Patiño* la causó. Como usted vio, los testigos de la Fiscalía, la señora *Gloria Dávila* y el panadero *Carlos Muñoz*, no pudieron identificar a *Carlos Patiño* como el autor de los hechos; la señora *Rebeca López* no pudo asegurar que la voz que oyó fue la de *Carlos Patiño*, y mucho menos el contexto de la frase que escuchó. Por otra parte, la defensa probó con los testimonios de *Janira Salazar*, *Alfonso Daza* y *Luis Neira* que *Carlos Patiño* no tuvo la oportunidad de causar la muerte de *Andrés Castro*, por cuanto al momento de suceder la misma se encontraba en su apartamento con estas tres personas.

La estructura que nunca se aconseja realizar es la presentación del alegato testigo por testigo. Repetir lo que cada testigo dijo distrae al juez, y también distrae recapitular en cada testigo los hechos, porque la historia se repite una y otra vez. Lo aconsejable es intercalar en los hechos lo que cada testigo aporta al caso para llevar una secuencia y un ritmo interesantes y coherentes.

8.3. Técnica del argumento de conclusión

8.3.1. El primer momento

Al agotarse el juicio, el juez presenta cansancio. Ha apreciado todo el debate y tiene una idea sobre el resultado del proceso. En este instante no quiere una profunda disertación sobre la administración de justicia, ni acerca del conocimiento del abogado sobre la teoría del delito, ni mucho menos que le agradezcan por su majestuosa misión de administrar justicia o se quejen de lo largo de la audiencia.

El mensaje final debe ser completo y conciso sobre el tema del debate: los hechos, las pruebas y los fundamentos jurídicos. El abogado debe centrarse en el tema, en los puntos relevantes que ha logrado y en la conclusión. El mensaje inicial debe ser una síntesis persuasiva del debate.

Fiscal: al comienzo de este debate dijimos que el asesinato de *Andrés Castro* sería plenamente identificado, y ahora lo tenemos; no es otro que el acusado, *Carlos Patiño*.

La teoría de la Fiscalía en el caso del homicidio de *Andrés Castro* se fundamenta en la identidad, y éste es el tema que debe reiterarse al iniciar el alegato.

Defensa: la única forma en que *Carlos Patiño* pudiera haber causado la muerte de *Andrés Castro* es que tuviera el don de la ubicuidad.

La teoría del caso de la defensa se basa en oportunidad, y éste es el tema que debe reiterar.

8.3.2. Manejar el tiempo eficientemente

En el argumento de conclusión debe darse un mensaje claro y sencillo, con frases cortas. Esto permite una comprensión inmediata que no lleve a profundas elucubraciones. El mensaje debe ser oportuno y no extenso. El tiempo debe controlarse para saber cómo se abordará cada tema.

Un alegato eficiente puede llevar unos 40 minutos, como máximo. En el caso de *Patiño* no pasaría de quince minutos. Más tiempo distrae y el juzgador comenzará a pensar en otros temas.

Debe evitarse mencionar toda información superflua, que no se requiera para el debate. Aunque los detalles son muy importantes para dar fuerza a la historia persuasiva, deben identificarse cuáles complementan los puntos centrales del debate y cuáles necesariamente hay que excluir.

En el caso de *Rebeca López*, no es un detalle relevante para el caso el hecho de que ella viva sola, que está separada. Lo único relevante fue lo que escuchó y el contexto en que lo escuchó.

8.3.3. Utilizar temas y calificativos relevantes

El lenguaje con que se califican las situaciones y los personajes del conflicto es trascendental en el momento de llevar a cabo el juicio. Deben escogerse los temas que el alegato abordará una y otra vez, y los calificativos con que se trate a los testigos y al acusado. Así, el mensaje persuasivo se complementará con apreciaciones y calificativos de todo orden.

En el proceso por el homicidio de *Andrés Castro* los temas de identificación y oportunidad son los que permanentemente debe tocar la Fiscalía. Así mismo, los calificativos de irresponsabilidad, vagancia, vida fácil, etc., son los que la Fiscalía podría recabar cada vez que exteriorice sus razonamientos sobre la conducta de *Patiño*.

8.3.4. Usar preguntas retóricas

Las preguntas retóricas son giros en el lenguaje oral que precisan la controversia, que retan a la otra parte a argumentar, y que buscan establecer claramente un punto a favor. Son recursos efectivos del debate oral que vinculan al juez con la pregunta y con la respuesta que le damos.

Fiscalía: ¿cómo podrá la defensa argüir la no culpabilidad de *Carlos Patiño*, si la descripción física de todos los testigos lo señalan, si las prendas deportivas descritas por ellos corresponden con las que tenía puestas el día de los hechos y, además, *Patiño* posee una moto roja de alto cilindraje cuya placa tiene un número 8, igual a la que se usó en la comisión del hecho? Sin duda, nada puede hacer ante esta arrolladora evidencia en su contra.

8.3.5. Argumentar con la experiencia y el sentido común

La explicación de los hechos y de las conductas puede fundarse en el conocimiento cotidiano ciudadano y en la experiencia diaria. Esto permite que los argumentos se apoyen en ellos para fortalecer o atacar la conducta o los hechos planteados porque, en lógica, corresponden o no a la realidad humana.

Defensa: la experiencia demuestra que lo percibido en los primeros instantes se fija más claro en la memoria y que el tiempo va borrando detalles, haciendo el testimonio cada vez menos exacto. La única explicación para que *Gloria Dávila* no haya precisado detalle alguno sobre el asaltante y homicida de su esposo en la noche del 20 de julio es que no fijó su atención en ellos, como lo comprueban la entrevista ante el investigador y su declaración ante el fiscal. Su cambio de conducta en esta audiencia, identificando plenamente a *Patiño*, contrario a lo que sobre testigos demuestran las reglas de la experiencia, obedeció claramente a dos razones: la manera sugestiva en que el investigador le presentó como única foto la de mi defendido, y el señalamiento directo al verlo sentado al lado de la defensa.

8.3.6. Confrontar los puntos problemáticos

Ningún proceso, por mucho que se haya trabajado, es perfecto. Las debilidades de cada teoría del caso expresadas en las debilidades de su prueba existen y las conoce quien presenta su alegato. Estos puntos problemáticos se pueden evitar omitiéndolos en el alegato, con el riesgo de que sean aprovechados por el contradictor, quien de seguro recalcará en la omisión o, por el contrario, los confrontará antes de que lo haga el oponente. La manera de saberlo es el peso que estos puntos tengan en la teoría del caso. Si no son lo suficientemente relevantes, no hay por qué desgastarse. Si lo son, deben existir una explicación razonable y una valoración para el juez.

Fiscal: es verdad, señor juez, que la señora *Rebeca López* llamó en varias oportunidades a la policía para quejarse de *Patiño*, y ello no puede interpretarse como síntoma de animadversión o de deseo de causarle daño, porque la señora *Rebeca López* tuvo siempre razón para hacerlo, ya que la actitud de *Patiño* desbordó los límites de tolerancia de un vecino que no está obligado a soportar las continuas riñas, escándalos y alborotos de la pareja *Salazar-Patiño*.

8.3.7. Utilizar los hechos no controvertidos

Los hechos no controvertidos, o los estipulados, son soporte de la teoría del caso. El hecho que no controvierte ninguna de las partes es un buen respaldo para interpretarlo a favor, sumándolo al alegato. Sirve para acumular evidencia a favor.

Señor juez, la defensa no discute que la señora *Rebeca López* oyó pronunciar en el apartamento de *Carlos Patiño* la frase “*tuve problemas con ese tipo pero yo no quise matarlo*”. Lo que discute la defensa es el contexto en que lo oyó, detrás de una puerta, sin conocer el número de personas que se encontraban allí, de qué aparato o de quién salió la frase, a qué se refería, etc.

8.3.8. Realizar las concesiones convenientes

Realizar concesiones favorables al oponente, que no sean nocivas a la teoría del caso, da muestras de cierta objetividad en los planteamientos y convencimiento frente al planteamiento 100% adversarial que se hace

ante el juez, quien se rige por el principio de imparcialidad. La concesión debe pensarse muy bien para que no se convierta en un argumento en contra.

Fiscalía: señor juez, la Fiscalía coincide con la defensa en que *Rebeca López* no conoce el contexto de la frase que oyó, sobre lo que no tiene duda fue que la oyó de *Carlos Patiño* y que esto, ligado con la identificación positiva que de él hicieron la testigo presencial de la muerte del señor *Castro*, su viuda *Gloria Dávila* y su vecino *Carlos Muñoz*, prueba sin duda su culpabilidad.

8.3.9. Concluir con fuerza

Al igual que el inicio, la terminación debe hacerse en un punto alto que concentre la atención del juez frente a la síntesis del alegato. En esto se aconseja, como lo sugería un instructor, preparar el *tan tan*, es decir, el remate del alegato, para que logre la emotividad y persuasión concluyente y, además, porque el abogado puede verse con la sorpresa de que el juez limite su tiempo y el alegato quede a media marcha, sin conclusión. Debe siempre tenerse preparado este remate. Es importante para la Fiscalía establecer claramente el delito(s) por el (los) que pide declaración de responsabilidad penal.

Defensa: “*La duda debe resolverse a favor del acusado*”, reza la ley. Y duda es lo que quedó en este juicio, grandes dudas sobre la identificación de *Carlos Patiño* como el autor de los hechos; duda sobre el motivo; duda sobre lo que oyó *Rebeca López* y de quién lo oyó. Si a esto se suma el hecho de que la Fiscalía nunca pudo probar que *Carlos Patiño* salió de su apartamento la noche de la muerte de *Andrés Castro* y que nunca se encontró arma alguna en su poder, estamos seguros, señor juez, de que usted pronunciará un fallo de no responsabilidad como en derecho y en justicia corresponde. Muchas gracias.

SÍNTESIS

En el alegato de conclusión el abogado debe:

- Ayudar al juez a valorar la prueba.
- Utilizar el primer minuto para transmitir el tema, la esencia del alegato.
- Establecer qué probó, cómo lo probó y la conclusión de lo probado.
- El fiscal debe tipificar claramente la conducta con

sus circunstancias por la cual pide la declaración de responsabilidad.

- El defensor debe establecer cuál es el elemento jurídico sustancial o procedimental que falta o que no se probó.
- Utilizar un lenguaje, claro, sencillo y preciso.

Bibliografía

Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio, *Litigación penal en juicios orales*, 2 ed., Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2001.

Bernal y Montealegre, *El proceso penal, fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2004.

Cano Jaramillo, Carlos Arturo, *Oralidad, debate y argumentación*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá D.C., 2005.

Carlson, Ronald, *Dynamics of trial practice*, American Casebook Series, West Group, St Paul, Minn., 1995.

Chiesa Aponte, Ernesto, *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, Forum, Bogotá D.C., 1995, Vol. I.

Chiesa Aponte, Ernesto, *Tratado de derecho probatorio*, tomo II, Publicaciones JTS, San Juan de Puerto Rico, 2003.

Comisión Interinstitucional para el Impulso de la Oralidad en el Proceso Penal y USAID, *Técnica de las objeciones*. En *Lecturas complementarias*, Bogotá, D.C., 2003

Comisión Interinstitucional para la implementación del Sistema Acusatorio, “El rol de jueces y magistrados en el sistema penal acusatorio colombiano”, Bogotá D.C., septiembre de 2005.

Comisión Interinstitucional para la implementación del Sistema Acusatorio, *Proceso penal oral en el sistema penal acusatorio colombiano. Módulo instruccional para defensores*, Bogotá D.C., 2005.

Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, *Manual para jueces con funciones de control de garantías*, Bogotá D.C., 2005.

Díaz D., Rafael A., *Evidencia criminal para el oficial de orden público*, 1 ed., Caguas, Puerto Rico, 2002.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Editorial Trotta, Madrid, 1995.

Ferri, Enrico, *Defensas penales*, prefacio a la segunda edición, Rocca di Papa, Italia, 1922.

Forián, Eugenio, *De las pruebas penales*, tomo I, Temis, Bogotá, D.C., 1990.

Goldberg, Steven, *The first trial in a nutshell*, West Group, 1982.

Gorphe, François, *Apreciación judicial de las pruebas*, Temis, Bogotá, 1998.

Hegland, Kenney F., *Trial and practice skills in a nutshell*, West Group, 2002.

Hernando Valencia Restrepo, *Principialística, nomoárquica y principios generales del derecho*, Temis, Bogotá, D.C., 1996.

Jauchen, Eduardo M., *Derechos del imputado*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005.

Mauet, Thomas A. *Fundamentals of trial techniques*, Little, Brown & Co., Boston, 1992.

Mauet, Thomas, *Trial techniques*, 5 ed., Aspen Publishers, 2000.

Moya, Manuel Fernando, *Salidas alternas y derecho de defensa*. En *Plan Nacional de Capacitación, Sistema Nacional de Defensoría Pública*, Tomo II, Módulo 6, USAID, Defensoría del Pueblo, 2007.

Parra Quijano, Jairo, Algunas reflexiones sobre los principios de la prueba. En Estado actual de la justicia colombiana: bases para la discusión del nuevo sistema procesal penal colombiano, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2003.

Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 22 ed., Espasa-Calpe, 2001.

Resumil de S., Olga E., Práctica jurídica de Puerto Rico. Derecho procesal penal, Tomo I, San Juan de Puerto Rico, Publishing Company, 1990.

Vélez R., Enrique, Derecho de la prueba, Fundación para el estudio y repaso del derecho, San Juan de Puerto Rico, 2003.

Watson, Garry, Algunos puntos sobre la interrogación de testigos. Osgoode Hall, Escuela de Derecho, Toronto, Canadá, 2001.

Reyes Medina, César/ Solorzano, Carlos/ Sistema Procesal y Oralidad, Ediciones Nueva Jurídica, 1 edición, Bogotá, 2003.

Reyes Medina, César, Proceso Oral, Modulo de instrucción para Defensores, ediciones juridicas Andrés Morales, Bogotá, 2006.



APÉNDICE

CASO HIPOTÉTICO REFERENCIAL No. 1

Elementos conocidos

1. Asunto: homicidio agravado
2. Occiso: Andrés Castro
3. Procesado: Carlos Patiño
4. Fecha: 20 de julio del año pasado
5. Lugar: dentro del supermercado El Triunfo
6. Hora: entre 11:00 y 11:30 p.m., cuando cerraban el establecimiento
7. Móvil: posible hurto
8. Causa de muerte: herida producida con disparo de arma de 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 con-
textura fuerte, corte cabello estilo militar, aproximadamente.
13. 25 años, estatura 1,80 m, tez: morena.
14. Rasgos del imputado: joven de 28 años de edad, estatura 1,84 m, 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, tez trigueña. Alias el Cholo.
15. Imputado tiene antecedentes por consumo de estupefacientes.

Actos de investigación de cargo

1. Informe de captura.
2. Entrevista con la esposa del occiso, quien lo acompañaba.
3. Entrevista con testigo residenciado frente al lugar de los hechos.
4. Entrevista con una vecina del acusado que oye una conversación.

Actos de investigación de descargo

1. Entrevista con el imputado.
2. Novia del procesado estaba con éste al momento del hecho.
3. Estaban jugando cartas, con amigos, dos declaraciones en este sentido –uno dormido, otro dice que salió antes de la hora de los hechos–; el trago se terminó y por ello se retiró hacia las 11:00 p.m.
4. Experticio balístico que descarta distancia disparo según pruebas de cargo –no presenta tatuaje –.

Entrevista con Carlos Patiño

- Adulto joven
- Edad 28 años
- Estatura 1,84 m
- Tez trigueña
- Cabello corto negro
- Ojos medianos
- Boca mediana
- Mentón redondo
- Orejas medianas lóbulo adherido
- Señales particulares: usa bigote y tiene dibujado un tatuaje del Che Guevara, de 10 cm, a la altura del hombro izquierdo.
- Es basquetbolista.
- Reside solo en su apartamento, ubicado en la autopista Norte con calle 100.

Sobre los hechos relata lo siguiente:

El día de los hechos había invitado a unos amigos y a mi novia a jugar cartas, llegaron como a las 8 p.m. 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 básquetbol y los fines de semana practico motocross en una moto de mi propiedad, de color rojo, de placas AT-089.

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 básquetbol, 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 estuvo 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.

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 básquetbol 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 encontraban su novia y Alfonso Daza. Estuvimos jugando y tomando aguardiente hasta cuando se terminó. Nos tomamos como dos botellas. Iban a ser las 11 p.m. 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.

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 es dueño de la Comercializadora Bavaria.

Conozco a Carlos Patiño desde hace cinco 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 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 básquetbol 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”.

Informe de policía judicial

Bogotá, D.C., 30 de julio del año pasado

Informe de investigación preliminar N° 282

ASUNTO: investigación homicidio Andrés Castro

Al jefe Unidad Delitos contra la Vida

Referencia: cuaderno N° 282.

Hechos

Ocurridos el día 20 de julio, siendo las 23:30 horas aproximadamente, dentro del supermercado El Triunfo, 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 le causó la muerte. Una vez producida la agresión, el joven forzó la registradora y 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 cacha 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, 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 unos 50 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 de 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 gritería 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 básquetbol 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 C.C. 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 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 básquetbol, 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 el marido la dejó.

Señala ser propietario de una moto marca Honda de 750 cc, de placas AT-089 y 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 solicito que se valore la posibilidad de librar orden de captura en contra del mencionado Patiño.

En los anteriores términos, dejo rendido el presente informe con destino al fiscal 23 de vida”.

Guillermo Fonseca, investigador

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 escuchado 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 él 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.

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 N° 50-01, y ahí mismo tengo una panadería, El Bizcocho Calentano, que además es un negocito que me permite por las tardes vender cervecita 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 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 en frente 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.

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 once 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 traté 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; yo lo único que quiero es que se haga justicia.

Fue acusado por la Fiscalía por homicidio agravado y hurto calificado y agravado.

CASO HIPOTÉTICO REFERENCIAL No. 2

Caso hipotético**JERÓNIMO DÍAZ****ESCRITO DE ACUSACIÓN****UNIDAD SEGUNDA DE DELITOS CONTRA LA LIBERTAD**

Departamento	CUNDINAMARCA	Municipio	BOGOTÁ
--------------	---------------------	-----------	---------------

1. Código único de la investigación:

1	1	0	3	7	1	1	8	7	2	4	0	2	0	0	7	0	1	5	1	5
Dpto.	Municipio	Entidad	Unidad Receptora				A_o				Consecutivo									

2. Individualización de los acusados:

IDENTIFICACIÓN DEL ACUSADO													
Tipo de documento:	CC	Pas.	ce	x	otro	No.	80.978.123						
Expedido en	Departamento:				Municipio:								
Primer Nombre	JERÓNIMO				Segundo Nombre	RODRÍGUEZ							
Primer Apellido	DÍAZ				Segundo Apellido								
Fecha de Nacimiento	Día	05	Mes	09	A_o	1956	Edad	51	Sexo	MASCULINO			
Lugar de Nacimiento													
País	COLOMBIA			Departamento	NARI_O			Municipio	BUESACO				
Alias o apodo	EL PASTUSO			Profesión u ocupación	ARQUITECTO								
Nombre de la madre	FRANCISCA				Apellidos	RODRÍGUEZ							
Nombre del padre	PABLO				Apellidos	DÍAZ							
Rasgos Físicos													
Estatura	1,82	Color de piel	Trigue_a		Contextura	GRUESA		Limitaciones físicas	N/A				
Otras características físicas (cicatrices, tatuajes, deformación, amputación, etc.)													
Lugar de residencia													
Dirección					Barrio					Sector			
Municipio				Departamento					Teléfono				

3. Hechos (relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes):

El 23 de mayo de 2007, aproximadamente a las 7:40 a.m., en la intersección de la avenida 9 No 87-16, por instrucciones y órdenes del se_or Jerónimo Díaz, tres hombres manejando un vehículo Toyota Corolla y utilizando armas de fuego cierran el auto del joven Luis Perdomo para retenerlo y sustraerlo de su libertad. Posteriormente para ocultarlo en la carrera 14 No 18-43 Sur (Ciudad Jardín del sur)

MILLONES (\$550.000.000.00) de pesos.

La anterior conducta esta tipificada:

Artículo 169. Secuestro extorsivo. El que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo, o con fines publicitarios o de carácter político.

Artículo 170 Circunstancias de agravación punitiva. La pena se alada para el secuestro extorsivo será de 28 a 40 a_os, sin superar el límite máximo de la pena privativa de la libertad establecida en el Código Penal, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

6. Cuando se presione la entrega o verificación de lo exigido con amenaza de muerte o lesión o con ejecutar acto que implique grave peligro común o grave perjuicio a la comunidad o a la salud pública.

4. Datos de la defensa:

DATOS DE LA DEFENSA											
Nombres y apellidos del acusado			JERÓNIMO DÍAZ								
Clase de defensa	Público <input checked="" type="checkbox"/>	DP	CJ	OF	Privado		LT	T.P. No.	101.487		
Tipo de documento:	CC		Pas.		ce	X	otro		No.	78.543.546	
Expedido en	Departamento: Antioquia			Municipio: Medellín							
Nombres:	CAROLINA					PAEZ					
Lugar de notificación											
Dirección:						Barrio:					
Departamento:						Municipio:					
Teléfono:				Correo electrónico:							

4. ANEXO

No.	Descripción	Anexo	
		SI	NO
1.	Hechos que no requieren prueba		X
2.	Trascripción de pruebas anticipadas		X
3.	Datos personales de testigos o peritos cuya declaración se solicita		X
4.	Documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse	X	
5.	Datos personales de testigos o peritos de descargos	X	
6.	Elementos favorables a los acusados (indique cuáles)	X	
7.	Declaraciones o deposiciones	X	

ANEXO DE DESCUBRIMIENTO DE PRUEBA

1. Hechos que no requieren prueba:
Se desconocen hechos que no requieran prueba.

2. Pruebas anticipadas
No se practicó prueba anticipada alguna.

3. Testigos y Peritos de cargo para el juicio

LUIS ENRIQUE PERDOMO: víctima del secuestro.

Residente en la calle 113 No. 7-45 apto. 605 en la ciudad de Bogotá. Tiene 23 años de edad. Estudiante de noveno semestre de Finanzas y Comercio Exterior de la Universidad de los Andes.

JUAN RUBIO: investigador del Grupo Gaula de la Policía Nacional, Unidad Antisecuestro y Extorsión de Bogotá.

NAPOLEÓN PERDOMO: padre de la víctima, residente en la cra. 1 este No. 93-15 torre 2 apto 1011

de Bogotá. Tiene 52 años. Es presidente de la firma de arquitectos Streihorst-Perdomo y CIA.

CÉSAR ORTIZ: recluso de la Modelo, patio 5ñ, partícipe del secuestro.

LUIS ALBERTO VERA: guardabosques del parque natural del Neusa. Tiene 25 años de edad.

4. EVIDENCIA FÍSICA PARA OFRECER EN EL JUICIO

CASSETTE DE AUDIO No 1: grabado en el apartamento del señor Napoleón Perdomo, muestra rotulada, correspondiente a la investigación criminal No. 11515-2007.

FOTOGRAFÍA: recogida en el apartamento del señor Napoleón Perdomo, muestra rotulada, correspondiente a la investigación criminal No. 11515-2007.

MALETÍN MARCA REEBOK: recogido en la habitación del señor César Ortiz, muestra rotulada, correspondiente a la investigación criminal No. 11515-2007.

TARJETA: recolectada en la billetera del señor César Ortiz muestra rotulada, correspondiente a la investigación criminal No. 11515-2007

FOTOGRAFÍA-MACROELEMENTO: camioneta Nissan con placas BCV 351, correspondiente a la investigación criminal No 11515-2007

Tres periódicos de Vanguardia Liberal

5. TESTIGOS DE DESCARGO

ALEXANDRA LÓPEZ: médica del acusado. Habita en la cra. 3 No. 86-21 en la ciudad de Bogotá. Nacida en Buga. Tiene 56 años. De profesión Médica Neuróloga. Trabaja como directora del departamento de Neurología de la Clínica Santa Fé de Bogotá.

CATALINA SÁNCHEZ. Habita en la Calle 25 No. 6-53 de Bogotá. Nacida en Cali. Tiene 28 años. De profesión ingeniera civil, trabaja para la firma consultora del señor Jerónimo Díaz.

		USO EXCLUSIVO POLICÍA JUDICIAL																				
		Nº CASO																				
		1	1	0	3	7	1	1	8	7	2	4	0	2	0	0	7	0	1	5	1	5
No. Expediente CAD		Dpto.	Mpjo	Ent	U. Receptora				Año				Consecutivo									
		INFORME EJECUTIVO –FPJ-3-																				
		Este formato será diligenciado por servidores en ejercicio de funciones de Policía Judicial para reportar actos urgentes y otros actos posteriores de investigación relevantes																				

Departamento	Cundinamarca	Municipio	Bogotá	Fecha	23-05-07	Hora:	0	4	1	5
--------------	--------------	-----------	--------	-------	----------	-------	---	---	---	---

1. DESTINO DEL INFORME

FISCAL 01

2. INFORMACIÓN DEL REPORTE DE INICIACIÓN

Fecha	D	2	7	M	0	5	A	2	0	0	7	Hora	1	6	1	5	Servidor contactado	FISCAL 01
Ministerio Público enterado												x						

3. DELITO

1. SECUESTRO EXTORSIVO AGRAVADO
2.

4. LUGAR DE LOS HECHOS

Dirección	Avenida 9 No. 87-16		
Barrio	El Nogal	Zona	Norte
Localidad		Vereda	
Características			

5. NARRACIÓN DE LOS HECHOS (En forma cronológica y concreta)

El 23 de mayo de 2007 aproximadamente a las 7:40 a.m. en la intersección de la Cra. Avenida 9 No. 87-16, tres hombres manejando un vehículo Toyota Corolla y utilizando armas de fuego cierran el auto del joven Luis Perdomo para retenerlo y sustraerlo de su libertad, posteriormente para ocultarlo en la carrera 14 No. 18-43 Sur barrio Ciudad Jardín

Por la libertad de Luis Perdomo se exigía por parte de los secuestradores el pago de QUINIENTOS CINCUENTA MILLONES (\$550.000.000.00) de pesos.

6. IDENTIFICACIÓN Y DESCRIPCIÓN DEL INDICIADO/IMPUTADO (cuando sea más de un indiciado diligencie anexo)

¿Capturado?	<input checked="" type="checkbox"/> SÍ	<input type="checkbox"/> NO	Fecha	D	2	7	M	0	5	A	2	0	0	7	Hora:	1	2	0	0		
Lugar de reclusión:	COMPLEJO JUDICIAL DE BOGOTÁ																				
Fecha en que es puesto a disposición del Fiscal	D	2	7	M	0	5	A	2	0	0	7	Hora:	1	4	3	0					
Primer nombre:	JERÓNIMO									Segundo nombre:											
Primer apellido:	DÍAZ									Segundo apellido: RODRÍGUEZ											
Alias:	El Pastuso																				
Documento de Identidad	C.C.	<input checked="" type="checkbox"/>	Otra C.E.	No										80.978.123	de			Buesaco-Nariño			
Edad:	5	1	Años:	Género:	M	<input checked="" type="checkbox"/>	F	Fecha de nacimiento:			D	0	5	M	0	9	A	1	9	5	6
Características morfofocromáticas:	1,82 DE ESTATURA, TEZ TRIGUEÑA, CABELLO LARGO, OJOS COLOR VERDES, CONTEXTURA GRUESA.																				

7. DATOS DE LA VÍCTIMA (Únicamente si no está contenido en otro formato)

Primer nombre	LUIS					Segundo nombre	ENRIQUE														
Primer apellido	PERDOMO					Segundo apellido															
Documento de Identidad	CC	<input checked="" type="checkbox"/>	otra	No.			79.575.312	de			Bucaramanga										
Edad:	2	4	Años.	Género:	M	<input checked="" type="checkbox"/>	F	Fecha de nacimiento:			D	0	1	M	0	3	A	1	9	8	3
Lugar de nacimiento	País	COLOMBIA					Departamento	Santander			Municipio	Bucaramanga									
Profesión u oficio	Estudiante					Estado civil	Soltero														
Dirección	Calle 113 No. 7-45 apto. 605								Teléfono												

Relación con el indiciado	NINGUNA
---------------------------	---------

8. DATOS DE LOS TESTIGOS

Nombres y apellidos	Identificación	Dirección y teléfono
LUIS ENRIQUE PERDOMO		
NAPOLEÓN PERDOMO		
CÉSAR ORTIZ		
LUIS ALBERTO VERA		
ROBERTO LÓPEZ		
CATALINA SÁNCHEZ		

9. DILIGENCIAS ADELANTADAS

El 23 de mayo de 2007, a la central de inteligencia de la unidad antisequestro y extorsión del Gaula de la policía nacional, a las 4:15 p.m. recibí la llamada del señor Napoleón Perdomo, quien denunció el supuesto secuestro de su hijo Luis Enrique Perdomo. De inmediato me comunican lo sucedido, procedo a dirigirme a la Cra. 1 este No. 93-15 apto. 1011, para entrevistarme con el denunciante.

Al llegar a la residencia me entrevisté con el señor Napoleón Perdomo quien me comentó que había recibido dos llamadas telefónicas y me indicó que habían secuestrado a su hijo y a cambio de su libertad exigían \$550.000.000.00, no había ninguna información del lugar donde lo habían raptado. El señor Perdomo me dijo que no tiene enemigos y que ignora por completo quién pudo haber sido, con la unidad antisequestro se inició el operativo. Como director de la operación ordené instalar en el teléfono de su residencia un identificador de llamadas que puede monitorear los números privados y localizar el lugar de transmisión, al igual que un dispositivo de última tecnología para poder grabar las conversaciones sin ninguna interferencia. Se reforzó la seguridad para el señor Perdomo y una unidad se desplegó hacia la universidad del joven para realizar la investigación hacia sus compañeros sin que esta arrojara algún resultado significativo.

A las 6:27 p.m. se recibió una llamada con destinatario desconocido sin alcanzar identificar el número y lugar de emisión, los secuestradores exigían cien millones más de lo exigido en un inicio. A las 6:29 p.m. se volvió a recibir la llamada por parte de ellos sin alcanzar a obtener ningún logro importante.

El 26 de mayo, a la 4:45 a.m. se recibió una llamada por parte de uno de los secuestradores que exigían la entrega del dinero a la 5:35 a.m. En esta ocasión se logró rastrear el número telefónico correspondiente al abonado 256 78 41, la central de inteligencia informa que el abonado corresponde al teléfono público del Parque Nacional ubicado sobre la cra. 7 con 38. De inmediato se le informa a las patrullas más cercanas al parque para vigilar y lograr identificar a la persona que está realizando la llamada. La patrulla que vigila el Parque Nacional llegó de inmediato, observa que en el teléfono público de la cancha de tenis hay un hombre de aproximadamente 1,75. La patrulla informa de la situación a la central de policía y de inmediato, en coordinación con el policía judicial que está en el apartamento de Napoleón Perdomo y el patrullero logran establecer que es la misma persona ya que al colgar el teléfono, el sujeto también lo cuelga en el teléfono público del Parque Nacional.

A las 4:50 se desplegó la Unidad de Inteligencia del Gaula a cargo del subintendente Rigoberto Pedraza para coordinar la entrega del dinero por parte de Napoleón Perdomo, ubicándose en puntos estratégicos para no afectar toda la operación.

Una vez individualizado el sujeto, y para no afectar el operativo, por orden del fiscal se dejó al sujeto en control de vigilancia. La unidad de inteligencia informa que el sujeto realizó otra llamada desde el teléfono público del Parque Nacional. Después el individuo se cambia de ropa colocándose un traje de recolector de basura llevándose con él un maletín de color negro marca Reebok. Alrededor de las 5:40 el hombre va a la parte occidental del parque y prende el motor de una camioneta de marca Nissan con placas BCV 351 de Bogotá. El sujeto observa sigilosamente a través de unos binóculos al señor Perdomo cuando deja las bolsas en la estatua del General Santander. Una vez el señor Perdomo está abandonando la cancha de tenis, el sujeto va corriendo hacia el bote de basura al lado del parque del Reloj y recoge las bolsas, se va hacia la camioneta y procede a irse por la cra. 7 baja por la calle 53 hacia el occidente. El sujeto iba a una velocidad corta, aproximadamente a 40 km/h, acelera considerablemente de la cra. 7 con 53 hasta la cra. 30 y luego se dirige hacia el sur, llegando finalmente al barrio Galerías donde estaciona su vehículo y entra a una casa con nomenclatura de la carrera 29 No. 51-14, se coloca vigilancia permanente a este sujeto mientras se continúa con el desarrollo de la investigación.

Se impartió por parte del Fiscal la orden para el registro y allanamiento de la casa en el barrio Galerías ubicada en la carrera 29 No. 51-14 con el fin de obtener elementos materiales probatorios. Al ingresar a las 10:00 a.m. se encuentra al individuo viendo un programa de televisión, se capturó por la participación del secuestro del joven Luis Perdomo, se empezó a reír y decía que la policía siempre caía! Luego dijo que quería cooperar y que iba a dar toda la información necesaria, mencionó que él no sabía nada que solo le pagaron por recoger una mercancía y ya, él hacía muchos negocios con el arquitecto Perdosa o Perdomo.

En el inmueble registrado no se encontró el dinero. Al inspeccionar su habitación se encontró el maletín negro que tenía el individuo que recogió el dinero, se procedió a recolectarlo, individualizar cada elemento del mismo para roturarlo y embalarlo, respetando el protocolo de cadena de custodia. De igual forma se encontró una billetera con la cédula de ciudadanía del sujeto, corresponde al No. 79.534.322 de Bucaramanga y el nombre de César Ortiz, dentro del mismo se halló una tarjeta de domicilios de una pollería “Pollos el gladiador” del barrio Galerías. Al respaldo estaba un número telefónico 6030303, también se encontró una leyenda que decía choza 1 y entre paréntesis la siguiente dirección: cra. 7 con 37, al igual que otra leyenda que decía choza 2 y entre paréntesis la siguiente dirección: carrera 14 No. 18-43 sur y las iniciales JD. Lo capturamos respetándole sus derechos y garantías fundamentales por ser coautor del delito de secuestro del señor Luis Enrique Perdomo. Finalmente se tomó una fotografía del carro Nissan con placas BCV 351 de Bucaramanga, en la camioneta no se obtuvo ningún elemento material probatorio, sin embargo, nos causó curiosidad que en la parte delantera derecha había un hueco.

De inmediato nos desplazamos a la dirección señalada como choza 2 en la tarjeta (carrera 14 No. 18-43 sur). Previa autorización del fiscal realizamos el allanamiento de la misma con el fin de recolectar elementos materiales probatorios. En el lugar se encontraron tres periódicos La Vanguardia de los días 17, 22 y 23 de mayo de 2007. El resto de la casa estaba totalmente vacía, con líquidos de limpieza y artículos de aseo, la casa estaba impecable, por datos recolectados en la oficina de registro de instrumentos públicos de Bogotá se estableció que la casa pertenece al señor Jerónimo Díaz.

Se iniciaron las labores de indagación para establecer la participación del señor Jerónimo Díaz y se encontraron en su contra dos procesos que fueron absolutorios, por extorsión y estafa; en ambos se le juzgaba como el determinador de cada delito, y en ambos en el momento de ejecutarse el delito, él se encontraba interno en una clínica.

A las 12:17 p.m. se recibió la llamada por parte de los secuestradores diciendo que Luis Perdomo estaba libre en el parque de Simón Bolívar por la avenida 68; se desplazó un comando especial sin que en el lugar se encontrara alguien; todo estaba muy mal, no se tenía información del secuestrado, pensé que era uno de los numerosos casos donde asesinan a la persona que está en cautiverio, me causó curiosidad que en todo el operativo el señor Perdomo estaba muy nervioso y en este momento él estaba supremamente tranquilo.

El 27 de mayo, a las 9:15 a.m. se recibió la llamada del guardabosque del parque natural del Neusa informando que encontró a un señor totalmente dopado que dice que está secuestrado, al llegar al lugar, estaba el señor Luis Perdomo en buenas condiciones, solo decía que la persona que mandaba era el Pastuso y que eran tres hombres más.

Después de la liberación del joven Perdomo intentamos comunicarnos con Jerónimo Díaz para orientar la investigación, sin embargo la señorita Catalina Sánchez nos informa que el señor Díaz no nos puede atender porque se va del país. De inmediato el fiscal encargado solicitó ante el juez de garantías permiso para capturar el señor Jerónimo Díaz por riesgo de no comparecencia

Al momento de abordar el avión el señor Díaz fue capturado por ser el determinador del secuestro de Luis Perdomo. Cuando le coloqué las esposas él me dice que es inocente que todo es un montaje para dejarlo en la calle. Que él estaba enfermo y se la pasó en la clínica Santa Fé que podíamos hablar con la doctora Alexandra López.

Al entrevistarme con la médica me dijo que él fue internado el día 21 de mayo y dado de alta el 26 de mayo, estaba en cuidados intensivos, no podía hablar con nadie.

Se realizó una revisión bancaria de las cuentas que aparecen a nombre del señor Jerónimo Díaz y/o su compañía sin que en ellas se encontrara una anomalía en cifras monetarias.

El día 27 de mayo apareció el vehículo del joven Perdomo en buenas condiciones a las afueras de la ciudad.

En toda la operación no se logró encontrar el dinero del pago del secuestro.

10. DESCRIPCIÓN DE EMP y EF RECOLECTADOS: (indique sitio de remisión bajo Cadena de Custodia)

CASSETTE DE AUDIO No. 1: grabado en el apartamento del señor Napoleón Perdomo, muestra rotulada, correspondiente a la investigación criminal No. 11515-2007.

FOTOGRAFÍA: recogida en el apartamento del señor Napoleón Perdomo, muestra rotulada, correspondiente a la investigación criminal No. 11515-2007.

MALETÍN MARCA REEBOK: recogido en la habitación del señor César Ortiz. muestra rotulada, correspondiente a la investigación criminal No. 11515-2007.

TARJETA: recolectada en la billetera del señor César Ortiz, muestra rotulada, correspondiente a la investigación criminal No. 11515-2007.

FOTOGRAFÍA-MACROELEMENTO: camioneta Nissan con placas BCV 351, correspondiente a la investigación criminal No. 11515-2007.

Tres periódicos de Vanguardia Liberal

11. VEHÍCULOS (diligencia informe técnico sólo si es útil)

Marca	Clase	Color	Propietario	Placas

12. DATOS RELACIONADOS CON BIENES DEL INDICIADO

Tipo de bien	Identificación del bien	Dirección	
Entidad Financiera	Tipo de Cuenta	Número de cuenta	Sede de la cuenta

13. ANEXOS

Transcripción de grabación tomada el día 26 de mayo de 2007

S: Secuestrador no identificado / NP: Napoleón Perdomo

S: ñSeñor Perdomo?

NP: Con él habla, ñcon quién hablo?

S: No se haga el pendejo, ya perdimos la paciencia y si usted sigue con este juego lo vamos a matar a usted y a su hijo.

NP: ñCompórtese!... no vayan a hacer ninguna locura, no le hagan nada a lucho, él es lo único que tengo.

S: Ya no hay más plazo si a las 5:35 a.m., si no traen el dinero.... hummm matanga dijo la changa y lo voy quebrando perrito.

NP: Estoy en esas, tengo en este momento \$250.000.000.00 en efectivo. No puedo conseguir más...

S: Suerte entonces, aliste su traje negro.

NP: Si quiere le llevó ya el dinero donde quiera, \$250.000.000.00 es mucha plata y no puedo tener más, tenga compasión...

S: Cual compasión perro, en esto no existe eso... Ábrase...

NP: No cuelgue, acepte el dinero por favor...

S: Hagamos una cosa... A las 5:35 a.m. en el Parque Nacional sin falta.....traiga el billete en 3 bolsas de desechos hospitalarios como se le dé la gana, sin la policía.

NP: A las 6:20 a.m. en el Parque Nacional, mientras coloco el dinero en las bolsas... Le juro que ya no habrá más dilataciones...

S: Se embobó, sabe que, no traiga ya nada...

NP: Espere... estaré a las 5:35 a.m. sin falta... Solo dígame si a usted lo contrato el viejo Yela...

S: Usted que le pasa... Yo no le tengo que dar explicaciones de nada... No se afane, que todo en esta vida se puede...

NP: hummmmm, es ese viejo mañoso.... ñel dinero se lo dejo en donde?

S: Tan avispa, en las canchas de tenis...

NP: Páseme a Lucho quiero hablar con él, quiero saber que esta vivo y que está bien, él lo es todo en mi vida...

S: Sea creyente usted es un hombre de negocios y sabe que hay que tomar riesgos en esta vida.

NP: Juemáchica mi vida está en sus manos, no le haga nada a mi hijo que su dinero lo tendrá sin falta a las 5:35 a.m.

S: Eso espero.

NP: alo... alo... alo...

14. SERVIDOR DE POLICÍA JUDICIAL

Entidad	Código	Grupo de PJ	Servidor
SIJIN	52225		JUAN RUBIO
SIJIN			

Firma.

Juan Rubio

USO EXCLUSIVO POLICÍA JUDICIAL

N° CASO

I 5 0 3 7 I I 8 7 2 4 0 2 0 0 7 0 I 5 I 5

No. Expediente CAD

Dpto.

Mpio

Ent

U. Receptora

Año

Consecutivo



ENTREVISTA –FPJ-14–

Este formato será utilizado por Policía Judicial

Conforme a lo establecido el artículo 206 del CPP, se da inicio a la presente diligencia.

Fecha D 0 1 M 0 6 A 2 0 0 7 Hora 9 : 0 0 Lugar

I. DATOS DEL ENTREVISTADO

Primer Nombre	LUIS			Segundo Nombre	ENRIQUE			
Primer Apellido	PERDOMO			Segundo Apellido				
Documento de Identidad	C.C	XX	Otra	No.	79.575.312	de	Bucaramanga	
Alias	Ninguno							
Edad:	2	3	Años.	Género:	M	x	F	
Fecha de nacimiento:	D	0	1	M	0	3	A	
							1 9 8 3	
Lugar de nacimiento	País	Colombia		Departamento	Santander		Municipio	Bucaramanga
Profesión	Estudiante			Oficio				
Estado civil	Soltero			Nivel educativo	Universitario			
Dirección residencia:	Calle 113 No 7-45 apto. 605				Teléfono	6123232		
Dirección sitio de trabajo:					Teléfono			
Dirección notificación	Calle 113 No 7-45 apto. 605				Teléfono			
País	Colombia		Departamento	Santander		Municipio	Bucaramanga	
Usa anteojos	SÍ		NO	x	Usa audífonos	SÍ		
						NO	x	

II. RELATO

Ante las oficinas de policía judicial se presenta el señor Luis Enrique Perdomo de 23 años de edad, estudiante de Finanzas y Comercio Exterior de la Universidad de los Andes de forma voluntaria a denunciar el secuestro de que fue víctima el día 23 de mayo del 2007, señalando lo siguiente:

El lunes por la mañana salió Luis Enrique Perdomo temprano de su apartamento en Usaquén para dirigirse a la oficina de su papá, el señor Napoleón Perdomo. Recuerda que estaba escuchando “Radioactiva” y cuando iba a comenzar su sección favorita “El gallo” que es a las 7:40 a.m., un Toyota corola verde lo cierra en la intersección de la avenida 9 No. 87-16. La reacción de Luis fue frenar enseguida para evitar el choque, cuando su vehículo se detuvo completamente, un hombre encapuchado se baja del Toyota y con una pistola le apunta obligándolo a bajar de su coche. Enseguida los secuestradores suben de inmediato a Luis al Toyota y empiezan a colocarle un pasamontañas. Sin embargo, Luis se pudo dar cuenta que tomaban hacia el sur, en el trayecto Luis les decía constantemente... “qué quieren de mí”, ellos no decían absolutamente nada. En una parte del trayecto sonó el celular de uno de ellos, se cree que era el que había apuntado a Luis Perdomo, porque era el que estaba al lado él, aunque lo botó al piso e intentó ser cuidadoso con la conversación alcanzó a escuchar que la persona que llamo al secuestrador le decía, “todo salio bien, ya hablé con el Pastuso y que ahora nos da el anticipo”, Luis no logró entender lo que siguieron hablando, empezó a sentir mucho pánico y empezó a gritar. Los secuestradores le quitaron en un instante el gorro a Luis mientras le colocaban una cinta para amordazarlo. Luis logró ver que estaban muy cerca de la avenida circunvalar por el lado de Monserrate, luego vio el rostro del sujeto que estaba manejando, era muy parecido a cantinflas, tenía el mismo corte del bigote y tenía una cicatriz en uno de sus cachetes, trascurrieron como 5 minutos cuando se detuvieron y entraron a Luis a una casa, le tomaron una foto y le empezaron a hablar. Constantemente los secuestradores le decían a Luis “si su papá colaboraba y no se va de sapo con los aguacates no le pasará nada, de lo contrario lo matamos”. Estuvo todo el día en un cuarto desocupado, estuvo encadenado y con mucha hambre, no le daban nada de comer.

Al día siguiente uno de ellos, él que siempre hablaba con Luis, le dijo que ya había negociado el rescate, que se relajara que ya todo se iba a terminar, afuera se escuchaban los gritos de felicidad de las otras personas “nos sacamos el baloto con el marranito de papi”. Después de un buen tiempo, la felicidad se convirtió en insultos entre ellos, al parecer el jefe de la banda no les podía entregar el anticipo porque estaba internado en una clínica o estaba en una cita, no se podía entender muy bien, ya que el chómpiras, como Luis le decía al que lo

cuidaba, repetía constantemente “eso para trabajar para enfermos sí es la embarrada, uno que es el que expone el pellejo sin un berraco peso, pero él si se va con su botín”. De repente entraron los tres de la banda, Luis pensó que ya era el fin de toda esta agonía, pero en vez de sacarlo lo empezaron a golpear y a insultarlo, decían si a las buenas no se quiso entonces será a las malas, le tomaron otra foto y lo dejaron en ese cuarto solitario, solo le daban las alas de pollo totalmente frías.

Los otros días el estrés era cada vez mayor, perdían la paciencia con facilidad, recriminaban que no estaban recibiendo nada y se estaban arriesgando, Luis consideró que era la primera vez que lo hacían o por lo menos si era notorio que no eran unos expertos, Luis no sabe cuántos días habrán transcurrido. De una forma tempestiva dos de ellos lo sacaron de la casa, Luis cree que era de noche porque no podía ver los rayos de luz a través del pasamontañas, lo llevaron a otro lugar y considera que se demoraron entre una hora y dos horas en el carro.

La noche anterior a la liberación de Luis, los secuestradores celebraron toda la noche, se escuchaba una buena rumba con mujeres y con música a un buen volumen; el chómpiras se acercó a Luis borracho, Luis le vio el rostro, a diferencia del otro sujeto que se parecía a cantinflas, él era alto, con bigote, de pelo negro y con corte de totuma, le ofreció un trago y se fue gritando con felicidad, “por fin se acabó todo esto”.

En la mañana muy temprano le dieron a Luis un somnífero, se durmió de inmediato, sin embargo él alcanzo a recordar un poco cuando estaba saliendo en el carro, logró ver la casa y el carro que era viejo, no recuerda nada solo hasta que el grupo de la policía lo encontró en la entrada del parque del Neusa.

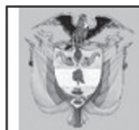
Al día siguiente, los policías llevaron a Luis a una casa, él no estaba muy seguro pero considera que sí era esa, al entrar en la casa el olor no se parecía a donde él estaba, olía mucho a comida como si quedara hay una pollería o algo semejante, los cuartos en general no se parecían pero había uno que en particular tenía en una de las paredes la misma condición durante su cautiverio.

En caso de requerir más espacio, diligenciar hoja en blanco anexa, relacionado el número de Noticia criminal).	
Utilizó medios técnicos para el registro de la entrevista	SÍ <input type="checkbox"/> NO <input checked="" type="checkbox"/> ¿Cuál?

Firmas:

Firma entrevistado		Firma Policía Judicial
Nombre:		Nombre: Juan Rubio
Cédula de ciudadanía		Cargo : INVESTIGADOR
	Índice derecho del entrevistado	Entidad: SJIN

		USO EXCLUSIVO POLICIA JUDICIAL																				
		N° CASO																				
		1	5	0	3	7	1	1	8	7	2	4	0	2	0	0	7	0	1	5	1	5
No. Expediente CAD		Dpto.	Mpio	Ent	U. Receptora			Año			Consecutivo											
Fecha	D	0	1	M	0	6	A	2	0	0	7	Hora	9	:	0	0	Lugar					



ENTREVISTA –FPJ-14–

Este formato será utilizado por Policía Judicial

Conforme a lo establecido el artículo 206 del CPP, se da inicio a la presente diligencia.

I. DATOS DEL ENTREVISTADO:

Primer Nombre	NAPOLEÓN			Segundo Nombre				
Primer Apellido	PERDOMO			Segundo Apellido				
Documento de Identidad	C.C	<input checked="" type="checkbox"/>	Otra		No.	42.212.202	de	San Gil
Alias								
Edad:	5	0	Años.	Género:	M	<input checked="" type="checkbox"/>	F	
				Fecha de nacimiento:	D	1	M	0
					A	1	9	5
								7
Lugar de nacimiento	País	Colombia		Departamento	Santander		Municipio	San Gil
Profesión	Arquitecto			Oficio	Empresario			
Estado civil	Viudo			Nivel educativo	Magíster			
Dirección residencia:	Cra. 1 este No. 93-15 torre 2 apto. 1101			Teléfono				
Dirección sitio de trabajo:				Teléfono				
Dirección notificación	Cra. 1 este No. 93-15 torre 2 apto. 1101			Teléfono				
País	Colombia		Departamento	Cundinamarca		Municipio	Bogotá	
Relación con la víctima	Padre							
Relación con el victimario	Ninguna							
Usa anteojos	<input checked="" type="checkbox"/>		NO	<input checked="" type="checkbox"/>	Usa audífonos	<input checked="" type="checkbox"/>		NO

II. RELATO

Ante las oficinas de policía judicial se presenta el señor Napoleón Perdomo, arquitecto de profesión, tiene 52 años de edad y es presidente de la firma de Arquitectos Yela-Perdomo C&A de forma voluntaria a denunciar el secuestro de que fue víctima su hijo el día 23 de mayo del 2007, señalando lo siguiente:

La semana anterior al secuestro, es decir, del 16 al 19 de mayo, el señor Napoleón estuvo cerrando un negocio muy grande en Bucaramanga y recibió un buen dinero por la construcción de un Resort en las afueras de la ciudad, al llegar a Bucaramanga, el socio de Napoleón, el señor Víctor Yela antes de viajar a Alemania a una convención de arquitectos, le comentó que le habían advertido que querían sabotear ese proyecto, que existía un ingeniero civil que se llama Jerónimo Díaz, es Pastuso, de esos que quieren el poder a costa de todo.

Detrás de un proyecto similar estaban licitando las dos compañías, la del Ingeniero Jerónimo y la de los arquitectos Yela-Perdomo, sin embargo, habían aplazado parte de la licitación por una enfermedad que Jerónimo tenía en el cerebro, de igual forma, los términos de referencia exigían una póliza de seguros por un valor de MIL MILLONES (1.000.000.000.00) de pesos, si la firma de Perdomo no tenía ese capital, el señor Napoleón considera que es la única forma en que el Pastuso Jerónimo gane la licitación.

La mañana del secuestro el señor Napoleón estaba en la oficina cuando recibió una llamada alrededor de las 11:25 a.m., diciéndole “tenemos a su hijo vivo por unas horas, solo le quedan dos horas de vida, de usted depende que pueda volver a verlo”, le colgaron y de inmediato el señor Napoleón llamó al celular de Lucho, su hijo. Le contestó la persona que lo tenía y le dijo que le consiguiera \$550.000.000.00, que más tarde lo llamaba para darle instrucciones. También le dijo que tenía un infiltrado en la oficina de él, que si llamaba a la policía se acababa la negociación y mataba a Lucho, tuvo miedo de que le pudieran hacer algo a su hijo, por lo tanto no llamo a la policía y esperó a que lo volvieran a llamar. Alrededor del mediodía lo llamaron a su celular desde una señal privada que no permitía identificar el número, el secuestrador le dijo al señor Napoleón Perdomo que tenía que estar a las 8:30 p.m. en el Parque Nacional en la plaza del Reloj y darle \$550.000.000.00 en denominación de billetes de \$50.000. El secuestrador exigía que el dinero estuviera empacado en unas bolsas de desechos hospitalarios, y que cada bolsa debía contener \$110.000.000.00; dejarlas en un bote que iba a estar con unos cartones y además el señor Perdomo tenía que irse por la parte norte y esperar en las canchas de tenis. El secuestrador insistió en no hacer ningún contacto con la policía, que alguien iba a recoger el dinero, si a esa persona lo capturaban o lo seguían, de inmediato mataban a Napoleón con su hijo.

A las 4:00 p.m. llamaron al señor Napoleón a su casa para decirle que se adelantaría todo a las 6:30 p.m. bajo las mismas condiciones, de inmediato él le dijo que no podía, que ni siquiera tenía el dinero para la noche, que le diera una espera y que solo podía darles

\$250.000.000.oo, el secuestrador le tiró el teléfono. El señor Napoleón Perdomo estaba con un amigo de él que es sargento retirado del ejército y le dijo que llamaran a la policía que por toda esa llamada ellos eran unos principiantes, Napoleón aceptó y llamaron al Gaula.

Pocos minutos después llegó a la casa del señor Napoleón una unidad especial del Gaula de la Policía Nacional, liderada por el teniente Juan Rubio. De inmediato la policía desplegó todo un operativo especial para la liberación de Lucho, el hijo del señor Napoleón. El teniente Rubio le explicó al señor Napoleón que la labor que tocaba realizar era intentar demorar a los secuestradores en la línea 2 minutos 30 segundos cuando llamaran a su casa para identificar el número de destino. Luego de unas horas, los secuestradores volvieron a llamar a la casa del señor Napoleón, le decían que le daban plazo hasta el día siguiente, en vez de darles los \$550.000.000.oo, ellos exigían ahora cien millones de pesos más por la espera y que ya no habrían más retrasos, cuando iban en los 2 minutos siempre colgaban el teléfono. Ese día la policía empezó a realizar toda su labor, sin embargo el señor Napoleón se arrepentía por haber llamado a la Policía, podía estar en riesgo la vida de su hijo. Al día siguiente recibió una fotografía de su hijo en cautiverio, el investigador le dijo que tuviera paciencia. Ese día por la tarde lo volvieron a llamar y les dijo que les iba a entregar \$100.000.000.oo pero que le dieran otra espera, los secuestradores cada vez se impacientaban más.

El 26 de mayo de 2007, casi a la madrugada, los secuestradores llamaron al señor Perdomo, él les dijo que ya tenía \$250.000.000.oo, que era lo máximo que había podido conseguir, ellos accedieron a aceptar bajo las mismas circunstancias que habían señalado anteriormente, pero ahora el señor Perdomo debía estar a las 5:35 a.m. en el Parque Nacional. De inmediato él se alistó y la policía comenzó a realizar su operativo ya que se logró rastrear la llamada.

A las 5:35 a.m. en el parque Santander, el señor Perdomo les dejó el dinero en tres bolsas de desechos hospitalarios en la plaza del Reloj, él se dirigió hacia las canchas de tenis y esperó casi hasta las 7:30 a.m., cuando la policía fue por el señor Napoleón. La Policía le comentó al señor Perdomo que recogió el dinero un hombre con traje de recogedor de basura y que no pudieron individualizarlo. Alrededor del mediodía los secuestradores llamaron al señor Perdomo y le dijeron que Lucho estaba libre en el parque Simón Bolívar, estaba en el quiosco 7 por la avenida 68, la policía fue de inmediato pero no estaba él. Transcurrió todo el día y no se tenía razón de Lucho, al otro día, es decir el 27 de mayo de 2007, la policía le informa al señor Napoleón que encontraron a Lucho, su hijo, y que estaba en buenas condiciones. Con el Pastuso Jerónimo Díaz como sospechoso del secuestro, la licitación para el otro proyecto del resort será exclusivamente para la firma de arquitectos Yela Perdomo C&A

En caso de requerir más espacio, diligenciar hoja en blanco anexa, relacionado el número de Noticia criminal).

Utilizó medios técnicos para el registro de la entrevista SÍ NO ¿Cuál?

Firmas:

Firma entrevistado		Firma Policía Judicial
Nombre:		Nombre: JUAN RUBIO
Cédula de ciudadanía		Cargo : INVESTIGADOR
		Entidad: SIJIN

		USO EXCLUSIVO POLICIA JUDICIAL																				
		N° CASO																				
		I	I	0	3	7	I	I	8	7	2	4	0	2	0	0	7	0	I	5	I	5
No. Expediente CAD		Dpto.	Mpio.	Ent.	U. Receptora					Año			Consecutivo									
		ENTREVISTA –FPJ-14–																				
Este formato será utilizado por Policía Judicial																						

Fecha D 3 0 M 0 5 A 2 0 0 7 Hora 9 : 0 0 Lugar

Conforme a lo establecido el artículo 206 del C.P.P., se da inicio a la presente diligencia.

I. DATOS DEL ENTREVISTADO:

Primer Nombre	CÉSAR					Segundo Nombre															
Primer Apellido	ORTIZ					Segundo Apellido															
Documento de Identidad	C.C	XX	Otra				No.	20.589.446			de	Barranquilla									
Alias	El Costeño																				
Edad:	3	0	Años.	Género:	M	F	x	Fecha de nacimiento:	D	2	0	M	0	6	A	1	9	7	7		
Lugar de nacimiento	País	Colombia					Departamento	Magdalena			Municipio	Aracataca									

Profesión	Comerciante		Oficio	Comerciante	
Estado civil	Separado		Nivel educativo	Primaria	
Dirección residencia:	Cra. 29 No 51-14		Teléfono		
País	Colombia	Departamento	Cundinamarca	Municipio	Bogotá
Relación con la víctima					
Relación con el victimario					
Usa anteojos	SÍ	<input checked="" type="checkbox"/>	NO	<input type="checkbox"/>	
			Usa audífonos	SÍ	<input type="checkbox"/>
				NO	<input checked="" type="checkbox"/>

II. RELATO

Ante las oficinas de policía judicial se presenta el señor Cesar Ortiz de forma voluntaria a rendir declaración relacionada con el secuestro hecho a Luis Perdomo. César Ortiz es comerciante y tiene 30 años de edad.

Por la situación tan difícil que ha estado sufriendo César, él acepto realizar un trabajito pero nunca supo que era de un secuestro, su labor únicamente era recoger unas bolsas que estaban en la plaza del Reloj del Parque Nacional, llevarlas a un punto de entrega y mantener informado al jefe, de acuerdo a un número telefónico de una tarjeta que le entregaron. Sin embargo, el señor Ortiz creó que anotaron mal el número telefónico ya que le contestaron de una Clínica o algo parecido.

Una vez recogidos los paquetes, César tenía que realizar maniobras distractoras en su camioneta, pero eso sí, él tenía que frenar exactamente en la calle 51 con cra 7, al frente del Bar “Mamá AfriKA”, mejor dicho quedar encima de una alcantarilla que se encontraba en este lugar. Él se detuvo y como su carrito es viejo, le habían hecho un roto en el piso delantero y por este hueco entregó las bolsas por la alcantarilla. En el momento que se detuvo la destaparon y recogieron el dinero. César siguió su rumbo normal y por esa vuelta se había ganado \$5.000.000.oo.

A César lo detuvieron al día siguiente, la Policía entró a su casa, la revolcaron toda y lo capturaron. Él nunca se imaginó que eso fuera tan grave, por eso ha querido colaborar para no estar todo ese tiempo en la cárcel, es que él en este momento haría cualquier cosa por no estar en ese infierno.

A Ortiz lo contrató un señor que tenía acento de pastuso, lo contactó dos semanas antes y él fue quien hizo que arreglaran la camioneta, nunca lo pudo ver, siempre se entendían por teléfono, no supo su número, él siempre era el que lo llamaba. Lo único que tenía César del jefe era la dirección donde tenía que dejar la camioneta para arreglar y hablar con un tal Joaco Durán, César tenía la dirección anotada en una tarjeta. Cuando él llevó su camioneta lo recibió un señor alto, de pelo negro, tenía bigote y un corte extraño como de indígena; en ese momento Joaco Durán recibió la llamada del Pastuso y fue cuando César escuchó: “Don Jerónimo ya llegó el del transporte”, cuando Joaco se percató de que César estaba escuchando, cambió de conversación, César le preguntó para qué era la camioneta, de antemano él sabía que era algún torcido pero no sabía cuál, Joaco le dijo que se trataba de un robo.

César le hizo una vez un trabajito pequeño a Joaco, consistente en llevar unos paquetes, sin embargo, él nunca supo qué tenían, los paquetes tenía que dejarlos por el lado del cañón de Chicamocha cerca de Bucaramanga. César nunca le vio la cara ni supo quién era, pero cuando llevó esa vez la mercancía, de suerte no le pasó nada porque los de esa zona decían que él venía de parte del Pastuso.

Él sí es de malas, preciso este era su último trabajo de esos torcidos, porque este señor le había prometido un trabajo como maestro de obra de unos hoteles que se iban a construir.

César tiene antecedentes de estafa y ahora éste, que hasta que no condenen a este señor Jerónimo Díaz no le aplican las rebajas por colaboración.

En caso de requerir más espacio, diligenciar hoja en blanco anexa, relacionado el número de Noticia criminal).								
Utilizó medios técnicos para el registro de la entrevista			SÍ	<input type="checkbox"/>	NO	<input checked="" type="checkbox"/>	¿Cuál?	
Firma entrevistado			Firma Policía Judicial					
Nombre:			Nombre: XXX					
Cédula de ciudadanía			Cargo : INVESTIGADOR					
	Índice derecho del entrevistado		Entidad: SIJIN					

USO EXCLUSIVO POLICIA JUDICIAL																																																	
N° CASO																																																	
<table border="1"> <tr> <td>I</td><td>I</td><td>0</td><td>3</td><td>7</td><td>I</td><td>I</td><td>8</td><td>7</td><td>2</td><td>4</td><td>0</td><td>2</td><td>0</td><td>0</td><td>7</td><td>0</td><td>I</td><td>5</td><td>I</td><td>5</td> </tr> <tr> <td colspan="3">Dpto.</td> <td colspan="3">Mpio</td> <td colspan="3">Ent</td> <td colspan="3">U. Receptora</td> <td colspan="3">Año</td> <td colspan="4">Consecutivo</td> </tr> </table>										I	I	0	3	7	I	I	8	7	2	4	0	2	0	0	7	0	I	5	I	5	Dpto.			Mpio			Ent			U. Receptora			Año			Consecutivo			
I	I	0	3	7	I	I	8	7	2	4	0	2	0	0	7	0	I	5	I	5																													
Dpto.			Mpio			Ent			U. Receptora			Año			Consecutivo																																		
No. Expediente CAD																																																	
 ENTREVISTA –FPJ-14- Este formato será utilizado por Policía Judicial																																																	

Fecha	D		M		A	2	0	0	6	Hora		:	0	0	Lugar
-------	---	--	---	--	---	---	---	---	---	------	--	---	---	---	-------

Conforme a lo establecido el artículo 206 del C.P.P., se da inicio a la presente diligencia.

I. DATOS DEL ENTREVISTADO:

Primer Nombre	LUIS					Segundo Nombre	ALBERTO												
Primer Apellido	VERA					Segundo Apellido													
Documento de Identidad	CC	XX	Otra				No.	2.213.123		de	Socorro								
Alias																			
Edad:	2	6	Años.	Género:	M	F	x	Fecha de nacimiento:	D	0	8	M	0	1	A	1	9	8	1
Lugar de nacimiento	País	Colombia					Departamento	Boyacá		Municipio	Tunja								
Profesión	Administrador					Oficio	Guarda Bosques												
Estado civil	Casado					Nivel educativo	Universitario												
Dirección residencia:	Calle 3 No. 5-32						Teléfono												
Dirección sitio de trabajo:	Parque Neusa						Teléfono												
País	Colombia					Departamento	Cundinamarca		Municipio	Chia									
Relación con la víctima																			
Relación con el victimario																			
Usa anteojos	SÍ		NO	X	Usa audífonos	SÍ		NO	x										

II. RELATO.

Ante las oficinas de policía judicial se presenta el señor Luis Alberto Vera de forma voluntaria a rendir declaración.

Tiene 26 años de edad, es guardabosques del parque natural del Neusa, trabaja desde hace dos años con la CAR en la protección de los parques naturales del país. Su horario de trabajo es de 6:00 a.m. a 4:00 p.m., él hace las rondas por la parte norte del parque.

El día 27 de mayo de 2007, inició su ronda de vigilancia como todos los días, cuando de repente encontró a un hombre amordazado en medio del bosque que comunica el parque con la carretera principal, se acercó y le notó un poco moribundo, lo primero que pensó fue que era de esa clase de personas que van al parque a drogarse y terminan así como él. Al auxiliar al muchacho le quitó la cinta y empezó a decirle que estaba secuestrado, de inmediato lo llevó al centro de atención del parque y llamó a la policía, indicándoles el nombre de él, al momento llegó la policía y se llevaron al muchacho.

No vio nada extraño y tampoco se encontró nada que le pudiera servir a los policías en el perímetro del parque.

Utilizó medios técnicos para el registro de la entrevista	SÍ		NO	X	¿Cuál?	
Firma entrevistado				Firma Policía Judicial		
Nombre:				Nombre: XXX		
Cédula de ciudadanía				Cargo : INVESTIGADOR		

		USO EXCLUSIVO POLICIA JUDICIAL											
		N° CASO											
		1 1 0 3 7 1 1 8 7 2 4 0 2 0 0 7 0 1 5 1 5											
No. Expediente CAD		Dpto.	Mpio.	Ent.	U. Receptora			Año			Consecutivo		
		ENTREVISTA –FPJ-14- Este formato será utilizado por Policía Judicial											

Fecha	D		M		A	2	0	0	6	Hora		:	0	0	Lugar
-------	---	--	---	--	---	---	---	---	---	------	--	---	---	---	-------

Conforme a lo establecido el artículo 206 del C.P.P., se da inicio a la presente diligencia.

I. DATOS DEL ENTREVISTADO:

Primer Nombre	ALEXANDRA				Segundo Nombre														
Primer Apellido	LÓPEZ				Segundo Apellido														
Documento de Identidad	CC	XX	Otra		No.	26.581.213		de	Bogotá										
Alias																			
Edad:	5	5	Años.	Género:	M	x	F	Fecha de nacimiento:	D	0	7	M	1	1	A	1	9	5	1
Lugar de nacimiento	País	Colombia			Departamento	Valle		Municipio	Bugá										
Profesión	Médica				Oficio	Médica													
Estado civil	Casada				Nivel educativo	Magíster													
Dirección residencia:	Cra. 3 No. 86-21				Teléfono	6030303 ext. 2068													
Dirección sitio de trabajo:	Clínica Santa Fe				Teléfono														
Dirección notificación					Teléfono														
País	Colombia			Departamento	Cundinamarca		Municipio	Bogotá											
Relación con la víctima																			
Relación con el victimario																			
Usa anteojos	SÍ		NO	x	Usa audífonos	SÍ		NO	x										

II. RELATO

Su nombre es Alexandra López, tiene 58 años de edad y es Directora de Neurología de la Clínica Santa Fe de Bogotá. Durante 15 años ha sido la médica del señor Jerónimo Díaz. Jerónimo ha presentado una enfermedad muy leve en el cerebro que a través del tiempo ha evolucionado para convertirse en una Estenosis Carotídea, la relación con el señor Díaz es totalmente profesional, aunque por el tiempo he tenido un gran afecto amistoso.

Jerónimo siempre le ha comentado de sus proyectos a la Dra. López y ahora tiene uno muy grande en el departamento de Santander, específicamente en las afueras de Bucaramanga; siempre le ha dicho a la Dra. López que por estos proyectos él se estresa mucho y eso genera un caos cerebral que por ciertos momentos puede hasta generar una hemorragia cerebral, este fue el motivo por el cual se internó Jerónimo Díaz el 21 de mayo hasta el 26 de mayo cuando se logró estabilizarlo.

Estos tratamientos son totalmente cuidadosos, los pacientes son puestos en cuidados intensivos y se aísla de todo contacto con personal ajeno al tratamiento; durante los días de observación la Dra. López era la única persona que tenía contacto con Jerónimo, no se permitían visitas y tampoco alguna comunicación telefónica.

El primer día que Jerónimo estuvo en la clínica hubo un momento que empezó a delirar a causa de la hemorragia y solo repetía el nombre de Napoleón y de la licitación del Tapón de Darién, cuando se estabilizó la doctora López le preguntó por esta persona y Jerónimo le comentó que era la persona que lideraba la compañía de su competencia, que estaban también en la licitación para el proyecto de Bucaramanga. Después, bajo la terapia cerebral, en un lapso Jerónimo manifestó su deseo de ganar la licitación a costa de todo; cuando se estabilizó de nuevo le dijo a la Dra. López que los personajes de la competencia eran unos estafadores que le habían ganado una licitación también en Bucaramanga a una firma pastusa Jaime Duarte, por medio de almuerzos a los Gobernadores. Esta firma tuvo que irse del país porque entró en el trámite de liquidación obligatoria.

Los otros días estuvo estable pero se generó en su parte inferior izquierda una inflamación leve que produjo un atraso en su lenguaje verbal, al tercer día se estabilizó por completo pero por seguridad se estableció dejarlo bajo observación especial para evitar una infección.

El 25 de mayo Jerónimo estaba totalmente recuperado, por lo tanto la Dra. López le iba a dar la orden de alta, pero él le solicitó otro día más de reposo. Era extraño porque Jerónimo es un paciente muy proactivo que no le gusta permanecer mucho tiempo encerrado, al otro día muy temprano, cuando la Dr. López llegó al hospital, él ya se encontraba listo para la salida; a diferencia del día anterior, estaba ansioso y con mucho afán.

A Jerónimo lo están juzgando por un secuestro que sucedió, el señor Díaz es una persona de bien que sería incapaz de hacer algo como eso o semejante, además él no tuvo ninguna opción de hablar o planear algo con alguna persona, su estado físico y mental no se lo permitía.

En caso de requerir más espacio, diligenciar hoja en blanco anexa, relacionado el número de Noticia criminal).

Utilizó medios técnicos para el registro de la entrevista SÍ NO ¿Cuál?

Firma entrevistado		Firma Policía Judicial
Nombre:		Nombre: XXX
Cédula de ciudadanía		Cargo : INVESTIGADOR
	Índice derecho del entrevistado	Entidad: SIJIN

USO EXCLUSIVO POLICIA JUDICIAL

Nº CASO

I I 0 3 7 I I 8 7 2 4 0 2 0 0 7 0 I 5 I 5

No. Expediente CAD

Dpto.

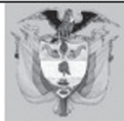
Mpio

Ent

U. Receptora

Año

Consecutivo



ENTREVISTA –FPJ-14–

Este formato será utilizado por Policía Judicial

Fecha D 0 1 M 0 6 A 2 0 0 7 Hora 5 : 0 0 Lugar

Conforme a lo establecido el artículo 206 del CPP, se da inicio a la presente diligencia.

I. DATOS DEL ENTREVISTADO:

Primer Nombre	CATALINA			Segundo Nombre	JULIANA			
Primer Apellido	SÁNCHEZ			Segundo Apellido				
Documento de Identidad	CC	XX	Otra	No.	58.568.454	de	Cali	
Alias								
Edad:	2	7	Años.	Género:	M	F	x	
Fecha de nacimiento:	D	0	1	M	1	1	A	
					1	9	8	
							0	
Lugar de nacimiento	País	Colombia		Departamento	Valle		Municipio	Cali
Profesión	Administradora de Empresas			Oficio				
Estado civil	Soltera			Nivel educativo	Universitario			
Dirección residencia:	Calle 25 No. 6-53			Teléfono				
Dirección sitio de trabajo:				Teléfono				
País	Colombia		Departamento	Cundinamarca		Municipio	Bogotá	
Relación con la víctima								
Relación con el victimario	Subalterna							
Usa anteojos	SÍ		NO	x	Usa audífonos	SÍ		
						NO	x	

Su nombre es Catalina Sánchez, tiene 27 años de edad, trabaja para el señor Jerónimo Díaz desde hace 14 meses, vive con su novio en la calle 25 No. 6-53, llevan casi 5 años y se piensan casar.

Desde que Catalina entró a trabajar en la firma del señor Jerónimo Díaz, ella se ha convertido en la mano derecha del pastuso, como ella le dice de cariño. En el proyecto que están elaborando para la licitación de Bucaramanga, Catalina ha sido una de las personas que ha estado al tanto de todo.

El 27 de abril de este año ella recibió una llamada anónima que le repetía “no le vaya a pasar lo de davivienda... mamita usted está en el lugar equivocado”, la verdad ella no le prestó mucha atención a la llamada. La semana siguiente ella se encontró con un gran amigo de su novio que en este momento está en las Bahamas y le dijo que había una especie de unión entre varias firmas para ganarle al Pastuso Díaz, y que están dispuestas a hacer lo que sea para manchar su imagen, pues él le dijo que eso le había pasado al Pastuso Durán que lo acusaron de colaborar con los paramilitares, este gremio es pesado y se sabotea bastante.

En esos días de la amenaza Catalina tuvo una reunión con el viejo Yela y en un tono irónico y humillante le preguntaba cómo estaba el proyecto, ella llena de cólera por la actitud de él, le dijo que si les iban a sabotear, de pronto eran ellos quienes se llevaran una sorpresa. Desde ese momento los roces entre las compañías fueron grandes, ella vivió un estrés enorme y no le comentaba nada a don Jerónimo porque él tiene una enfermedad en el cerebro y estas cosas lo pueden afectar.

En la licitación de Bucaramanga, la firma del arquitecto Perdomo-Yela C&A presentó un muy buen proyecto, Catalina considera que fue muy competitivo, no se esperaba tanto de ellos quedando muy sorprendida. La propuesta presentada por la firma del señor Jerónimo también es buena, sin embargo, lo que los coloca delante de ellos es la capacidad económica que poseen, ya que ellos con cualquier inconveniente como el del secuestro quedarían muy mal financieramente.

El día de sustentar el proyecto su jefe el pastuso, por el estrés, se enfermó y de inmediato tocó internarlo en la Clínica Santa Fe había sufrido una hemorragia cerebral, él duro internado desde el 21 de mayo hasta el 26 de mayo, no pudo recibir visitas, ni siquiera la de ella, tampoco pudo hablar por teléfono porque había sufrido una inflamación leve que le generó un atraso en el lenguaje verbal. Catalina entonces estuvo al tanto de la compañía y continuó con el proyecto del resort en Bucaramanga

Cuando ella se enteró del secuestro del hijo del Dr. Perdomo, de inmediato reforzó la seguridad de los trabajadores de la firma del señor Jerónimo. Hacia el 25 de mayo, el Dr. Perdomo llamó a Catalina y le dijo que si ella se quedaba sin trabajo podía trabajar con él.

El señor Díaz sería incapaz de cometer esta clase de actos, él respeta mucho a las personas y le tiene un gran aprecio al Dr. Napoleón Perdomo, ella espera que se haga justicia absolviéndolo, ya que más que su jefe lo aprecia bastante y no quiere que él se vaya a la cárcel. Sin él la compañía, toda la firma desaparecería.

En caso de requerir más espacio, diligenciar hoja en blanco anexa, relacionado el número de Noticia criminal).

Utilizó medios técnicos para el registro de la entrevista SÍ NO ¿Cuál? _____

Firma entrevistado	Índice derecho del entrevistado	Firma Policía Judicial
Nombre:		Nombre: XXX
Cédula de ciudadanía		Cargo : INVESTIGADOR
		Entidad: SIJIN

		USO EXCLUSIVO POLICIA JUDICIAL																				
		Nº CASO																				
		1	1	0	3	7	1	1	8	7	2	4	0	2	0	0	7	0	1	5	1	5
No. Expediente CAD		Dpto.	Mpio	Ent	U. Receptora	Año							Consecutivo									
		INTERROGATORIO AL INDICIADO –FPJ-15– Este formato será utilizado por Policía Judicial																				

Fecha D M A 2 0 0 6 Hora : 0 0 Lugar _____

Conforme a lo establecido el artículo 282 del C.P.P., se da inicio a la presente diligencia.

I. DATOS DEL INDICIADO:

Primer Nombre	JERÓNIMO				Segundo Nombre														
Primer Apellido	DÍAZ				Segundo Apellido	RODRÍGUEZ													
Documento de Identidad	CC	XX	Otra	c.e	No.	80.978.123		de	<u>Buesaco</u>										
Alias	El Pastuso																		
Edad:	5	1	Años.	Género:	M	x	F	Fecha de nacimiento:	D	0	5	M	0	9	A	1	9	5	6
Lugar de nacimiento	País	COLOMBIA			Departamento	NARIÑO			Municipio	<u>Buesaco</u>									
Profesión	Ingeniero				Oficio	Empresario													
Estado civil	Soltero				Nivel educativo	Magíster													
Dirección residencia:	Calle 119 No. 2-31 apto. 906				Teléfono														
País				Departamento				Municipio											
DATOS DE LA DEFENSA																			
Nombres y apellidos del acusado				JERÓNIMO DIAZ															
Clase de defensa	Público	DP	CJ	OF	Privado	LT	T.P. No.	101.487											
	X																		
Tipo de documento:	CC		Pas.		ce	X	otro	No.	78.543.546										
Expedido en	Departamento:							Municipio:	CALI										
Nombres:	CAROLINA							PAEZ											

II. RELATO

Señor Díaz, usted tiene el derecho constitucional de guardar silencio, cualquier cosa que usted diga puede ser usada en su contra, tiene derecho de hablar con un abogado antes de ejercer esta declaración, tiene derecho a una asesoría profesional si no puede cubrir los gastos profesionales de uno, el Sistema Nacional de Defensoría Pública le brinda la asistencia de un defensor público.

Entiendo estos derechos que tengo y acepto las advertencias realizadas por los policías presentes.

Mi nombre es Jerónimo Díaz, tengo 42 años de edad, nací en Buesaco, Nariño, el 22 de agosto de 1963, mi nacionalidad es colombiana, vivo en el condominio Casa Hacienda de Usaquéen ubicado en la calle 119 No. 2-31 apto 906, soy Ingeniero Civil de la universidad de los Andes con magíster en la Universidad de Roma, y tengo una firma consultora ubicada en el Word Trade Center.

Soy indiciado en este proceso por el secuestro del joven Luis Perdomo, soy totalmente inocente, yo no tengo enemigos pero sí bastantes personas que me quieren hacer mucho daño.

Durante varios años mi firma consultora ha sido líder en la adquisición de licitaciones con entidades nacionales e internacionales, y es la causa de la competitividad en el mercado lo que ha generado algunos roces con las otras firmas consultoras en obras de grandes magnitudes.

En el año 2004 se abrió una de las principales licitaciones que se han hecho en la historia del departamento del Chocó, consistía en la construcción de 150 km de vía por el tapón del Darién, en el pliego de peticiones participaron muchas sociedades nacionales e internacionales pero en especial la empresa del pastuso Jaime Duarte, esta empresa entró en quiebra unos meses después. Este pastuso era muy reconocido en el gremio de arquitectos e ingenieros, sin embargo, tuvo una racha fatal después que se rumoró que aportaba dineros para el grupo calima de las Autodefensas Unidas de Colombia a cambio de seguridad y beneficios personales. Su prestigio fue demeritorio, cuando recobró un poco de credibilidad, perdió la licitación de un resort que se está construyendo en el parque Tayrona en el Magdalena, perdió con unos verdaderos estafadores, la firma de Perdomo-Yela C&A. Para el gremio de constructores no es un secreto que la licitación que ganó Perdomo fue por unos dineritos hacia el gobernador de aquella época, por este motivo el pastuso Jaime Duarte perdió muchos millones. Luego con la licitación del Chocó, que fue adjudicada a mi firma, el pastuso Jaime Duarte entró en quiebra, se inició todo el trámite de Ley 550, y como consecuencia de su liquidación la DIAN remató todos sus bienes entre los cuales yo compré varios bienes de mi paisano Jaime Durán, entre ellos la casa de la Cra. 14 No. 18-43 sur. El paradero de mi paisano Duarte es desconocido, unos dicen que está trabajando con los paramilitares pero eso solo son especulaciones.

Hace tres meses se inició otra licitación en Bucaramanga, es uno de los proyectos más grandes en este año, la competencia más fuerte es la firma de Perdomo-Yela C&A. Especialmente con el viejo Víctor Yela tuve un inconveniente, yo estaba en Girón (Santander) realizando una labor de campo para el proyecto de la licitación, cuando me lo encontré, él estaba en una obra de un resort y cuando nos vimos empezamos hablar muy cordialmente, de un momento a otro se sulfuró y me dijo que la nueva licitación era para ellos, que no iba a permitir que se la saboteara, que me atuviera a las consecuencias.

Cuando se inició la exposición de los términos de referencia se suspendió por un pequeño problema físico que sufrí, pero de igual forma tocaba cancelar una póliza por \$1000.000.000.00 de pesos, en este aspecto estoy tranquilo porque sé que la firma Perdomo-Yela C&A en este momento no tiene el suficiente capital para cubrir los riesgos de la licitación. Por otro lado, me afana que hay una sociedad nueva, se dice que uno de los socios es el pastuso Duarte con su grupo paramilitar, sin embargo no es confirmado.

La firma de mi paisano Jaime Duarte y la firma de Perdomo-Yela C&A saldrían muy favorecidas si a mí me encontraran responsable del secuestro de este muchacho, pero tampoco puedo negar que salí favorecido con el secuestro ya que don Napoleón quedó sin efectivo y no podrá cubrir la póliza.

Durante varios años he sufrido de un problema cerebral que se llama Estenosis Carotídea, mi médico de turno siempre ha sido la Dra. Alexandra López, ella me ha controlado estos problemas y ya casi a punto de curármelos, le tengo mucho afecto y veo en ella una especie de figura maternal.

A causa de mi enfermedad he tenido que controlar bastante mi estrés ya que con facilidad me enfermo y eso fue lo que sucedió días antes de presentar la exposición del proyecto, me dio una leve hemorragia cerebral, recuerdo que estaba en mi oficina cuando me dio el ataque y de inmediato me llevaron a urgencias a la Clínica Santa Fé donde me internaron, eso fue el 21 de mayo. Como es costumbre me recibió la Dra. López y me mantuvo en terapia y exámenes, yo permanecía el mayor tiempo durmiendo y sin tener comunicación con el mundo exterior; la única persona con la que hablaba era la Dra. López.

Estuve bajo observación médica del 21 al 26 de mayo, realmente me encontraba muy mal, permanecí en cuidados intensivos, pensé que me iba a morir, pero gracias a la intervención oportuna y eficiente de la Dra. López logré recuperarme.

Durante mis días en la clínica estuve muy aislado de todas las personas, la doctora me recomendó no hablar porque podía sufrir una inflamación que ocasionaba un atraso en el lenguaje verbal, esos días en la clínica son muy duros para mí, me desespero mucho yo no soporto estar encerrado.

El día de mi salida de la clínica sabía que las cosas iban a cambiar en general e iba a ganar esa licitación. Tenía que irme a Quito, Ecuador, a visitar a un viejo amigo que conocí apenas llegué a Colombia, era mi mano derecha cuando empecé con los negocios, él se llama Gabriel Reinoso, pero de cariño le dicen cantinflas, por su parecido y su gracia, cuando llegué al aeropuerto los policías me dicen que estoy capturado por el secuestro del señor Luis Perdomo, yo quedé súper confundido, cómo iba ser yo, si todo el tiempo estuve en la clínica moribundo, cuando escuché el apellido Perdomo, pensé que todo era una conspiración en contra mía.

En caso de requerir más espacio, diligenciar hoja en blanco anexa, relacionado el número de Noticia criminal).

Utilizó medios técnicos para el registro de la entrevista SÍ NO ¿Cuál?

Firmas:

Firma entrevistado		Firma Policía Judicial
Nombre:		Nombre : JUAN RUBIO
Cédula de ciudadanía		Cargo : INVESTIGADOR
	Índice derecho del entrevistado	
		Entidad: SIJIN

INFORME DEL INVESTIGADOR DE LA DEFENSA

LINDA POLANÍA SÁNCHEZ

Mi nombre es Linda Polanía Sánchez, trabajo como investigadora privada, tengo 15 años de experiencia en investigación criminal. Trabajé como miembro del CTI durante 12 años y 3 años como coordinadora de la unidad de investigación de la Dirección Nacional de Defensoría Pública.

El 28 de mayo del 2007 inicié mi labor de investigación con base en la información recolectada por el CTI. De acuerdo con la labor adelantada por el teniente Juan Rubio comencé a indagar por la camioneta Nissan Patrol de placas BCV-351, encontrando como novedad una anotación en la oficina de tránsito de Bogotá consistente en un registro de arrendamiento de la camioneta Nissan por parte de César Ortiz a Joaco Durán y a la firma de arquitectos Jaime Duarte C&A, en la obra de construcción de la vía al llano, exactamente el tramo de Acacias-San Martín. Por lo anterior, investigué sobre la firma de arquitectos Jaime Duarte C&A. La firma entró en trámite de liquidación obligatoria en el año 2006 y se terminó disolviendo vendiendo todos los bienes. También tenía registrada la firma una caducidad para contratar con el Estado ya que se les comprobó que recibían dineros de los grupos de Autodefensas del Casanare (art. 5 num. 5 de Ley 80 de 1993). Por mi olfato de sabuesa como investigadora adquirido en el CTI, sabía que el señor Jaime Duarte era vengativo y rencoroso, una persona capaz de obtener el poder sin importarles los demás, esas son las mañas que adquieren con esos grupos subversivos.

Después procedí a investigar sobre las licitaciones que había ganado la firma Perdomo-Yela C&A, encontrado que le han sido adjudicadas cuatro grandes de la siguiente forma:

- 1- Obra civil. Casa de Justicia de Cazuca. Valor \$450.000.000.00
- 2- Obra civil. Centro Comercial El Tintal. Valor \$1.150.000.00
- 3- Obra civil. Estadio de patinaje “Daniel Villa Zapata” en Barrancabermeja. Valor \$8.750.000.00
- 4- Obra civil. Reconstrucción de la catedral del Centro Histórico de Cartagena. Valor \$210.000.000.00

En todas las obras anteriormente descritas estuvo participando la firma de arquitectos Jaime Duarte C&A, quedando siempre en segundo lugar.

También investigué que existe un total de 517.000 afiliados del periódico Vanguardia Liberal en Bogotá, entre los cuales están afiliados: el señor Jerónimo Díaz con registro EH-356 del 5 de febrero de 2005, y Napoleón Perdomo con registro JZ-846 del 7 de septiembre de 2006.

ACTA No. 1

Los suscritos: el fiscal delegado ante los jueces penales del circuito especializados de Bogotá, el defensor público y el acusado Jerónimo Díaz, en el juicio No. 15-037-11-87240-2007-01212 que se adelanta ante el juez 1 penal del circuito especializado de Bogotá han llegado a las siguientes:

ESTIPULACIONES PROBATORIAS

1. Con relación a la declaración del señor Luis Alberto Vera y que en el evento de declarar en juicio diría lo mismo que quedó consignado en su entrevista efectuada ante el investigador Juan Rubio realizada el día 30 de mayo de 2007.

“Tiene 26 años de edad, es guarda bosques del parque del Neusa, trabaja desde hace dos años con la CAR, en la protección de los parques naturales del país. Su horario de trabajo es de 6:00 a.m. a 4:00 p.m., él hace las rondas por la parte norte del parque.

El día 27 de mayo de 2007, como todos los días, inició su ronda de vigilancia, cuando de repente encontró a un hombre amordazado en medio del bosque que comunica el parque con la carretera principal, se acercó y lo notó un poco moribundo, lo primero que pensó fue que era de esa clase de personas que van al parque a drogarse y terminan así como él. Al auxiliar al muchacho le quito la cinta y empezó a decirle que estaba secuestrado, de inmediato lo llevo al centro de atención del parque y llamo a la policía, indicándoles el nombre de él, al momento llegó la policía y se llevaron al muchacho.

No vio nada extraño y tampoco se encontró nada que le pudiera servir a los policías en el perímetro del parque”.

2. No tienen controversia probatoria con relación a la autenticidad y al contenido de la historia clínica 300-456-798 registrada en la Clínica Santa Fe del señor Jerónimo Díaz identificado con cédula de ciudadanía No 80.978.123 de Buesaco.

Se firma a los 10 días del mes de septiembre de 2007

Fiscal

Defensor Público

Acusado

Esta publicación fue financiada por el gobierno de Estados Unidos a través de su Agencia para el Desarrollo Internacional (USAID) dentro del marco del Programa de Fortalecimiento y Modernización de la Justicia. Los textos de esta publicación son responsabilidad de sus autores y no representan los puntos de vista de USAID, ni del gobierno de Estados Unidos.