

MODIFICACIONES AL REGIMEN PROBATORIO Y SUS ALCANCES EN EL NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL (DECRETO 2700 DE 1991)

Por: SANDRA JEANNETTE CASTRO OSPINA
Profesora de Derecho Penal y Probatorio,
U. Externado y del Rosario

I. INTRODUCCION

A. La finalidad del proceso y la prueba

La doctrina ha diseñado múltiples definiciones acerca de lo que debe entenderse por prueba, no obstante, nadie ha negado que su importancia radica en ser el modo más confiable para descubrir la verdad real, y a su vez la mayor garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales ⁽¹⁾. El proceso penal tiene como objeto la búsqueda de la verdad real (artículo 249 C. de P.P.), aunque para dictar sentencia baste con que el juez tenga la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado (artículo 247 C. de P.P.). Para lograr tal finalidad el proceso es asimilado legalmente a una construcción, en el sentido de requerir de tiempo para edificarse piso por piso hasta llegar a la sentencia. Es el proceso así entendido, también y por sobre todo una garantía social, en cuanto que la declaración de existencia del hecho punible y de la responsabilidad de sus autores o partícipes dentro de la sentencia, está fundamentada en la apreciación objetiva de unos hechos conducidos a través de las pruebas y no se fundamenta en juicios meramente subjetivos de un funcionario judicial.

(1) CAFFERATA NORES. "La prueba en el proceso penal". Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 5.

Con lo dicho, no pretendemos desconocer que el proceso penal es también el instrumento para hacer efectivo el derecho sustancial (artículo 9 C. de P.P.). Un Estado Democrático no puede sentirse abastecido con sólo dar vida a las normas sustanciales a través de una sentencia pronunciada dentro de un proceso, si para tal efecto no han sido utilizados los medios probatorios.

B. Función de la prueba

La prueba útil a las decisiones judiciales habrá de cumplir con algunas premisas, entre las cuales merecen destacarse: la incorporación de un hecho externo al proceso capaz de determinar la existencia o inexistencia de elementos que interesen para una decisión dentro de la investigación que se adelanta; la intervención de sujetos que aporten los elementos de prueba; un procedimiento que garantice el ingreso legal de las pruebas al proceso velando por el respeto de los derechos de los sujetos procesales; la conducencia y pertinencia de la prueba, en tanto que hay hechos que sólo pueden ser probados con determinados medios probatorios y la necesidad de que la prueba se refiera a aquellos que son objeto de proceso. Estos presupuestos se traducen en efectividad de la justicia. Unicamente con pruebas lícitas, conducentes, pertinentes y útiles podrá forjarse una buena decisión judicial.

C. El sistema probatorio en Colombia, especialmente en el estatuto procesal penal

En el Código de Procedimiento Penal Colombiano fue previsto un sistema de libertad probatoria en cuanto a los medios de prueba, a su utilización frente a lo que es tema de prueba y también en la apreciación de las mismas. Las dos primeras de gran utilidad para los sujetos procesales cuando soliciten pruebas, y para el funcionario judicial cuando las admita y ordene de oficio o a solicitud de parte. La libertad en la apreciación de las pruebas además de ser garantía para los sujetos procesales, es guía para el funcionario que debe valorarlas.

1. La libertad en los medios de prueba supone la no taxatividad de los mismos, permitiéndose emplear no sólo los enumerados en el Código de Procedimiento Penal, sino todos aquellos que no estando previstos en él sea posible utilizar, siempre que sean útiles para el descubrimiento de la verdad y no impliquen violación de los derechos fundamentales.

2. La libertad de los medios de prueba frente al tema de prueba se hace evidente en la redacción del artículo 253 del Código de Procedi-

miento Penal. Así los elementos constitutivos del hecho punible, la responsabilidad del imputado y la naturaleza y la cuantía de los perjuicios, pueden demostrarse con cualquier medio probatorio, salvo que la ley exija prueba especial y respetando siempre los derechos fundamentales.

3. La libertad en la apreciación de las pruebas, prevista como principio dentro de las normas probatorias permite dentro del proceso la actividad del funcionario judicial, porque lo obliga a preocuparse por recaudar todos los medios probatorios que le permitan tomar una decisión surgida de su íntima convicción y a motivarla para permitir a los sujetos procesales conocer el fundamento de su determinación. El artículo 254 del Código de Procedimiento Penal regla: "Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

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

4. La libertad probatoria y el debido proceso en la obtención de las pruebas, es un tema que merece ser comentado. Puesto que la libertad probatoria de ninguna manera significa arbitrariedad en el recaudo de las pruebas, el legislador ha previsto el "debido proceso" para obtener pruebas eficaces para el proceso con respeto de los derechos de los sujetos procesales. Tal es la importancia del debido proceso en la obtención de pruebas que el artículo 29 de la Constitución Nacional dice en su último inciso: "Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso".

Conforme con lo anterior, puede concluirse que las normas que regulan los medios de prueba en especial, tienen la virtud de asegurar a más de la eficacia de la prueba, el respeto de los derechos de los sujetos procesales (ver artículo 248 del C. de P.P.). El procedimiento para la obtención de cada prueba, la oportunidad a los sujetos procesales para que intervengan en la práctica o recaudo de la misma y la posibilidad de contradicción, son 'formas' que garantizan la efectividad de sus derechos.

D. La prueba para condenar y el 'in dubio pro reo'

El inciso 1º. del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal ordena al juez: "No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado".

Por su parte los artículos 2º. y 445 del C. de P.P. señalan que en las actuaciones judiciales prevalece la presunción de inocencia, la cual se mantendrá mientras la persona no haya sido declarada judicialmente y en forma definitiva responsable, "en las actuaciones penales toda duda debe resolverse a favor del sindicado". El principio del "in dubio pro reo" como consecuencia de la presunción de inocencia fue incluido dentro de su reglamentación.

Es requisito para proferir sentencia condenatoria que haya 'certeza' acerca del hecho punible y la responsabilidad del sindicado; es decir, el juez ha de encontrarse convencido de que los hechos están previstos en la ley penal como delito y que la persona procesada fue autora o partícipe de ellos y actuó en forma antijurídica y culpable. El estado anímico del juez que se necesita para dictar sentencia se logra cuando tiene el convencimiento de la verdad, aunque sea distinta a la verdad real y este objetivo solamente será logrado a través de las pruebas.

Cuando el juez (funcionario judicial que profiere la sentencia) no tiene certeza, es decir, está inseguro (tiene dudas) acerca de cualquiera de los aspectos esenciales para proferir sentencia: autoría, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, debe dictar sentencia absolutoria en obediencia al principio del "in dubio pro reo". La duda impide la concurrencia de los requisitos exigidos para proferir la decisión condenatoria, en cambio, permite permanezca incólume la presunción de inocencia que el Estado (titular de la acción penal) no pudo desvirtuar.

E. La actividad probatoria del fiscal y del juez

Ante todo debe tenerse en cuenta que un principio fundamental en materia probatoria es el de la "Imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la prueba". Este es desarrollo del derecho que tiene toda persona a ser oída "con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial..." (artículo 8º. del Pacto de San José aprobado por Colombia por la Ley 16 de 1972). El artículo 249 del nuevo Código de Procedimiento Penal dice al referirse al principio aludido:

"El funcionario judicial buscará la determinación de la verdad real. Para ello debe averiguar, con igual celo, las circunstancias que demuestren la existencia del hecho punible, agraven o atenúen la responsabilidad del imputado, y las que tiendan a demostrar su inexistencia o lo eximan de ella.

Durante el juzgamiento, la carga de la prueba del hecho punible y de la responsabilidad del procesado corresponde a la fiscalía. El juez podrá decretar pruebas de oficio".

La norma transcrita hace referencia a los funcionarios judiciales, es decir al fiscal y al juez de conformidad con lo previsto en el artículo 572 del nuevo estatuto procesal, por cuanto son ellos las únicas personas con facultades jurisdiccionales para valorar la prueba.

a) La actividad probatoria del fiscal. Dentro de las funciones del Fiscal General de la Nación descritas en el artículo 250 de la Constitución Nacional, 120 ordinal 1º. del Nuevo Código y artículo 3 del Decreto 2699 de 1991 (Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación) está la de "investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes". La actividad probatoria jurisdiccional será ejercida por el Fiscal durante la investigación previa y la instrucción conforme con lo regulado en el nuevo Código de Procedimiento Penal, y como funcionario judicial durante estas etapas debe ser imparcial en la búsqueda de la prueba (artículo 249 C. de P.P. y artículo 3 numeral 8 Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación).

1. Investigación previa.

Con el fin de lograr una efectiva administración de justicia, sin desgaste de actividad por los particulares involucrados ni del Estado, el legislador ha establecido que por regla general el proceso sólo tenga lugar luego de una "investigación previa" (salvo casos muy excepcionales en los cuales ésta no sea necesaria). En ella se procurará averiguar si: hay lugar al ejercicio de la acción penal (no se ha extinguido), el hecho del cual se tuvo noticia en realidad ha ocurrido, está descrito en la ley penal como punible, se cumplen los requisitos de procedibilidad de la acción penal (casos de querrela y petición), existe una persona a la que sea posible imputar con responsabilidad el hecho como autor o partícipe.

Con el fin de esclarecer todos o algunos de los interrogantes planteados, dentro de esta actuación preprocesal hay actividad probatoria por parte de quienes en ella intervienen: la policía judicial por iniciativa propia o bajo la dirección del fiscal, las unidades de fiscalía, el ministerio público (artículo 320 C. de P.P.), y el sindicado a quien le fue recibida versión puede presentar o controvertir pruebas salvo en los procesos de competencia de los jueces regionales (artículos 7, 251 y 321 del C. de P.P.).

Esta investigación previa tiene una duración equivalente a la obtención de prueba para dictar "resolución inhibitoria" o mérito para vincular en calidad de parte al imputado (artículo 324 C. de P.P.). De allí que sólo al Fiscal le corresponda proferirlas (artículo 325) pues debe apreciarse la prueba practicada.

Es importante resaltar que aunque el Fiscal dirige la investigación previa, dentro de ella pueden intervenir ampliamente quienes ejerzan funciones de policía judicial sea por iniciativa propia o por comisión (artículos 312 y 320 del C. de P.P. y artículo 47 del Decreto 2699 de 1991).

La policía judicial actuará por iniciativa propia ordenando y practicando pruebas sin providencia previa, en los casos de flagrancia y en el lugar de los hechos (artículo 312). Esta facultad sólo podrá ser ejercida por un término máximo de 24 horas (artículo 315), pues iniciada la investigación, en la primera hora hábil del día siguiente debe dar aviso a la unidad de fiscalía a la que corresponda la investigación por el lugar de la comisión del hecho, para que asuma el control y dirección de la misma. A partir del momento en que la investigación sea asumida por la unidad de fiscalía la policía judicial sólo actuará por comisión del fiscal delegado o de aquella, como se desprende de los artículos 313 y 320 Código de Procedimiento Penal.

La policía judicial tiene un importante margen de discrecionalidad dentro de las comisiones que le son entregadas para practicar pruebas. Pueden estos funcionarios practicar y recaudar todas las pruebas técnicas o diligencias que surjan del cumplimiento de la comisión sin providencia que lo ordene, excepto capturas, allanamientos, interceptación de comunicaciones, actividades que atenten contra el derecho a la intimidad (grabaciones en habitación o lugar de trabajo; seguimientos, etc.), y vinculación de los imputados mediante indagatoria o declaratoria de persona ausente (artículo 313 C. de P.P.), pues son éstas de competencia exclusiva de los fiscales.

La afortunada restricción a la actividad de la policía judicial para practicar las mencionadas diligencias cuando actúa por comisión, más no cuando lo es por iniciativa propia, no obsta para que quienes desempeñen tales funciones soliciten "a las Unidades de Fiscalía y dar cumplimiento, de conformidad con las normas, las órdenes de captura, allanamiento, intervención telefónica, registro de correspondencia, vigilancia electrónica y demás actuaciones inherentes, requeridas en las

investigaciones de los hechos delictuosos que adelanten", tal como lo señala el artículo 47 del Decreto 2699 de 1991.

Si bien la policía judicial al practicar pruebas y diligencias no puede desacatar y violar garantías constitucionales y legales (artículo 314 del Código y 47 numeral 3 del Decreto 2699 de 1991), y los sujetos procesales tienen ante ella las mismas facultades y derechos que les otorga la ley frente a los funcionarios judiciales, hemos encontrado que sobre este punto el estatuto procesal no es lo suficientemente garantizador. Basta con mencionar la versión del imputado que puede recepcionar la policía judicial, ésta contará con la presencia de apoderado cuando el sindicato voluntariamente solicite ser escuchado, mientras que en los casos de flagrancia se recibirá sin presencia del defensor (artículo 322 C. de P.P.). Es evidente en este punto que el sindicato no ostenta ante el cuerpo auxiliar los mismos derechos que tiene ante el Fiscal, pues la garantía constitucional de la asistencia de un defensor viene a ser socavada.

Respecto del derecho de petición que puede ejercer la víctima o el perjudicado ante el funcionario judicial, para obtener información o hacer solicitudes específicas y aportar pruebas, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 del Código, podría pensarse que es absolutamente improcedente ante la policía judicial, no obstante, creemos que ante ésta es posible que se aporten pruebas, sea que actúe por iniciativa propia o por comisión.

El derecho del imputado durante la investigación previa de presentar pruebas y controvertirlas salvo excepciones contempladas en el Código (artículo 7°.), es una norma rectora que prevalece sobre cualquier otra disposición del estatuto procesal (artículo 22) y debe ser utilizada como fundamento de interpretación. En razón de lo anterior el artículo 321 que refiere la reserva de las diligencias durante la investigación previa, debe ser interpretado de conformidad con la norma rectora así: El imputado y su defensor tienen derecho a conocer las pruebas, presentarlas, controvertirlas y a que les sean expedidas copias de la actuación. Las excepciones legalmente consagradas a ese derecho del imputado acaecen en los procesos de competencia de los jueces regionales (artículo 251) donde hay publicidad pero no existe la posibilidad de contradicción; y con relación a algunas diligencias especiales que deben ser reservadas en cuanto a la publicidad de su práctica para no frustrar el fin que con ellas se persigue, como la orden de allanamiento y registro, la retención de correspondencia postal y telegráfica, y la interceptación de comunicaciones telefónicas. Estas diligencias pueden ser practica-

das por la policía judicial por iniciativa propia en los casos de flagrancia según lo establecen expresamente los artículos 312, 344 y 351 último inciso del Código de Procedimiento Penal; cuando ésta actúa por comisión, tanto durante la investigación previa como durante el proceso, aquellas sólo pueden ser decretadas y practicadas por funcionarios judiciales pues deben ser ordenadas a través de providencias motivadas —interlocutorias— (artículo 342) cuya facultad de dictarlas es indelegable (artículo 313).

2. Instrucción.

El funcionario encargado de abrir y adelantar la instrucción es el Fiscal que haya dirigido o realizado la investigación previa, si fuere el competente (artículo 329 C. de P.P.), o la Corte Suprema de Justicia cuando investigue miembros del Congreso (artículo 235 ordinal 3º. C.N.). Tales funcionarios ordenarán y practicarán durante esta etapa las pruebas conducentes al esclarecimiento de la verdad sobre los hechos materia de investigación, especialmente respecto de si se ha infringido la ley penal; quién o quiénes son los autores o partícipes; los motivos determinantes y demás factores que influyeron en la violación de la ley penal; las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las cuales fue realizado el hecho; las condiciones sociales, familiares o individuales que garantizan la personalidad del imputado, su conducta anterior, sus antecedentes judiciales, de policía, sus condiciones de vida: y los daños y perjuicios de orden moral y material causados.

La actividad probatoria durante esta etapa es ejercida fundamentalmente por el Fiscal cuando decreta pruebas de oficio o a solicitud de los sujetos procesales (sindicado, defensor, ministerio público, parte civil, tercero civilmente responsable). La policía judicial sólo actuará por comisión entregada por el Fiscal para la práctica de pruebas técnicas o diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos con las limitaciones impuestas por el artículo 313 del Código de Procedimiento Penal a las cuales ya nos referimos.

Durante la instrucción son tomadas varias determinaciones de importancia dentro del proceso que requieren de la apreciación de las pruebas practicadas y allegadas a la actuación:

a) ¿A quién se recibe indagatoria? Dice el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, que se recibe indagatoria a quien en virtud de antecedentes y circunstancias consignadas en la actuación, o por haber

sido sorprendido en flagrante hecho punible se considere como autor o partícipe de la infracción penal. La resolución de sustanciación por medio de la cual es ordenada la vinculación de una persona, debe fundarse en las pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación, de las cuales se desprenda ('indiquen') la intervención del sindicado como autor o partícipe del hecho punible investigado.

b) Prueba para imponer medida de aseguramiento. Tanto las medidas de aseguramiento previstas para imputables como para inimputables exigen un mínimo de pruebas que permitan imponerlas según lo ordenan los artículos 388 y 424 del Código de Procedimiento Penal: "Cuando contra el sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso".

El legislador quiso guiar al funcionario judicial y por ello le indica que para imponer una medida de aseguramiento es necesario que exista una prueba mínima de responsabilidad. Ha de ser por lo menos "un indicio grave", es decir, un hecho que debidamente probado, haga probable que el procesado actuó contra un bien jurídico tutelado sin tener derecho, pudiendo obrar de otra manera, absteniéndose del actuar ilícito voluntariamente (dolo) o por una omisión al deber de cuidado que le era exigible (culpa).

El hecho indicador debe estar demostrado con pruebas legales y lícitas, que hayan tenido posibilidad de ser controvertidas.

Utilizar pruebas que no han tenido posibilidad de contradicción es una grave lesión a los derechos del procesado.

No es la impugnación de la providencia que impuso la medida de aseguramiento la oportunidad para controvertir los medios probatorios considerados, pues los sujetos procesales a más de procurar a través de los recursos desvirtuar los fundamentos jurídicos y fácticos de la providencia, se verán en la necesidad de discutir probanzas para ellos hasta entonces desconocidas y que sin duda fueron fundamento de la decisión. Resulta violatorio de los derechos fundamentales sorprender a los sujetos procesales con decisiones interlocutorias basadas en pruebas que no han sido debatidas. Además, debe recordarse que el código ha garantizado la controversia probatoria por el sindicado aún desde la investigación previa.

En cambio, si es factible que a través del recurso se discuta la apreciación que haya hecho el funcionario judicial de los medios de prueba.

c) Prueba para cerrar y calificar la investigación. Mientras no haya pruebas necesarias para calificar la investigación, el fiscal se abstendrá de cerrarla (artículo 438 C. de P.P.), y de conformidad con el artículo 439 "El sumario se calificará profiriendo resolución de acusación o resolución de preclusión de la instrucción. Cuando no hubiere lugar a proferir estas determinaciones el fiscal continuará adelantando la instrucción".

Al parecer en el nuevo Código de Procedimiento Penal existen sólo dos formas de calificar el mérito del sumario. Si no surge de la Instrucción la prueba exigida para proferirlas el Fiscal se abstendrá de cerrarla. En caso de haberse cerrado la investigación sin prueba para calificar, el fiscal deberá decretar la nulidad de la resolución de cierre de la instrucción a fin de regresar a dicha etapa, pues se presentó una violación del debido proceso (artículo 304 ordinal 2º.) al cerrar la investigación sin que se hubieran presentado los requisitos legales para ello. En todo caso, la instrucción podrá realizarse mientras no prescriba la acción penal (artículo 329 inciso 2º. C. de P.P.).

Las formas de calificar son: Resolución de Preclusión de la Instrucción (artículo 443) la cual será proferida por las mismas causas por las cuales se puede cesar procedimiento, y la Resolución de Acusación (artículo 441). Para esta última se exige que esté demostrada la existencia del hecho y que existan confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documento, peritación o cualquier otro medio probatorio que comprometa la responsabilidad del imputado.

Continúa el legislador guiando al funcionario judicial, diciéndole esta vez que la prueba para llamar a Juzgamiento al procesado es distinta, más exigente, que la que se tuvo en cuenta para imponer medida de aseguramiento.

Si bien para que una conducta sea punible es preciso que sea típica, antijurídica y culpable (artículo 2 del Código Penal), el artículo 441 del C. de P.P. exige sólo la demostración de la ocurrencia del hecho, tanto en su aspecto naturalístico (acción, factum), como en el jurídico (tipicidad), debe entenderse que comprende estos dos aspectos como quiera que en la resolución de acusación debe hacerse una calificación jurídica provisional (artículo 442 ordinal 3º. C. de P.P.).

Pero ¿qué significa 'demostrar' la ocurrencia del hecho?

'Demostrar' según el Diccionario de la Lengua Española es en su acepción lógica "Mostrar, hacer ver que una verdad particular está com-

prendida en otra universal, de la que se tiene entera certeza". De otra parte, la prueba que se recauda durante la investigación está encaminada a mostrar si el hecho, ocurrió y si en su aspecto objetivo, se adecúa o no a la descripción que de él ha hecho la ley (artículo 334 ord. 1 C. de P.P.).

Cuando la verdad particular (hecho investigado) es comprendida por la verdad de la que se tiene certeza (la descripción legal), está demostrada la cualidad del hecho (su existencia).

Entonces, está demostrada la existencia del hecho cuando las pruebas llevan a la convicción de su ocurrencia y de la adecuación típica del mismo.

Con relación a la antijuridicidad y culpabilidad, apenas es exigida prueba que las haga probables: confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documento, peritación o cualquier otro medio probatorio que comprometa la responsabilidad del imputado. La ley en este punto no exige certeza, sólo pruebas que comprometan la responsabilidad del procesado, que hagan probable su existencia. Algunos de los medios probatorios que pueden utilizarse para ello, fueron calificados por el legislador, el testimonio debe ofrecer "serios motivos de credibilidad", y los indicios han de ser plurales y graves. La ley está exigiendo al funcionario judicial detenimiento y reflexión en la valoración de estas pruebas, le llama la atención para que evite la ligereza que suele presentarse con relación a ellas al momento de decidir si debe proferir resolución de acusación.

El funcionario judicial está obligado a explicar la razón por la cual la prueba que utiliza para dictar una resolución de acusación se adecúa a la exigida por la ley, porque aparece 'comprometida' la responsabilidad del procesado, qué motivos le sirvieron para dar credibilidad a un testigo, o cuáles y cuántos son los indicios de responsabilidad y porqué son graves. Estas son prerrogativas fundamentales del proceso y del derecho de defensa del procesado.

3. Juzgamiento.

Una vez adquiera ejecutoria la Resolución de Acusación, se inicia la etapa del Juzgamiento. El Fiscal adquiere la calidad de sujeto procesal y pierde la dirección de la investigación que será asumida por el Juez (artículo 444 C. de P.P.). Durante el Juzgamiento si bien el fiscal tiene la carga de la prueba del hecho punible y de la respon-

sabilidad del procesado (inciso 2º. artículo 249 C. de P.P.), este concepto de "carga de la prueba" no debe entenderse como en derecho civil donde es sucedáneo de la prueba y sirve al Juez para decidir en contra de quien debía probar y no lo hizo, aún después de practicadas pruebas de oficio; sino ser interpuesto como una función que debe desempeñar un sujeto procesal, en este caso el Fiscal. No obstante ser acusador, al Fiscal en aras de cumplir a cabalidad tal papel no se le exige ser injusto, puesto que la finalidad del proceso es la búsqueda de la verdad, aquel podrá invocar ante el Juez cesación de procedimiento o absolución, cuando considere reunidos los presupuestos para adoptar cualquiera de tales decisiones (artículo 129 C. de P.P.).

Durante el Juzgamiento la actividad probatoria es ejercida de oficio por el Juez o a solicitud de los sujetos procesales (Fiscal, Procesado, Defensor, Parte Civil, Ministerio Público, Tercero Civilmente Responsable).

Es posible adoptar durante esta etapa la cesación de procedimiento pero ya no exclusivamente por causales objetivas, sino por cualquiera de las previstas en el artículo 36, es decir, similares a aquellas con base en las cuales se adopta resolución inhibitoria, cesación de procedimiento o resolución de preclusión de la instrucción. La única condición para la procedencia de su declaratoria es que estén plenamente demostradas, que haya certeza acerca de su existencia con base en las pruebas legalmente practicadas o allegadas a la actuación.

II. MODIFICACIONES A LOS MEDIOS PROBATORIOS Y SUS ALCANCES

Con esta parte del trabajo, no pretendemos nada distinto a informar cuáles fueron las modificaciones fundamentales en relación con los medios probatorios en particular en el Nuevo Código de Procedimiento. Para tal efecto tomaremos en el orden establecido en el estatuto procesal cada medio probatorio.

A. La inspección

1. Objeto.

Es de anotar que se prescinde de la definición de la prueba y prefiere hablarse de su procedencia, es decir, se indica al funcionario la importancia del medio probatorio y lo que se puede lograr con él.

El artículo 259 del Código de Procedimiento Penal señala que es objeto de inspección no sólo los hechos, sino el estado de las personas,

lugares, rastros y otros elementos materiales de utilidad para la investigación. Como puede apreciarse se amplió el concepto de lo que puede ser inspeccionado por el funcionario judicial.

a) Inspección de las personas. Las personas podrán ser observadas por el funcionario judicial para comprobar en ellas circunstancias que interesen a la investigación. Esto será posible tanto con el imputado como con el perjudicado por el hecho punible. El Código de Procedimiento Penal en algunas de sus normas prevé este tipo de inspección. Así el artículo 335 regla que el cadáver debe ser inspeccionado a fin de establecer las circunstancias en que ocurrió la muerte y las demás que presente.

Es de destacar el contenido de los artículos 262 y 263 del Código de Procedimiento Penal, con las cuales se hace viable la "Inspectio Corporis", así el cuerpo, el estado psíquico de una persona y sus líquidos pueden ser objeto de observación por parte del funcionario judicial con asesoría de expertos en el momento en que practica la inspección, o posteriormente. El artículo 262 faculta al funcionario judicial (juez o fiscal) para ordenar que al imputado le sean practicados los exámenes médicos o clínicos necesarios para comprobar el hecho punible, sus circunstancias y su grado de responsabilidad. En muchos casos, el funcionario judicial ordenará la práctica de estas pruebas en razón de lo observado por él mismo, en otras ocasiones por lo que aparece dentro de las diligencias, pero en todo caso tales "intervenciones corporales" han de ser practicadas por personas expertas y conforme a las reglas del saber médico. Los requisitos mencionados son el debido proceso de esta prueba. En caso de realizarse las intervenciones corporales por personas inexpertas o en contravía a las reglas médicas que rigen su práctica, serán nulas las pruebas obtenidas de ellas, de conformidad con lo previsto en el último inciso del artículo 29 de la Constitución Nacional.

Las intervenciones corporales son permitidas por otros estatutos procesales, así el artículo 245 del Código de Procedimiento Penal Italiano regula la inspección de personas y la intervención del médico es facultativa. La Ley Procesal Penal Alemana en el parágrafo 81A también consagra la intervención corporal, por un médico y aún sin consentimiento del inculgado.

El artículo 263 del Código de Procedimiento Penal Colombiano permite al funcionario judicial ordenar la internación del imputado en centro hospitalario para que sea observado su estado psíquico y corporal con

respeto de sus derechos fundamentales, esta previsión sin duda complementa el artículo 262.

Otra aplicación legal de la prueba de inspección en las personas, es la obligación del Fiscal de dejar constancia de las características morfológicas del indagado (artículo 359 parte final). Dicha observación es sin duda una inspección, que permite al funcionario judicial cerciorarse en el momento de la indagatoria o más adelante, de si se trata en realidad de la persona a quien se imputó el hecho punible. Lo anterior adquiere relevancia, cuando se trata de personas individualizadas durante la investigación previa pero no identificadas.

La conducta y las reacciones de los testigos o del imputado, pueden ser inspeccionadas por el funcionario judicial. De allí que el artículo 364 del Código de Procedimiento Penal permita al funcionario judicial ordenar que se conduzca al imputado o el testigo al lugar donde hubieren ocurrido los hechos, no sólo con el fin de obtener mayor información acerca de la forma como ellos ocurrieron, sino también para examinar a estos sujetos en el escenario donde obtuvieron sus percepciones. La medida sin duda permite al funcionario formarse una idea de la exactitud y credibilidad que debe darse a la versión del declarante.

b) La inspección de lugares, rastros y efectos materiales. Puede ser practicada por el funcionario judicial en cualquier momento antes de que concluya la audiencia pública conforme lo establecen los artículos 448 y 454 del Código de Procedimiento Penal. La ley procesal penal faculta también a los servidores públicos que ejercen funciones de policía judicial para que por iniciativa propia mientras que la unidad de fiscalía asume el control y dirección de la investigación previa, y sólo en los casos de flagrancia, inspeccionen el lugar de los hechos dejando constancia escrita de sus observaciones (artículos 312, 316, 317 y 335 del C. de P.P.).

2. La publicidad de la práctica de la prueba durante la investigación previa y la instrucción.

Es bien sabido que a las pruebas debe dárseles publicidad con el fin de permitir a los sujetos procesales ejercer el derecho de contradicción. Por ello, es requisito de la prueba de inspección que por medio de providencia se exprese con claridad los puntos objeto de la diligencia, el lugar, la fecha y la hora. Ese principio de publicidad de la prueba es reconocido aún durante la investigación previa de conformidad con el artículo 7 inciso 2º. del Código de Procedimiento Penal:

“El imputado, durante la investigación previa podrá presentar o controvertir pruebas...”, tal facultad obedece a la publicidad que se da a la práctica y aducción de las mismas.

En los procesos de competencia de los jueces regionales también habrá publicidad de las pruebas practicadas durante la investigación previa para el imputado y su defensor, sólo una vez aquél haya rendido versión preliminar; no obstante, es limitado el derecho de controvertirlas, pues el artículo 251 del código dice: “En los procesos de que conocen los jueces regionales durante la investigación previa no habrá controversia probatoria pero quien haya rendido versión preliminar y su defensor, podrán conocerlas...”.

La limitación para la controversia probatoria durante la investigación previa existía en el estatuto procesal penal que deroga el Decreto 2700 de 1991 (artículo 343 del Código de Procedimiento Penal de 1987). Entonces regla para todos los procesos y la doctrina la atribuye a la inexistencia de sujetos procesales durante la indagación preliminar y por la imposibilidad de actuación suya ⁽²⁾. En todo caso la norma referida se encuentra en los mismos términos en el artículo 321 del nuevo Código de Procedimiento Penal cuando dice: “Durante la investigación previa las diligencias son reservadas, pero el defensor del imputado que rindió versión preliminar, tiene derecho a conocerlas y a que se expidan copias”. La aparente limitación al derecho de contradicción prevista en la norma citada al enfrentarla con el mandato del artículo 7 del nuevo estatuto procesal, es eliminada interpretándolas sistemáticamente, de allí que el artículo 321 únicamente sea aplicable a los procesos de competencia de los jueces regionales, pues ya vimos que para los procesos de competencia de los demás jueces rige lo previsto en el artículo 7º. del Código de Procedimiento Penal.

Durante la etapa de la instrucción, ¿es posible “omitir la providencia que ordene la inspección judicial”?

(2) Los doctores JAIME BERNAL CUELLAR y EDUARDO MONTEALEGRE LYNNET hacen una anotación a la norma que prevé el artículo 343 del Código de Procedimiento Penal de 1987, que nos parece útil para interpretar la disposición a la que ahora nos referimos; entienden que la expresión ‘conocer de las diligencias’ “limita la posibilidad de controversia probatoria, y su actividad se circunscribe a tener acceso a las ya practicadas, y presenciar las que se decreten con posterioridad”. *“El proceso penal”*. Editado por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1987, p. 16.

Así pareciera darlo a entender el inciso 2 del artículo 260 del Código de Procedimiento Penal, no obstante esta norma no está facultando a los funcionarios judiciales para que practiquen inspecciones judiciales sin providencias que las ordene. Debe por tanto entenderse que la norma permite en algunos eventos se limite la publicidad de la prueba, desde luego haciendo posible el ejercicio de su derecho de contradicción. Esta facultad no está abandonada al capricho del fiscal, por el contrario, la reserva en la práctica de las pruebas durante la instrucción, se refiere sólo a aquellas diligencias que deben ser efectuadas sin publicidad para no entorpecer su desarrollo, como sucede en los casos previstos en el artículo 342 del Código de Procedimiento Penal, especialmente el allanamiento y el registro.

Creemos que el procedimiento que debe seguirse en estos casos es el siguiente: la diligencia será ordenada mediante providencia interlocutoria sin que medie notificación a los sujetos procesales, no obstante, luego de practicada la inspección y asegurados los elementos probatorios recaudados durante ella, tanto el acta de la inspección, como los elementos recogidos durante ella, deben ser puestos a disposición de las partes para que éstas, si lo consideran conveniente, soliciten la adición de la diligencia. La comentada adición implica la posibilidad de examinar puntos nuevos, aspectos no tenidos en cuenta durante la diligencia, garantizando así a los sujetos procesales un amplio derecho de contradicción.

B. La prueba pericial

1. La posesión de los peritos.

El artículo 266 del Código de Procedimiento Penal señala: "El perito designado por nombramiento especial tomará posesión del cargo prestando el juramento legal y explicará la experiencia que tiene para rendir el dictamen". A efecto de explicar esta disposición, creemos pertinente citar al profesor JAIRO PARRA QUIJANO⁽³⁾: "El dictamen pericial es un medio de prueba, que consiste en la aportación de ciertos elementos técnicos, científicos o artísticos que, la persona versada en la materia de que se trate, hace para dilucidar un asunto, que requiere de especiales conocimientos". Y agrega: "Nucleamos nuestro concepto, en el perito,

(3) Cfr. PARRA QUIJANO, Jairo. "Tratado de la prueba judicial. La prueba pericial". Tomo V, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1991, pp. 5-6.

cuando nos referimos a una persona versada en la materia. El lector debe pensar que no hay peritazgo, es decir medio probatorio, si quien lo produce no es esa persona especialmente cualificada, ya que nadie puede aportar lo que no tiene; tal concepto tiene una especial connotación en todo el desarrollo de nuestro trabajo; sin perito no puede existir dictamen pericial”.

El artículo 266 del Código de Procedimiento Penal, fue redactado con la concepción señalada por el Maestro PARRA QUIJANO: es preciso que el perito no oficial explique la experiencia y conocimientos que posee de la materia sobre la cual ha de versar el dictamen, la prueba pericial presupone la opinión de un experto en la ciencia, arte o técnica respectiva, si la persona que rinde un concepto para el proceso, no es experta, simplemente no hay dictamen pericial. La disposición que comentamos evitará que el funcionario judicial dé posesión a quien no es perito, pues si la persona manifiesta que no tiene los conocimientos especiales, o no explica en forma satisfactoria la experiencia requerida para emitir el dictamen, el funcionario judicial buscará un verdadero perito y le dará posesión, esto último se traduce en eficiencia y celeridad de la actuación procesal.

2. Requisitos del dictamen

La prueba pericial aporta estudios técnicos, científicos o artísticos, cuando los hechos requieran de ellos. No puede entenderse que la simple conclusión de un experto es prueba, la prueba pericial para ser tal debe “motivarse” por el perito, es decir, debe explicar al juez cuáles experimentos, exámenes o investigaciones efectuó para llegar a la conclusión presentada. De la misma manera deberá explicar los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones. Estas exigencias se explican con la razón por la cual es ordenada la prueba pericial, se trata de hechos que requieren conocimientos especiales, que en la mayor parte de los casos el funcionario judicial no posee. Este último ordena la prueba para incorporar esos especiales conocimientos al proceso, para entenderlos, examinarlos y apreciarlos al momento de proferir una providencia de fondo dentro de la actuación. Cuando el funcionario que debe decidir, no entiende un dictamen pericial, porque no conoce las razones que lo fundamentaron, no puede tenerlo en cuenta, pues no podría explicar porque lo admite o porque lo rechaza, y a las partes tampoco les será posible colaborarle, pues no tendrían elementos para hacer notar al juez la improcedencia de los experimentos, el error en su práctica o los fundamentos errados de las conclusiones. Los requisitos que debe

reunir el dictamen están previstos en el artículo 267 del Código de Procedimiento Penal, esto sin duda va a permitir a los sujetos procesales controvertir la prueba con más seriedad y al funcionario judicial apreciarla en mejor forma.

3. Contradicción del dictamen

El artículo 270 del Código de Procedimiento Penal, regla lo siguiente:

“Cuando el funcionario judicial reciba el dictamen, procederá en la siguiente forma:

1. El funcionario verificará si el dictamen cumple con los requisitos señalados en este Código. En caso contrario ordenará que el perito elabore el dictamen cumpliendo con ellos. No se admitirá como dictamen la simple expresión de las conclusiones.

2. Si el dictamen cumple con los requisitos indicados, se correrá traslado a los sujetos procesales por el término de cinco días para que soliciten su aclaración, ampliación o adición. Para la ampliación o adición el funcionario judicial fijará término. La objeción podrá proponerse hasta antes de que finalice la audiencia pública”.

Por su parte el artículo 271 dispone:

“OBJECION DEL DICTAMEN. En el escrito de objeción se debe precisar el error y se solicitarán las pruebas para demostrarlo. De aquel se dará traslado a los demás sujetos procesales por el término de tres días, dentro del cual podrán éstas pedir pruebas y se tramitará incidente para resolver la objeción.

El dictamen rendido como prueba de las objeciones no es objetable, pero dentro del término de traslado, las partes podrán pedir que se complete o aclare.

Si no prospera la objeción, el funcionario apreciará conjuntamente los dictámenes practicados. Si prospera aquélla, podrá acoger el practicado para probar la objeción o decretar de oficio uno nuevo, que será inobjetable, pero del cual se dará traslado para que las partes puedan pedir que se complete o aclare”.

De las normas anteriores podemos concluir:

a) Los requisitos que reclama el dictamen pericial deben ser examinados no en el momento de apreciar la prueba sino en el de correr traslado de ella a las partes. Es preciso recordar que la prueba está destinada al funcionario judicial, él no puede abandonar su deber de dirigir la práctica de las pruebas, para que sean las partes quienes a través de la contradicción le hagan notar los defectos de estructura de los cuales adolece un medio probatorio. Sólo si el dictamen reúne los requisitos señalados en el artículo 267 del Código de Procedimiento Penal, puede ser tenido como prueba y ser puesto en conocimiento de las partes; esta norma evidencia el deber de vigilancia que tiene el funcionario judicial sobre las actuaciones procesales.

b) Las vías que pueden utilizar los sujetos procesales para controvertir un dictamen pericial son las solicitudes de aclaración, ampliación o adición y la objeción del dictamen por "error grave".

1. Con la solicitud de aclaración el sujeto procesal buscará que el perito explique puntos confusos en el dictamen, lo cual puede suceder cuando por ejemplo en las conclusiones se emplea un lenguaje técnico cuyo significado es ignorado por el común de la gente; o cuando las conclusiones están fundamentadas en experimentos o exámenes cuyo procedimiento resulta desconocido para las partes, etc. El propósito es que el perito "traduzca" a un lenguaje común lo que expresó técnicamente en su dictamen.

2. Con la ampliación, puede pretenderse de una parte que el perito extienda el contenido del dictamen, sea en los puntos observados, en las explicaciones de sus análisis, o en sus conclusiones; o de otra, que lo complemente si han quedado puntos del cuestionario sin responder. A diferencia de la aclaración, lo expresado por el perito en su dictamen es entendible pero insuficiente en razón a no haberse analizado algunas circunstancias que debieron examinarse, o porque dejaron de responderse puntos del cuestionario, o por no incluirse todos los experimentos que fundamentaron una conclusión, o a causa de unas conclusiones incompletas o insuficientes de acuerdo con el contenido del dictamen, etc..

3. La adición, implica la inclusión de nuevos puntos que debe analizar el perito. Aspectos no señalados en el cuestionario que bien pueden surgir del dictamen ya realizado. Se trata de un dictamen que es completo, amplio y claro, pero que ha abierto la posibilidad de efectuar estudios técnicos sobre aspectos no tenidos en cuenta cuando fue ordenada la prueba.

Las solicitudes de aclaración, ampliación o adición, podrán ser presentadas dentro del término de traslado del dictamen pericial (5 días).

4. La objeción en el nuevo código sufrió grandes transformaciones, no solo en cuanto a los motivos para invocarla, sino en las pruebas que pueden practicarse durante su trámite.

El Código de Procedimiento Penal de 1987 decía en su artículo 277: "Cualquiera de las partes puede objetar el dictamen por error, violencia o dolo", y el artículo 278 del mismo regulaba: "La objeción se tramitará conforme a lo dispuesto en el artículo 144 del Código de Procedimiento Penal. Si se declara fundada, el juez designará otro perito para que rinda el respectivo dictamen y compulsará copias con destino a la autoridad correspondiente".

En el nuevo Código de Procedimiento Penal fueron excluidos el dolo y la violencia como causas de objeción, por los motivos que a continuación transcribo y que fueron expuestos por el doctor JAIRO PARRA QUIJANO (Coredactor del Código de Procedimiento Penal - normas probatorias) con anterioridad a la redacción del nuevo Código de Procedimiento Penal ⁽⁴⁾: "b) Violencia: Si se ha ejercido violencia en el perito, puede suceder que ésta haya sido de tal magnitud que efectivamente el perito haya emitido un dictamen que no corresponde a su opinión en el supuesto caso de que en forma voluntaria y libre hubiese empleado su capacitación; o puede suceder que a pesar de ella haya emitido un concepto que corresponda a sus opiniones sin que en nada haya influido la violencia ejercida". Más adelante agrega: "Queda sin embargo insatisfecha, una inquietud —sin menoscabo de la actuación penal específica por el delito cometido. ¿Qué sucede cuando efectivamente se demuestre que hubo violencia, pero como se indicó anteriormente, no haya logrado hallar el camino racional que utilizó el perito para rendir el dictamen y éste no sea equivocado?—". En cuanto al dolo, el mismo autor anota: "Si el perito emite dictamen a sabiendas de que no es cierto, acomodando sus conocimientos al concepto que de antemano quiere emitir o pretermite aspectos que debe indicar, no cabe duda que incurre en dolo. Se objeta el dictamen por dolo y, salvo que existan pruebas que lo demuestren en forma indirecta, como haber recibido dinero o cualquier otra circunstancia, la prueba del vicio mencionada resulta de una alta sensibilidad, por ello no cabe duda que se hace necesario que dentro del

(4). Cfr. PARRA QUIJANO, Jairo. Ob. cit., pp. 143 a 149.

incidente se practique un nuevo dictamen pericial, el cual nos puede mostrar que el anterior es equivocado...”, y se hace la siguiente pregunta: “¿Si en el trámite del incidente, aparece prueba indirecta del dolo, como por ejemplo que recibió dinero el perito, pero el dictamen rendido resulta corroborado por el segundo practicado, será posible cometer dolo para acertar?”, para finalmente concluir: “Como las inquietudes que hemos dejado planteadas pero resueltas en las explicaciones anteriores, nos muestran que todo se reduce al error del dictamen, lo deseable, sería reformar la norma, para consagrar que sólo se puede objetar el dictamen por error, salvo claro está que si se cometió delito, éste sea investigado independientemente...”.

La objeción en el nuevo Código de Procedimiento Penal, sólo procede por error, y aunque lamentablemente no se dice, debe entenderse que se trata de un “error grave determinante de las conclusiones”, que puede generarse en los supuestos que se tienen en cuenta para emitir el dictamen, en la percepción de los hechos, en las pruebas, exámenes o experimentos realizados, o en las conclusiones mismas. La administración de justicia no puede ser desperdiciada en tramitar incidentes por errores intrascendentes en los dictámenes periciales. Debe exigirse, por vía de jurisprudencia que los errores por los que se objeta un dictamen pericial sean de tal entidad, que sin ellos la conclusión a la que llegó el perito hubiera sido distinta. Este concepto de error puede enriquecerse con la doctrina y jurisprudencia civil que por largo tiempo se ha ocupado del tema, sin que tal remisión doctrinaria implique una desnaturalización del proceso penal, por el contrario una correcta interpretación de los artículos 270 y 271 del Código de Procedimiento Penal hace ágil y eficiente el proceso.

En la práctica judicial, durante el trámite incidental de la objeción, no se decretaba la prueba pericial para acreditar los motivos que la generaron, ello obedecía a que en concepto de los funcionarios judiciales la ley sólo permitía la práctica de esta prueba si se declaraba fundada la objeción. Pero como fue anotado, con el nuevo Código, podrá practicarse la prueba pericial dentro del incidente de objeción para probar el error, la cual será apreciada en la forma señalada por la ley.

El dictamen pericial practicado para probar la objeción, no es objetable, pero admite la solicitud de complementación o aclaración (no adición); lo mismo cabe decir del dictamen acogido en caso de prosperar la objeción.

La oportunidad señalada por el Código para invocar la objeción es hasta antes de que finalice la audiencia pública.

C. LOS DOCUMENTOS

Fueron eliminadas de la ley las definiciones de documento, documento público y documento privado, pero esto en realidad no afecta en nada el trámite de los procesos, pues la inclusión de definiciones en la ley en los más de los casos sirven de marco de interpretación. Lo anterior no significa que haya desaparecido la clasificación de los documentos en públicos y privados, pues ésta tiene una gran importancia en el derecho penal sustancial con consecuencias procesales, por ejemplo: la medida de aseguramiento cuando se trata de falsedad en documento privado es de caución mientras que la falsedad material de particular en documento público es de detención.

Cabe destacar en este título normas realmente novedosas dentro de la legislación procesal penal:

1. Reconocimiento tácito de documentos

Debe afirmarse que los documentos públicos se presumen auténticos y sólo se desvirtuará tal presunción, si ha procedido la tacha de falsedad planteada y tramitada tal y como lo señala el Código de Procedimiento Civil, aplicable en esta materia al proceso penal en virtud del principio de integración.

En cuanto a los documentos privados, debe decirse que hasta la expiración del Código de Procedimiento Penal de 1987 no podían ser apreciados sino aparecía prueba de su autenticidad, que regularmente podía obtenerse con reconocimiento expreso o a través del cotejo grafológico. En muchas ocasiones dentro de los procesos eran encontrados documentos privados, respecto de los cuales no era preguntado el sujeto procesal y este tampoco se pronunciaba, y que siendo trascendentes para la investigación no podían ser apreciados por carecer del requisito de autenticidad. El artículo 277 del Código de Procedimiento Penal, solucionó el problema planteado preceptuando el **reconocimiento tácito** del documento privado, que opera cuando la persona contra la cual se aduce (cualquier sujeto procesal), no lo desconoce antes de la finalización de la audiencia pública.

En realidad, **el reconocimiento tácito** regulado en el artículo 277 del Código de Procedimiento Penal, puede recaer sobre documentos no

elaborados por la persona contra quien se aduce, pero donde obren hechos o cosas que le incumban o la perjudiquen. El vencimiento del plazo que señala la norma para desconocer el documento total o parcialmente, puede traer las siguientes consecuencias:

- a) Que sean tenidos por ciertos hechos que consten en un documento privado, donde la persona contra quien se aduzca haya participado aunque ella no haya elaborado el documento.
- b) Que sean consideradas como ciertas las declaraciones que haga un tercero en un documento privado en relación con la persona contra quien se aduce, si ésta no manifiesta su inconformidad con dicha versión.
- c) Que se valoren como ciertos los hechos o cosas que obren en reproducciones fotográficas o cinematográficas y las grabaciones fonográficas, xerocopias, fotocopias, télex, si la persona contra quien se aducen no manifiesta su inconformidad con ello oportunamente.
- d) Que sea presumido que la voz o la imagen que obra en imágenes visuales y/o auditivas, son de la persona contra quien se aducen, etc..

2. Los informes técnicos

La prueba de informes considerada como un verdadero medio probatorio por varios doctrinantes (CAFFERATA NORES, JORGE FABREGA, MARIO AGUIRRE GODOY y entre los doctrinantes nacionales DANIEL SUAREZ HERNANDEZ y JAIRO PARRA QUIJANO, entre otros), fue incluida y regulada en los artículos 278 a 281 del Código de Procedimiento Penal. Se caracteriza por ser suministrada por "entidades" públicas o privadas (personas jurídicas) que no son parte en la actuación procesal, quienes darán informes técnicos o artísticos de datos registrados en sus libros o que consten en sus archivos o en cualquier otro objeto, que interesan a la investigación o al juzgamiento. Estos informes deben ser rendidos bajo juramento, motivados, explicando el origen de los datos suministrados, y podrán ser objeto de la aclaración o complementación solicitadas por las partes dentro del traslado que de tales informes se haga. No es prueba pericial, porque la entidad que suministra el informe no hace estudios técnicos, científicos o artísticos, ni aporta sus conocimientos a través de experimentos o estudios para emitir un juicio; simplemente traslada los datos que constan en su archivo o registro a un informe que entrega al funcionario judicial sin más estudios, salvo las explicaciones de la forma como fueron obtenidos los datos y las demás especificaciones de los mismos.

3. Los informes de la policía judicial y la prueba de informes

Los informes presentados por la policía judicial, no son prueba de informe, son testimonios que ellos allegan por escrito (certificación jurada) como lo señala el mismo artículo 316 del Código de Procedimiento Penal. Por consiguiente respecto de éstos no opera lo previsto en cuanto a solicitud, requisitos y traslado de la prueba de informes reglada en los artículos 278 a 280 del Código de Procedimiento Penal, pues no cumplen los requisitos señalados en el primero de estos artículos para ser considerados como tales. La policía judicial da informe de sus actuaciones, no de datos registrados o que obren en sus archivos.

Puesto que los informes de la policía judicial son testimonios, son susceptibles de ratificación, de allí que el artículo 281 (contextualmente desafortunado) regle: "..., quienes ejercen funciones de policía judicial podrán ser llamados a declarar dentro del proceso como testigos"; esta disposición nos da la razón en lo expuesto con relación a la naturaleza probatoria de los informes de la policía judicial.

D. EL TESTIMONIO

1. El juramento

Respecto de esta prueba debe destacarse la inexistencia de fórmula para juramentar al testigo y los peritos como la prevista en el Código de Procedimiento Penal de 1987; sin embargo la amonestación al testigo y la obligación de tomarle juramento en la forma que lo considere el funcionario, siguen siendo requisitos en la práctica de esta prueba, como lo dispone el artículo 285 del nuevo Código de Procedimiento Penal.

Al testigo menor de doce años no se le tomará juramento, aunque puede rendir testimonio, y en la diligencia deberá estar asistido, en lo posible, por su representante legal o por un pariente mayor de edad a quien se tomará juramento acerca de la reserva de la diligencia. Esta disposición fue consagrada en el Código de Procedimiento Penal expedido con el Decreto 409 de 1971 artículo 237, allí se decía: "Al testigo menor de diez años de edad, no se le recibirá juramento y en la diligencia deberá estar asistido, en lo posible, por su representante legal o por un pariente mayor de edad, a quien se tomará juramento acerca de la reserva de la diligencia".

La razón por la cual no se toma juramento al menor de 12 años, es la inocuidad del mismo. Un menor no atiende la naturaleza del compromiso

que asume con la justicia ni es responsable penalmente por las consecuencias de su desacato (falso testimonio).

La asistencia de una persona de confianza del menor durante la diligencia, se explica por la conducta y pensamiento del niño del cual se ha ocupado ampliamente la psicología. De otra parte, el niño por lo regular se inhibe de exponer ante personas extrañas hechos que conoce y que posiblemente lo han afectado en forma negativa.

Cuando se trate de hechos conocidos por quienes laboran para una persona jurídica en razón del cargo que allí desempeñan, podrá citarse al representante legal o a su apoderado a declarar acerca de los hechos que incumben al proceso, de la misma manera podrá citarse a todas las demás personas que dentro de la entidad conozcan de los hechos, quienes deberán explicar la razón de su conocimiento.

2. Práctica del interrogatorio

Debe hacerse mención especial del artículo 292 del Código de Procedimiento Penal que hace referencia a la práctica del interrogatorio. Esta norma es similar a la que existe en el artículo 228 del Código de Procedimiento Civil. Según ella el interrogatorio al testigo comprende básicamente cuatro partes:

1. La identificación del testigo, la advertencia de las excepciones al deber de declarar, la amonestación y el juramento.

La identificación del testigo comprende aspectos tales como su nombre, edad, domicilio, profesión u oficio, ocupación, los estudios que haya cursado y la relación con los sujetos procesales.

La identificación tiene por fin establecer las circunstancias personales del declarante y si existe con respecto suyo motivo de sospecha, esto último es significativo al momento de apreciar la declaración.

2. A continuación se ordena al testigo hacer un relato espontáneo de los hechos objeto de la declaración (declaración espontánea). Para tales efectos el funcionario judicial debe indagar al declarante acerca de si sabe porqué se le ha hecho comparecer y cuando afirme saberlo, el funcionario lo exhortará a relatar los hechos que conoce, sin interrogarlo. En caso que el testigo desconozca la razón por la cual fue citado, el funcionario le informará en forma sucinta (no detallada) respecto de los

hechos objeto de investigación o aquellos sobre los cuales debe declarar. La importancia de este relato espontáneo ha sido estudiada ampliamente por autores clásicos del derecho probatorio, como FRANÇOIS GORPHE. Experimentalmente se ha reconocido que la declaración provocada por preguntas es más extensa pero menos fiel que la declaración espontánea. En el relato espontáneo las faltas oscilan entre un 5 y 10% del relato, mientras que las resultantes de una declaración provocada por interrogatorio ascienden a un 20 o 30%. La razón por la cual se explica tales diferencias es propia de la naturaleza de la mente humana. Los momentos que interesan a la prueba testimonial sufren alteraciones naturales, la fijación, la conservación y la reproducción, pueden resultar deformadas.

La etapa senso-perceptiva de los hechos varía según la calidad de los órganos de los sentidos, la intensidad del estímulo y el colorido sentimental que a ellos se dé, habrá hechos que percibidos a un mismo tiempo por varias personas no son recordados en igual forma, algunos observarán detalles o circunstancias que a otros no interesan. Durante la conservación de los hechos surgen las alteraciones más frecuentes: La decoloración (o pérdida de la nitidez de la percepción) y la Rumiación (que transforma o deforma el recuerdo reemplazándolo con imágenes precedentes o posteriores a la percepción conservada en el subconsciente). Durante la reproducción de los hechos (cuando es preciso evocar los recuerdos archivados en la memoria para relatarlos) aparecen defectos como la amnesia.

Cuando el testigo está frente al funcionario judicial, quien requiere a aquél para que le exponga unos hechos que se encuentran en su memoria, concurre un proceso psicológico muy importante. El testigo tratará de evocar unas imágenes decoloradas en su memoria, los vacíos que encuentre en ellas le exigen un esfuerzo por eliminarlos, sea con las percepciones reales o con las que asocie por similitud. No obstante, el error en que incurra el testigo por un vacío en la memoria, no será tan grave como el cometido por "provocación" del interrogador. Cuando los hechos no son recordados nítidamente por el testigo, tenderá frente a la pregunta a sentirse atraído, pues ella cubre el vacío presentado en la evocación de los hechos. O sea, el interrogante reemplaza el recuerdo, la pregunta es un "sucedáneo de la percepción". Para el testigo es más fácil asentir a lo narrado por otro, que elaborar su propio relato.

3. Terminada la versión el funcionario procederá a interrogar si lo considera conveniente. Puede creerse innecesario preguntar por lo

completo del relato del testigo, no obstante, para efectos de precisar circunstancias y verificar la sinceridad del testigo, es de gran utilidad esta intervención del funcionario judicial.

4. Cumplido lo anterior es permitido a los sujetos procesales interrogar.

3. Los conceptos del declarante

El testigo debe limitarse a relatar los hechos que conoce, no puede emitir juicios ni dar conceptos personales de los mismos y el funcionario judicial deberá vigilar que ello no ocurra, para que el testimonio sea objetivo y útil. Sin embargo el artículo 292 (inciso 5º.) permite la incorporación de conceptos de los testigos cuando sean personas especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre los hechos materia de investigación.

El nuevo Código de Procedimiento Penal recoge el concepto de "Testigo Técnico" admitido desde antes por la doctrina. El testigo técnico lo es por sus conocimientos en una ciencia, arte u oficio, no por el lenguaje que emplee. Debe vigilarse la pertinencia de los conceptos del testigo técnico (la relación de ellos con los hechos investigados) y su importancia, pues a diferencia del perito, el testigo debe haber percibido los hechos sobre los que trata su declaración, sin que el juez le haya encargado como al perito que conceptúe sobre ellos. Con sus conceptos el testigo aclara sus percepciones y ello permite al funcionario judicial otorgarle mayor credibilidad a la deposición.

4. La reserva de la identidad del testigo

El artículo 293 del Código de Procedimiento Penal manda que en los procesos de conocimiento de los jueces regionales, cuando las circunstancias lo aconsejen para la seguridad del testigo, es posible ocultar a los sujetos procesales el nombre del testigo y partes de su declaración, si con ellas se revela la identidad del declarante. La identidad del testigo sólo será conocida por el funcionario judicial y el agente del Ministerio Público. La reserva será levantada si se descubre falso testimonio, propósitos fraudulentos o cuando la seguridad está garantizada.

Por su parte el inciso 2º. del artículo 247 del mismo código dice que en los procesos de conocimiento de los jueces regionales no se podrá dictar sentencia condenatoria que tenga como único fundamento,

uno o varios testimonios de personas cuya identidad hubiere sido reservada.

Nos parece que el artículo 293 es inconstitucional, pues viola los derechos de publicidad y de contradicción previstos sin discriminación en el artículo 29 de la Constitución Nacional y en el artículo 8 literal f) del Pacto de San José aprobado por la Ley 16 de 1972, donde se establece el interrogatorio como una de las formas de ejercer el derecho de defensa. Esta norma de tratado internacional, según el artículo 93 de la Constitución Nacional prevalece sobre el orden interno, y por establecer un derecho debe servir de guía para interpretar los derechos reconocidos en el artículo 29 de la Constitución. Indudablemente el conocimiento de la identidad del testigo permite a los sujetos procesales criticar la prueba, sea por la calidad misma del testigo (circunstancias personales y las que rodearon la percepción del hecho) o por el ánimo que tenga en favorecer o desfavorecer a ciertos sujetos procesales (testigo sospechoso). Por lo demás, la imposibilidad de conainterrogar al testigo en el acto de su declaración es un grave atentado al derecho de controvertir pruebas, que para el procesado, es además una forma de ejercer su derecho de defensa. El legislador fue consciente de ello, y por tal razón hizo la limitación que prevé el artículo 247 para dictar sentencia condenatoria. No tiene mucho sentido la consagración de medios probatorios que no sirvan de fundamento para una decisión como la sentencia. Pero haciendo a un lado esta reflexión, con la limitación legal para la utilización de la prueba no se hizo una prevención útil, pues en muchos casos otras pruebas pueden surgir de tales testimonios, pruebas estas que en nuestro sentir están viciadas desde su origen, y cuya utilización puede resultar lesiva de derechos de las partes, pues son pruebas ilícitas.

E. LA CONFESION

En el Código son eliminados los conceptos de confesión simple, calificada y extraprocesal que traía el Código de 1987. Creemos que esta omisión no es grave, aunque no negamos que en algunos casos los conceptos resultan garantizadores, como sucede con esta prueba. Para el funcionario judicial es útil saber qué criterios distinguen una confesión simple de una calificada, pues ello influye en el desarrollo probatorio que debe darse al proceso y en la apreciación de la prueba; v.gr. del concepto de confesión calificada, surge uno de tanta importancia como el de la "indivisibilidad de la confesión". Conforme a esta última se garantiza al imputado que no será tomada en forma separada la parte

inriminatoria de la exculpativa, sino que serán examinadas conjuntamente, sin que el declarante tenga la carga de probar su disculpa.

1. Requisitos de la confesión

El artículo 296 del Código de Procedimiento Penal, ordena que la confesión reúna requisitos tales como: Que sea hecha ante funcionario judicial; que la persona esté asistida por defensor; que la persona haya sido informada del derecho a no declarar contra sí misma y que se haga en forma consciente y libre.

De conformidad con la norma podría pensarse que únicamente es confesión la recepcionada por el fiscal o por el juez, por ser ellos funcionarios judiciales como lo dice el artículo 572 del Código. Con lo anterior es explicada la previsión del artículo 322 del Código de Procedimiento Penal, en el sentido de que la aceptación del hecho por parte del imputado en la versión rendida ante el fiscal delegado o la unidad de fiscalía dentro de la investigación previa tenga valor de confesión, y no se diga nada frente a lo que puede suceder con la aceptación de los hechos que haga el imputado en los casos en que la policía judicial puede recibir versión (casos de captura en flagrancia sin presencia de defensor, y cuando el imputado lo solicite).

Nos preguntamos si la única confesión que puede valorarse es la recepcionada por un funcionario judicial cuando reúna los demás requisitos señalados en el artículo 296. A tal cuestionamiento, sólo podremos responder examinando cada caso:

a) Si se trata de la aceptación de los hechos, surgida dentro de la versión que el imputado ha querido rendir ante la policía judicial (que está facultada legalmente para recibir versión en estos casos, por consiguiente es una excepción a la exigencia de que la confesión debe ser rendida ante funcionario judicial), será confesión por reunir los demás requisitos del artículo 296.

b) Frente a la aceptación de los hechos verificada ante la policía judicial, por persona capturada en flagrancia, sin presencia del defensor, debemos decir que no puede ser valorada como confesión, pues no es posible acreditar el cumplimiento de ninguno de los requisitos del artículo 296. Tal declaración no tiene ningún valor. Por lo demás, creemos que la parte del artículo 322 que facultó para estos efectos a la policía judicial, es inconstitucional, pues el artículo 29 de la Constitución Na-

cional dice que “el sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento...”, la investigación previa no fue excluida de la norma constitucional, pues ésta utilizó el término “investigación”, genérico, que cobija no sólo la investigación previa sino la instrucción, pensar lo contrario es afectar el derecho de defensa (técnica) del imputado.

2. Clases de confesión

Hechas las reflexiones anteriores, nos queda por analizar si aún existen diferentes clases de confesión.

El artículo 298 del Código, al referirse a los criterios para apreciar la confesión, comienza diciendo: “Para apreciar cualquier clase de confesión y determinar su mérito probatorio...”. En este aparte normativo implícitamente el legislador ha reconocido que existe una clasificación de la confesión, que bien puede ser la señalada por la doctrina desde el Código de Procedimiento Penal de 1987. Es decir, que subsisten las confesiones procesales (ante funcionarios judiciales) y extraprocesales (ante quienes no son funcionarios judiciales) y que éstas pueden ser simples y calificadas. Claro está que lo que afirmamos quedará a criterio de la doctrina y la jurisprudencia. Debemos subrayar que la no previsión legal de las diferentes clases de confesión de ninguna manera significa su eliminación.

3. ¿El acuerdo sobre las circunstancias del hecho punible realizado entre el fiscal y el sindicado para la terminación anticipada del proceso es confesión?

El artículo 37 del Código de Procedimiento Penal dice que a iniciativa del fiscal o del sindicado, el juez podrá disponer en cualquier momento, desde que sea proferida resolución de apertura de la instrucción y antes que se fije fecha para audiencia pública, la celebración de una audiencia especial. En ella el fiscal presentará los cargos que de acuerdo con la investigación surjan contra el sindicado, éste tendrá la oportunidad de “aceptarlos en todo o en parte” o rechazarlos. Si el fiscal y el sindicado llegan a un acuerdo acerca de “las circunstancias del hecho punible y la pena imponible así lo declararán ante el juez”, debiéndolo consignar por escrito dentro de la audiencia. El juez debe explicarle al sindicado los alcances y consecuencias del acuerdo y “las limitaciones que representa a la posibilidad de controvertir su responsabilidad”.

Al considerar el juez que la calificación jurídica del delito y la pena imponible, de conformidad con lo acordado por las partes, son correctas y obra prueba suficiente, dispondrá en la sentencia la aplicación de la pena indicada y la indemnización de perjuicios.

En caso de no llegarse a un acuerdo, o cuando éste no sea aprobado por el juez, “cualquier declaración hecha por el sindicado se tendrá como inexistente y no podrá ser utilizada en su contra”.

De las partes transcritas de la norma, aparece que de la audiencia en mención es posible que surja una confesión, como quiera que el sindicado puede aceptar total o parcialmente los cargos que le endilga el fiscal, y el acuerdo implica por lo menos un reconocimiento de la responsabilidad en el hecho punible para debatir sus circunstancias y la pena que será impuesta.

Los requisitos exigidos por la ley para que haya confesión se presentan, pues el reconocimiento de la participación en el hecho punible por parte del sindicado es realizado ante un funcionario judicial, en presencia de su defensor (so pena de la inexistencia de la diligencia —artículo 161—), habiéndosele advertido del derecho a no declarar contra sí mismo y es efectuado en forma consciente y libre.

La confesión debe ser valorada como prueba de responsabilidad, junto con las demás para dictar la sentencia condenatoria a que se refiere el artículo 37.

Esta prueba por disposición legal es inexistente y no puede ser utilizada en contra del procesado si no se llega a un acuerdo o éste no es aprobado por el juez.

F. LOS INDICIOS

Este medio probatorio en especial fue el que en su regulación menos modificaciones sufrió. Se incluyó en el Código de Procedimiento Penal artículo 303, la “**apreciación de los indicios**”, conforme a la cual: “El funcionario apreciará los indicios en conjunto teniendo en cuenta su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con los medios de prueba que obren en la actuación procesal”, norma que por su utilidad en el proceso civil (artículo 250), fue llevada al Código de Procedimiento Penal donde sin duda prestará un gran servicio al funcionario judicial, cuando como dice el artículo 248 éste aprecie las pruebas.

Esta prueba es útil durante el proceso, con ella el Fiscal ordenará recibir indagatoria (artículo 352 del Código de Procedimiento Penal). Con un indicio grave de responsabilidad resultante de pruebas legalmente producidas en el proceso, puede imponer medida de aseguramiento (artículo 388). Partiendo de una pluralidad de indicios graves que comprometan la responsabilidad del procesado y la demostración de la existencia del hecho, obtiene la prueba necesaria para proferir resolución de acusación (artículo 441).

Es en verdad importante, en aras de la protección de los derechos del procesado, ante todo el de su libertad y el derecho a no verse sometido sin fundamento a un proceso tan traumático como el penal, que los funcionarios judiciales distingan los indicios de responsabilidad de otra clase de indicios e identifiquen cuándo están frente a un sólo indicio conformado por varias circunstancias y cuándo frente a una pluralidad de ellos. La apreciación de las pruebas y el buen juicio para evaluarlas es una de las virtudes del buen juzgador, que no se pierde por el hecho de la modificación de algunas normas jurídicas, al fin el proceso se estructura con base en las pruebas y siempre la sentencia necesitará de ellas.

3. El acuerdo sobre las circunstancias del caso...

Esta prueba por disposición legal es la que se utiliza en contra del procesado si no se llega a un acuerdo o este no es aprobado por el juez.

Los indicios...

Este medio probatorio en especial fue el que en el lapso de la reforma procesal penal se incluyó en el Código de Procedimiento Penal. El artículo 202 de la Constitución establece que los indicios en conjunto se refieren a hechos en los que se relaciona y concuerdan y se refieren con los hechos de verdad que ocurren en la actividad procesal, norma que por su virtud en el proceso civil (artículo 250) fue relevada al Código de Procedimiento Penal, donde se duda acerca de un gran servicio al funcionario judicial, cuando como dice el artículo 248 establece las pruebas.